

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

NÚM. 12



MINISTERIO
DE JUSTICIA

2004

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

Presidente

CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO, Fiscal General del Estado

Vocales

RAFAEL VALERO OLTRA

ELVIRA TEJADA DE LA FUENTE

MANUEL VILLÉN NAVAJAS

JOAQUÍN SÁNCHEZ-COVISA VILLA

TERESA COMPTE MASSACH

MARÍA DEL PILAR SÁNCHEZ DONATE

MARÍA JESÚS MOYA MARTÍNEZ

JOSÉ MIGUEL DE LA ROSA CORTINA

Secretario

PEDRO CRESPO BARQUERO

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

Periodicidad: Semestral

Precios del número:

España: 9,02 €

Extranjero: 12,02 €

Estos precios incluyen el 4 % de IVA.

Redacción:

C/ Fortuny, 4 - 28010 Madrid.

Distribución, suscripciones y venta:

C/ San Bernardo, 62 - 28015 Madrid.

Tels.: 91 390 44 29/2082/2187 Fax: 91 390 20 92/83

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

NÚM. 12



2004

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

NIPO: 051-04-026-0

ISSN: 1135-0628

Depósito Legal: M. 5500/1995

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

SUMARIO

	<u>Págs.</u>
I. ESTUDIOS	
JORGE ÁNGEL ESPINA RAMOS : <i>La lucha contra la delincuencia organizada transnacional y su reflejo en el ordenamiento español, con especial referencia a la euroorden</i>	9
GONZALO J. CAMARERO GONZÁLEZ: <i>Criterios de imputación en estructuras jerárquicas</i>	49
JOSÉ MARÍA LÓPEZ CERVILLA: <i>El juicio rápido: ámbito, fases preprocesal y de instrucción</i>	91
JOSÉ LORCA MARTÍNEZ: <i>Experiencias de la instrucción por el Fiscal en los procedimientos de la Ley Orgánica de la Responsabilidad Penal de los Menores</i>	181
JESÚS BERNAL VALLS: <i>La fase previa del proceso penal. Acotaciones de derecho comparado</i>	201
<i>Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal y el principio societas delinquere non potest</i>	225

**REVISTA
DEL
MINISTERIO FISCAL
I. ESTUDIOS**

LA LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL Y SU REFLEJO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA EUROORDEN

JORGE ÁNGEL ESPINA RAMOS

jorge.espina.ius@juntadeandalucia.es

Fiscal de la Audiencia Provincial de Sevilla

(Adscripción de Dos Hermanas)

SUMARIO: PARTE I: LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL.—1. *Concepto y caracteres de la Delincuencia Organizada Transnacional.*—2. *Naturaleza de la delincuencia organizada.*—3. *Fases de desarrollo del crimen organizado e impacto sociopolítico.*—4. *Lo «antimafia» como etiqueta.*—5. *El papel de las Fiscalías Especiales.*—PARTE II: EL REFLEJO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: LEYES CONTRA LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO Y EUROORDEN: 1. *Las leyes contra la financiación del terrorismo.*—2. *La orden europea de detención y entrega:* 2.1 Consideraciones generales y utilidad de la euroorden. 2.2 Antecedentes normativos e institucionales. 2.3 El Atlas Judicial Europeo. 2.4 Concepto, autoridades competentes y ámbito de aplicación. 2.5 Procedimiento para la emisión. 2.6 El inevitable problema del idioma. 2.7 El mecanismo de las entregas temporales. 2.8 Los principios de doble incriminación y de especialidad. 2.9 Garantías para la entrega. 2.10 Causas de denegación de la entrega. 2.11 Procedimiento de ejecución. 2.12 Causas de suspensión de la entrega. 2.13 Los supuestos de concurrencia. 2.14 Primeros indicadores prácticos recogidos.—3. *Algunas propuestas legislativas en marcha.*—4. *Breve excursio crítico.*—BIBLIOGRAFÍA.

PARTE I: LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL

El contenido que pueda ajustarse a un título tan extenso como el que da lugar a este trabajo es enormemente amplio, por lo que conviene comenzar determinando a qué concretos extremos se va a limitar la exposición que ahora nos ocupa. Tras una primera parte en la que intentaré presentar y delimitar el objeto a tratar, buscando llegar a una definición válida y a unos caracteres genéricos del fenómeno de la delincuencia organizada transnacional, pasaré en la segunda parte a analizar dos de las reacciones más concretas que recientemente se han producido en nuestro ordenamiento frente a dicho problema: las leyes contra la financiación del terrorismo y las leyes reguladoras de la orden europea de detención y entrega —comúnmente conocida como euroorden—.

No cabe duda de que se trata de una referencia muy concreta a dos instrumentos muy específicos y que trascienden del ámbito de lo que consideramos delincuencia organizada en sentido estricto, pero hay una serie de razones que justifican tanto la conexión de ambas reacciones legislativas con el problema de la delincuencia organizada transnacional, como el hecho de que se les preste una especial atención.

En primer lugar y desde un punto de vista cuantitativo, porque si abordásemos el estudio de otra serie de instrumentos o mecanismos igualmente pensados para favorecer la lucha contra la criminalidad organizada (Convenciones de Naciones Unidas, Recomendaciones del GAFI, o mecanismos de ámbito europeo para la cooperación y asistencia judicial en materia penal) la materia excedería con mucho de los modestos límites que nos marcamos para un trabajo de estas características.

En segundo lugar, porque el terrorismo tiene numerosas características compartidas con la delincuencia organizada, sobre todo en lo que se refiere a determinadas organizaciones terroristas. Además —y por razones lamentablemente obvias— nuestro país ha venido siendo uno de los adelantados en cualquier tipo de legislación que suponga un refuerzo de los instrumentos de lucha antiterrorista. Cuando, como en este caso, lo que se analiza es la regulación que intenta establecer un adecuado control de los flujos financieros de las organizaciones terroristas, la conexión con la materia que aquí se tratará aparece aún más claramente.

Por último y en relación con la orden europea de detención y entrega, porque pese a que ésta no se ha concebido específicamente como un instrumento circunscrito a la lucha contra la criminalidad organizada y puede utilizarse frente a un amplio elenco de manifestaciones delictivas, no es menos cierto que la lógica y la práctica nos está indicando que en un buen número de casos los asuntos en los que puede utilizarse están relacionados con ésta.

1. Concepto y caracteres de la Delincuencia Organizada Transnacional

La delincuencia organizada transnacional es, aparte de una etiqueta fácil que a veces conviene utilizar para justificar determinadas políticas legislativas, un concepto general en el que muchas manifestaciones delictivas tienen cabida, precisamente porque sus elementos definitorios (la existencia de una organización y su trascendencia más allá de las fronteras de un determinado país) son muy amplios. Si a ello añadimos la tendencia a la globalización y la mayor facilidad en las comunicaciones y transportes a nivel mundial, es lógico que se vea como una realidad más presente que nunca. Este dato, no obstante, no debe llevar a pensar que la delincuencia transnacional es un fenómeno reciente. Como señala Green resulta difícil negar que un delito tan antiguo como el de contrabando (para el citado autor el de contrabandista puede considerarse como el segundo oficio más antiguo del mundo) no pueda entrar de lleno en cualquier definición que se haga de la delincuencia organizada transnacional.

Comenzaré, pues, haciendo un intento de presentar una definición válida y omnicomprensiva, en relación con los caracteres verdaderamente definitorios del fenómeno, siguiendo básicamente los muy documentados trabajos en esta materia realizados por Resa Nestares.

Lo primero que llama la atención cuando nos enfrentamos al problema de definir este tipo de delincuencia es cómo, tantos siglos después, sigue vigente la escuela definitoria de San Agustín. Como es sabido, el obispo de

Hipona dio una magistral respuesta a quienes le preguntaban qué era el tiempo: «*Si nemo ex me quaerat, scio. Si quaerenti explicare velim, nescio*» (Si nadie me pregunta, lo sé. Si tengo que explicarlo, lo ignoro). Pues pese a lo que ha llovido desde entonces, ésta parece ser la técnica que ha seguido el organismo de contacto de las policías del Reino Unido, el *National Criminal Intelligence System*, que evita el esfuerzo de llegar a una concreta definición, entendiendo que es más fácil discutir sobre el crimen organizado que describirlo: «*sabemos lo que es, pero lo complicado es definirlo*». En definitiva, se trata de un nuevo ejemplo de la técnica tan anglosajona del «*you'll know it when you see it*» (lo conocerás cuando lo veas). No obstante, y salvo como anécdota introductoria, parece obvio que esta técnica no nos resulta de mucha utilidad.

Por tanto, y para intentar partir de algún concepto tangible más afín con nuestra tradición continental, podemos acudir a lo establecido por la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000 (ratificada por España y publicada en el BOE de 29 de septiembre de 2003), que nos ofrece una definición genérica del crimen organizado como la actividad colectiva de tres o más personas, unidas por vínculos jerárquicos o de relación personal, que permita a sus dirigentes obtener beneficios o controlar territorios o mercados, nacionales o extranjeros, mediante la violencia, la intimidación o la corrupción, tanto al servicio de la actividad delictiva como para infiltrarse en la economía legítima. Se establece a continuación por la Convención un listado ejemplificativo en el que se recogen actividades como el tráfico de drogas, la trata de personas, la falsificación de moneda, el robo de material nuclear, los actos terroristas, etc.

Como se ve claramente por tan amplia definición y en la línea que anticipábamos al principio de este trabajo, no podemos establecer líneas definitorias demasiado rígidas, porque en un buen número de casos no será posible escindir este tipo de criminalidad de otros tipos afines como el terrorismo —expresamente contemplado en el texto anterior—, que comparte buena parte de sus características y que debe ser afrontado con mecanismos muy similares. Como indica Sánchez-Cuenca el hecho de que no quepa distinguir entre terroristas buenos y malos no debe llevarnos al error de creer que todos los terrorismos son iguales, y muchos comparten en casi su totalidad las características que son predicables de la delincuencia organizada.

Se hace preciso, pues, hacer una referencia a cuáles sean estas características generales de la criminalidad organizada, puesto que de lo contrario corremos el peligro de entender que toda actividad que pueda ser subsumida dentro de las amplias líneas definitorias contenidas en la Convención de

Naciones Unidas pueda sin más considerarse delincuencia organizada transnacional. Y ello sería un grave error. Pensemos, modificando levemente el irónico ejemplo propuesto por Levi y citado por Resa Nestares, en el caso de un grupo de tres «*gorrillas*» o aparcacoches ilegales que operen en Villarreal de Santo Antonio y Ayamonte, y en el que uno escoge los mejores objetivos, otro comete los robos en los vehículos –en una u otra localidad, indistintamente– y el tercero se encarga de «blanquear» el producto de sus delitos, aunque sea de un modo tosco o elemental. No parece que la Convención de Naciones Unidas tuviese en mente a estos individuos a la hora de redactar su articulado. Se trata, en definitiva, de un nuevo ejemplo de la conocida como «*paradoja del sorites*» planteada ya en la Grecia clásica por Eubulides de Mileto: ¿A partir de qué número de granos podemos decir que nos encontramos ante un montón de trigo?

Así pues, podemos hacer con Anderson un recorrido por los caracteres generales del crimen organizado, con lo que nos van a aparecer líneas definitorias que nos acercan a aquello que podemos entender usualmente por crimen organizado. Los principales caracteres serían:

- monopolio de determinadas actividades delictivas (drogas, prostitución, etc.),
- uso sistemático de la violencia contra quienes desafíen ese monopolio o la disciplina interna de la organización,
- la desaparición de algunos de sus miembros no afecta a la actividad del grupo,
- estructura jerárquica y burocratizada con división de funciones,
- acceso a conocimientos legales, financieros y contables, y
- posibilidad de influir sobre el proceso político, administrativo y judicial.

Como se ve, muchas actividades delictivas tienen la posibilidad de ser encuadradas bajo este apartado. Quizás una referencia a la naturaleza del crimen organizado sirva para ir clarificando aún más el objeto de nuestro estudio.

2. Naturaleza de la delincuencia organizada

En efecto, más allá de etiquetas definitorias y de clasificaciones hechas desde el punto de vista jurídico, me interesa en este apartado traer a colación algunas reflexiones que se han hecho en torno a la naturaleza del crimen organizado desde un punto de vista socioeconómico. Y, en particular, creo de especial interés aquellas posturas que entienden que el modelo del

crimen organizado puede enmarcarse en un paradigma económico de elección de medios racionales.

Según Naylor, el dirigente tipo sería, por tanto, un empresario racional que actúa dentro de la ilegalidad sólo en tanto en cuanto la relación coste-beneficio sea superior a la que existiría en actividades legales. Cuando se supera este límite no resulta extraño que se produzca el paso a actividades legales, lo que suele ser sólo un primer escalón antes de dar directamente el salto a la política, valiéndose de los enormes recursos amasados y que permiten controlar medios de comunicación y sostener campañas electorales y de imagen de elevados costos. Las emergentes economías capitalistas de los países del antiguo imperio soviético son un buen ejemplo de que, como indica Kopp, la mafia concentra todas las características de la empresa capitalista tal y como puede imaginarse en una pesadilla.

Para Gambetta, la mafia no es sino una agrupación de empresas especializadas en vender un producto en exclusiva: son técnicos en producción de confianza, actuando como tercero para la resolución de conflictos. Cuando es el sector público legítimo quien ofrece este producto, entonces se le denomina protección pública. Algunos autores como Caparrós llegan a decir incluso que el pacto social por el que los ciudadanos consienten en entregar a través de sus impuestos parte de lo que obtienen para que el Estado les proteja no es, en esencia, sino el pacto mafioso más antiguo que existe.

Es más, insiste Gambetta, el modelo de elecciones racionales puede predicarse incluso de aquellas personas que sufren la extorsión del crimen organizado puesto que los pagos ilegales que efectúan se compensan con el no pago de impuestos legales. Una situación tan anómala como la que se deriva de la necesidad de efectuar pagos ilegales a las mafias puede convertirse incluso en algo no excesivamente gravoso ni rechazado por las víctimas.

Ejemplos directos de lo comentado se pueden obtener en un buen número de Estados. Valga traer a colación la descripción del problema ruso tal y como se plantea por Resa Nestares a la luz de las reflexiones de Varese: *«Cuando Míjail Gorbáchev anima a los soviéticos a prosperar en la economía de mercado, olvida proporcionarles el campo de juego apropiado, los instrumentos legales para llevar a cabo esa transformación. La necesidad se hizo virtud y los pujantes nuevos empresarios optaron por comprar en el mercado lo que no encontraban en la legislación: un soporte para la propiedad privada y las transacciones comerciales. Los miembros de las represivas fuerzas de seguridad y la marginal clase delincuencial de los tiempos soviéticos, con un capital humano previo, rellenaron este vacío. Ofrecían, y continuaban proporcionando, a sus clientes un rudimentario servicio de garantías personales y resolución de conflictos»*.

Más preocupante aún es el hecho de que lo anterior pueda predicarse incluso de los países de reciente ingreso en la Unión Europea. Por ejemplo, y por referirme tan sólo a aquellos casos de que tengo más directo conocimiento, en la República Eslovaca se llega al punto de que, de manera oficiosa, hay mandos policiales que justifican los bajos sueldos a la Policía por el hecho de que en realidad los ingresos son muy superiores gracias a los sobornos que se reciben. Por otra parte, la absoluta ineficacia de la Administración tributaria parece complementarse perfectamente con la abundancia de pagos extraoficiales que es preciso hacer para mantener los negocios en el mercado. Como se ve, lo que resulta económicamente inaceptable es la duplicidad de pagos (al Estado y a la mafia), pero mientras que no se vulnera esta especie de *non bis in idem*, parece que el sistema puede seguir funcionando con la aceptación más o menos generalizada de los ciudadanos.

3. Fases de desarrollo del crimen organizado e impacto socioeconómico

Para entender en toda su magnitud el fenómeno al que nos enfrentamos y, sobre todo, para llegar a comprender de qué modo nos afecta directamente esta materia, resulta particularmente clarificadora la referencia a las tres etapas (que terminan convirtiéndose en cuatro) de la evolución del crimen organizado, tal y como aparecen definidas por Lupsha:

1. Fase Predatoria: grupo reducido con territorio de pequeño tamaño, con uso de la violencia con carácter eminentemente defensivo para mantener el dominio sobre el territorio. El crimen es meramente instrumental y se buscan recompensas inmediatas.

2. Fase Parasitaria: el grupo desarrolla una interacción corruptora de los sectores legítimos del poder. Se amasan grandes recursos y se llega a sectores legales de la economía.

3. Fase Simbiótica: los sectores políticos y económicos legítimos se hacen dependientes de los monopolios y redes del crimen organizado. Es propio de países del tercer y segundo mundos (México y Rusia podrían ser buenos ejemplos).

4. Fase Transnacional: hay operatividad a escala mundial, conexiones transnacionales extensivas y capacidad para retar a la autoridad nacional e internacional.

Cuando se accede a estos últimos estadios de la evolución se produce una constante utilización de complejas operaciones financieras y un acceso a un nivel de recursos que hacen palidecer aquellos que determinados Estados pueden poner a disposición de sus autoridades policiales y judiciales.

Como decíamos antes, el caso del antiguo imperio soviético resulta particularmente ejemplificador, máxime si tenemos en cuenta que se trata de un campo abonado para determinados delitos como el tráfico de material nuclear procedente de los antiguos arsenales soviéticos.

Si mantenemos estos países en mente podremos seguir más gráfica y fácilmente los diversos impactos que el crimen organizado puede llegar a tener para el Estado que lo sufre en su seno. Resa Nestares los sistematiza muy claramente:

1. La intervención del grupo criminal en el mercado genera distorsiones que se agravan al acabar con el monopolio estatal para imponer gravámenes. Se ponen en riesgo los cauces para la inversión y el ahorro de los ciudadanos.

2. Normalmente, los mercados internos reciben grandes cantidades de droga con el consiguiente incremento de los gastos sanitarios.

3. Los costes adicionales para la actividad empresarial desincentivan a inversores potenciales.

4. El Estado pierde su capacidad de actuar como garante último de las obligaciones crediticias y económicas, con lo que las grandes inversiones se retraen y sólo se producen las de corto plazo que buscan beneficios inmediatos.

5. Las inversiones empresariales se llevan a cabo según las facilidades de blanqueo y no por criterios de productividad. La proliferación de empresas tapadera que ofrecen servicios a bajo costo termina expulsando del mercado a los empresarios honrados.

A todo lo anterior hay que añadir que se producen determinadas agrupaciones de delinquentes por razón de elementos culturales o lingüísticos que llevan a que se produzcan cuasi especializaciones para determinados delitos (por ejemplo, grupos turcos controlando el tráfico de opio, o colombianos el de cocaína). Por lo que se refiere a España, no se puede desconocer la incidencia del crimen organizado que se manifiesta en los capos gallegos del narcotráfico, o en el asentamiento en la Costa del Sol de determinadas mafias. Sin negar la importancia y la gravedad del fenómeno y la necesidad de mantenerse alerta, con un uso constante de los mecanismos que pasaremos a analizar a continuación, entiendo que hay que rechazar opiniones maximalistas como las mantenidas por el jefe de la DEA en Miami quien llega a afirmar que *«España es la Florida de Europa y el Bogotá de Europa se llama Madrid»* o que *«sin la droga, Madrid todavía sería un pueblucho»* (citado por Roth y Frey).

Debe servirnos, sin embargo, la existencia de ese tipo de opiniones para entender que la lucha contra este tipo de delincuencia es algo que nos afec-

ta muy directamente y que no se trata de un problema externo o del tercer mundo. Sin ir más lejos, los niveles de imbricación de la delincuencia organizada en amplios sectores políticos y económicos son muy elevados en no pocos Estados miembros de la Unión Europea.

4. Lo «antimafia» como etiqueta

Finalmente, hay un aspecto en el que todos podemos coincidir y que tiene una clara influencia en las políticas legislativas que se siguen en la materia: la evidente fuerza emocional de la terminología de todo lo que suene a crimen organizado. El mero establecimiento de instituciones que integren en su nombre determinadas palabras (*antimafia*, *anticorrupción*, *anticrimen organizado*) parece tener un impacto favorable en el gran público con independencia de la efectividad práctica de la institución. No pocos gobiernos de países en desarrollo sienten una verdadera urgencia en establecer instituciones «antimafia», con independencia de la adecuada atención a los medios que se ponen a disposición de las mismas. Al final, lo que importa es el nombre: «*Stat rosa pristina nomine, nomina nuda tenemus*», por ponerlo en las palabras usadas por Eco para poner fin a su más afamada novela.

Puede incluso hablarse de una verdadera fascinación por este tipo de delincuencia, hasta el punto que ya a principios de los años sesenta por autores como Johnson se hablaba de un «*nuevo folclore estadounidense*» en el que aparecía el crimen organizado en posición preeminente. O, por expresarlo en las certeras palabras de Reuter: «*El crimen individual es sórdido, pero existe una ilimitada fascinación con la idea de grandes conspiraciones criminales que, por una parte, proporcionan muchos de los placeres de la vida y, por otra parte, representan una amenaza siniestra a la constitución del gobierno*».

Y tenemos buenos ejemplos de lo anterior sin necesidad de alejarnos de los países de nuestro entorno. Así, Levi indica cómo la amenaza del crimen organizado y de la mafia rusa fueron elementos clave para convencer a los políticos británicos para que creasen el Servicio Nacional de Inteligencia Criminal y el Grupo Nacional sobre el Crimen. Igualmente y aunque sólo sea a título de anécdota, resulta gráfico recordar aquí el origen de la denominación de la Mafia como *Cosa Nostra*, derivada de algo tan aparentemente trivial como la polémica mantenida a principios de los sesenta entre Robert Kennedy y J. Edgar Hoover —a la sazón Fiscal General de Estados Unidos y Director del FBI, respectivamente— acerca de la existencia o no de redes de crimen organizado.

Por último, más en nuestro entorno y circunstancia, valga referir cómo este pasado septiembre de 2004, en el discurso del Fiscal General del Estado en la apertura solemne del año judicial, se hace expresa referencia a la necesidad de reforzar la Fiscalía Especial Anticorrupción a fin de convertirla en una verdadera Fiscalía contra el Crimen Organizado, o Fiscalía Antimafia.

5. El papel de las Fiscalías Especiales

Al hilo de esto último y para concluir esta primera parte con unas reflexiones que nos vayan llevando al ámbito interno que será objeto de estudio en la siguiente sección, quizás sea interesante hacer una breve recapitulación acerca del papel que en nuestro país han jugado y pueden llegar a jugar las llamadas Fiscalías Especiales, como instrumento clave en la lucha contra las formas más complicadas de delincuencia.

Frente a quienes mantienen una postura radicalmente contraria a la existencia de las denominadas Fiscalías Especiales –a estos efectos, a las dos oficialmente existentes, la Fiscalía Antidroga y la Fiscalía Anticorrupción, creo que puede añadirse la Fiscalía de la Audiencia Nacional, que *de facto* actúa como una verdadera Fiscalía Especial Antiterrorista–, entiendo que el nuevo impulso que se anuncia por la Fiscalía General va en la dirección adecuada.

La existencia de este tipo de Fiscalías se ha mostrado a lo largo de los años no sólo como una medida adecuada, sino incluso imprescindible para llevar a cabo una efectiva lucha contra determinadas formas especiales de delincuencia, que requieren respuestas específicas por parte de los poderes públicos en general y del Ministerio Fiscal en particular. Las Fiscalías Especiales llevan a cabo una encomiable y difícilísima labor, en la que deben enfrentarse con adversarios –como ya se ha referido– que en no pocos casos tienen a su disposición más y mejores medios para cometer y encubrir sus delitos que aquellos que el Estado puede poner a disposición de los encargados de investigarlos. El carácter polémico que suele acompañar a no pocas de sus intervenciones ha de entenderse, pues, como consecuencia directa del especial perfil de los delitos y de los delincuentes con los que deben medirse a diario. Un delincuente de poca monta que es arrestado puede a lo sumo insultar al agente que le detiene, pero cuando un delincuente de cuello blanco o un capo de un grupo criminal organizado es detenido, lo que a veces se produce es que incluso grupos mediáticos se dedican a defenderle y a poner en tela de juicio la labor de quienes intentan llevar adelante la acción penal. El escándalo subsiguiente debe, pues,

entenderse como el mejor ejemplo de que el sistema de represión está funcionando adecuadamente y no como base para dudar acerca de la conveniencia de mantenerlo.

Conviene dejar claro, por otra parte, que las Fiscalías Especiales no constituyen en modo alguno una excepción a los principios generales de legalidad, imparcialidad, unidad de actuación y dependencia jerárquica que informan toda actuación del Ministerio Fiscal conforme se prescribe en el artículo 124 de la Constitución. La terminología no nos ayuda en este caso porque habría que considerarlas, desde este punto de vista, no como Fiscalías Especiales sino más bien como Fiscalías *especializadas*, ya que es éste el argumento básico que justifica su existencia: la necesidad de una adecuada especialización. Mantener –como se hace cuando se critica la existencia de las Fiscalías Especiales– que cualquier fiscal está igualmente capacitado para investigar la delincuencia organizada es ignorar la realidad y distraer la atención del verdadero núcleo del asunto. La cuestión no es discutir si hay fiscales más preparados técnicamente que otros (la respuesta afirmativa es tan obvia que no merece detenerse a comentarla) sino si debe haber fiscales con más medios personales y técnicos a su disposición para la realización de las tareas más complicadas. Y está claro que sólo este particular refuerzo en los medios materiales, unido al esfuerzo y dedicación de determinados fiscales especializados, puede llevarnos a incrementar la eficacia en la lucha contra ciertas formas de delincuencia.

Pretender, por otra parte, que las distintas Fiscalías territoriales están mejor preparadas para hacer frente a los complicadísimos casos de alta delincuencia económica es simplemente desconocer la categoría y la complejidad de esta clase de asuntos. Cualquiera de los grandes casos que actualmente se siguen en las Fiscalías Especiales sería capaz, por sí sólo, de colapsar más de una Fiscalía de Audiencia Provincial, muchas de las cuales carecen de una adecuada dotación de recursos humanos y materiales y que cada vez más tienen que prestar atención a los distintos aspectos en los que el Legislador reclama una más activa presencia de los miembros del Ministerio Fiscal (menores, violencia doméstica, siniestralidad laboral, etc.). Es precisamente a la vista de este panorama como mejor se aprecia la importancia que tiene no sólo la existencia de fiscales especializados, sino también de una especial estructura organizativa que pueda dar respuestas a las específicas necesidades que se plantean.

Por poner un concreto ejemplo referido a la Fiscalía Anticorrupción española, hay que enfatizar la importancia de las Unidades de Apoyo y de Policía Judicial, formadas por miembros del Cuerpo Nacional de Policía, de la Guardia Civil, de la Intervención General de la Administración del Estado y de la Agencia Tributaria, desde las que funcionarios de la más alta

cualificación profesional trabajan codo con codo con los fiscales, ocupando las mismas dependencias y manteniendo una estrecha y fructífera colaboración que redunde en interés de la Justicia. Este nivel de cooperación sería simplemente imposible si las distintas Fiscalías de las Audiencias Provinciales tuviesen que hacerse cargo de los asuntos que hoy corresponden a la Fiscalía Anticorrupción.

A lo ya expuesto hay que añadir que este modelo español de Fiscalía ha venido siendo estudiado e introducido en diversos países (Eslovaquia, Rumanía, Polonia, por citar sólo los europeos), con el pleno apoyo y aquiescencia de las instituciones comunitarias competentes. Así pues, la existencia de las Fiscalías Especiales —o especializadas— no sólo no es una rara y autóctona peculiaridad española en vías de extinción sino que por el contrario marca el camino del futuro.

PARTE II: EL REFLEJO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: LEYES CONTRA LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO Y EUROORDEN

Como anunciaba al principio, en esta segunda parte vamos a centrarnos en aquellos mecanismos de reacción que han tenido una mayor incidencia en el ordenamiento interno español por la existencia de reformas legales que les han dado carta de naturaleza, prestando especial atención a aquellas más recientes. Por ello y pese a su importancia para la materia que tratamos no me detendré en las reformas operadas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en lo tocante a la figura del agente encubierto o de las entregas vigiladas, contempladas en el actual artículo 282 bis introducido por la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero. Por razones distintas, no trataré tampoco la Ley 16/2003, de 10 de diciembre, que regula la cooperación con la Corte Penal Internacional, al no tener una relación más que tangencial con la materia objeto de estudio.

Por el contrario, sí haremos referencia a dos aspectos en los que nuevas leyes han venido a regular aspectos muy relevantes. Nos referimos a las leyes sobre prevención y bloqueo de financiación del terrorismo (Ley 12/2003 y L.O. 4/2003, ambas de 21 de mayo) y a las leyes sobre la orden europea de detención y entrega (L.O. 2/2003 y Ley 3/2003, ambas de 14 de marzo).

1. Las Leyes contra la Financiación del Terrorismo

Las leyes de 21 de mayo de 2003 contienen una regulación muy amplia para incrementar la intensidad de la lucha contra el terrorismo a través del cierre de los flujos financieros de que se nutren las organizaciones terroristas. Por ello y pese a que la materia específicamente regulada es el terrorismo, entiendo que no es escindible del marco más amplio de la lucha contra la criminalidad organizada transnacional, dada la evidente imbricación de todos los entramados criminales, lo que hace muy difícil una separación taxativa en esta materia. La regulación que someramente se enunciará a continuación debe entenderse, pues, como una manifestación más de la lucha global contra las organizaciones criminales de ámbito supraestatal.

En cuanto al impulso que subyace tras las referidas leyes, es de destacar que, pese a la existencia de una Decisión Marco en la materia, de 13 de junio de 2002, la legislación a estudiar no remite a ésta como inmediato antecedente suyo, sino al esfuerzo general que debe seguirse para mejorar el control de los flujos financieros de que se alimenta el terrorismo, en línea con las más recientes resoluciones de Naciones Unidas [la exposición de motivos de la Ley 12/2003 cita expresamente, entre otras, la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 1373 (2001) de 28 de septiembre].

Por su parte, el artículo 1 de la Ley 12/2003 nos define el amplio y ambicioso ámbito al que se circunscribe esta Ley: *«Con el fin de prevenir las actividades de financiación del terrorismo, son susceptibles de ser bloqueadas, en los términos previstos en esta Ley, las cuentas, saldos y posiciones financieras, así como las transacciones y movimientos de capitales, aun ocasionales, y sus correspondientes operaciones de cobro, pago o transferencia, en las que el ordenante, emisor, titular, beneficiario o destinatario sea una persona o entidad vinculada a grupos u organizaciones terroristas, o cuando se hubiera realizado la transacción, movimiento u operación con motivo u ocasión de la perpetración de actividades terroristas, o para contribuir a los fines perseguidos por los grupos u organizaciones terroristas»*.

Se trata, como se ve, de una redacción lo suficientemente amplia y abierta como para pretender englobar todos los posibles supuestos que interesan al legislador, que se completa con una amplísima definición en el artículo 7 de lo que se entiende por personas y entidades vinculadas a grupos u organizaciones terroristas.

Para llevar a cabo el pretendido control de los flujos financieros, la ley crea la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo, integrada en el Ministerio del Interior y presidida por el Secretario de

Estado de Seguridad, contando con cuatro vocales (un miembro del Ministerio Fiscal, designado por el Fiscal General del Estado; y un representante por cada uno de los Ministerios de Justicia, Interior y Economía, designados por los respectivos ministros) y un Secretario (el Director del Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias). Como veremos a continuación, la amplitud de las facultades que la Ley otorga a esta Comisión y el carácter ejecutivo de las mismas, hace particularmente indicada la presencia del Fiscal, único miembro no directamente vinculado al Ejecutivo y obligado a actuar en base a los principios de legalidad e imparcialidad.

En efecto, el artículo 2 de la ley especifica que corresponde a la Comisión *«acordar el bloqueo de los saldos, cuentas y posiciones, incluidos los bienes depositados en cajas de seguridad, abiertas por personas o entidades vinculadas a organizaciones terroristas en cualquiera de las entidades enumeradas en el artículo 4, así como la prohibición de la apertura de nuevas cuentas en las que figure como titular, autorizada para operar o representante, alguna de dichas personas o entidades»*, así como *«acordar el bloqueo del efectivo, valores y demás instrumentos provenientes de transacciones u operaciones financieras que el ordenante o el beneficiario, directamente o a través de persona interpuesta, hubiera realizado con motivo u ocasión de la perpetración de actividades terroristas o para contribuir a los fines u objetivos perseguidos por los grupos u organizaciones terroristas»*.

Además, es particularmente relevante, por lo que diremos a continuación, la facultad que el artículo 2.3 otorga a la Comisión al señalar que ésta *«cuando haya acordado el bloqueo podrá autorizar aquellas transacciones y sus correspondientes cobros, pagos o transferencias que tengan por finalidad la satisfacción de las deudas de carácter salarial, tributarias, de Seguridad Social o cualquiera de otra naturaleza con las que se evite el perjuicio a terceros de buena fe»*.

La decisión de bloqueo puede adoptarse *inaudita parte* –cuando la audiencia comprometa gravemente la efectividad de la medida o el interés público afectado– y surtirá efectos durante un máximo de seis meses (a no ser que el bloqueo dimane de una resolución o disposición adoptada por órgano competente de la Unión Europea o de cualquier organización internacional de la que España sea parte, en cuyo caso la duración vendrá determinada por esta resolución o disposición). Los seis meses podrán prorrogarse si subsisten las causas que motivaron el bloqueo, si bien se requiere autorización judicial para esta prórroga. Las decisiones de la Comisión son recurribles ante la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional.

A la vista de todo lo anterior, no deja de llamar la atención que sea perfectamente posible que se bloquee una cuenta sin conocimiento de su titular –con lo que mal podrá interponer recurso alguno contra dicha decisión– y de inmediato se acuerden pagos o transferencias de sus contenidos en base a lo previsto en el citado artículo 2.3 sin que exista recurso alguno que las pueda paralizar. Se puede conseguir, pues, un vaciado efectivo de dichas cuentas, con las consiguientes dificultades posteriores para resarcir los perjuicios causados en caso de revocaciones judiciales de las decisiones de la Comisión. Quizás sea éste uno de los efectos buscados, pero podría llegar a plantear problemas de legalidad en tanto en cuanto se entienda que la redacción excesivamente amplia de los preceptos habilitantes pueda llegar a afectar negativamente a algunos derechos de quienes se vean sometidos a estas medidas.

Finalmente y para concluir este somero esbozo sobre el contenido de la ley, baste indicar que se obliga a las entidades financieras a una serie de comunicaciones y vigilancias en relación con actividades o movimientos sospechosos, que se complementan con una exención de responsabilidad por cualquier incumplimiento contractual o de normas sectoriales en que se pudiera incurrir por estas entidades al dar cumplimiento a lo anterior.

2. LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA (EUROORDEN)

2.1 Consideraciones generales y sobre la utilidad de la euroorden

Tal y como se ha dicho con anterioridad, dentro de los numerosos mecanismos de cooperación que se han ido desarrollando para intentar ofrecer instrumentos válidos en el campo de la lucha contra la criminalidad organizada transnacional, merece una especial mención la denominada Orden Europea de Detención y Entrega (más conocida como euroorden) porque se trata de una muy novedosa regulación, que aún se encuentra en período de desarrollo; pero, en segundo lugar, porque es un instrumento que trasciende el aspecto relativo a la delincuencia organizada y que puede resultar de enorme importancia para la investigación de todo tipo de delitos y la ejecución de gran número de penas. Si a ello añadimos que su especial facilidad y sencillez permitirá su uso por cualquier Juzgado de Instrucción, se entiende la especial trascendencia que reviste esta nueva regulación. Hay que decir, además, que España ha sido pionera en su desarrollo legislativo y, como se comentará más adelante, es de largo el país que una mayor utilización ha hecho de este novedoso método de cooperación judicial.

Resulta de especial trascendencia enfatizar que, a diferencia de lo que sucede con otros instrumentos internacionales, que quedan en un ámbito muy alejado de la mayoría de órganos judiciales (y, por extensión, de los fiscales), la decisión acerca de la necesidad de emitir una euroorden y su concreto dictado queda a cargo del órgano judicial que se encuentre instruyendo la causa (cuando se trate de que se entregue a una persona para la práctica de diligencias penales) o ejecutando la pena o medida de seguridad. Habremos de ser, pues, los fiscales encargados de estos órganos quienes debamos instar o informar en nuestros respectivos juzgados acerca de la pertinencia o no de la emisión de la euroorden, así como sobre el modo en que deba llevarse a cabo.

La ejecución de las órdenes emitidas por autoridades judiciales extranjeras corresponde en nuestra legislación a la Audiencia Nacional, en los términos que veremos más adelante, si bien resulta igualmente de interés conocer pormenorizadamente cómo se regula el procedimiento de ejecución, puesto que las mismas garantías y causas de denegación que se establecen en nuestra legislación son las que las autoridades judiciales de ejecución de otros Estados miembros podrán esgrimir cuando hayamos emitido una orden por nuestra parte.

2.2 Antecedentes normativos e institucionales

Por hacer una breve referencia a los antecedentes, cabe decir que el Consejo Europeo extraordinario de Tampere de 1999 hizo especial hincapié en la importancia que para la adecuada cooperación judicial había de tener el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales emitidas en los distintos Estados miembros, como expresión de la homogeneidad de los ordenamientos en los ámbitos de derechos y libertades fundamentales y garantías procesales básicas. En esta línea, la Decisión Marco 2002/504/JAI sobre la orden europea de detención y entrega, adoptada por el Consejo de la Unión Europea el 13 de junio de 2002 –precisamente durante la Presidencia española– sienta las bases para una auténtica revolución en esta materia. Como tendremos ocasión de ver más pormenorizadamente en el análisis de la legislación nacional que traspone esta Decisión Marco, se introducen una serie de principios novedosos de la más alta trascendencia práctica:

- Cooperación judicial directa entre autoridades judiciales, con eliminación de la intervención gubernativa.
- Supresión –si no total, sí al menos muy amplia– del principio de doble incriminación.

- Reducción a la mínima expresión de los motivos de denegación de la cooperación solicitada.
- Supresión del principio de no entrega de nacionales.
- Reducción de la aplicabilidad del principio de especialidad.
- Creación de un formulario sencillo (la euroorden, propiamente dicha) con el fin de incentivar su más amplia utilización.
- Establecimiento de un procedimiento breve, ágil y sencillo.
- Regulación de mecanismos especiales para incrementar la cooperación, como es el caso de la llamada entrega temporal.

Lo que parece fuera de toda duda, es que la principal consecuencia del desarrollo del sistema de la euroorden no es otra que la desaparición de las extradiciones en el ámbito de la Unión Europea. Éste es, además, uno de los confesados objetivos. Se pretende superar el sistema de la extradición y se puede advertir cómo incluso se alteran de modo sustancial los términos empleados. Ya no se hablará de Estado requirente o requerido, sino que se hace referencia a los intervinientes como «*autoridad judicial de emisión*» y «*autoridad judicial de ejecución*». Las autoridades centrales quedan relegadas a un papel puramente testimonial que, en el caso español, lleva a que el Ministerio de Justicia sólo tenga competencias en materia de concurrencia de euroórdenes con peticiones de extradición (art. 23), en materia de tránsitos (art. 25) y en lo relativo a la elaboración de estadísticas.

Obviamente y dado el mecanismo elegido para llevar a cabo esta importante innovación legislativa en el seno de la Unión –la Decisión Marco–, el concreto modo en que se haya llevado a cabo la transposición de este texto en los distintos Estados miembros puede dar lugar a la introducción de diversos matices que pueden hacer diferir entre unos y otros la interpretación última que se pueda dar a algunos aspectos de esta regulación. Es por eso que los esfuerzos para conseguir interpretaciones y prácticas conformes con los principios inspiradores de la Decisión Marco han sido constantes.

En este marco cabe ubicar el Seminario celebrado en Toledo en noviembre de 2003 en el que participaron la Comisión Europea y las autoridades responsables de la orden de detención europea de Alemania, Francia, Reino Unido, Portugal y España, del que dimanaron las conocidas como Recomendaciones de Toledo, destinadas a permitir una más eficaz y fructífera entrada en vigor y aplicación práctica de la euroorden. A ellas me iré refiriendo a medida que se vayan analizando los distintos aspectos de la orden de detención, así como a las características de la misma a través del análisis del contenido de la concreta transposición que se ha llevado a cabo en nuestro país, a través de las ya mencionadas L.O. 2/2003 y Ley 3/2003, ambas de 14 de marzo.

2.3 El Atlas Judicial Europeo

Antes de entrar en el fondo de la regulación de la euroorden y dado el carácter eminentemente práctico que se quiere dar a este trabajo, creo de interés traer a colación una breve descripción de un importante instrumento a tener en cuenta a la hora de enfrentarse al enorme casuismo que hay que conocer para determinar el concreto modo en que debe llevarse a cabo la correcta cumplimentación de una euroorden: el Atlas Judicial Europeo.

Este atlas, (www.atlas.mj.pt), facilitado por el Ministerio de Justicia portugués, consiste en un sistema informático accesible mediante el empleo de la correspondiente clave (para acceder habrá que introducir un nombre de usuario y una clave, que pueden obtenerse a través de cualquiera de los fiscales miembros de la Red de Fiscales de Cooperación Jurídica Internacional, de la que existe un representante en cada una de las Fiscalías españolas), que permite de una manera rápida conocer cuanta información esté disponible en la red sobre el modo de cumplimentar la euroorden, con información sobre las autoridades de ejecución en cada Estado miembro, así como sobre cualesquiera declaraciones realizadas sobre diversas materias de interés (idiomas aceptados, plazos específicos, etc).

Este instrumento tiene una utilidad que va mucho más allá del ámbito de la euroorden, de modo que proporciona información sobre el órgano judicial o fiscal al que dirigir de forma precisa las comisiones rogatorias activas. Para ello es preciso responder a diversas preguntas, normalmente referidas al objeto de la diligencia interesada (terrorismo, materias aduaneras, etc., según los diferentes Estados) y a la localidad en que deba ejecutarse (pudiendo determinarse por consulta del mapa del Estado, por el nombre de la localidad o por el código postal). El resultado es la denominación del órgano jurisdiccional a requerir, incluyendo su dirección postal, teléfono, fax y dirección de correo electrónico.

El atlas incorpora asimismo otras informaciones del máximo interés:

- El listado de puntos de contacto internacionales de la Red Judicial Europea en los diferentes Estados, incluyendo su teléfono y dirección de correo electrónico, permitiendo de esta manera contactos tanto para perfilar los futuros actos de cooperación, como verificar el cumplimiento de los ya emitidos. Es precisamente la existencia de estos datos personales lo que aconseja no dar una publicidad excesiva a las claves de acceso requeridas por la página (ello no obstante, es de notar que hasta hace poco estas claves estaban colgadas en la página del Ministerio de Justicia, dentro del Protocolo de actuación sobre la euroorden, hecho éste que es de esperar quede solucionado en breve).

- Una comunicación directa con el proyecto SOLÓN (<http://solon.cgpj.es>), un glosario jurídico multilingüe de equivalencias.
- Un sistema automatizado de preparación de comisiones rogatorias (proyecto COMPENDIUM), en la actualidad en fase de pruebas. Su funcionamiento consiste en el rellenado de campos (identificación de la autoridad requirente y requerida, objeto de la diligencia, razones de urgencia, marco convencional aplicable, etc.) de modo que el resultado es una comisión rogatoria que resultará formalizada entre los diferentes estados.
- Las llamadas «fichas belgas», estudios en torno al funcionamiento de determinadas instituciones procesales penales en los diferentes estados. El origen de las mismas procede de las autoridades belgas, lo que explica su denominación. En la actualidad los puntos de contacto de cada Estado (en España, los designados en la Secretaría General Técnica de la Fiscalía General del Estado), se encargan de su actualización. Su utilidad se predica tanto de las comisiones rogatorias activas como de las pasivas, tanto de las que se basan en el convenio de 1959 del Consejo de Europa (y del Acuerdo de aplicación de Schengen) como las del convenio de 2000.

2.4 Concepto, autoridades competentes y ámbito de aplicación

La euroorden se configura, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 3/2003 como *«una resolución judicial dictada en un Estado miembro de la Unión Europea con vistas a la detención y entrega por otro Estado miembro de una persona a la que se reclama para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad»*.

Se hace preciso distinguir, pues, entre una autoridad judicial de emisión y una autoridad judicial de ejecución. Conforme a la legislación española, ésta última –es decir, la autoridad competente para ejecutar las peticiones dimanantes de autoridades judiciales de otros Estados miembros– será el Juzgado Central de Instrucción para la tramitación del procedimiento y para la resolución del mismo, excepto en los supuestos previstos en el artículo 18 de la ley (que la persona reclamada no consienta en la entrega, o que el Ministerio Fiscal aprecie la existencia de causas de denegación o condicionamiento a la entrega), caso en el que la resolución se reserva a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Pero lo verdaderamente importante desde un punto de vista práctico, como ya se ha comentado, es que para la emisión de una euroorden la autoridad competente es el juez o tribunal que conozca de la causa. Más en

concreto, y como especifica el artículo 5 de la ley, se puede dictar una euroorden:

a) Para proceder al ejercicio de acciones penales (reclamación de una persona contra la que se esté dirigiendo el procedimiento penal, conste o no su paradero), siempre que la pena (o medida) máxima en abstracto sea al menos de doce meses de privación de libertad.

b) Para proceder al cumplimiento de una condena, siempre que la pena o medida impuesta no sea inferior a cuatro meses de privación de libertad.

Lo antedicho excluye claramente del ámbito de aplicación de la euroorden aquellos casos en los que no nos enfrentemos a penas o medidas privativas de libertad, lo cual parece bastante razonable, habida cuenta que se trata de un mecanismo por el que se pone a disposición de una autoridad de otro Estado a una persona, con la consiguiente afectación al derecho a la libertad personal que ello implica. Este dato, por cierto, ha dado pie a voces, como es el caso de Cuerda Riezu, que critican el carácter ordinario de la Ley 3/2003, en tanto que regula una institución que indudablemente afecta el contenido de derechos fundamentales de la persona, consistiendo esencialmente la aprehensión de un sujeto para ponerlo a disposición de una autoridad judicial extranjera.

Resulta también de interés tener en cuenta que, debido al marco jurídico en el que nos movemos, se hace preciso conocer si el Estado de ejecución ha transpuesto la Decisión Marco o si ha efectuado alguna declaración en relación con límites relativos a la fecha de comisión de los hechos. En cualquier caso se podrá utilizar el mecanismo de emisión de la euroorden, si bien en aquellos supuestos en los que el estado de ejecución no haya adaptado aún su legislación o se trate de hechos anteriores a una determinada fecha establecida por dicho Estado, la consecuencia será la necesidad de remitir una petición de extradición con la documentación y por los canales exigibles de conformidad con las disposiciones vigentes en materia de extradición.

En el momento de redactar estas líneas –octubre de 2004– el sistema de la euroorden es de aplicación a todos los países de la Unión, con la única excepción de Italia, una vez que Chequia (que se encontraba pendiente de la firma presidencial, que no se llevó a cabo, devolviéndose el proyecto de nuevo al Parlamento) comunicó la fecha de 1 de noviembre de 2004 como la de entrada en vigor de su legislación de transposición. Así pues y desde el punto de vista territorial, sólo Italia queda de momento fuera del sistema de la euroorden y respecto de este Estado miembro seguirán vigentes las disposiciones en materia de extradición.

Sí es importante hacer notar cómo determinados países han establecido fechas específicas en lo que se refiere a los hechos que pueden dar lugar a la euroorden: Así, Francia sólo la admite para hechos posteriores al 1 de noviembre de 1993, mientras que Luxemburgo, Austria y Eslovenia sólo lo hacen para hechos posteriores al 7 de agosto de 2002, con la especialidad añadida en el caso de Austria de que hasta el final del 2008 podrá oponerse a la entrega de nacionales si falta el requisito de la doble incriminación. Letonia, por su parte, ha advertido de la necesidad de efectuar reformas constitucionales para poder permitir la entrega de sus nacionales, y otros Estados han hecho otro tipo de declaraciones para supuestos muy específicos (por ejemplo, en el caso de los territorios ultramarinos de Francia). El excesivo casuismo me hace de nuevo remitir al lector a la página del Atlas.

Precisamente la existencia de estos límites temporales establecidos por algunos Estados, hace que algunos se planteen los problemas que podrían derivarse de una eventual aplicación retroactiva inadecuada de la ley. Dice la Disposición Transitoria segunda de la ley española que su contenido se aplicará a las euroórdenes que se emitan tras su entrada en vigor (es decir, desde el 18 de marzo de 2003) «aun cuando se refieran a hechos anteriores a la misma». Como señala Cuerda Riezu, nada hay que oponer respecto los aspectos procesales de la ley, regulados por el principio *tempus regit actum*, pero resulta importante resaltar que no todas las disposiciones de la ley tienen este carácter procesal y que muchas pueden tener incluso una clara naturaleza penal (por ejemplo, la exigencia o no de la doble incriminación, o la exigencia de determinada pena para el hecho punible) disposiciones éstas que estarían de lleno bajo la prohibición de retroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos consagrada en los arts. 9.3 y 25.1 de la Constitución. Por ello el autor citado propone una interpretación conforme de la mencionada Disposición Transitoria en el sentido de entender que la euroorden sólo será aplicable para hechos anteriores cuando mediante su aplicación se beneficie a la persona buscada (lo cual, por cierto, se nos antoja hartó difícil).

Pese a lo mantenido por este autor, no es menos cierto que la interpretación general va en sentido contrario, hasta el punto que en las Recomendaciones de Toledo se aconseja incluso que cuando se detenga a una persona sobre la base de una descripción introducida en el SIS anterior a la entrada en vigor de la euroorden, se interprete que ésta será aplicable siempre que la autoridad judicial que introdujo la descripción emita de inmediato –y en todo caso antes de que se produzca la puesta a disposición judicial de la persona detenida– una orden europea que respalde la detención.

2.5 Procedimiento para la emisión.

Una vez que se ha comprobado que nos encontramos en el ámbito de aplicación de la euroorden, el procedimiento a seguir por el Juzgado español es fácil: consiste en cumplimentar el formulario que aparece detallado como anexo en la propia ley —es este formulario el que propiamente puede llamarse euroorden— y al que puede tenerse acceso en cualquiera de los idiomas en que resulta aplicable desde la tantas veces citada página del Atlas, y deberá remitirlo de forma directa a la autoridad judicial del Estado de ejecución en el que se encuentre la persona reclamada. Obviamente, esto último no será posible cuando se ignore el paradero de la persona reclamada, supuesto en el que deberá remitirse el formulario a las oficinas Sirene España (ámbito Schengen) y OCN Interpol España (ámbito internacional) para que surta efectos, respectivamente, como euroorden y como orden internacional de busca y captura. En este último caso y desde el punto de vista práctico, cabe mencionar que se hacen precisos cuatro ejemplares del formulario de la euroorden: uno para Sirene, otro para OCN Interpol, otro para la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia, y otro para constancia en la causa. Para contactar con Sirene: 91 537 23 05 y 18 (sirene@ses.mir.es) y con OCN Interpol: 91 582 29 80 y 72 (ocninterpol@dgp.mir.es).

Pese a que la transmisión por Sirene e Interpol puede contemplarse como más cómoda (como veremos de inmediato, no es preciso acompañar de traducción alguna), no hay que olvidar que el modo normal de tramitación habrá de ser ante la autoridad judicial de ejecución que corresponda según el país en que se encuentre la persona reclamada, de modo que, incluso si se emitió la orden a través de Sirene e Interpol, una vez que la persona sea habida, deberá procederse de forma directa ante la autoridad judicial del Estado de ejecución. Resulta de importancia capital tener en cuenta que, según los diferentes países, existen plazos para esta comunicación que, de ser rebasados, producirán la inmediata puesta en libertad de la persona reclamada (Así, Portugal y Reino Unido han establecido un plazo de cuarenta y ocho horas, mientras que Dinamarca, Bélgica, Finlandia, Irlanda y Suecia se refieren al plazo que determine la autoridad de ejecución).

A los efectos de poder determinar las autoridades judiciales competentes, así como para tener acceso al glosario de términos jurídicos y a los formularios de euroorden en los diferentes idiomas de la Unión, resulta de nuevo inestimable ayuda la página del Atlas, máxime si tenemos en cuenta que no todos los Estados miembros han optado por centralizar sus respectivas autoridades de ejecución, manteniendo una pluralidad de autoridades (es el caso de Portugal, Francia o Polonia, entre otros).

En cuanto a los aspectos más prácticos de la transmisión, determina el artículo 7 de la ley que la comunicación deberá llevarse a cabo por cualquier medio fiable que permita tener constancia escrita, así como que cualquier dificultad que pudiera surgir en relación con la transmisión o la fiabilidad de algún documento deberá solventarse mediante comunicación directa entre autoridades judiciales.

Las Recomendaciones de Toledo insisten particularmente en estos puntos que hemos tratado. Se recuerda la necesidad de una interpretación flexible en materia de vías y mecanismos de transmisión y recepción de la euroorden, de modo que se admitan vías como el correo certificado, el fax, el correo electrónico o cualesquiera otras, instando a que cualquier duda en relación con la autenticidad de la orden recibida se solvete mediante el contacto directo entre autoridades judiciales, para lo que podrá recurrirse a todo el elenco de instrumentos europeos de cooperación judicial (entre ellos, los magistrados de enlace, la Red Judicial Europea de puntos de contacto y Eurojust). Pese a todo hay que constatar cómo se han dado algunos problemas en la práctica, puestos de manifiesto por el informe de la Dirección General de Justicia e Interior de la Comisión Europea de 22 de junio de 2004.

Por ejemplo, se insiste en que no es preciso transmitir la decisión judicial que sirve de base para la emisión de una euroorden (por más que se han dado algunos problemas en la práctica cuando se han transmitido éstas o se han requerido por parte de la autoridad de ejecución). De igual modo, se constata que la mayoría de los estados admiten el fax para proceder a dar por recibida la euroorden sin requerir el envío del original. El mismo informe pone de relieve –como ejemplo de lo que no debería suceder– el caso acaecido en una euroorden emitida por España a Francia en el que la euroorden tuvo que ser entregada por un piloto de línea aérea ante la exigencia de que se transmitiese el original.

2.6 El inevitable problema del idioma

Como apuntaba más arriba, el idioma es el sempiterno problema con el que se termina chocando tarde o temprano en las relaciones dentro de la Unión, por lo que las Recomendaciones de Toledo proponen la elaboración de acuerdos prácticos que hagan posible encontrar soluciones útiles y minimizadoras del coste. Así, en cuanto al idioma en que debe cumplimentarse la euroorden, se hace preciso distinguir:

a) Cuando se trate de comunicación directa con la autoridad judicial del Estado de ejecución, deberá hacerse en español acompañada de traduc-

ción al idioma oficial del otro Estado o a aquel idioma aceptado por éste. Aunque el casuismo en este punto es enorme, podemos al menos apuntar que algunos países —es el caso de los países escandinavos y bálticos— aceptan el inglés además del suyo propio; otros, como es el caso de Hungría, aceptan el inglés, el francés y el alemán, pero sólo respecto de aquellos Estados de emisión que también acepten lenguas distintas a la suya propia para la recepción de la euroorden; Alemania, por su parte, admite cualquier idioma en el que esté emitida la euroorden siempre y cuando el Estado de emisión admita la recepción de la misma en alemán. Ni que decir tiene que España, dado el dominio de lenguas foráneas habitual en nuestro país, acepta única y exclusivamente el español (si bien es cierto que, desde el punto de vista de la ejecución y en aplicación de lo previsto en el artículo 10.2 de la ley, la Audiencia Nacional ha decidido en algunas ocasiones la traducción de oficio de alguna euroorden recibida vía Sirene o Interpol para agilizar el procedimiento).

b) Cuando se remita a Sirene y OCN Interpol bastará remitirla en español, sin perjuicio de que haya que actuar conforme al apartado anterior una vez que la persona sea localizada y haya que dirigirse a una concreta autoridad judicial de ejecución.

2.7 El mecanismo de las entregas temporales

Para concluir con este somero repaso a las características de la euroorden desde el punto de vista de su emisión, queda tan sólo aludir a la posibilidad contemplada en el artículo 8 de que se solicite una entrega temporal de la persona reclamada. Esta petición procederá tanto si aún no existe una decisión sobre la entrega definitiva, como cuando se haya decidido suspender la entrega de la persona reclamada en base a algunas de las causas contempladas en la Decisión Marco —o en el artículo 21 de la ley cuando deba ejecutarse la euroorden en España—: existencia de causa o pena pendiente en el país al que pertenezca la autoridad judicial de ejecución.

La solicitud de entrega temporal podrá hacerse en la propia euroorden o en un momento posterior, y consiste en la posibilidad de solicitar, antes de la resolución sobre la entrega por parte de la autoridad judicial de ejecución o una vez suspendida la entrega:

— bien que se tome declaración a la persona reclamada (en cuyo caso la autoridad judicial española deberá desplazarse al estado de ejecución para la toma de declaración, con arreglo al derecho del estado de ejecución y en las condiciones que acuerden ambas autoridades judiciales);

– bien que se proceda a la entrega temporal del reclamado para la práctica de diligencias o asistencia a juicio oral.

El uso de videoconferencia en algunos de estos supuestos puede ser una inmejorable solución y así se sugiere en las Recomendaciones de Toledo.

Los artículos 16 y 21 de la ley, por su parte, no hacen sino contemplar esta misma posibilidad desde el punto de vista opuesto, cuando sea la Audiencia Nacional la autoridad judicial de ejecución.

2.8 Ejecución de la euroorden: los principios de doble incriminación y de especialidad

Y precisamente, llegados a este punto de la exposición, conviene ya pasar a hacer una serie de reflexiones desde el punto de vista de la ejecución de las órdenes de ejecución, por más que sean competencia de la Audiencia Nacional, por cuanto que el modo en que se interpreten determinados preceptos nos va a dar la pauta de cómo pueden llegar a resolver las autoridades judiciales de otros países respecto de la euroórdenes que se planteen por autoridades judiciales españolas.

Y comentábamos al inicio de este apartado que uno de los principales logros de esta regulación era haber eliminado en un buen número de casos la exigencia de la doble incriminación para proceder a la entrega de las personas reclamadas. En efecto, el artículo 9.1 de la ley –ya dentro del Capítulo III referido no a la emisión sino a la ejecución de las órdenes de detención y entrega– contempla en línea con la Decisión Marco que no podrá controlarse si existe doble tipificación de aquellos delitos castigados en el Estado de emisión con una pena máxima de al menos tres años de privación de libertad siempre y cuando estén incluidos en alguna de las siguientes categorías:

- pertenencia a organización delictiva,
- terrorismo,
- trata de seres humanos,
- explotación sexual de los niños y pornografía infantil,
- tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas,
- tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos,
- corrupción,
- fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas con arreglo al Convenio de 26 de julio de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas,
- blanqueo del producto del delito,
- falsificación de moneda, incluida la falsificación del euro,

- delitos de alta tecnología, en particular delito informático,
- delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas,
- ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal,
- homicidio voluntario, agresión con lesiones graves,
- tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos,
- secuestro, detención ilegal y toma de rehenes,
- racismo y xenofobia,
- robos organizados o a mano armada,
- tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte,
- estafa,
- chantaje y extorsión de fondos,
- violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías,
- falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos,
- falsificación de medios de pago,
- tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento,
- tráfico ilícito de materiales radiactivos o sustancias nucleares,
- tráfico de vehículos robados,
- violación,
- incendio voluntario,
- delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional,
- secuestro de aeronaves y buques,
- sabotaje.

En el resto de casos –siempre dentro de los límites generales a que aludíamos al principio y que se regulan en el artículo 5.1– podrá supeditarse la entrega a que los hechos sean constitutivos de delito conforme a la legislación española.

Del mismo modo que la euroorden supone una auténtica revolución en el marco del principio de doble incriminación, lo mismo puede decirse en relación con el principio de especialidad –esto es, la imposibilidad de que la persona entregada pueda ser perseguida por hechos distintos y anteriores a aquellos por los que se acordó la entrega–. El nuevo marco normativo establecido por la Decisión Marco permite que los Estados miembros hagan una declaración ante la Secretaría General del Consejo en el sentido de que el consentimiento para la entrega se hace incluso para hechos distintos y anteriores a aquellos por los que se lleva a cabo la entrega, salvo oposición por parte de la autoridad judicial de ejecución recogida en su resolu-

ción de entrega. No obstante lo anterior y con independencia de ello, la ley española (art. 24.3 y 4) y la Decisión Marco (art. 28.3) recogen una serie de casos en los que no se aplicará el principio de especialidad (cuando habiendo tenido oportunidad para ello, la persona entregada no abandone el territorio del Estado al que se entregó en cuarenta y cinco días o, habiéndolo abandonado, regrese al mismo; cuando la infracción no conlleve pena o medida privativa de libertad; por renuncia expresa del interesado, antes o después de la entrega; consentimiento de la autoridad judicial de ejecución; etc.).

Un sistema análogo se establece para casos de entrega o extradición de la persona a Estado miembro distinto del Estado de ejecución por infracciones distintas y anteriores a la que motivó la entrega (arts. 26 a 28 de la ley española).

2.9 Garantías para la entrega

Junto con el ámbito objetivo de aplicación que nos queda definido conforme se acaba de indicar, es imprescindible aludir a una serie de garantías a exigir por el Estado de ejecución y que permiten condicionar la entrega. Éstas, junto con las causas de denegación que más abajo se analizarán, sirven para delimitar negativamente el ámbito de efectividad de la orden europea de detención y entrega. Así, el artículo 11 de la ley establece dos garantías –una con carácter absoluto y otra opcional– a solicitar del Estado de emisión:

a) respecto de hechos que estén castigados con pena o medida privativa de libertad a perpetuidad, España condicionará la entrega a que exista en el ordenamiento del Estado de emisión medidas de revisión de la pena impuesta o bien medidas de clemencia a las que la persona reclamada se acoja, con vistas a la no ejecución de la medida.

b) en supuestos de órdenes para el ejercicio de acciones penales contra persona española, podrá supeditarse a la condición de que sea devuelta a España para cumplir la pena o medida que eventualmente pudiera imponérsele.

Hay que señalar que la ley española sólo transpone dos de las tres garantías posibles contempladas en la Decisión Marco, eliminando la opción de supeditar la entrega a la posibilidad de celebración de nuevo juicio cuando se trate de resoluciones dictadas en rebeldía. Esta postura del legislador puede entenderse como un paso más en la lucha contra determinadas interpretaciones de nuestro Tribunal Constitucional (por todas, la STC 91/2000) que habían resultado contrarias a la posibilidad de realizar

extradiciones de personas juzgadas en rebeldía —en particular a Italia—. Como expone acertadamente Rodríguez Sol, el mantenimiento de este tipo de posturas es incompatible con la realidad de un espacio judicial común que parte necesariamente de la premisa de una confianza mutua en los sistemas jurídicos de los restantes Estados miembros.

Pero volviendo a la primera de las garantías contenida en la ley, es evidente que viene motivada por la necesidad de que se eviten penas a perpetuidad que impidan una efectiva resocialización o reeducación y que, por tanto, pudieran considerarse contrarias al artículo 25.2 de la Constitución española. Es precisamente por ello que habrá que entender que la entrega sólo se deberá producir cuando existan medidas de revisión obligatorias de estas penas, o bien cuando la persona reclamada se haya acogido a las medidas de clemencia (el tiempo verbal usado tanto en el artículo 5 de la Decisión Marco como en el comentado artículo de la ley española parece indicar que no es suficiente para entender cumplida esta garantía el que la persona se pudiera llegar a acoger a medidas de clemencia, sino que debe haberse ya acogido a tales medidas, puesto que lo contrario implicaría que la mera existencia de la posibilidad de un indulto gubernamental —medida existente en todos los ordenamientos de la Unión— llevaría a entender cumplida la garantía del artículo 11, convirtiéndola, *de facto*, en papel mojado).

Por otra parte, pienso que habrá que entender por pena a perpetuidad aquellas que consistan en reclusión de por vida, sin entrar a valorar si determinadas penas de elevada duración —las superiores a quince años, según cierto sector de la doctrina— pueden o no llegar a ser equiparadas a la cadena perpetua. De no hacerlo así, estaríamos entrando a valorar el ordenamiento del Estado al que pertenezca la autoridad de emisión más allá de los límites razonables para un instrumento que parte de la mutua confianza, debiendo entrar a ponderar circunstancias tales como las condiciones de los centros penitenciarios, la regulación de beneficios penitenciarios, la existencia o no de factores de corrección de la duración nominal de las penas como las acumulaciones de condena, etc.

2.10 Causas de denegación de la entrega

Otra cuestión fundamental y que será clave para determinar el éxito o el fracaso del sistema de la euroorden es la existencia de una serie de causas de denegación, más reducidas que en el sistema de extradición, pero que pueden llevar a situaciones incompatibles con el espíritu de la Decisión Marco, si no se interpretan adecuadamente.

El artículo 12 distingue dos grupos de causas de denegación de la entrega: las tres obligatorias contempladas en el apartado 1 (existencia de cosa juzgada en cualquier Estado miembro; persona no responsable criminalmente por razón de su edad conforme al derecho español; e indulto en España por la pena derivada de los mismos hechos si para éstos hubiera sido competente la jurisdicción española –aunque la redacción de la ley no es muy afortunada en este punto–); y los nueve apartados recogidos en el apartado 2, que se establecen como causas de denegación potestativas.

Si bien nada hay que oponer a las causas del apartado primero (salvo la desafortunada redacción del último supuesto, ya que si se parte de que existe un indulto en España por los mismos hechos, resulta innecesario añadir que el requisito de que éstos fuesen perseguibles por la jurisdicción española, porque es evidente que ya lo fueron) algo más problemática resulta la regulación del apartado segundo. Como indica Cuerda Riezu, el verdadero problema consiste en que se articulan una serie de causas de denegación potestativa (posibilidad de sujetar a la doble incriminación en base al art. 12.2.a en relación con el art. 9.2; cuando se trate de delitos cometidos en todo o en parte en territorio español; cuando se trate de delitos cometidos fuera del Estado de emisión y el ordenamiento español no permita su persecución cuando se hayan cometido fuera de España; etc.) en las que nada se dice en la ley acerca de cuáles deban ser los criterios a adoptar por el juez a la hora de discernir acerca de la entrega o no. Ofrecer tan amplio margen de discrecionalidad en materia que afecta tan directamente a derechos fundamentales puede considerarse incluso, a juicio del citado autor, como inconstitucional por otorgar facultades excesivas al juez sin proporcionarle criterios legales claros para basar su decisión. O, por decirlo en la más clásica expresión de Bacon: *«optima est lex quae minimum relinquit arbitrio judicis»*.

A esto hay que añadir que algunas de las causas de denegación que aparecen como potestativas (que se haya acordado el sobreseimiento libre por los mismos hechos; o que haya recaído en algún Estado miembro una resolución definitiva por los mismos hechos que impida definitivamente el posterior ejercicio de acciones penales; o la prescripción conforme a la ley española si para los hechos hubiera sido competente la jurisdicción española) deberían ser consideradas como obligatorias, a la vista de su contenido.

Como decimos, quizás este tipo de indeterminaciones son las que han dado pie a algunas dificultades prácticas que se han planteado, incluyendo algunos casos que afectan directamente a España, como la denegación de la entrega de una persona por un tribunal belga, posteriormente revocada por el Tribunal de apelación.

2.11 Procedimiento de ejecución

El procedimiento que se articula es breve y sencillo. Conforme a los artículos 13 y ss. de la ley, la euroorden se debe tramitar con carácter de urgencia, jugando los plazos de 72 horas para la eventual detención policial y existiendo otras 72 hasta la celebración de la vista ante el Juez Central de Instrucción, a la que deberá asistir el Ministerio Fiscal, la persona reclamada con asistencia de letrado e intérprete en su caso, y en cuyo seno podrá practicarse prueba sobre la concurrencia de causas de denegación o condicionamiento de la entrega; así como podrá el Juez acordar la petición de información complementaria a la autoridad de emisión. Lógicamente, podrán adoptarse cuantas medidas cautelares se estimen pertinentes, incluyendo la prisión provisional.

Si en el curso de la audiencia la persona consiente en su entrega (este consentimiento es irrevocable en el caso de la ley española, pero no en los casos de Bélgica, Dinamarca, Irlanda, Finlandia y Suecia, quienes entienden que este consentimiento podrá revocarse en cualquier momento anterior a la entrega), ésta se llevará a cabo en diez días (siempre que no concurran causas de denegación o condicionamiento). Si el reclamado no consintiere, el plazo para adoptar la decisión se amplía a sesenta días, prorrogable por otros treinta.

La entrega se llevará a cabo por un agente de la autoridad española a la autoridad designada por la autoridad judicial de emisión, dentro de los diez días siguientes a la decisión de entrega. Las Recomendaciones de Toledo animan a las autoridades judiciales a que contemplen siempre estos plazos como máximos y a que realicen todos los esfuerzos para que el procedimiento se sustancie de la manera más expeditiva posible.

2.12 Causas de suspensión de la entrega

Prevé la ley en su artículo 20.3 una cláusula excepcional por la que cabe la suspensión de la entrega por motivos humanitarios graves, hasta que cese la causa que motivó la suspensión. Habrá que estar atentos para evitar que por esta vía se pueda dejar sin efecto la orden de entrega, dada la facilidad con que determinadas dolencias físicas o psicológicas se desarrollan en determinados individuos cuando saben que van a ser entregados a la acción de la Justicia. La doctrina que el Tribunal Constitucional ha ido sentando en materia de aplicación de beneficios penitenciarios por razones humanitarias puede ser de aplicación en esta materia para evitar abusos (por otras muchas, valga citar la STC 48/96).

Por otra parte, el artículo 21 permite suspender la entrega de la persona si ésta tiene causa penal pendiente en España por hechos distintos a los que motivan la euroorden, en cuyo caso se podrá decidir por la Audiencia Nacional suspender la entrega hasta la celebración del juicio o hasta el cumplimiento de la condena. En ambos casos, no obstante, podrá acordarse la entrega temporal a la autoridad de emisión.

2.13 Los supuestos de concurrencia

Uno de los apartados en que se ve más claramente las diferencias que subyacen entre el sistema instaurado por la euroorden y el anterior de la extradición, es precisamente la regulación que contiene el artículo 23 de la ley para solventar los casos de concurrencia entre diversas euroórdenes o entre una euroorden y una solicitud de extradición.

En el primer caso –varias euroórdenes concurrentes– la decisión corresponde en exclusiva a la autoridad judicial de ejecución, quien decidirá sobre la prelación entre las diversas órdenes teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes y, particularmente, la gravedad relativa de los delitos y si se trata de euroórdenes para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de penas. Se prevé en este caso la posibilidad de solicitar dictamen a Eurojust a fin de tener más elementos de juicio que permitan tomar una determinada decisión.

En el segundo de los supuestos, es la Autoridad Central quien toma el protagonismo, elevándose propuesta por el Ministro de Justicia al Consejo de Ministros, quien deberá decidir tomando como base los parámetros ya referidos en el supuesto anterior. Estos trámites se regirán por las disposiciones de la Ley de Extradición Pasiva. Caso de que se decida dar prioridad a la euroorden, se devolverá el procedimiento a la autoridad judicial de ejecución para que continúe con el mismo.

2.14 Primeros indicadores prácticos recogidos

Unas palabras podemos también dedicar a la incidencia efectiva que hasta ahora va teniendo la orden europea de detención y entrega. Más arriba ya aludíamos a un informe de la Dirección General de Justicia e Interior de la Comisión Europea de fecha 22 de junio de 2004, en el que se hacen públicos los primeros resultados acerca del desarrollo práctico de la euroorden. Se reconoce que ha estado en vigor muy poco tiempo para obtener resultados fiables y que la ausencia de transposición en las legislaciones nacionales impide una visión global, pero los primeros

indicadores son más que optimistas (hay que tener en cuenta, no obstante, el sesgo favorable que puede esperarse de una institución como la que efectúa el muestreo).

Se comienza reconociendo que hay una gran diferencia en el modo en el que los distintos Estados miembros han llevado a cabo las obligaciones derivadas de la Decisión Marco, no tanto porque no se respete la literalidad de ésta a la hora de efectuar la transposición, sino porque no todos han establecido mecanismos adecuados de formación para sus autoridades judiciales en cuanto al modo de proceder en la emisión y ejecución de la euroorden. Justo es reconocer que por una vez –y esperemos que sirva de precedente– España se ha preocupado especialmente de llevar a cabo esta formación (tanto en la página del Ministerio de Justicia www.justicia.es como en la del Consejo General del Poder Judicial www.poderjudicial.es existe una información más que suficiente desde el punto de vista práctico, a lo que hay que añadir la existencia de la Red Judicial Española de Cooperación Judicial Internacional y la Red de Fiscales de Cooperación Judicial Internacional, cuyos miembros reciben una especial formación en esta materia).

Así las cosas, no resulta extraño que de las 775 euroórdenes emitidas hasta junio del 2004, nada menos que 330 correspondieran a España (la lista continúa con las 206 de Francia, 60 de Suecia, 54 de Bélgica, 47 del Reino Unido, 21 de Dinamarca, 20 de Portugal y Holanda, etc.). Los dos únicos casos de denegación de la entrega afectan a España: uno por parte de Bélgica –solucionado por el Tribunal de Apelación– y otro por parte de Francia. Setenta personas han sido objeto de detención con base en una euroorden y 105 han sido entregadas al Estado emisor.

Por lo que hace a los plazos desde el punto de vista de las autoridades de ejecución, España informó una media de treinta y cinco días hasta la entrega de la persona (que se elevan hasta una horquilla que va de nueve a doce meses cuando ésta no consiente en la entrega), Portugal informó de una media de diecinueve días (en todos los casos, con consentimiento del reclamado), y Bélgica, sobre una base de 20 casos, informa de siete días de media si hay consentimiento y veintiséis si no existe.

El estudio no aporta datos acerca de si estas cifras son mero reflejo de la incidencia de las extradiciones en el sistema anterior a la euroorden o si, por el contrario, ha habido variación numérica sustancial debido al cambio de sistema.

3. ALGUNAS PROPUESTAS LEGISLATIVAS EN MARCHA

Como puede observarse, se ha ido produciendo en un lapso muy breve de tiempo una serie de cambios de primera magnitud, lo cual no siempre es adecuadamente asimilado por las legislaciones y las autoridades nacionales. La rapidez con la que se suceden las diferentes regulaciones hacen una tarea poco menos que hercúlea el intentar mantenerse mínimamente al día acerca de los procedimientos aplicables, de los Estados a que se extiende una determinada regulación, etc. En la línea que ya se anticipó más arriba, esta es una razón más para que se refuercen en los diferentes órganos judiciales y en la Fiscalía una especialización que permita obtener todos los beneficios que pone a nuestra disposición el siempre cambiante panorama del derecho procedente de Bruselas.

Por citar tan sólo algunas de las iniciativas que pueden venir a incrementar el acervo normativo ya existente en la materia, quizás resulte de interés hacer una breve referencia a dos propuestas de Decisión Marco que pueden llegar a tener una especial incidencia en la materia de la lucha contra la delincuencia organizada transnacional. Nos referimos a la propuesta de Decisión Marco 2003/0270 *«sobre el exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal»*, y a la propuesta de Decisión Marco 2004/0221 *«sobre intercambio de información y cooperación sobre delitos de terrorismo»*.

La primera propone sustituir los actuales procedimientos de asistencia judicial por un «euroexhorto» de obtención de pruebas basado en el principio de reconocimiento mutuo. Se trataría de una solicitud hecha mediante una decisión judicial que se reconocerá inmediatamente en cualquier Estado miembro sin necesidad del exequátur, realizadas a través de un modelo único normalizado, con plazos comunes y con una serie de salvaguardias mínimas. El euroexhorto se podría utilizar para la obtención de datos de registros públicos de otros Estados, para solicitar datos de cuentas bancarias, o para cualesquiera otros datos o informes que ya existieran con anterioridad a la expedición del exhorto (comunicaciones interceptadas, declaraciones de testigos, interrogatorios a sospechosos, resultados de pruebas de ADN, etc.). No podría, por el contrario, utilizarse para pedir nuevos informes periciales. El exhorto europeo permitirá al Estado requirente especificar el objetivo deseado, para dejar al Estado requerido que obtenga las pruebas de conformidad con su propia legislación. Así pues, el Estado requerido no puede negarse a obtener las pruebas pero determina en qué

modo deben obtenerse. Sería, como se ve, un perfecto y necesario complemento a la orden europea de detención y entrega.

La segunda propuesta de Decisión Marco, por su parte, contiene una serie de preceptos en relación con cuestiones tales como la retipificación de determinadas conductas como la pertenencia a organizaciones delictivas; el establecimiento de listados de personas, grupos y entidades que se consideran vinculados a organizaciones terroristas; el establecimiento de un sistema eficaz de registro de cuentas bancarias; establecimiento de un registro europeo de penados; o el desarrollo de sistemas que impliquen un verdadero intercambio total de información entre los aparatos policiales de los Estados miembros; entre otras.

4. BREVE EXCURSO CRÍTICO

Así pues y a la vista de cuanto hasta ahora se ha venido analizando, parece que hay base para ser optimista. No obstante, y quizás para mostrar un cierto contrapunto con el optimismo generalizado, no quiero dejar pasar esta ocasión sin manifestar una prevención que se refiere a las bases mismas de la orden europea de detención y entrega, esto es, a la existencia de una verdadera confianza mutua entre los Estados miembros a los efectos que aquí nos interesan.

Con carácter general, los pasos que se están dando hacia la consecución de un verdadero espacio judicial común en el seno de la Unión nos hacen concebir esperanzas más que fundadas de que los resultados van a ser inmediatos y fructíferos. No obstante, hay que ser también conscientes de que no todo debe verse de color de rosa. La reciente ampliación al Este ha dado entrada en la Unión a una serie de países que, pese al indudable esfuerzo que han realizado para acomodar sus ordenamientos y estructuras a los estándares comunitarios, tienen aún un gran trecho por recorrer para colocarse al nivel de los miembros más antiguos. Y ello, obviamente, tiene un inmediato reflejo en la materia que nos ocupa, esto es, la posibilidad de construir un verdadero espacio judicial común en el seno de la Unión. En este sentido se ha pronunciado recientemente la asociación belga «Abogados por el mundo», la cual el 21 de junio de 2004 ha llegado a pedir la anulación de la ley reguladora de la euroorden ante el Tribunal Constitucional belga por considerar que *«no todos los países europeos son igual de avanzados con respecto a garantizar el respeto de los derechos humanos, y la euroorden da muy pocas posibilidades al poder judicial para negar una solicitud de entrega, lo que no asegura un juicio justo»*.

La postura anterior puede considerarse como extrema, pero no deja de ser cierto que, pese a encontrarnos formalmente ante legislaciones que pueden parangonarse con las más modernas y avanzadas en Europa, no son pocos los problemas con que nos encontramos en la práctica en estos países de nuevo ingreso. No hay que olvidar que tanto la judicatura como la fiscalía aparecen invariablemente en los diversos estudios que se realizan desde instancias imparciales (Comisión Europea, Transparencia Internacional, etc.) como encuadrados entre las instituciones o sectores más corruptos. Por poner un ejemplo tomado del ámbito judicial eslovaco –del que más directamente tengo conocimiento–, ha sido necesario un decidido esfuerzo para instaurar un sistema aleatorio de reparto de casos por ordenador para evitar las corruptelas e ilegalidades en que se incurría con anterioridad, dado que prácticamente se podía llegar a elegir juez, o bien los jueces podían decidir no hacerse cargo de determinados casos por sus características. Las sospechas alcanzaban hasta el propio Tribunal Supremo, en cuyo seno se han producido numerosos escándalos que sería prolijo reproducir en el reducido espacio con el que contamos. No es difícil encontrarse con ciudadanos dispuestos a referir casos concretos en los que se han visto directamente implicados en pagos ilegales a policías, fiscales o jueces. Y la lista de irregularidades podría continuar con un largo etcétera.

Como habrá podido entreverse, una ominosa nube levita persistentemente sobre este paisaje: la sempiterna corrupción. Todo ello lleva a que los índices de percepción de corrupción estén particularmente altos y, como problema adicional, que la lucha contra ésta sea especialmente complicada, ya que aquéllos a quienes debería estar encomendada esta lucha son precisamente los más afectados por la corrupción que hay que combatir. No se olvide que en el Índice de Percepción de Corrupción de 2003, que anualmente publica Transparencia Internacional –los puestos ordinales más bajos corresponden a aquellos países en el que menos corrupción se percibe–, la República Checa aparece en el puesto 54, Eslovaquia en el 59 –empatada con Colombia y El Salvador– y Polonia en el puesto 64 –igualada con México–. Huelga decir que los primeros puestos aparecen copados por los países nórdicos –Finlandia, Islandia y Dinamarca–, mientras que España aparece empatada con Francia en un modesto vigésimo tercer puesto.

A todo lo dicho se puede añadir la existencia de una serie de caracteres o tendencias en el cúmulo legislativo producido, que han sido puestas de manifiesto, entre otros, por autores como Vögel; indica este autor que todo el proceso de refuerzo de la cooperación judicial en el ámbito de la Unión está marcado por lo que él denomina un fuerte sesgo acusador (*«prosecution bias»*) que entiende contrario a la debida igualdad de armas. En efecto, la materia de

cooperación judicial penal en el ámbito internacional ha tenido siempre un componente basado en los Estados y en los miembros de las organizaciones dedicadas a perseguir los delitos (policías, fiscalías y judicaturas) sin que se haya dado mucho papel a las organizaciones de abogados para hacer valer sus puntos de vista. Pueden citarse en este sentido disposiciones como la contenida en el artículo 32.1 de la Decisión Marco que crea la euroorden hace referencia a la posibilidad y conveniencia de que los Estados faciliten más aún el procedimiento para entrega de personas reclamadas y para la disminución de causas de denegación de la entrega.

La Comisión parece que ha decidido tomar cartas en el asunto tras la presión de organizaciones como «*Fair Trial Abroad*» o «*State Watch*» y con fecha 19 de febrero de 2003 ha presentado un «*Libro Verde sobre garantías procesales para sospechosos e inculpados en procedimientos penales en la Unión Europea*». Partiendo de que la fe en las garantías procesales y la imparcialidad en los procesos es clave para reforzar la confianza mutua que constituye la base para construir el espacio común de seguridad y justicia, se pretende acordar ciertas normas mínimas comunes en la Unión en el ámbito de las garantías procesales. Tras realizar un amplio estudio al respecto y remitir un cuestionario a los Estados miembros durante el año 2002, la Comisión —aclarando que no se pretende crear nuevos derechos ni controlar la aplicación de los ya consagrados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales— define como ámbitos prioritarios los siguientes:

- acceso a la representación letrada tanto antes como durante el juicio (se considera este derecho como primordial y «*fundamento de todos los restantes*»),
- acceso a la interpretación y traducción,
- comunicación a sospechosos e inculpados de sus derechos («*carta de derechos*»), por escrito y de forma comprensible,
- protección adecuada a sospechosos e inculpados vulnerables (cambiando el propósito inicial, no se definen situaciones de vulnerabilidad sino que se sugiere a los Estados miembros que obliguen a sus autoridades policiales y judiciales a determinar quiénes han de considerarse vulnerables), y
- asistencia consular a detenidos extranjeros.

Por tanto, y sin renunciar al optimismo que produce ver el desarrollo de instrumentos jurídicos tan poderosos como los que hemos analizado, creo que conviene mantener presentes todos los datos que nos ofrece el mundo real a fin de no caer en la candidez de pensar que, en efecto, cualquier resolución judicial procedente de otro Estado miembro cumple «*iuris et de iure*» con todos los requisitos que le presupondríamos a una nacional.

Esperemos, no obstante, que este tipo de prevenciones suenen ridículas o exageradas dentro de un tiempo, porque ese será el mejor indicador de que el camino hacia un verdadero espacio común de Justicia ha llegado a feliz término. En esto, como en tantos otros ámbitos, se hace camino al andar.

BIBLIOGRAFÍA

- CAPARRÓS, M. (citado por SAVATER, F.): *Los Diez Mandamientos en el siglo XXI*, Círculo de Lectores, 2004.
- CASTILLEJO MANZANARES, R.: «El procedimiento español para la emisión y ejecución de una orden europea de detención y entrega», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 587, 24 de julio de 2003.
- CUERDA RIEZU, A.: *Observaciones a la ley 3/2003 relativa a la euroorden*, Congreso Internacional sobre Espacio Judicial Europeo, Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, octubre 2003.
- ESPINA RAMOS, J. A. y ARIAS SENSO M. A.: «Corrupción y crimen organizado vs. Estado de derecho en los países de la Europa Central y del Este», *Revista de Derecho y Proceso Penal Aranzadi*, núm. 11, 2004.
- GALGO PECO, A.: «La Red judicial europea y los nuevos instrumentos de agilización y coordinación», *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal* IV, 2002.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, C.: «Reflexiones sobre el concepto de corrupción a propósito de la orden de detención europea», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 560, 9 de enero de 2003.
- RODRÍGUEZ SOL, L.: «La extradición a Italia de personas condenadas en rebeldía, analizada en el marco del Espacio Judicial Europeo». *Diario La Ley*, núm. 5.329, 13 de junio de 2001.
- «Fuentes de la cooperación judicial internacional», *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal* IV, 2002.
- ROMA VALDÉS, A.: *Los mecanismos específicos de cooperación internacional en materia penal*, Cursos de formación del Ministerio Fiscal en Galicia, mayo 2004.
- SÁNCHEZ-CUENCA, I.: «¿Son todos los terrorismos iguales?», *Claves de Razón Práctica*, núm. 144, 2004.
- SALCEDO VELASCO, A.: «Mecanismos procesales de cooperación judicial» en Política común de Justicia e Interior en Europa, *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial*, núm. 23, 1995.
- TIRADO ESTRADA, J.: «Los órganos de cooperación judicial en el ámbito de la Unión Europea», en Jornadas sobre Cooperación Judicial Internacional, *Estudios del Ministerio Fiscal*, volumen II, 2001.
- «Mecanismos prácticos de la organización y coordinación de la cooperación judicial en la Unión Europea. Especial referencia a Eurojust», *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal* IV, 2002.

- VERCHER NOGUERA, A.: «Algunas consideraciones generales en torno a la asistencia jurídica y coordinación de la acción penal en el contexto comunitario», *Revista del Ministerio Fiscal* 9, 2001.
- VÖGEL, J.: *Cooperation in criminal matters in the European Union: Five major tendencies, five proposals for future action*, Congreso Internacional sobre Espacio Judicial Europeo, Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, octubre 2003.
- ZARAGOZA AGUADO, J. A.: «La cooperación judicial internacional en materia penal. Estado actual de la cuestión en la Unión Europea. Especial referencia a la lucha contra la droga», *Jornadas sobre Cooperación Judicial Internacional, Estudios del Ministerio Fiscal*, volumen II, 2001.
- Citada en los trabajos de Resa Nestares,
(en http://www.uam.es/personal_pdi/economicas/cresa/texts.html):
- ANDERSON, M. (1996): *Frontiers. Territory and state formation in the modern world*. Polity Press, Cambridge.
- ANDERSON, M. (199): *Organised crime, criminal intelligence and international police co-operation*. Ensayo presentado al Simposium «Seguridad interior española y cooperación policial europea», Madrid, 13-14 de septiembre.
- GAMBETTA, D. (1993): *The Sicilian Mafia: the Business of Private Protection*, Harvard University Press, Londres.
- GREEN, S. (1995): *Towards a Sociological Model of the Police Informant*. *British Journal of Sociology*, 46, 509-527.
- GREEN, T. (1969): *The smugglers*. Walker, Nueva York.
- JOHNSON Jr. E. (1962): «Organized crime: challenge to the American legal system». *Journal of Criminal Law, Criminology and Political Science*, vol. 53.
- KOPP, P. (1998): «Economía de las drogas y eficacia de la represión», en X. Arana e I. Markez (coord.), *Los agentes sociales ante las drogas*. Dykinson, Madrid.
- LEVI, M. (1987): *Crisis? What crisis? Reactions to commercial fraud in the United Kingdom*. *Contemporary Crises*, 11, 207-221.
- LUPSHA, P. A. (1996): *Transnational organized crime versus nation-state, Transnational Organized Crime*, 1, 21-22.
- NAYLOR, R. T. (1996): «From underworld to underground: enterprise crime, «informal sector» business and the public policy response». *Crime, Law and Social Change*, 24, 79-150.
- ONU (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS). (1996): *Commission on Crime Prevention and Criminal Justice: Review of priority themes, links between transnational organized crime and terrorist crimes*. Report by the Secretary-General. Fifth Session, Viena (E/CN.15/1996/7).
- RESA NESTARES, C. (1999): «Transnational organized crime in Spain: structural factors explaining its penetration», en E. Viano (ed.), *Global organized crime and international security*, Ashgate, Aldershot.
- *El crimen organizado en el mundo: mito y realidad*.

- RESA NESTARES, C., y REINARES, F. (1999): *Autoridad estatal, gobernabilidad democrática y delincuencia organizada transnacional*. Trabajo presentado en el IV Congreso Anual de la Asociación Española de Ciencia Política y de la Administración, Granada, España, 30 de septiembre al 2 de octubre.
- REUTER, P. (1983): *Disorganized crime: the economics of the visible hand*. Massachusetts Institute of Technology Press.
- ROTH, J., y FREY, M. (1994): *Europa en las garras de la mafia. Un holding criminal al que pertenecemos sin saberlo*, Anaya & Mario Muchnik, Madrid.
- VARESE, F. (2001): *The Russian Mafia: private protection in a new market economy*. Oxford University Press.
- UNDCP (United Nations Drug Control Programme) (1996): *Economic and social consequences of drug abuse and illicit trafficking*, United Nations Drug Control Programme, Viena.

CRITERIOS DE IMPUTACIÓN EN ESTRUCTURAS JERÁRQUICAS

GONZALO J. CAMARERO GONZÁLEZ

Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. APARATOS DEL ESTADO O PARAESTATALES.—3. ORGANIZACIONES CRIMINALES.—4. CRIMINALIDAD DE EMPRESA: 4.1 Introducción. 4.2 Deber de garante del titular de la empresa. 4.3 La delegación de funciones. 4.4 El actuar en lugar de otro. 4.5 Acuerdos del órgano colegiado de Administración. 4.6 Responsabilidad penal de directivos, mandos intermedios y ejecutores.—5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

El Código Penal español de 1995 sigue fiel al principio *societas delinquere non potest*, en virtud del cual, destinatarios de las normas penales sólo pueden ser las personas físicas. Para el mantenimiento de este principio se utilizan en doctrina y jurisprudencia, de modo mayoritario, argumentos dogmáticos: las personas jurídicas no tendrían capacidad de acción, ni de culpabilidad, ni de ser sometidas a una pena; si bien no faltan autores que consideran que se trata de una decisión del legislador positivo, quien sí acepta que las personas jurídicas puedan cometer infracciones administrativas¹. Esta decisión legislativa hace que al hablar de personas jurídicas o de entes colectivos el problema central sea el de la imputación del hecho delictivo a personas individuales concretas, a través de las que actúan aquéllas. Como indica Núñez Castaño, esto «requiere una serie de estructuras de imputación que, por un lado, sean aptas para la atribución del hecho a los verdaderos responsables de éste, por encima de las apariencias expresadas en la ejecución material del mismo; por otro lado, deben evitar establecer formas de responsabilidad objetiva, a fin de mostrarse conformes con las exigencias garantísticas del Derecho penal»². Esta idea de evitar la respon-

¹ MIR PUIG, S. (1996), *Derecho penal, parte general*, Ed. PPU, p. 152.

² NÚÑEZ CASTAÑO, E. (2000), *Responsabilidad penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, p. 30; de modo similar, MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C. (1998) *Derecho penal económico, parte general*, Tirant lo Blanch, p. 198. Sin embargo, Iván MEINI (2003), *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Tirant lo Blanch, cree que «el déficit del Derecho penal no se debe a que las categorías no sean idóneas para subsumir en ellas las diversas modalidades de hechos delictivos, sino que simplemente no hay consenso sobre qué categoría específica utilizar en un caso determinado, sobre la argumentación de tal elección y, muchas veces, incluso, sobre la aceptación de la categoría dogmática utilizada, p. 44.

sabilidad objetiva es importante, ya que se puede llegar a imputar el delito a un órgano o representante de la persona jurídica sin comprobar siquiera si conoce la comisión del mismo, o incluso a varios, como «chivos expiatorios», a quienes se selecciona para no dejar el hecho impune y acallar a la opinión pública que reclama venganza³.

En la exposición de la materia, del mismo modo en que lo hacen varios autores⁴, vamos a seguir la división de injustos sistemas sociales complejos propuesta por Lampe⁵: a) el supuesto de organizaciones estatales criminales, en el que los aparatos de poder organizados del Estado o paraestatales tienen por fin el cometer delitos; b) el caso de las organizaciones criminales, que aunque pueden utilizar formas societarias, su fin es la comisión de delitos o reciclar sus ganancias ilícitas; c) criminalidad de empresa, lugar donde se cometen delitos, pero cuyo fin no es cometer delitos.

2. APARATOS DEL ESTADO O PARAESTATALES

En 1963 Claus Roxin desarrolló una teoría, la autoría mediata por utilización de aparatos de poder organizados, que Muñoz Conde⁶ considera auténticamente revolucionaria para la jurisprudencia alemana de su tiempo, anclada en la concepción subjetiva de la autoría, según la cual⁷, partiendo de la equivalencia de las condiciones, que tiene como efecto que en el plano objetivo no pueda establecerse diferencia entre las distintas aportaciones causales, lo determinante es si el autor actúa con *animus auctoris* o con *animus socii*. En los supuestos a que se refiere Roxin, a pesar de que el instrumento es doloso⁸, existe en el hombre de atrás un dominio de la orga-

³ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. C. (2000), *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi, p. 178. En términos parecidos, CUADRADO RUIZ, M. A. (1998), *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario. Análisis crítico del artículo 363 del Código Penal*, Bosch, Casa Editorial S.A., p. 100, quien llega a decir que si se reconociese la responsabilidad criminal de las empresas «se evitaría la hipocresía de condenar a personas inocentes, aun cuando sea a una condena simbólica, con la mera función de ser instrumentos de condena civil de la persona jurídica».

⁴ Así, por ejemplo, RIO FERNÁNDEZ, L. del (1999), «La autoría en organizaciones complejas, en "Fenómenos delictivos complejos"», *Cuadernos de Derecho Judicial* (CGPJ), p. 205 a 210. También Muñoz Conde, en la obra citada en (cita 6) sigue esta división.

⁵ Citado por ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. C. (2000), *ibid.*, pp. 170-171.

⁶ MUÑOZ CONDE, F. (2001), «Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?», en *Derecho penal económico*, Manuales de formación continuada, CGPJ, p. 182.

⁷ CEREZO MIR, J. (2000), *Derecho penal, parte general*, lecciones 26-40, UNED, p. 184.

⁸ Recordemos que para la autoría mediata, en principio es preciso que el instrumento en sí mismo no sea un autor plenamente responsable, siendo la autoría mediata en virtud de aparatos de

nización, ya que los ejecutores (también autores) ocupan una posición subordinada, son intercambiables y no pueden impedir que el autor mediato alcance el resultado. Si alguno se niega a ejecutar el delito, esto no implica, al contrario que en la inducción, el fracaso del plan. Otro ocuparía su lugar y realizaría el hecho, sin que de ello llegue siquiera a tener conocimiento el hombre de atrás, que de todas formas ignora quién es el ejecutor individual. Para este control del resultado típico a través del aparato, Roxin estableció tres requisitos: a) aparato organizado de poder con estructura jerarquizada rígida; b) fungibilidad del autor inmediato, lo que implica que la organización ha de tener cierta dimensión; c) la organización se ha desligado del ordenamiento jurídico, optando, como un todo, por la vía criminal. Las notas de la institución son por tanto la jerarquía, la disciplina interna, el funcionamiento casi automático, y la fungibilidad, dada la gran disponibilidad de medios en poder de la organización. El propio Roxin⁹ menciona el caso Eichmann (funcionario nazi responsable de asesinatos, pero que no mató a nadie con sus propias manos) y el caso Staschynski (encargado de un servicio secreto extranjero que por cuenta del mismo mató a dos personas). Según esta construcción los ejecutores materiales serán autores directos, los que dan las órdenes y los mandos intermedios, autores mediatos. La pérdida de proximidad al hecho que sufre el mando superior se compensa con el dominio que tiene del aparato.

La doctrina ha sido acogida por el Tribunal Supremo alemán (BGH) en el proceso contra los guardias fronterizos de la RDA que dispararon contra quienes huían a través del muro, declarando autores mediatos a los miembros del Consejo de Seguridad Nacional (BGHSt 40, 218, de 26 de julio de 1994).

Roxin considera que la doctrina es aplicable en primer lugar a quienes ostentan el poder estatal con ayuda de organizaciones subordinadas al mismo (organizaciones políticas, militares o policiales que se apoderan del aparato del Estado) y en segundo lugar «en el marco de movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas de criminales y grupos semejantes»¹⁰, con objetivos adversos al orden jurídico establecido y que se constituyen como «Estado dentro del Estado».

poder organizados una excepción a esta idea general, véase Iván MEINI, *Responsabilidad penal del empresario por hechos cometidos por sus subordinados* (2003), p. 123.

⁹ ROXIN, C. (1998) *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, traducción de la 6.ª edición alemana por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, editorial Marcial Pons, pp. 267 y ss.

¹⁰ ROXIN, C. (1998), *ibid.*, p. 276.

3. ORGANIZACIONES CRIMINALES

La figura del autor mediato, afirmaba Gimbernat, «que la doctrina, sobre todo alemana, acepta como lo más natural del mundo, presenta en su *fundamentación* dificultades casi insuperables»¹¹. Esto hace que su versión de dominio de la organización no se admita más allá del supuesto específico de la criminalidad estatal organizada (así, Muñoz Conde¹²), o que incluso se prefieran otros remedios, como la inducción (Herzberg, Köhler) —si bien esta solución plantea el problema de que no hay relación directa entre inductor e inducido y de que el instigador debe buscar al instigado, mientras que el burócrata sólo debe dar una orden—, o la coautoría (Jescheck, Jakobs, Otto), con la dificultad que plantean las limitaciones de la teoría del dominio del hecho, que requiere actos coejecutivos en todos los coautores, por lo que el miembro de la organización criminal que se limita a dar la orden de cometer el delito sin participar en él, no puede ser castigado como autor. También es significativa la crítica de Roxin: la imagen rectora de la coautoría es la realización conjunta. En estos casos, sin embargo, no hay decisión conjunta (quien manda realizar el delito y quien ha de consumarlo están a distinto nivel y el que actúa ejecuta una orden); tampoco hay ejecución común (el burócrata no se ensucia las manos); la autoría mediata está estructurada verticalmente, la coautoría horizontalmente. Como señala Del Río Fernández, las dificultades para una adecuada determinación de las responsabilidades penales son múltiples si se utilizan las herramientas del Derecho penal tradicional: en realidad, quienes aparecen como autores directos de los comportamientos operan como instrumentos de quienes toman las decisiones, verdaderos dueños del proceso. Así, una aplicación estricta de las categorías señalaría a los primeros como autores inmediatos, remitiendo a los segundos, que son los verdaderos dueños del proceso, a la categoría de partícipes, bien por inducción o por cooperación necesaria. El hecho de que en

¹¹ GIMBERNAT ORDEIG, E. (1966), *Autor y cómplice en Derecho penal*, Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense, p. 222, la cursiva del texto en el original. Téngase en cuenta que escribe en 1966 cuando ni el Código Penal español ni el alemán recogen expresamente esta figura.

¹² MUÑOZ CONDE, F. (2001), *ibid.*, p. 189. Iván MEINI sí la considera aplicable a todos los supuestos: es perfectamente posible, según este autor, aplicar a las empresas que operan lícitamente en el mercado la teoría de la autoría mediata en virtud del dominio sobre la organización, aunque reconoce que las oportunidades serán escasas, *La responsabilidad penal del empresario*, *ibid.*, pp. 183 y 184. Además, relativiza este autor los requisitos de que la organización actúe desvinculada del ordenamiento jurídico (ya que la norma de derecho penal se dirige a todos los miembros del aparato de poder, p. 176) y de que los ejecutores sean intercambiables (lo importante para él es que, siendo la cantidad que sea, se trate de una cantidad idónea que asegure el éxito de plan, con citas de la STS de 12 de enero de 1995, pp. 175 a 180).

Derecho español inductores y cooperadores necesarios reciban la misma pena que el autor no oculta lo absurdo de la situación, ya que se tiene por partícipes a quienes dominan el hecho en su conjunto. A este problema, que en el fondo es el de la no adecuación de las categorías a la realidad criminal, hay que añadir el problema dogmático derivado del principio de la accesoriedad de la participación: aunque el Código Penal considere a efectos de pena a estos supuestos como de autoría, en realidad son formas de participación, que dependen del hecho propio de un autor principal, en estos casos, el escalón más bajo de la pirámide de la organización.

Por ello, Muñoz Conde¹³ afirma que hay que partir de una valoración global y realista de la fenomenología de algunas formas específicas de criminalidad, asumiendo que en ellas hay conductas que aun no siendo directamente ejecutivas, tienen una vinculación tan directa e inmediata con la ejecución y con la lesión del bien jurídico, que deben valorarse como una parte integrante y fundamental de su realización; en definitiva, es preciso efectuar una evaluación global y totalizadora del significado de las distintas aportaciones, lo que se correspondería con el significado auténtico del dominio funcional del hecho. Por ello, no sería necesaria la intervención de todos los coautores en la ejecución del delito. La coautoría se integraría por intervenciones ejecutivas (como afirma la teoría dominante) o por aportaciones tan decisivas para la realización del delito como las ejecutivas propiamente dichas. A tal fin, es preciso analizar el reparto de papeles, de acuerdo con el esquema organizativo previamente establecido y al que todos tienen que atenerse, conforme al cual unos tienen funciones de dirección, ayuda, vigilancia o apoyo¹⁴, mientras otros han de llevar a cabo acciones propiamente ejecutivas del hecho delictivo. El citado autor cita como ejemplo la STS 29 de julio de 1998 (caso Marey, en la que el Tribunal Supremo califica de autores a los integrantes de la cúpula de la organización, a pesar de no estar presentes en la fase ejecutiva de la comisión de los delitos).

La autoría mediata por aparatos organizados de poder es rechazada en España por autores como Hernández Plasencia, Gimbernat y Cerezo Mir,

¹³ MUÑOZ CONDE, F. (2001), *ibid.*, pp. 194, 195, 200, 201, y RÍO FERNÁNDEZ, L. del (1999), *ibid.*, pp. 210 a 212 y 219 a 223, para todo este apartado. También, referido al Derecho penal económico, afirma MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ la necesidad de matizar las reglas clásicas de imputación sobre autoría y participación y crear nuevos principios de imputación, por la escisión que se produce entre los sujetos que ejecutan inmediatamente la conducta delictiva y los realmente responsables de la decisión criminal y que han trazado el plan delictivo, *Derecho penal económico, parte general, ibid.* pp. 193 y 194.

¹⁴ En el mismo sentido, Iván MEINI, *La responsabilidad penal del empresario, ibid.*, pp. 131 a 134 y 148 a 150, quien afirma que la coautoría requiere que se actualice el dominio en el momento de ejecución a través de actos materiales (estando presente en fase ejecutiva, lo que implica conocer a los demás) o de actos virtuales (por ejemplo, mantener comunicación por teléfono móvil con los ejecutores en la fase de realización del delito).

quien afirma que la fungibilidad del instrumento no es suficiente para fundamentar el dominio del hecho, si bien es cierto que muchos de los supuestos contemplados por Roxin (quien ideó este concepto teniendo en cuenta los crímenes nazis de la Segunda Guerra Mundial) serán realmente autoría mediata, pero por aplicación de otros criterios, como la coacción o el error¹⁵.

4. CRIMINALIDAD DE EMPRESA

4.1 Introducción

La criminalidad de empresa, desde el punto de vista criminológico, es un fenómeno muy importante. Un estudio hecho por el Max Planck Institut en Alemania demostró que el 80 por 100 de los delitos económicos que se cometieron en ese país entre los años 1974 y 1985 fueron realizados en el seno de una empresa mercantil¹⁶. Además los resultados lesivos son cuantitativamente más elevados y cualitativamente más graves cuando la actividad proviene de una organización que se estructura con arreglo a la división del trabajo, que cuando ésta es realizada por un solo individuo¹⁷.

La criminalidad de empresa tiene una serie de características específicas:

a) Complejidad del modo de producción y distribución. La complejidad, tecnológica y organizativa, hace que el mensaje –motivador y, por ende, preventivo– del Derecho penal se difumine y reduzca su alcance¹⁸.

b) Personalidad jurídica, que implica disociación entre actuación y sujeto responsable y lejanía entre centros de decisión y de ejecución, con la existencia de delitos especiales con posiciones fuertemente formalizadas¹⁹.

c) En este tipo de organizaciones existen determinadas circunstancias que impiden al Derecho influir y orientar la conducta de sus integrantes hacia el cumplimiento de la norma, dado que la empresa constituye un sistema que organiza por sí mismo las acciones que en ella se realizan. La organización representa una fuente de comportamientos lesivos para bienes jurídicos por parte de sus miembros, a los que difícilmente se dejarían

¹⁵ CEREZO MIR, J. (2000), *ibid.*, pp. 190-191.

¹⁶ Dato facilitado por ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. C. (2000), *ibid.*, p. 81, y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (1998), *Derecho penal económico, parte general*, Tirant lo Blanch, p. 194.

¹⁷ MEINI, Iván, *Responsabilidad penal del empresario*, *ibid.*, pp. 27 y 28.

¹⁸ PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: «La responsabilidad penal por productos defectuosos: problemática político-criminal y reflexiones de *lege ferenda*», en *Derecho penal de la empresa* (Mirentxu Corcoy Bidasolo, Directora) Universidad Pública de Navarra (2002) p. 410.

¹⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. C. (2000), *ibid.*, pp. 164 y ss.

arrastrar en su esfera privada. Esto es denominado por Schünemann «actitud colectiva de grupo»²⁰.

d) A menudo los titulares de la empresa no conocen con precisión las concretas actividades que desempeñan los empleados subordinados en el cumplimiento de su labor, ni quiénes conforman dicho colectivo y viceversa. Cada uno de los participantes puede resultar totalmente ajeno a las aportaciones del resto (atomización de la toma de decisiones)²¹.

Aparte de estos problemas, ubicables en la parte general del Derecho penal, pueden plantearse problemas de Derecho procesal (problemas de prueba) y de Derecho constitucional (delitos de sospecha) e incluso criminológicos, derivados de una posible actitud colectiva criminal por la integración en un grupo a cuya rutina pertenece la práctica de ciertas lesiones de bienes jurídicos²².

Ante estas características de la criminalidad económica, Schünemann ha señalado la insuficiencia del concepto de acción «formado en las formas de vida del solitario social» para abarcar los sucesos en la empresa, que pertenecen a un paradigma social completamente opuesto²³. Así, entiende que el parágrafo 25 del Código penal alemán (StGB), similar al 28 CP, contiene conceptos individualistas muy arraigados que prescinden de la realidad de los desarrollos empresariales, llegando a sostener que la sentencia del BGH sobre el caso Lederspray de 6 de julio de 1990 ha supuesto la creación de un nuevo concepto de acción que sustituye la idea de movimiento corporal por la de dominio y a afirmar la necesidad de recoger legislativamente la categoría de los «delitos de organización», en virtud de los cuales, si el órgano de administración conoce un comportamiento del órgano subordinado y no lo protesta, la tolerancia le convertiría en autor²⁴.

²⁰ MEINI, I., *Responsabilidad penal del empresario*, *ibid.*, pp. 70 y 71.

²¹ MEINI, I., *Responsabilidad penal del empresario*, *ibid.*, p. 49.

²² SCHÜNEMANN, B. (2002), «¿Ofrece la reforma del derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?», en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, editorial Tecnos, p. 192.

²³ SCHÜNEMANN, B. (2002), «Los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de empresas» en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, editorial Tecnos, pp. 129 y ss.

²⁴ En la sentencia del Lederspray se afirma que si en una sociedad la decisión de retirar el producto ha de ser tomada por varios directivos, cada uno de ellos está obligado a hacer todo lo posible y exigible para que se tome la decisión. Si deciden omitir la retirada del producto, responden de las consecuencias lesivas producidas por la omisión como coautores. Cada directivo que, pese a su competencia, omite su contribución a que se tome la decisión de retirada del producto, contribuye causalmente con ello a que no se tome la medida. Esto fundamenta su responsabilidad penal, aun en el supuesto de que si hubiera exigido la retirada del producto no habría podido vencer la resistencia de los otros socios. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, y RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa (1995), *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Tirant lo Blanch, p. 32. Al no ser así, por el principio de colegialidad en la toma de

Estas ideas también han sido recogidas en España. Del Río Fernández²⁵ habla de una «autoría social-funcional», de forma que en cuanto se trate de sucesos en el ámbito y seno de una organización, debe considerarse autor a aquel que domina la organización en la que se produce el resultado penalmente relevante y no deseado, debiendo reputar autores en primera línea a los directivos de la empresa afectada, mencionando expresamente el criterio del BGH en el caso Lederspray, el Derecho penal belga del medio ambiente e incluso una STS coreana de 12 de noviembre de 1991 «caso clínica dental», en que se condenó como autor al director de la misma.

Este nuevo entendimiento lleva también a que en esta esfera del Derecho penal el paradigma del incurso sea el delito omisivo culposos.

Los principios que rigen la actividad empresarial son: A) principio de división técnica del trabajo y de especialización (cada sujeto interviniente en el proceso asume la competencia funcional para determinar un cierto momento del mismo); B) principio de complementariedad (la aportación al proceso de un sujeto se complementa con la de los restantes, en el contexto de un plan común); C) principio de jerarquía (las aportaciones de los sujetos no son libres, sino que están sometidas a una común dirección que puede aceptarlas, rechazarlas o modificarlas)²⁶.

Finalmente, debemos hacer mención a una subdivisión, realizada por Schünemann, y ampliamente recogida por la doctrina²⁷: la distinción entre «criminalidad en la empresa» (*Betriebskriminalität*), consistente en comportamientos de los colaboradores de la compañía contra ésta, otros colaboradores o terceros, y que se contiene en los tipos de los delitos societarios, regulados en el Código Penal en los artículos 290 a 297 y la «criminalidad de la empresa» (*Unternehmenskriminalität*), en la que la propia entidad es autora de los delitos, que además lesionan bienes jurídicos externos a la propia mercantil, y que han de ser imputados a quienes actúan en su nombre y representación, y a cuyo efecto se ha creado en España el artículo 31 CP (art. 14 StGB). Es esta última delincuencia la que nos interesa.

acuerdos, todos fueron responsables: CUADRADO RUIZ, M.^a Angeles (1998), *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario. Análisis crítico del art. 363 CP*. Bosch, casa editora, p. 160.

²⁵ DEL RÍO FERNÁNDEZ, L. (1999), *ibid.*, pp. 202 y 203.

²⁶ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, y RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Tirant lo Blanch, p. 142. MEINI, Iván, *Responsabilidad penal del empresario*, *ibid.*, pp. 47 y 48.

²⁷ Por todos, NÚÑEZ CASTAÑO, E. (2000), *ibid.*, pp. 26 y ss; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. (2002), *Criminalidad de empresa*, Tirant lo Blanch, pp. 37 y 38; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (1998), *Derecho penal económico. Parte general*, Tirant lo Blanch, pp. 67 a 70, donde explica que *Unternehmen* se refiere a empresa en cuanto a actividad, y *Betrieb* a empresa en cuanto establecimiento.

4.2 Deber de garante del titular de la empresa

Acabamos de señalar que en la criminalidad de empresa el paradigma del injusto es el del delito omisivo culposo. La fungibilidad de los subordinados y la ausencia de una información completa sobre los procesos causales que sólo acumula el órgano de administración de la misma, pueden hacer de los ejecutores unos meros instrumentos y ocasionar que un miembro de la mercantil, a consecuencia de su vinculación al establecimiento y de la alta disposición a la obediencia del hombre en los sistemas jerárquicos, se sacrifique «de un modo altruista en interés de la casa»²⁸. Por ello, sin descartar la responsabilidad penal del subalterno, si se dan los requisitos para la misma, puede existir una responsabilidad omisiva del titular de la sociedad²⁹ por el comportamiento del subordinado, que en muchos casos, como se ha afirmado, desconoce el sentido final de la operación a la cual contribuye con una simple aportación causal. Sin embargo, los órganos directivos de la sociedad mercantil, gracias a su ubicación privilegiada en el engranaje empresarial, tienen acceso a los medios e instrumentos necesarios para encauzar el *iter criminis*. Esto hace que la comisión por omisión esté llamada a constituirse en el fundamento de la responsabilidad del titular por los hechos cometidos por los subordinados³⁰. Ante las dificultades de imputarle un delito de comisión activa, se atribuye responsabilidad por omisión impropia si no se evita el hecho delictivo y existe una concreta situación de competencia específica que obliga a controlar todos los factores de peligro derivados de la misma³¹.

El alcance y el fundamento de este deber de garantía son muy discutidos. Así, en Alemania, Lackner menciona un deber general de garantía del titular de la empresa y de los miembros del órgano de administración que tiene por finalidad la evitación de hechos delictivos referidos a la empresa de sus empleados subordinados³²; por su parte, Dreher-Tröndle acotan este deber

²⁸ MEINI MÉNDEZ, I. F. (1999), «Responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados», en Internet, <http://www.unifr.ch/derechopenal>, pp. 1 y 2. Normalmente, la persona que actúa desde una posición de subordinación no abarca, o si acaso sólo parcialmente, la conexión entre el hecho que realiza y la relevancia jurídica del mismo, CUADRADO RUIZ, M. A. (1998), *ibid.*, p. 109.

²⁹ CUADRADO RUIZ, M. A. (1998), *ibid.*, entiende que en las sociedades mercantiles el empresario persona jurídica se identifica con los administradores. Véase pp. 124, 126, 132 y 158.

³⁰ MEINI MÉNDEZ, I. F. (1999), *ibid.*, pp. 10 a 12. Esta calificación es compatible con que otro, al mismo tiempo, responda por delito comisivo doloso o imprudente, pp. 360 y 361.

³¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (1998), *Derecho penal económico, parte general*, *ibid.*, p. 201.

³² LACKNER, K. (1993), *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen* (Alemania), Ed. Beck, comentario al par. 13 Rn 14.

de garantía a empresas peligrosas³³; Stree afirma que es discutido si y hasta qué punto un titular de empresa o administrador de un negocio tiene que evitar los delitos de sus subordinados, si bien el BGH, centrándose en la idea de la injerencia, ha admitido tal deber en el caso de distribución de productos peligrosos para la salud, aunque sin marcar límites exactos. En tanto no exista un actuar precedente o un precepto especial, se puede aceptar tal deber si el empleado abusa de su posición en la empresa y de la empresa para cometer el hecho delictivo. El titular del establecimiento, sin embargo, no podría ser hecho responsable por no intervenir, por hechos cometidos por el empleado con ocasión de una actividad empresarial. Pero en tanto se afirma un deber jurídico de actuar, no se limita a la evitación de un hecho antijurídico. También hay que impedir ulteriores peligros que provengan del hecho antijurídico. Así, por ejemplo, en caso de productos defectuosos o que puedan producir daños a la salud, y que ya están a la venta, han de evitarse posibles daños para los adquirentes a través de advertencias sobre el uso del producto, a través de la retirada del producto (Rückruf) o a través de otras acciones apropiadas³⁴. Todos estos autores, en sus respectivos comentarios al Código Penal, se fundan en el artículo 13 StGB, que regula la comisión por omisión.

La fundamentación de este deber varía con las escuelas. En general se reconoce que la sociedad actual es una sociedad del riesgo y que la actividad empresarial es una actividad de riesgo, que se tolera, a pesar de que ocasiona daños no conmensurables que afectan a todos los miembros de la comunidad por igual, por su utilidad general.

Los autores próximos al funcionalismo de Jakobs hablan de un deber de aseguramiento por autoorganización. Del principio de libertad y del rol general de ciudadano, surge una responsabilidad por el propio ámbito de organización, y un deber de evitar la comisión de hechos antijurídicos en el seno de la empresa y que se manifiesta tanto hacia el exterior como hacia el interior. En definitiva, se trata de asegurar que los cursos peligrosos desplegados no importen lesiones a bienes jurídicos ni resultados lesivos. Los deberes derivados de la organización se pueden dividir en tres grupos³⁵. En primer lugar, deberes de aseguramiento respecto a los peligros que surgen del propio ámbito de organización y respecto a los efectos potenciales de

³³ TRÖNDLE, H. (1997), *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* (Alemania), Ed. Beck, comentario al par. 13 Rn 12. También Jescheck limita el deber de garante a casos en que la empresa conlleva peligro para la comunidad por su propia naturaleza o existe una transmisión libre (CUADRADO RUIZ, M. A. (1998), *ibid.*, p. 145).

³⁴ STREE, W. (2001) en *Schönke-Schröder Strafgesetzbuch Kommentar* (Alemania), Ed. Beck, comentario al par. 13 Rn 52.

³⁵ LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A. (2002), *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Civitas, pp. 49 y ss.

un comportamiento propio ya concluido (deberes por injerencia). En segundo lugar, deberes de salvación que tienen por contenido el control de cursos causales peligrosos que han salido ya del propio ámbito de organización. En tercer lugar, la asunción de deberes de salvamento o aseguramiento que generen el abandono de otras medidas de protección. De todos modos, en la concepción de Jakobs la división entre delitos de acción y delitos de omisión tiene una importancia secundaria, siendo la clasificación principal la que se establece entre deberes en virtud de responsabilidad por organización y en virtud de responsabilidad institucional.

Otra fundamentación que goza de gran predicamento en la doctrina es la debida a Schünemann: el dominio sobre la causa del resultado (*Herrschaft über den Grund des Erfolges*). La posición de garante se deriva tanto del control fáctico de los elementos o procedimientos materiales peligrosos (dominio material), como del poder de dirección, legalmente fundamentado, sobre los trabajadores (dominio personal). El dominio de las personas se basa en el poder de mando y sobre todo en el mayor acopio de información del superior. Respecto de las cosas y procedimientos, cada cotitular de la custodia será responsable según su parte de dominio. Así, los que se encuentran más cerca de la cosa tienen que realizar actividades materiales relativas a su competencia, indicadas para el control de la fuente de peligro y que se deriva de que tratan con el producto de manera inmediata y pueden decidir sobre este tratamiento (deber primario de garante); los superiores jerárquicos, cotitulares de la custodia, están obligados a la coordinación y control (deberes secundarios de garante). Si al ejercer el deber de control se descubre que el subordinado no cumple bien su deber de garante primario, el superior habrá de subsanar el defecto, dando órdenes e informaciones, e incluso, eliminando al trabajador defectuoso. Según Schünemann, el dominio material es «permanente ante el exceso» (*exzessfest*) en el sentido de que una pérdida de custodia del objeto, debida a una infracción del deber de cuidado, no exime de responsabilidad por las consecuencias derivadas de dicha pérdida, pero no es «permanente ante la descentralización» (*dezentralisierungsfest*) en el sentido de que, el mero hecho de ocupar una posición superior en la organización no da lugar a comisión por omisión si no existe dominio inmediato sobre la cosa, facilitado con tal motivo, basado en una relación de custodia. En el dominio personal se da la situación inversa: no es permanente ante el exceso (los hechos cometidos por los subordinados en provecho propio y no de la empresa quedan al margen del superior), pero sí es permanente ante la descentralización, pues en los niveles más altos confluyen el poder legal de mando y todos los canales de información, de modo que aquí, al menos desde el punto de vista teórico, se encuentra la forma más intensa de domi-

nio³⁶. Todo ello lleva a Schünemann a afirmar que no existe responsabilidad de los órganos de dirección en casos de exceso del subordinado, salvo que la dirección tolere la utilización de objetos que se encuentran en su ámbito de dominio y sean objetos peligrosos³⁷, si bien admite que si actúa *en interés de la empresa*, se podrá suponer que se podría haber motivado conforme a las normas a través de una apropiada dirección, control y coordinación³⁸. El origen de esta concepción quiere verlo Lascurain³⁹ en las condiciones bajo las cuales puede equipararse la acción a la omisión, de forma que si en la acción la imputación del resultado se encuentra en la relación entre los centros personales de control y el movimiento que ha causado el resultado, de modo que se imputa al autor el resultado porque dominaba su cuerpo, que es la causa del resultado, en la omisión ha de castigarse al omitente cuando ostente un dominio tal sobre la causa del resultado lesivo. Así, el ámbito de dominio constituye la orientación material para ambas modalidades de conducta. En resumen, como afirma Meini Méndez, con esta doctrina no se trata únicamente de responder por aquellos resultados que desde la posición de titular de la empresa se puedan evitar, sino incluso, de responder por aquellos otros que no se pueden evitar, pero que desde la posición de titular que se ostenta es exigible que se hubieran podido controlar: no sólo el no evitar a pesar de poder, sino el no alcanzar y/o no mantener un estado de competencia en cuya virtud se hubiera podido estar en condiciones de evitar.

En España, no obstante la posición del Código Penal, que sigue un criterio formal en las fuentes del deber de garante que se remonta a las ideas de Mezger, la doctrina sigue mayoritariamente la clasificación material de Armin Kaufmann (teoría de las funciones) que distingue entre los deberes de protección de determinados bienes jurídicos y el deber de control sobre determinadas fuentes de peligro, pudiendo situarse en esta segunda el deber de garante del titular de la empresa⁴⁰. Sin embargo, en la doctrina española

³⁶ MEINI MÉNDEZ, I. F. (1999), *ibid.*, p. 11 (2003), *ibid.*, pp. 306 a 309; NÚÑEZ CASTAÑO, E. (2000), *ibid.*, pp. 188 y ss. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (1998) *Derecho penal económico, parte general*, *ibid.*, pp. 201 a 204. CUADRADO RUIZ, M. A. (1998), *ibid.*, pp. 135 a 144. HUERTA TÓCILDO, Susana, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión* (1987), Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, pp. 120 a 124.

³⁷ SCHÜNEMANN, B. (2002), Los fundamentos de la responsabilidad de los órganos de dirección de empresas, *ibid.*, pp. 138 y 139.

³⁸ CUADRADO RUIZ, M. A. (1998), *ibid.*, pp. 141 y 142.

³⁹ LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A. (2002), *ibid.*, pp. 35 y 36.

⁴⁰ Así, MIR PUIG, S. (1996), *ibid.*, pp. 308 y ss; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (1996), *Derecho penal, parte general*, Tirant lo Blanch, pp. 262 y ss. También dominante en Alemania, de modo que el garante de protección es autor y el de vigilancia es partícipe; el primero debe proteger su objeto de todo peligro y el segundo sólo debe evitar que bienes jurídicos de otros sean lesionados por la fuente de peligro que debe vigilar, así SCHLÜCHTER, Ellen, *Strafrecht, Allgemeiner Teil in aller Kürze*, (2000), EuWi Verlag, p. 207.

existen importantes trabajos para fijar las fuentes del deber de garante. El sentido de la figura dogmática de la comisión por omisión en Alemania es doctrinal y jurisprudencialmente distinto al que tiene en España. La mera omisión del deber de actuar junto con la posición especial de garante permitiría en aquel país hablar de comisión por omisión⁴¹. Frente a ello, parte de la doctrina española se ha esforzado en profundizar cuándo la omisión equivale valorativamente a la acción. Gimbernat vincula la imputación de un resultado a un comportamiento omisivo cuando éste «desestabiliza un foco de peligro». Esta aproximación lleva a una drástica reducción del ámbito de los delitos de omisión impropios. Existirá una equivalencia entre una acción que desestabiliza por encima de lo permitido el foco de peligro y una omisión que no mantiene el foco dentro de lo jurídicamente tolerado o lo reconduce a ese marco cuando el foco lo hubiera desbordado a consecuencia de la acción de un tercero o de una causa material, siempre que en el caso de la omisión el encargo sea posterior al nacimiento del foco (con lo que se descartan las amenazas súbitas para el bien jurídico no previsibles *ex ante*), se trate de un deber específico y de carácter normativo⁴².

Por su parte, Gracia Martín habla de un «dominio social». La relación de dominio social significa que el bien jurídico protegido se halla en una determinada estructura social controlada por ciertas clases de individuos y queda bajo la dependencia de éstos. El primer rasgo de la relación de dominio social está constituido por la accesibilidad del sujeto al bien jurídico, en virtud, y éste es el segundo rasgo, de un estatus que define su posición social, económica o jurídica, por el ejercicio de una función cuyo ejercicio es monopolio de una clase de sujetos desde un punto de vista material⁴³. El ejercicio del dominio

⁴¹ ÍÑIGO CORROZA, M. E. (2001), La responsabilidad del fabricante por defectos de sus productos, J. M. Bosch editor, p. 275.

⁴² GIMBERNAT ORDEIG, E. (1994), «Causalidad, omisión e imprudencia», *Cuadernos de Derecho Judicial*, La comisión por omisión, CGPJ XXIII, pp. 188 a 199, 213 a 216; LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A. (2002), *ibid.*, pp. 41 y ss; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALAREE (1999), *Lecciones de Derecho penal Vol. II*, Editorial Trotta, pp. 220 y ss.

⁴³ GRACIA MARTÍN, LUIS (1994), «La comisión por omisión en Derecho penal español», en *La comisión por omisión*, *Cuadernos de Derecho judicial*, CGPJ XXIII, pp. 82 a 100; LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A. (2002), *ibid.*, pp. 38 y ss; GRACIA MARTÍN, L. (1985), *El actuar en lugar de otro en Derecho penal, I Teoría general*, Prensas Universitarias de Zaragoza, pp. 357 y ss; GRACIA MARTÍN, L. (1993), *Instrumentos de imputación jurídico-penal*, XVI 1993, pp. 229 a 231. NÚÑEZ CASTAÑO, E. (2000), *ibid.*, pp. 63 y ss., en *la criminalidad de empresa y reforma penal*, Actualidad GARCÍA CAVERO, P. (1999), La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación, J. M. Bosch, editor, pp. 174 y ss. Un buen resumen de la empresa: Luis: «Los delitos de comisión por omisión (una exposición crítica de la doctrina dominante)», en *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, UNED, 2001: la equiparación de la omisión a la acción se dará cuando el omitente sea un sujeto que de modo totalmente voluntario y libre haya incorporado el proceso causal que se desarrolla en dirección a la producción del resultado a su esfera de *dominio social* y que este dominio se actualice

social típico significa el ejercicio del dominio sobre la estructura social en la que el bien jurídico se protege especialmente, asumiendo posición de garantía frente al propio bien jurídico, lo que implica que se trata de sujetos que en virtud de sus competencias dominan el ámbito de protección de la norma. Y todo ello porque hay determinados bienes jurídicos que no se encuentran en el espacio social abierto a todos, ya que sólo pueden desempeñar su concreta función social dentro de determinadas estructuras sociales. Los bienes jurídicos que se encuentran en estas estructuras se encuentran involucrados permanentemente en el ejercicio de la función, que está atribuida sólo a determinada clase de sujetos, por lo que no todo miembro de la comunidad puede participar del ejercicio de la función. De donde se sigue que el fundamento del deber de garante deriva del ejercicio de una función específica, que establece una relación estrecha y próxima entre el sujeto y los bienes jurídicos involucrados en el ejercicio de la función. En el ámbito de la empresa esta función corresponde a los administradores de la sociedad mercantil.

Por su parte, Silva Sánchez limita la identidad valorativa a cuando se adquiere voluntariamente un *compromiso de actuar a modo de barrera de contención de riesgos concretos que amenazan a bienes jurídicos específicos*. Dicho compromiso produce un efecto de confianza y «abandono», tanto en los potenciales afectados como en terceros potenciales intervinientes. De este modo, si luego se incumple el compromiso de contención dejando que el riesgo se haga actual y se realice en el resultado, se tiene un *dominio sobre dicho riesgo*, un control sobre el proceso lesivo, que es normativamente idéntico al de la comisión activa, pese a no haber en la conducta del sujeto causalidad en relación con el resultado (teoría del compromiso de contención)⁴⁴.

Luzón Peña cree que cuando la conducta consiste en no intervenir, no actuar frente a un peligro ya existente, de *origen diverso* a la propia omisión y *cronológicamente* anterior a la misma, dejando que el peligro siga su curso natural y desemboque en una lesión del bien jurídico, esa omisión no equivale ni puede equivaler sin más a producir la lesión, por el simple hecho de que el sujeto tenga un deber de garantía, pero que hay algunas omisiones de las que se puede decir que crean o aumentan el peligro: cuando la posición del sujeto determina que no haya peligro, o que dada su función social absolutamente normal y habitual o específica para eso, si hay un cierto peligro abstracto (o incluso concreto), social y normativamente se considere ese peligro como perfectamente controlado, o incluso

luego específicamente en la situación concreta en que el sujeto omite realizar una acción determinada de neutralización de la causa *determinante* del resultado (pp. 411 y 412).

⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (1994), «“Comisión” y “Omisión”. Criterios de distinción», en *La Comisión por omisión, Cuadernos de Derecho judicial*, CGPJ, XXIII, p. 14; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1986), *El delito de omisión. Concepto y sistema*. Librería Bosch, pp. 369 a 371.

conjurado o prácticamente inexistente mientras –y sólo con que– el sujeto cumpla su función normal o específica⁴⁵.

Finalmente, Martínez-Buján⁴⁶ considera que la idea de dominio de Schünemann debe ser completada con otro criterio rector: la existencia de una estrecha conexión entre el hecho delictivo cometido por el subordinado y el ejercicio de facultades de autoorganización, de modo que habrá responsabilidad cuando el proceso de riesgo haya sido generado directamente por la propia actuación del directivo de la empresa o cuando se derive de objetos, procedimientos o personas que carecen de un margen de autonomía relevante en el seno de la empresa y pertenecen a la esfera de organización del órgano directivo.

En definitiva, el empresario puede iniciar cualquier actividad de riesgo, siempre y cuando mantenga los riesgos propios de la actividad que explota dentro de los límites permitidos. De ahí se deduce el deber de vigilar los focos de peligro que la actividad empresarial genera. En la medida en que el desarrollo de la actividad empresarial origine el surgimiento de nuevos focos de peligro, que en el momento en que aquella se inició eran previsibles, el deber de vigilar estos nuevos focos le compete a quien organiza la actividad empresarial. Si no lo hace, responde en comisión por omisión⁴⁷.

Desde el punto de vista del Derecho positivo, este deber de garante se apoya en Alemania en el parágrafo 13 StGB y en el 130 OWiG (Ley de Contravenciones al Orden). En nuestra doctrina, Bacigalupo entiende que, además de en el artículo 11 CP, el fundamento legal del deber de garante del titular de la empresa ha de encontrarse en los artículos 1902 y siguientes Código Civil. Considera que respecto del control de peligros de la empresa provenientes de fuentes no humanas de peligro existe un cierto acuerdo. Hay tal deber si la fuente está dentro del ámbito de dominio del omitente o si éste se encontraba socialmente en una posición mejor que la de otros para evitar el resultado. Pero advierte que no debe ser utilizado como un criterio meramente fáctico, ya que la existencia de un deber jurídico extrapenal es el presupuesto mínimo de la equivalencia valorativa entre acción y omisión (debe tratarse del dueño o poseedor como señala el Código Civil). El dueño debe tomar todas las medidas necesarias para que el peligro no supere el límite permitido (arg. ex arts. 1906, 1907 y ss. CC). Pero respecto del deber de vigilancia por los delitos cometidos por terceras personas hay que contar con la limitación del artículo 1903 CC: sólo habrá

⁴⁵ LUZÓN PEÑA, D. M. (1986), «La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS», en *Estudios Penales*, Ed. PPU, 1991, pp. 237 y 239.

⁴⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (1998), *Derecho penal económico, parte general*, *ibid.*, pp. 205 y 206.

⁴⁷ En este sentido, Iván MEINI (2003), *ibid.*, p. 274.

deber de garante cuando el deber de vigilancia abarque la obligación de controlar una específica peligrosidad del vigilando (menores, enfermos mentales o delincuentes peligrosos), ya que en este ámbito el principio es el de la propia responsabilidad de toda persona. La excepción la marcará el orden jurídico cuando atribuya a una persona dominio sobre otra mediante un poder de vigilar y de impartir órdenes o cuando de la naturaleza misma de la empresa surjan peligros para la generalidad con especiales deberes de vigilancia para el directivo. Sin embargo, cree que en España no hay un precepto equivalente al 130 OwiG, ya que el 130.3 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no crea la posición de garante, sino que remite a una ley que la podría crear, aunque se deduce de los principios generales y del artículo 1903 CC⁴⁸. De otra opinión, Núñez Castaño⁴⁹.

Finalmente, se discute si es preciso que la actuación del titular de la empresa hubiese evitado, con una seguridad rayana en la certeza, el resultado como entiende Gimbernat o basta con que los controles hubieran dificultado considerablemente el hecho⁵⁰, como opinan Stratenwerth y Schünemann⁵¹.

4.3 La delegación de funciones

En los supuestos de delegación de funciones el empresario traspasa a otra persona ciertos ámbitos o parcelas de su poder, para facilitar un mayor dinamismo y agilidad en la actividad empresarial⁵². La delegación permite aprovechar la especialización y puede llegar a ser una exigencia si es precisa una capacitación técnica que el empresario no posee. Así, por ejemplo,

⁴⁸ BACIGALUPO ZAPATER, E. (1994) La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial, en «La responsabilidad penal de las sociedades. Actuación en nombre de otro. Responsabilidad de los Consejos de Administración, y responsabilidad de los subordinados», *Cuadernos de Derecho Judicial* CGPJ, pp. 74 y 75.

⁴⁹ NÚÑEZ CASTAÑO, E. (2000), *ibid.*, p. 46, quien sí cree que el artículo 130 de la Ley 30/1992 establece deber de garante.

⁵⁰ MEINI MÉNDEZ, I. F. (1999), *ibid.*, pp. 12 y 13; SCHÜNEMANN, B. (2002), *¿Ofrece la reforma del derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?*, *ibid.*, pp. 195 y 196; STRATENWERTH, G. (1982), *Derecho penal, parte general I*, El hecho punible, Traducción de la 2.ª edición alemana por Gladys Romero, Ed. Edersa, núm. 1025; STRATENWERTH, G. (2000), *Strafrecht, Allgemeiner Teil I. Die Straftat*. (Alemania), Carl Heymanns Verlag, p. 388.

⁵¹ Parece fundada la crítica de que esta última postura lleva a una ampliación de la responsabilidad por omisión en aquellos casos en que la evitación del resultado es altamente insegura. Con ello los delitos de comisión por omisión se convertirían en parte en delitos de peligro (concreto): JOECKS, Wolfgang von: *Strafgesetzbuch. Studienkommentar* (2000) C. H. Beck, comentario al parágrafo 13, núm.16.

⁵² NÚÑEZ CASTAÑO, E. (2000), *ibid.*, p. 54.

respecto de la seguridad en el trabajo, el Real Decreto 39/1997, en desarrollo del artículo 30 LPRL, puede imponer una delegación a ciertas empresas⁵³. Por otro lado, no cabe la delegación cuando se trata de un deber altamente personal. La discusión se centra en la nueva situación jurídica que se crea tanto respecto del delegante como del delegado.

Mayoritariamente se admite que el delegante tiene un deber de vigilancia sobre el ámbito de poder traspasado, para comprobar que las atribuciones delegadas se realizan de forma plena y absolutamente satisfactoria. Por tanto, conserva una posición de *responsabilidad residual*, ya que retiene ciertas competencias: selección del delegado (sería responsable si el nombrado es manifiestamente incapaz, falto de experiencia, pericia o con escasos recursos técnicos), supervisión (si no cumple lo encomendado debe corregirlo o cambiarlo), vigilancia (con controles periódicos de la actividad) y suspensión de su actuación, información y formación, organización y coordinación de la armónica actividad de los delegados cuando son varios (para evitar lagunas de dominio), dotación de medios materiales y económicos para realizar la labor. Si retiene competencias, retiene responsabilidades. La principal competencia es el deber de vigilancia⁵⁴. Este no genera deberes de aseguramiento o salvamento, por lo que su infracción no genera, en principio, responsabilidad penal a título de autor, sino de partícipe⁵⁵, pues dentro de sus competencias no se encuentra el dominio del riesgo de las funciones delegadas. Si no fuera así, no tendría sentido la delegación. Como generalmente será partícipe por imprudencia, por infracción de la norma de cuidado, en muchos casos será impune (art. 12 CP). Cuanto mayor es el riesgo y más difícil su control, más intensa debe ser la supervisión del delegante (la cualificación, experiencia y confianza pueden reducir esta exigencia). La ventaja que saca el delegante es el margen de autonomía que le concede la delegación y el carácter parcial de la actividad de vigilancia del delegado. Prescinde del control inmediato de la fuente de peligro y la sustituye por un deber de supervisión del delegado y un deber de intervención si éste no cumple su misión⁵⁶.

⁵³ LÓPEZ GANDIA/BLASCO LAHOZ (1999), *Curso de prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, pp. 81 y ss.

⁵⁴ Los deberes de vigilancia no incluyen únicamente el deber de vigilar a los colaboradores subordinados, los locales de la fábrica y el proceso de producción (*deber in vigilando*) sino también el deber de elegir a los colaboradores con arreglo a criterios de idoneidad, experiencia y calificación técnica (*deber in eligendo*), MEINI (2003), *ibid.*, p. 384.

⁵⁵ En contra, considerando que responde como autor, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (1998) *Derecho penal económico, parte general*, *ibid.*, p. 209.

⁵⁶ LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A. (2002), *ibid.*, pp. 117, 119, quien cree además que no hay exoneración porque hay un deber de control de un ámbito de riesgo que corresponde al delegante y del que éste sigue disfrutando y beneficiándose como propio.

Por el lado del delegado, la delegación crea una nueva posición de garantía, ampliándose la esfera de competencias del delegado en virtud de la asunción de funciones de control de riesgos. Esto hace que en caso de comisión de un delito, responda como autor. De todas formas, no basta el formal nombramiento o encargo o delegación de funciones, sino que tiene que ir acompañado de determinada cuota de libertad (dominio) y de los medios y recursos técnicos y humanos que permitan asumir el nuevo ámbito de organización, así como de su aceptación voluntaria. A este respecto, Silva Sánchez plantea el caso del delegado que carece de medios para cumplir eficazmente con su función de control de riesgos porque el delegante no se los suministra, pero no obstante se mantiene en su posición de competencia y responsabilidad. Afirma que habría que entender que la competencia para la dotación de medios no ha sido delegada, sino retenida por el delegante. Al delegado le incumbe apereibir de la falta de medios, y, en tanto no se subsane, cumplir con su deber, es decir, hacer frente al riesgo asumido con los medios existentes. Si se produjera el resultado por falta de medios, respondería sólo el delegante, aun cuando el delegado hubiese causado de modo previsible el resultado⁵⁷. También si la creación del peligro es obra del delegante o si el resultado lesivo resulta de defectos de seguridad estructurales de la empresa previos a la delegación, pues su corrección supera las posibilidades funcionales del delegado⁵⁸.

Sin embargo, la jurisprudencia parece inclinarse por la exoneración del delegante: STS de 26 de marzo de 1994 (citada por Bacigalupo y Cuadrado Ruiz) si se trata de personas capacitadas y con medios necesarios; STS de 14 de junio de 1976 (citada por Monge Fernández⁵⁹): se designó un delegado cuya actividad se supervisaba, sobre el que se desplazaban las obligaciones. Esta misma tesis de la liberación del delegante la defiende la citada autora⁶⁰.

⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. M. (1997), Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas, en «Empresa y derecho en el nuevo Código penal», *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, pp. 19 y ss.

⁵⁸ ARROLLO ZAPATERO, L. (1988), *Derecho penal del trabajo*, pp. 126, 130 y 131. Igual en MEINI (2003), p. 396, quien añade que la imputación de la infracción del *deber in vigilando* por organización defectuosa no sólo se advierte en quien originalmente la organiza y configura, sino también en quien con posterioridad asume dicha organización como titular sin subsanar las deficiencias existentes (p. 307).

⁵⁹ MONGE FERNÁNDEZ, A. (1998), *La responsabilidad penal por riesgos en la construcción*, Tirant lo Blanch, pp. 212 a 214.

⁶⁰ También PAREDES CASTAÑÓN, J. M. y RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (1995), *El caso de la colza*, p. 188. MEINI mantiene una posición intermedia: Cuando el objeto de delegación consiste específicamente en funciones de control o de vigilancia, la posición de garante se delega por completo, no quedando posición de garante residual; no ocurre esto si se delega la ejecución de actos, obras de ejecución o asunción de cargos, véase *Responsabilidad penal del empresario*, *Ibid.*, p. 370.

También Schünemann⁶¹ cree que no se pueden castigar pseudodeberes, de forma que en el delegante debe concurrir una vulneración del deber de cuidado *ex ante*. Así, si el sustituto es competente y fiable, bastan los controles a través del que delega si posee especialización y competencia técnica y no sobrecarga la capacidad media por la totalidad de sus tareas operativas o de control. De no ser así, habría de acudir a un órgano de control específico.

Las mismas ideas aplica al caso de la delegación en un subempresario: hay responsabilidad de la dirección de la empresa subcontratante si se ha delegado en un empresario de poca confianza o fiabilidad o si no se han tomado medidas contra el descuido de la seguridad técnica en trabajos sobre objetos del patrimonio empresarial que se encontraban bajo su custodia⁶².

Según Mantovani⁶³, la jurisprudencia italiana también reconoce eficacia liberatoria a la delegación, siempre que sea efectiva, es decir, que se caracterice por: a) transferencia de las funciones con base en precisas normas internas, con aceptación voluntaria del delegado; b) idoneidad técnico-profesional del delegado; c) autonomía decisional del mismo, debiendo estar dotado de los poderes necesarios para cumplir su labor; d) disponibilidad de medios necesarios a tal fin por su parte; e) desconocimiento por parte del delegante de la violación del delegado; f) contención o limitación de la delegación, de modo que permita al delegado el cumplimiento de los deberes asumidos; g) notable dimensión de la empresa (para evitar fraudes), requisito éste criticado por el autor⁶⁴. Si se dan estas condiciones, el delegante queda liberado en tanto no conozca el incumplimiento del delegado. De todos modos, las actividades inherentes al cargo que desempeña el delegante son indelegables⁶⁵.

⁶¹ Para este autor el delegante responde en cinco casos: elección descuidada del sustituto; distribución imprecisa de tareas; insuficiente instrucción del sustituto; intervención omisiva en virtud de irregularidades conocidas; no ejecución de muestras aleatorias (*Los fundamentos...*, *ibid.*, p. 140) pero no si el subordinado incurre en excesos por los que se emancipa de la organización jerárquica y lucha contra ella, salvo que la dirección tolere la utilización de objetos que se encuentran en su ámbito de dominio (p. 139).

⁶² Sobre la delegación: SCHÜNEMANN, B. (2002), *Los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas*, *ibid.*, pp. 140 y ss; SILVA SÁNCHEZ, J. M. (1997), *ibid.*, pp. 14 a 21; BACIGALUPO ZAPATER, E. (1994), *ibid.*, pp. 75 a 77; ÍÑIGO CORROZA, M. E. (2001), *La responsabilidad del fabricante por defectos de sus productos*, J. M. Bosch Editor, pp. 270 y ss; MEINI MÉNDEZ, I. F. (1999), *ibid.*, pp. 14 y ss (2003), *ibid.*, pp. 367 a 405; GARCÍA CAVERO, P. (1999), *ibid.*, pp. 93 y 94. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (1998), *Derecho penal económico, parte general*, *Ibid.* pp. 208 y 209; CUADRADO RUIZ, M. A. (1998), *ibid.*, pp. 175 y 176; LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A. (2002), *ibid.*, pp. 114 a 125.

⁶³ MANTOVANI, F. (2001), *Diritto penale, parte generale* (Italia), Cedam, p. 124.

⁶⁴ Defendido, sin embargo, por ARROLLO ZAPATERO, L. (1988), *ibid.*, pp. 123 y 124. Criticado también por MEINI (2003), pp. 380 y 381, para quien la dimensión de la empresa es irrelevante.

⁶⁵ Así, MEINI (2003), *ibid.*, p. 380.

4.4 El actuar en lugar de otro

4.4.1 *Concepto y fundamento*: La razón histórica y político-criminal de la institución se halla en la irresponsabilidad de las personas jurídicas⁶⁶. La imposibilidad de aplicar sanciones directamente a la empresa y la redacción formal de los tipos penales especiales significaron una bipartición de los elementos del tipo penal, en la que los elementos referidos a la posición especial de autor y los referidos a la acción típica se repartían entre la empresa y un miembro de la misma. La base dogmática ha de verse, por tanto, en los delitos especiales⁶⁷. Los elementos de autoría y el estatus jurídico formal pertenecen a la empresa, pero los elementos de la acción típica y el ejercicio material de las competencias del estatus pertenecen a los miembros de la empresa. Por ello, el artículo 31 CP pretende evitar «lagunas de punibilidad escandalosas»⁶⁸. El representante o administrador es en definitiva un *extraneus* que tiene una posición de deber derivada porque no ostenta el estatus. Se le confía positivamente facultades de actuar (gestionar, administrar) y negativamente surge el deber de respeto a los bienes jurídicos confiados: asume respecto de ellos un deber de garante y una función de dominio social típico respecto de la estructura social en la que se protege el bien jurídico, en los términos ya explicados anteriormente (según la exposición de Gracia Martín). Así en la STS de 2 de diciembre de 1972⁶⁹, la responsabilidad no se deriva del mero hecho de ser gerente, sino que hay que establecer «qué miembro de sus órganos tiene las facultades representativas que se manifiestan precisamente en dirección punible», es decir, quién, además del estatus formal de directivo, ejerce el dominio social sobre la concreta esfera en la que se protegía el bien jurídico lesionado.

Un sector doctrinal considera que la responsabilidad criminal del administrador se produce por una transmisión del especial elemento de autoría (teoría formal o de la representación). Otro, encabezado por Schünemann, considera que el ámbito de responsabilidad del representante aparece cons-

⁶⁶ GARCÍA CAVERO, P. (1999), *ibid.*, p. 161. En contra, MEINI (2003), p. 436, donde asegura que no hay relación entre actuar en lugar de otro y *societas delinquere non potest*: si el legislador decidiera regular positivamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, seguiría existiendo la necesidad de regular el actuar en lugar de otro.

⁶⁷ GRACIA MARTÍN, L. (1993), «Instrumentos de imputación jurídico-penal en la criminalidad de empresa y reforma penal», *Actualidad penal* XVI 1993, p. 217: el ejercicio de cargos de responsabilidad en la empresa es un criterio de imputación que está fuera de lugar cuando se trata de delitos comunes, porque en éstos el tipo no requiere en modo alguno cualidades especiales de autoría.

⁶⁸ NÚÑEZ CASTAÑO, E. (2000), *ibid.*, pp. 57 y ss.

⁶⁹ NÚÑEZ CASTAÑO, E. (2000), *ibid.*, 64; GRACIA MARTÍN, L. (1986) *El actuar en nombre de otro en Derecho penal, II Estudio específico del art. 15 bis del Código penal español*, Prensas Universitarias Zaragoza, pp. 25 y 26.

tituido por aquellos elementos especiales de autoría que expresan un dominio sobre el resultado producido equivalente al dominio que posee el garante en la omisión impropia (criterio material), de donde surgen la «relación de dominio social típica» de Gracia Martín y la «aceptación de funciones de seguridad» de Lascurain⁷⁰.

4.4.2 *Administradores de hecho y de derecho*: Vamos a empezar refiriéndonos a la situación en Alemania, ya que la discusión en torno al párrafo 14 StGB ayudará a comprender la discusión en España. El citado párrafo regula el actuar en lugar de otro como representante o miembro de un órgano o por encargo, y en su sección tercera dice que las dos anteriores se aplican aunque el acto jurídico que debería fundar la representación o el encargo sea ineficaz. Lackner⁷¹ entiende que al referirse a la ineficacia del encargo, no es suficiente el mero ejercicio de una posición fáctica, aunque esta limitación ha sido ampliamente disimulada por la teoría, reconocida por la jurisprudencia, pero problemática en relación con el artículo 103.II GG (que se refiere al principio de legalidad), del «órgano fáctico». Tröndle entiende aplicable la citada doctrina al administrador de hecho de una sociedad limitada en cuanto por sí solo determine los destinos de la sociedad o desempeñe un papel dominante frente al administrador legal o en caso de delito omisivo abarque el contenido de injusto típico⁷². Para Lenckner-Perron la mencionada sección tercera contiene una regla no susceptible de ampliación. Rechazan la perspectiva fáctica de análisis (*faktische Betrachtungsweise*), que desliga la formación jurídico-penal de conceptos de las configuraciones que los mismos tienen en otras ramas del ordenamiento⁷³ y aseguran que no puede ser destinatario de la norma penal todo aquel que de acuerdo con la voluntad del competente ejerce de hecho funciones de administración. Por ello se apartan de la doctrina mayoritaria, que en relación a la

⁷⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (1998), *Derecho penal económico, parte general, ibid.*, pp. 218 a 227. Los representantes de la teoría formal (Bacigalupo) no admiten las actuaciones llevadas a cabo por los representantes fácticos. Véase pp. 212, 213, 220 y 221, y sólo además cuando el representante actúa en interés del representado (GRACIA MARTÍN, *Instrumentos, ibid.*; p. 224). Una crítica de la mayoritaria teoría de la representación puede verse en GRACIA MARTÍN, L. (1993), «Instrumentos de imputación jurídico-penal en la criminalidad de empresa y reforma penal», *Actualidad penal* XVI 1993, pp. 220 a 229. Ésta se funda en que quién ha asumido dar cumplimiento a los deberes de otro se ha colocado en la misma posición que el sujeto idóneo y, en caso de infringirlos, habrá realizado el mismo injusto. Gracia cree que no es igual dar cumplimiento a deberes de otro que a deberes propios. Por ello la integración del representante en el círculo de autores idóneos de un delito especial sólo se justifica si el significado de su conducta es idéntico al de la conducta del sujeto expresamente previsto en la ley. Lo determinante sería la relación material del representante con el bien jurídico.

⁷¹ LACKNER, K. (1993), *ibid.*, comentario al par. 14 Rn 6.

⁷² TRÖNDLE, H. (1997), *ibid.*, comentario al par. 14 Rn 18.

⁷³ GARCÍA CAVERO, P. (1999), *ibid.*, p. 24.

normativa de sociedades anónimas y limitadas (v. gr. art. 84 GmbHG, ley de sociedades de responsabilidad limitada), considera que administrador también es quien, sin nombramiento formal ni inscripción en el registro mercantil, ocupa de hecho tal posición junto al administrador legal con su consentimiento si frente a éste tiene una posición de predominio (*übertragende Stellung*) o preponderancia (*Übergewicht*) y creen que el Código sólo se refiere a una parte de los órganos fácticos: aquellos en que es ineficaz el acto que debería haber fundado la posición, pero en los que de hecho se perseguía ese fin, es decir al supuesto de nombramiento defectuoso⁷⁴.

En España también se reflejan estas discrepancias, y hay autores que definen el concepto de administrador de derecho del artículo 31 CP a partir del Derecho mercantil: aquel que pertenece al órgano de administración, tiene facultades de gestión y representación y cuyo nombramiento proviene *ex lege*, reuniendo los requisitos y formalidades de la legislación mercantil (Núñez Castaño⁷⁵), mientras otros dicen que es el miembro de la empresa que desempeña funciones de administración y gestión del negocio, así como competencias de organización, decisión, representación y control, sin que el Derecho penal tenga que ser reflejo fiel del concepto jurídico-mercantil de administrador, por lo que en este ámbito tiene sus propios contornos, pudiendo incluir o excluir otros cargos mercantiles como el de liquidador, apoderado, gestor, etc., dependiendo de los tipos penales concretos y aceptando con ello la perspectiva fáctica de análisis⁷⁶.

En cuanto al administrador de hecho, la novedad del artículo 31 CP respecto del artículo 15 bis CP anterior, hace que la doctrina se haya hecho eco de la discusión alemana y que se defiendan en la misma una concepción estricta y una amplia del concepto. Para la primera, es preciso un nombramiento válido, si bien éste estará falto de inscripción o concurrirán en él vicios que lo harán anulable; es decir, es un nombramiento con irregularidad formal. La concepción amplia se centra en el ejercicio efectivo de funciones de administración con capacidad real para lesionar bienes jurídicos protegidos (dominio sobre la vulnerabilidad jurídica penalmente relevante del bien jurídico⁷⁷). Vamos a ver los supuestos que se discuten, partiendo,

⁷⁴ LENCKNER/PERRON, en «Schönke-Schröder» (2001), *Strafgesetzbuch Kommentar*, *ibid.*, comentario al par. 14 Rn 42 y 43.

⁷⁵ NÚÑEZ CASTAÑO, E. (2000), *ibid.*, pp. 67 a 73. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (1999), *Derecho penal económico. Parte especial*, p. 177, quien resalta las notas de nombramiento formal e inscripción en el Registro Mercantil.

⁷⁶ GARCÍA CAVERO, P. (1999), *ibid.*, p. 100.

⁷⁷ Según MARTÍNEZ-BUJÁN, esta concepción amplia es mayoritaria en la ciencia penal española: véase *Derecho penal económico. Parte especial*, pp. 178 y 179, donde cita a los autores que la defienden.

con García Caveró⁷⁸, de que la figura tiene un núcleo claro de significación, constituido por el administrador nombrado ineficazmente:

a) *Nombramiento formalmente ineficaz.*—Existe un acto formal de nombramiento pero civilmente es ineficaz. El propio Derecho privado atribuye a estos casos cierta eficacia jurídica (arts. 133 y 134 LSA). La doctrina penal requiere que el afectado tome conocimiento del nombramiento, lo acepte expresa o tácitamente o por hechos concluyentes que denoten la asunción del cargo de administrador. Se pueden tratar varios subcasos: el primero es el del administrador de una sociedad no inscrita o la no inscripción del nombramiento del administrador. La propia normativa mercantil (art. 125 LSA) considera administrador a la persona nombrada antes de la inscripción de la sociedad y la eficacia de su nombramiento se produce con la aceptación, por lo tanto, previamente a la inscripción. El segundo es el referente a la ineficacia civil del nombramiento: éste es eficaz hasta su declaración de nulidad (arts. 124 LSA y 58,3 LSRL). El tercero, la sociedad incurso en causa de nulidad: hasta que no se produce la disolución por sentencia, es considerada como plenamente eficaz. Los negocios jurídicos realizados existen y ha sido representada en ellos por el administrador. De lo contrario, se desprotegería a los terceros de buena fe⁷⁹.

b) *Inexistencia de nombramiento.*—Se asumen fácticamente funciones de administrador sin que formalmente se esté reconocido como tal y sin que exista nombramiento ni siquiera ineficaz. Se requiere en primer lugar la asunción de hecho y el ejercicio de hecho de la posición de administrador con una influencia determinante en los procesos globales del negocio. En segundo lugar, debe haber un consentimiento de la mayoría de los socios o del órgano societario competente, que ha de ser inferido de las circunstancias o cubierto por una mera tolerancia, sin que baste la usurpación unilateral (aunque esto plantea el problema de que entonces la atribución de responsabilidad al sujeto no se determina por su conducta sino por el comportamiento de terceros). Finalmente, en los delitos de omisión sería precisa una apariencia de nombramiento (si bien parece que la apariencia es un requisito de la asunción de hecho de funciones de administración, por lo que debería aplicarse con carácter general).

⁷⁸ GARCÍA CAVERO, P. (1999), *ibid.*, p. 110.

⁷⁹ En esto y lo que sigue GARCÍA CAVERO, P. (1999), *ibid.*, pp. 112 y ss, y NÚÑEZ CASTAÑO, E. (2000), *ibid.*, pp. 80 y ss; donde trata ampliamente supuestos de aceptación tácita o implícita del nombramiento, la falta de publicidad del mismo, su nulidad, renuncia, revocación y caducidad, así como casos dudosos de administración (delegación, apoderamiento, el letrado asesor, promotores y fundadores, administradores judiciales y liquidadores). En términos similares, en cuanto a los casos dudosos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (1999), *Derecho penal económico, parte especial*, *ibid.*, pp. 179 a 181.

c) Responsabilidad del administrador de hecho junto con un administrador formalmente nombrado.—En primer lugar, el uso de testaferros (Strohmann). El hombre de atrás es la verdadera alma del negocio y gobierna la sociedad desde la sombra, utilizando como administradores de derecho a personas interpuestas. Respecto del testaferro, la opinión generalizada cree que el nombramiento y la inscripción en el registro es una apariencia jurídica que no funda responsabilidad penal. Sólo si asume ciertas funciones de administración, como el firmar, y así confirma en parte la apariencia, podría responder como partícipe o cooperador necesario. Pudiendo incluso (opinión minoritaria) llegar a ser coautor, aunque cumpla órdenes, si tiene toda la información sobre la situación⁸⁰. Respecto de la responsabilidad del hombre de atrás, las situaciones son diversas: si por prohibiciones legales o conflictos de intereses no puede ocupar la administración legal de la empresa, no ofrece dudas la responsabilidad penal. Si es socio único o mayoritario que realiza influencias activas que se limitan a instrucciones internas, es discutible su responsabilidad. En segundo lugar, los supuestos de coadministración. Ya vimos que la jurisprudencia alemana no es unitaria y a veces exige la posición de predominio y en otros casos se conforma con la preponderancia. Si el administrador de hecho asume funciones globales de administración, ambos serán coautores. Si sus funciones son limitadas, hará frente a responsabilidad sólo por las competencias ejercidas, existiendo en el administrador de derecho un deber de vigilancia sobre estas competencias. La duda radica en si, en casos de dirección codesempeñada, al administrador de hecho le alcanza adicionalmente un deber de actuación penal por otros deberes del cargo (v. gr. Delitos tributarios).

4.4.3 Ámbito de aplicación del actuar en lugar de otro:

a) *Excurso: delitos de dominio y delitos de infracción de un deber.* Esta división se puede utilizar en un sentido formal, correspondiendo entonces los delitos de dominio a los delitos comunes, es decir, los que pueden ser cometidos por cualquier persona, en los que para establecer la autoría se parte del dominio del hecho, mientras que los delitos de infracción de deber incluirían los delitos especiales, es decir, aquellos que sólo pueden ser realizados por sujetos que reúnan ciertas características o condiciones, así como los delitos imprudentes y los delitos de comisión por omisión, en los que la autoría se funda en la infracción del deber, de modo que quien infringe el deber siempre es autor, independientemente de su contri-

⁸⁰ Distintas opiniones en NÚÑEZ CASTAÑO, E. (2000), *ibid.*, pp. 134 a 145, y GARCÍA CAVERO, P. (1999), *ibid.*, pp. 123, 124, 149 y 150.

bución al hecho. Esta elaboración se debe a Roxin⁸¹. Pero también se utiliza por un sector de la doctrina, los seguidores de Jakobs, en sentido material. Delitos de dominio serían aquellos que se fundan en el dominio del riesgo y en el rol general de ciudadano, conforme al principio de libre organización de la esfera individual (en la empresa existe organización conjunta de varias personas). Algunos están estructurados formalmente como delitos especiales (delitos especiales en sentido amplio) porque el autor está en una posición de mayor proximidad frente al objeto penalmente protegido. Si bien en este caso el círculo de autores se reduce, no se refiere a roles específicos, sino a una posición particularizada de la organización de la esfera personal. Aquella persona que formalmente no está dentro del círculo de destinatarios de la norma puede ser sancionada en virtud de la asunción de la posición particularizada. Finalmente en los delitos de infracción de deber existirían vinculaciones entre esferas de organizaciones derivadas de deberes institucionales que crean roles especiales y deberes específicos⁸².

b) *Aplicación a los administradores de hecho y de derecho*: En los delitos de dominio en sentido material, el administrador de hecho, al asumir funciones de administración, puede responder penalmente en la misma medida que el administrador de derecho, con el matiz de que en el caso de éste sólo es necesario que entre en el ámbito de protección de la norma aunque aún no posea pleno dominio material sobre las funciones de administración siempre que esté en situación de poder evitar afectar el objeto protegido (dominio sobre la causa del resultado), mientras que aquél debe no sólo entrar a desempeñar funciones de administración, sino que además debe tener un dominio sobre ellas (dominio social típico), es decir, se requiere asunción de funciones y un poder fáctico de ordenación, una influencia considerable en los procesos globales del negocio. El administrador responde por las competencias que posee respecto del hecho, y también por asunción fáctica de funciones, si las toma fuera de su ámbito formal de competencias. En los delitos de infracción de deber es preciso examinar si el rol especial es o no transferible y si tiene una regulación extrapenal o puede acudir a una interpretación fáctica⁸³.

4.4.4 Conclusión: En la configuración de los límites de la figura del administrador de hecho pugnan consideraciones de justicia material y princi-

⁸¹ Así, Roxin, C. (1998), *ibid.*, pp. 383 y ss; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (1996), *Autoría y participación*, Akal iure, pp. 161 y ss.

⁸² GARCÍA CAVERO, P. (1999), *ibid.*, pp. 85, 86, 98, 99; NÚÑEZ CASTAÑO, E. (2000), *ibid.*, pp. 113 y 114.

⁸³ NÚÑEZ CASTAÑO, E. (2000), *ibid.*, pp. 114 a 132; GARCÍA CAVERO, P. (1999), *ibid.*, pp. 101 a 107, 164 y ss.

pios formales como los del legalidad y seguridad jurídica. Respecto de la primera son ilustrativas las reflexiones de Silva Sánchez sobre la sentencia «Bertrán de Caralt» (STS 20-5-96, ponente Bacigalupo)⁸⁴ donde el Tribunal Supremo acude al levantamiento del velo para imputar un delito tributario a una persona física que no es el obligado formal, porque aparentemente es un socio minoritario, pero que desde una «perspectiva fáctica» se ha servido, abusando de la personalidad jurídica, para eludir sus obligaciones y ocultar su condición de administrador de hecho. Esta perspectiva la siguió el Tribunal Supremo ya antes de la vigencia del art. 15 bis del Código anterior en STS 24-7-89. Incluso el citado autor cree que el nuevo Código consagra legislativamente la perspectiva fáctica y que se debería llegar a una interpretación material de los delitos especiales, en la que lo decisivo no sería la situación formal de *intraneus* sino el dominio sobre la situación que produce el surgimiento de tal situación. En la situación contraria, de resaltar las garantías formales, se sitúa Muñoz Conde⁸⁵, quien tras destacar la apariencia y la posibilidad de representar a la sociedad frente a terceros como notas destacables del administrador de hecho, advierte que el problema que tiene la perspectiva fáctica es que transforma el delito especial en delito común de dominio, en el que la necesidad de que se infrinja el deber específico que incumbe jurídicamente a una determinada persona se sustituye por el control o dominio efectivo que esa persona ejerce sobre otra, sin que pueda admitirse que en aras de una justicia material, a veces discutible, se extienda desmesuradamente la punibilidad a conductas o personas que ni siquiera con la interpretación más extensiva posible entran en el círculo de la autoría o participación.

4.5 Acuerdos del órgano colegiado de administración

Cuando el acuerdo sea delictivo, la responsabilidad penal no alcanza a todos los miembros del órgano que ha adoptado el acuerdo, sino que cabe la posibilidad de que algunos integrantes del órgano queden exonerados de responsabilidad. Con ello se rechaza la tesis de un sector de la doctrina italiana que creó la categoría del delito colegial (*reato collegiale*), cuya finalidad era simplificar los problemas probatorios y excluir las reglas de la participación. A partir de las normas civiles (art. 2.392 CC italiano) esta

⁸⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M. (1997), *ibid.*, pp. 47 a 57, especialmente 55 y 57.

⁸⁵ MUÑOZ CONDE, F. (2001), *ibid.*, pp. 231, 232, 237 y 238. En contra también ZORNOZA PÉREZ, J., «Levantamiento del velo y determinación de la cuota en el delito de defraudación tributaria», en *Derecho penal de la empresa* (Mirentxu Corcoy Bidasolo, Directora) Universidad Pública de Navarra (2002), pp. 235 y ss, con referencias a la STS 20-5-96 y a la de instancia, SAP Barcelona 5-4-94.

creación entiende que el miembro del órgano que quiere salvar su responsabilidad debe anotar su disenso en el libro de actas y ponerlo inmediatamente en conocimiento del colegio de síndicos. Esta opinión, cuyo origen se atribuye a Rende, es rechazada mayoritariamente por la doctrina, ya que la responsabilidad penal es personal y no puede fundamentarse responsabilidad por las acciones u omisiones de los demás miembros del órgano colegiado⁸⁶.

4.5.1 Responsabilidad por la intervención en la toma de la decisión: Hay que tener en cuenta varios supuestos, partiendo de que los que votan (a favor o en contra) forman la voluntad social.

a) *Votación nominal no secreta*: que puede ser simultánea, en cuyo caso los que votan a favor del acuerdo ilícito son responsables; o sucesiva, en cuyo caso, en primer lugar, si el voto a favor se emite antes de alcanzar la mayoría necesaria para aprobar el acuerdo y quien lo emite desconoce si el acuerdo se aprobará, se es responsable por contribuir a formar la mayoría. ¿Puede alguien alegar a posteriori que su voto no resultó determinante? Carlos Suárez dice que este tema se trató en Alemania en la Sentencia del ya citado caso Lederspray⁸⁷ de 6 de julio de 1990: el voto fue parte necesaria del conjunto de condiciones que se cumplieron para alcanzar el acuerdo. En segundo lugar, si se vota después de que ya esté asegurada la

⁸⁶ Sobre esta materia MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. (2002), *ibid.*, pp. 149 a 212; NÚÑEZ CASTAÑO, E. (2000), *ibid.*, pp. 149 a 164; SUÁREZ GONZÁLEZ, C. (1994), «Participación en las decisiones del Consejo de Administración de una sociedad y responsabilidad penal, en «Responsabilidad penal de las sociedades. Actuar en nombre de otro. Responsabilidad de los Consejos de Administración. Responsabilidad de los subordinados». *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ, pp. 39 a 61; MEINI MÉNDEZ, I. F., «Perfil penal de la participación en la adopción de acuerdos en el seno de un órgano colegiado», en <http://www.unifr.ch/derechopenal>. CUADRADO RUIZ, M. A. (1998), *ibid.*, pp. 118 a 122. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (1999), *Derecho penal económico, parte especial*, *ibid.*; pp. 182 a 189.

⁸⁷ Sobre el caso Lederspray se pueden consultar CUADRADO RUIZ, M. A. (1998), «La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario», *ibid.*, pp. 28 a 32; GIMBERNAT ORDEIG, E. (2000), «La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, tomo L año 1997, Ministerio de Justicia y BOE, pp. 48 a 67. En la sentencia de los pulverizadores de cuero también fueron condenados los dos directivos de las empresas filiales que fueron informados al término de la reunión extraordinaria e hicieron suyas para su ámbito de responsabilidad las decisiones acordadas. No participaron en la toma de decisión. Pero habían compartido la resolución y por tanto también la responsabilidad. Sólo habrían quedado exonerados si hubieran hecho todo lo posible y exigible para la revocación del acuerdo. El resto de personal directivo que ocupa puestos de responsabilidad, pero siempre a las órdenes de mandos superiores se puede considerar a salvo de procesos derivados de sus decisiones. Por esta razón el BGH absolvió al jefe químico (condenado en la instancia como cómplice), porque no pertenecía a la dirección de la empresa, sino que era un empleado de la misma. 126. El hecho de que como especialista no hubiera hecho ver a la dirección la conveniencia de una retirada del producto, no era suficiente para una posición de garante por injerencia. CUADRADO RUIZ, M. A. (1998), *ibid.*, pp. 120 a 125.

mayoría porque ya tiene votos suficientes, la opinión mayoritaria cree que también responde quien vota a favor aún después de asegurada, porque todos los votos crean un riesgo desaprobado, coadyuvan a configurar la voluntad del órgano y forman parte del acuerdo adoptado (que además no se adopta hasta que el procedimiento no concluye).

b) *Votación nominal secreta*: no hay problema en caso de unanimidad, ya que todos serán responsables, pero bastará que uno vote en contra para que, por el principio *in dubio pro reo*, no se pueda declarar a nadie responsable. Plantea, por tanto, un problema de prueba. En España es difícil que se dé en órganos colegiados mercantiles, porque la legislación mercantil no permite las votaciones secretas⁸⁸.

c) *Supuestos en que se vota en contra, en blanco, se abstiene o no se concurre a la votación*: En principio no hay responsabilidad. El problema radica en si lo determinante es el efectivo comportamiento o la efectiva voluntad del sujeto. La opinión mayoritaria⁸⁹ entiende que el voto en contra no exonera si la disensión ha sido declarada por motivos particulares de conveniencia, mientras que el comportamiento real ha discurrido en la misma dirección que los restantes votantes. Por tanto, hay que averiguar la verdadera voluntad recopilando pruebas que puedan romper la presunción de que todo voto corresponde con el fuero interno de quien lo emite y permitan demostrar que con comportamientos anteriores o coetáneos a la votación se ha favorecido la adopción del acuerdo. Incluso la ausencia no siempre exime de responsabilidad criminal: puede ser condición necesaria de la adopción del acuerdo, o lo hace posible o lo facilita, o pueden plantearse casos de inducción y luego ausencia para eludir responsabilidades.

d) *Colaboración disidente*: es decir, se vota en contra pero la presencia permite que haya quorum para votar. La duda radica en si es relevante que se haya podido impedir la aprobación del acuerdo mediante la inasistencia a la votación. No hay imputación objetiva porque nadie tiene el deber de garante de que los demás se comporten correctamente⁹⁰.

e) *Otros supuestos*: Cuando se vota a favor de un acuerdo ilícito la responsabilidad surge con la aprobación del acuerdo, hasta entonces (salvo que el tipo penal prevea otra cosa) es un acto preparatorio. La dimisión tras

⁸⁸ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. (2002), *ibid.*, p. 158.

⁸⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (1999), *Derecho penal económico, parte especial*, pp. 185 y 186 con referencias bibliográficas.

⁹⁰ En contra MEINI, «Responsabilidad penal del empresario», *ibid.*, p. 234: «de ahí a afirmar que nadie tiene el deber de garante de que los otros se comporten de manera correcta y de que no cometan delitos (Suárez González) hay un paso que personalmente no me atrevo a dar... Una cosa es no ser garante del contenido de la votación y otra cosa muy distinta es cuestionarse la existencia de un deber de garante en virtud del cual se pueda exigir al miembro del órgano colegiado que lleve a cabo todas las acciones posibles para evitar la ejecución del acuerdo antijurídico».

la votación no exime de responsabilidad⁹¹. Cuando no se participa en la votación pero de modo informal se respalda el acuerdo sólo habrá responsabilidad si la aprobación informal resulta decisiva (acuerdo condicionado a que el ausente dé su aprobación). Si se vota a favor de un acuerdo ilícito que no se aprueba, el voto es irrelevante, como acto preparatorio impune, salvo que el tipo penal prevea otra cosa. Quien debe solicitar la anulación de una votación que sabe que será rechazada tiene obligación de plantear la impugnación y no puede exonerarse alegando que el obstáculo no habría impedido la producción del resultado. Finalmente, sobre si es exigible a quien votó en contra que impugne el acuerdo, dependerá como veremos de la postura que se mantenga acerca de la existencia de un deber de garante en los miembros del órgano colegiado.

4.5.2 Responsabilidad por la ejecución del acuerdo: Estará en función de la existencia de tipos penales que castiguen la mera adopción del acuerdo lesivo (v. gr. 291 y 292 CP), en cuyo caso, todos los que votaron a favor del acuerdo serían coautores. Si se admite la tentativa en los delitos de mera actividad, la participación en la votación mediante actos encaminados a conseguir la aprobación sería tentativa, aun cuando el acuerdo no llegue a ser aprobado o se suspenda la votación⁹². Pero si el tipo penal contiene otra configuración será un acto preparatorio cuya punibilidad dependerá del caso concreto y sobre todo de si se ha aprobado y ejecutado el acuerdo. Hay así autores que entienden que estamos ante un acto preparatorio impune porque la tentativa empezará con la ejecución del acuerdo⁹³, y otros que defienden como criterio general que habrá tentativa ya con la aprobación del acuerdo, puesto que se está en presencia de actos suficientemente importantes para entender que el bien jurídico ha sido puesto en un estado de peligro relevante, y porque si han aprobado el acuerdo es porque pensaban ejecutarlo⁹⁴. En la ejecución del mismo pueden darse varios supuestos:

a) Los que adoptan el acuerdo lo hacen dolosamente, y es ejecutado por ellos mismos o por uno de ellos conforme al plan inicialmente trazado por todos ellos: todos serían coautores.

⁹¹ En contra, CUADRADO RUIZ, M. A. (1998), *ibid.*, pp. 119 y 120, que considera que las únicas formas de quedar al margen son oponerse y dimitir o impugnar el acuerdo del Consejo.

⁹² En contra, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (1999), *Derecho penal económico, parte especial*, p. 188, quien afirma que quien emite el voto en el inicio de una votación que se interrumpe así como quien lo hace a favor de adoptar un acuerdo antijurídico que al final no se adopta por resultar mayoritaria la tesis contraria realizan una conducta impune en principio.

⁹³ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. (2002), *ibid.*, . 170, 171.

⁹⁴ MEINI MÉNDEZ, I. F., «Perfil penal de la participación...», *ibid.*, pp. 12 y ss.; lo mismo en *Responsabilidad penal del empresario*, *ibid.*, p. 241.

b) El acuerdo es ejecutado por una persona que no ha participado en la aprobación dolosa del acuerdo, pero que según el plan diseñado le corresponde ejecutarlo: todos coautores, salvo que se trate de un delito especial cuya cualificación no ostente uno de los intervinientes en cuyo caso sería partícipe.

c) Si el ejecutor actúa en calidad de instrumento, habrá autoría mediata. Los supuestos más frecuentes serán aquellos en que la persona ejecutora no conoce el contenido del acuerdo y se limita a ejecutarlo por provenir de un órgano jerárquicamente superior (autoría mediata por instrumento que obra sin dolo por error de tipo o sin culpabilidad por error de prohibición).

d) Acuerdo que se adopta negligentemente y se ejecuta negligentemente: todos autores si existe modalidad típica imprudente (art. 12 CP).

e) La decisión se adopta imprudentemente y el que la ejecuta actúa dolosamente: éste sería autor doloso, los otros autores por imprudencia.

4.5.3 Responsabilidad individual por la aprobación del acuerdo: Si hay división del trabajo en el órgano colegial el problema reside en establecer si cada miembro puede guiarse por las informaciones proporcionadas por otros miembros en referencia a aspectos que son de la específica competencia de quien informa. Suárez González⁹⁵ aplica el principio de confianza: se puede confiar en que los demás actuarán diligentemente a no ser que existan indicios concretos que hagan pensar lo contrario. Otros como Meini Méndez⁹⁶ siguen las reglas del error: en tanto el miembro del órgano emite un voto sobre la base de una información no verídica o errónea pero que considera cierta, se encuentra en estado de error cuya vencibilidad o no dependerá de las posibilidades que haya tenido *ex ante* para percatarse del mismo. El principio de confianza sería una especie de razón adicional: el sujeto actúa en error por haber confiado.

En Alemania, según Schünemann, la posición de garante de cada miembro de la junta directiva se extiende a su propio departamento y a cada uno de los asuntos de la dirección común en su conjunto (BGH St 37, 106), sin que exista un deber de control sobre los límites de los departamentos salvo «motivo especial»⁹⁷. Debe tenerse presente que en la empresa, al lado de una organización vertical, suele existir una organización horizontal,

⁹⁵ SUÁREZ GONZÁLEZ, C. (1994) Participación en las decisiones del Consejo de Administración de una sociedad y responsabilidad penal, *ibid.*, p. 59.

⁹⁶ MEINI MÉNDEZ, I. F., «Perfil penal de la participación en la adopción de acuerdos en el seno de un órgano colegiado», *Ibid.*, pp. 15 a 17.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (1999), *Derecho penal económico, parte especial*, pp. 188 y 189.

⁹⁷ SCHÜNEMANN, B. (2002), «Los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas», *ibid.*, pp. 143 a 147.

por la que se agrupan actividades en secciones. Esto hace que cada departamento tenga sus competencias y que también existan competencias de coordinación (que pueden dar lugar a responsabilidad penal por dominio sobre la totalidad del hecho coordinado).

4.5.4 ¿Deber de garante en los miembros del órgano de dirección? La respuesta tiene importancia en la discusión acerca de si los disidentes deben impugnar el acuerdo para eximirse de responsabilidad criminal. Así Pérez Cepeda⁹⁸ entiende que los administradores que votaron en contra, si no impugnan el acuerdo, serán responsables no por comisión por omisión, sino por un delito de omisión pura del art. 450 CP (lo que a la vista de los bienes protegidos llevará generalmente a la impunidad). Marín de Espinosa Ceballos⁹⁹ sostiene que el sentido del voto en el proceso de formación de la voluntad del órgano es irrelevante para determinar la punibilidad: el consejero que vota en contra e impugna el acuerdo para impedir su ejecución está libre de responsabilidad. Sin embargo, quien no impugna, aunque haya votado en contra, es responsable del resultado lesivo, porque no hizo nada para impedir su ejecución, cuando estaba obligado por su posición de garante, al haberse comprometido a actuar a modo de barrera de contención de determinados riesgos que amenazan una esfera jurídica ajena. Por ello, para la citada autora, el participar en una votación es generalmente un acto preparatorio atípico, ya que la puesta en peligro del bien jurídico tiene lugar en un momento posterior, en concreto al ejecutar el acuerdo, que pertenece a todos los miembros del consejo al margen de su voto, porque la votación tiene por finalidad formar la voluntad social, y el voto en contra, el nulo, en blanco o la abstención no liberan si no se impugna el acuerdo, incluso tampoco eximiría la no asistencia, salvo que se desconozca la existencia del acuerdo. En este sentido, la sentencia del caso de la Colza (STS 23-4-92): «cada administrador resultaba obligado a hacer lo que sea posible y exigible según las circunstancias para lograr que el producto peligroso, introducido antijurídicamente en el mercado, sea retirado de la circulación o, en todo caso, para que no sea introducido en él»¹⁰⁰.

⁹⁸ Citado por MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. (2002), *ibid.*, pp. 182 a 185; NÚÑEZ CASTAÑO, E. (2000), *ibid.*, p. 163.

⁹⁹ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. (2002), *ibid.*, pp. 149 a 211. Ver nota 57.

¹⁰⁰ GIMBERNAT ORDEIG, E. (2000), «La omisión impropia», *Ibid.*, p. 97. En términos parecidos Iván MEINI, *Responsabilidad penal del empresario*, *ibid.*, p. 238, donde expresa que el deber de garante anterior, derivado del actuar precedente, obliga a quien vota en contra a que haga todo lo posible para evitar la lesión, salvo que no pueda hacer algo, los medios a su alcance sean irrelevantes para neutralizar el acuerdo o el mecanismo carezca a todas luces de idoneidad. Lo matizan PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa: (1995), *El caso de la colza: Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Tirant lo Blanch, p. 160: «Parece deducirse que el hecho de participar en un grupo organizado significaría un incre-

4.6 Responsabilidad penal de directivos, mandos intermedios y ejecutores

En la discusión de este problema, la dogmática ofrece absolutamente todas las posibles soluciones que permite el sistema penal, lo que produce gran inseguridad jurídica y hace imprevisible la solución de supuesto concreto ¹⁰¹. Vamos a dividir la exposición en dos grandes apartados:

4.6.1 Autores que consideran que la conducta del ejecutor debe quedar exenta de pena: Destacan los autores funcionalistas ¹⁰². Así Íñigo Corroza, parte de establecer quién permitió que de su esfera de organización surgiera el riesgo prohibido. Lo normal es que los riesgos salgan de la esfera de organización de los subordinados. Pero el encargado (mando intermedio) no sólo se compromete con la aceptación de cargo a asegurar su esfera personal de organización, sino también a controlar la de sus subordinados, por lo que tiene deberes de aseguramiento frente a los posibles riesgos creados por ellos (pasan a ser fruto de una defectuosa organización de su esfera de competencias). Por ello, si el operario sigue órdenes del encargado o establecidas en el proceso organizativo actúa como un mero instrumento y autor mediato es el encargado que ha dado las órdenes erróneas y ello aunque el subordinado conociera o fuera capaz de conocer lo erróneo de la orden, porque no forma parte de su rol analizar los mandatos de sus superiores. Por otro lado, si el operario se comporta de forma contraria a deber, el dominio del riesgo sigue siendo del encargado, salvo que el operario reorganice su actividad en orden a la actuación delictiva. En este esquema a los directivos se les puede imputar el riesgo si el mismo es producto de la mala organización de su contexto de actuación. Si el directivo, de acuerdo con el organigrama de la empresa y de sus funciones, tiene un deber de aseguramiento será autor del delito correspondiente, ya que el control de esos riesgos forma parte de su esfera de organización. Si sólo tiene un deber de vigilancia, no se le puede imputar el riesgo

mento de los deberes del sujeto en relación con el curso fáctico peligroso que el grupo pueda poner en marcha. Tal cosa no es cierta: el deber jurídico penal de conducta del sujeto es exactamente igual dentro y fuera del grupo organizado, consiste en el deber de mantener bajo control el riesgo que puede derivarse de su propia actuación, teniendo en cuenta las capacidades y conocimientos que se le presuponen, por la posición que ocupa, así como aquellos otros conocimientos adicionales que pueda poseer».

¹⁰¹ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. (2002), *ibid.*, p. 18.

¹⁰² Todos estos autores se basan en la opinión de Jakobs, al considerar este autor que debe exonerarse de responsabilidad a quien aun a pesar de realizar un hecho con conocimiento de su sentido y trascendencia lo hace en el ejercicio de una competencia sólo parcial en relación con un contexto más amplio que organiza otro (GRACIA MARTÍN, L (1993), *Instrumentos de imputación jurídica penal en la criminalidad de empresa y reforma penal*, Actualidad penal XVI 1993, p. 214, nota 8.

como propio y será partícipe ¹⁰³. De la misma opinión es García Caveró ¹⁰⁴ quien cree que mientras el operario ejecute órdenes del superior no existe responsabilidad, incluso si tiene conocimiento de la relevancia dañosa de lo que hace, lo que se fundamenta en su incompetencia respecto del proceso global de la empresa. Opinión muy próxima mantiene Silva Sánchez, quien al comentar la STS 18-11-91 (caso de la transfusión de sangre contaminada), afirma que autor en comisión activa es quien realiza el hecho; partícipe quien contribuye activamente, salvo que se limite a labores standard, fungibles, sin propia connotación delictiva (lo que recuerda a la prohibición de regreso de Jakobs); autor en comisión por omisión aquel en cuya esfera de competencias se hallaba la evitación directa del hecho (el superior jerárquico inmediato o si se trata de cosas peligrosas quien tenía el control inmediato sobre las mismas); partícipes en comisión por omisión los superiores mediatos que podían instar a la evitación del resultado ¹⁰⁵. Se excluye a los ejecutores materiales si pese a contribuir al hecho están al margen de las competencias normativas decisorias. También en el mismo trabajo, al comentar la STS 10-4-92 (S. A. Valenciana de Estacionamientos, importante porque el Tribunal Supremo cree que se puede exonerar al subordinado si su conducta no resulta objetivamente relevante, se halla en situación de error o no es exigible otra conducta dada su situación laboral), excluye a los ejecutores materiales inmediatos si en ningún momento abandonan los baremos correspondientes a su oficio ni se reorganizan específicamente en orden a la actuación delictiva, sobre todo en delitos patrimoniales.

4.6.2 Autores que consideran que el ejecutor material es autor del delito: En la práctica se produce un traslado de la imputación hacia los miembros que se encuentran en los escalones más bajos de la jerarquía empresarial, ya que ellos realizan materialmente la conducta típica. En parte concurren razones fácticas, ya que es difícil acreditar indicios para fundar la autoría de quienes participan desde un segundo plano o en los niveles más altos de la jerarquía y porque existe una tendencia natural de los magistrados a concentrar las decisiones en los datos más evidentes ¹⁰⁶. Como esto produce un menoscabo del efecto preventivo ¹⁰⁷ se buscan

¹⁰³ ÍÑIGO CORROZA, M. E. (2001), *ibid.*, pp. 261 y ss. Especialmente 263, 264, 268, 269.

¹⁰⁴ GARCÍA CAVERO, P. (1999), *ibid.*, pp. 60 a 64.

¹⁰⁵ SILVA SÁNCHEZ, J. M. (1997), *ibid.*, 19 y ss. Una extensa crítica de la sentencia en Iván MEINI, *Responsabilidad penal del empresario*, *ibid.*, pp. 199 a 210.

¹⁰⁶ AUGER LIÑÁN, C. (1993), El derecho penal de la economía problemática, en «La nueva delincuencia I» Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ., p. 50.

¹⁰⁷ La norma penal puede perder eficacia preventiva porque los subordinados no se percaten plenamente de las consecuencias de su actuación por un déficit de información, porque por su posición jerárquica muestren escasa resistencia ante una actitud criminal de grupo, y porque son fungibles, lo que hace que la motivación de la norma sea muy limitada: MARTÍNEZ-BUJÁN

estructuras aptas para atribuir el hecho a los responsables reales, con la variedad a que hemos hecho mención al inicio. Pero también concurren poderosas razones materiales, ya que si en el ejecutor abarca con su dolo los elementos típicos, parece difícil negar en principio su responsabilidad, con todas las matizaciones que se quieran hacer.

a) *Responsabilidad de los ejecutores materiales-subordinados*: Se les suele considerar coautores junto a los que intervienen en las escalas superiores.

b) *Responsabilidad de los mandos intermedios*: Son quienes transmiten la orden al ejecutor inmediato. Unos les consideran autores mediatos, otros coautores (Maurach¹⁰⁸, Jescheck¹⁰⁹, Jakobs¹¹⁰), otros cooperadores necesarios (Pérez Cepeda), otros finalmente cómplices, menos el último que transmite la orden de actuar, que sería inductor (Hernández Plasencia)¹¹¹.

c) *Responsabilidad de los directivos*: Si el subordinado-ejecutor no es responsable porque es incapaz o inimputable o actúa por error o bajo coacción o por miedo debido a su situación laboral (STS 10-4-92 ya citada) los superiores jerárquicos pueden responder por autoría mediata. Si el subordinado ejecutor es responsable se han propuesto varias soluciones. Así, en la mencionada sentencia de 26 de julio de 1994 el BGH (40, 218) como *obiter dicta* afirmó que «una autoría mediata así defendida –por dominio de aparatos organizados de poder– es aplicable no sólo en el caso de abuso del poder estatal, sino también en casos de delitos organizados mafiosamente, y también los problemas de responsabilidad en el ámbito de la empresa se dejan solucionar así»¹¹². Ya dijimos que en España esta construcción es minoritaria incluso aplicada a las estructuras estatales y paraestatales.

Otros les califican de inductores (Köhler, Olmedo Cardenete), o de cooperadores necesarios (Hernández Plasencia)¹¹³. También puede responder por comisión por omisión si el superior no impide el hecho que ocurre en el ámbito de su competencia y podía y debía haberlo evitado porque

PÉREZ, C. (1998), *Derecho penal económico, parte general*, Tirant lo Blanch, p. 197, citando a Schünemann.

¹⁰⁸ MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz (1995), *Derecho penal, parte general*, Traducción de la 7.ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Ed. Astrea (Argentina) tomo II pp. 370 y 371.

¹⁰⁹ JESCHECK, H.-H. (1981), *Tratado de Derecho penal, parte general*, Traducción y adiciones de derecho español, por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Ed. Bosch, tomo II, pp. 937 a 945, en especial p. 944.

¹¹⁰ JAKOBS, G. (1995), *Derecho penal, parte general*, «Fundamentos y teoría de la imputación», traducción de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Ed. Marcial Pons, p. 750.

¹¹¹ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. (2002), *ibid.*, pp. 45 a 47.

¹¹² MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. (2002), *ibid.*, p. 19.

¹¹³ Las citas son de MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. (2002), *ibid.*, pp. 98 a 100.

tenía una competencia específica que le obligaba a controlar todos los factores de peligro derivados de la misma ¹¹⁴.

Pero el calificar a los directivos de la organización como partícipes parece insatisfactorio. En una gran empresa con un complejo organigrama, con división del trabajo en el plano horizontal, y división jerárquica en el vertical, no puede situarse el centro de gravedad principal o exclusivamente en el último eslabón de la cadena, dejando en la periferia conductas no ejecutivas pero tan importantes o más que las ejecutivas, ya que los centros de decisión son más relevantes que los centros de ejecución. Por ello como ya vimos en las organizaciones criminales, Muñoz Conde defiende que el dominio funcional del hecho puede darse también en la fase preparatoria cuando configura la ejecución o está tan íntimamente vinculada con ella que debe valorarse como un todo en una consideración global del hecho ¹¹⁵.

De todos modos esta variedad de opiniones dogmáticas tiene el efecto de que «la dogmática se transforma de un maestro de la disciplina en una tienda de mercaderías de toda clase, en la que la justicia encuentra siempre en alguna de sus interminables estanterías lo que puede alegar como argumentación del efecto deseado en cada caso» ¹¹⁶.

4.6.3 Excurso: Como punto de partida, las conductas imprudentes del mando intermedio son en general imputables a su superior jerárquico. Esto se debe a que el superior no sólo tiene un deber de cuidado sobre sus actos propios y directos, sino también sobre los que, aun siendo de persona distinta, pueden ser considerados como suyos. Su deber de cuidado se extiende a la correcta elección de las personas a las que va a delegar su poder de dirección (*culpa in eligendo*) así como sobre el modo de ejercicio del poder de dirección conferido al encargado (*culpa in vigilando*). Y esto porque el mando intermedio no suele gozar de una autonomía absoluta, sino que su función suele ser hacer cumplir las órdenes del jefe de la empresa.

Este principio no es una presunción de culpabilidad sino un criterio de investigación procesal. Hay supuestos de exoneración del jefe de empresa: actuar doloso del mando intermedio, conducta imprudente de éste, con abierta desobediencia a las órdenes del jefe o temeridad (siempre que el jefe no haya advertido tal desobediencia o que, advertida, no le haya sido posible corregir el proceso desencadenado por el encargado); la imprudencia se realiza cuando no era exigible el efectivo deber de vigilancia por el jefe de la empresa (abandono por fuerza mayor del centro de trabajo dejando allí al encargado con

¹¹⁴ NÚÑEZ CASTAÑO, E. (2000), *ibid.*, pp. 188 y ss.

¹¹⁵ MUÑOZ CONDE, F. (2001), *ibid.*, pp. 211 a 215, 226.

¹¹⁶ SCHÜNEMANN, B. (2002), «El refinamiento de la dogmática jurídico-penal. ¿Callejón sin salida en Europa? Brillo y miseria de la ciencia jurídico-penal alemana», en obra citada *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Editorial Tecnos, p. 16.

capacidad y experiencia necesarias), o delegación absoluta. También cuando la actividad delegada es utilizada por el delegado, valiéndose de la autonomía que la delegación comporta, en provecho propio. La excepción, en este último caso, se produce en los supuestos de excesos que se produzcan en la utilización de los bienes de la empresa. El corte de competencias sólo se produce en forma absoluta «hacia arriba» de la estructura jerárquica, pero no en dirección contraria¹¹⁷, porque para el superior la esfera de competencias de su subordinado es también de su competencia, si bien el organigrama de la empresa, como criterio formal, sólo ofrece un valor indiciario.

Finalmente, para concluir, decir que en muchos casos no será posible individualizar las conductas, porque el resultado será consecuencia de la confluencia de pequeños fallos, debidos a la organización y política de la propia empresa, de un defecto de organización de largos años. Así, en la investigación del accidente del Air New Zealand DC 10 de 1979, se determinó que el accidente no se debió a un solo fallo humano, sino a la incompetencia administrativa de la compañía al haberse detectado errores de muchos funcionarios de programación¹¹⁸, siendo éste uno de los motivos aducidos por los defensores de la necesidad de establecer la responsabilidad de las personas jurídicas a favor de la misma.

5. CONCLUSIONES

1. El mantenimiento, en Derecho español, del principio *societas delinquere non potest*, hace necesaria la formulación de criterios seguros, que permitan imputar el hecho a personas individuales concretas.

2. La autoría mediata por aparatos organizados de poder, aceptada por el BGH, es rechazada mayoritariamente en España, si bien algunos autores la admiten en casos de delincuencia estatal o paraestatal.

3. La criminalidad de empresa se caracteriza por la división del trabajo y la jerarquía, así como por la complejidad, que hace que el mensaje del Derecho penal se difumine.

4. En ella, el paradigma del injusto es el delito omisivo culposo. La comisión por omisión es el fundamento de la responsabilidad del titular por los hechos de los subordinados, aunque el alcance y fundamento del deber de garante son muy discutidos. Su apoyo legal está en los artículos 11 CP y 1.902 y ss. CC.

¹¹⁷ ARROLLO ZAPATERO, L (1988), *Derecho penal del trabajo*, pp. 74 a 76, 120 y 121. MEINI (2003) pp. 393, 394. Ambos se refieren también a la aplicación del principio de confianza en este ámbito, el primero en las pp. 87 a 90 y el segundo en las pp. 398, 399.

¹¹⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. C. (2000), *ibid.*, p. 65 nota 27, p. 130 nota 93 y p. 224 nota 85.

5. En los casos de delegación, el delegante conserva una responsabilidad residual, en cuanto mantiene un deber de vigilancia sobre el delegado, quien, a su vez, crea una nueva posición de garante por asunción del riesgo.

6. El administrador de derecho se caracteriza por el nombramiento (aunque no esté inscrito) y por la aceptación del cargo (aunque sea tácita). En cuanto al administrador de hecho, un sector doctrinal mantiene un criterio formal (supuestos de nombramiento no eficaz), mientras otro aplica uno material o fáctico (asunción de la gestión de la compañía en términos fácticos, con posición preeminente, de modo que las decisiones esenciales de la gestión parten de él o están influidas por él). A su vez, dentro de este sector, existe una posición restrictiva, que exige la asunción de todas las funciones de administración y el reconocimiento fáctico por la sociedad y el propio sujeto; y otra amplia, que se fija en el control de la gestión, independientemente del reconocimiento social y de que la actuación sea permanente o temporal (dominio social típico)¹¹⁹.

7. Cuando existe un consejo de administración, no se admite el delito colegial. Quien vota en contra, en blanco, se abstiene o no concurre a la votación, no incurre, en principio, en responsabilidad por el acuerdo, aunque no falta la opinión de que sólo queda exento quien impugna el mismo.

8. Mayoritariamente se admite que los ejecutores materiales subordinados responden como autores del delito. En la responsabilidad de mandos intermedios y directivos, se ofrecen todas las posibles soluciones dogmáticas, con tendencia a equiparar su responsabilidad a la del ejecutor material. Los autores próximos al funcionalismo exoneran al ejecutor subordinado.

BIBLIOGRAFÍA

ARROYO ZAPATERO, LUIS (1988): *Manual de Derecho penal del Trabajo*, Ed. Praxis S. A.

AUGER LIÑÁN, C. (1993): «El derecho penal de la economía problemática, en «La nueva delincuencia I», *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ.

¹¹⁹ GALLEGO SOLER, J. I.: «El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho penal», en *Derecho penal de la empresa* (Mirentxu Corcoy Bidasolo, Directora) Universidad Pública de Navarra (2002), pp. 153 a 156 y 168, donde acoge la posición material o fáctica amplia. También la acoge MEINI (2003), al preconizar que en el administrador de hecho, la exteriorización del dominio no es elemento esencial. De otro modo, en el caso del administrador oculto *extraneus* (ejemplo del grupo de empresas en que el administrador oculto desde la empresa madre utiliza a testaferros en las filiales) se llegaría a la paradoja de no poder sancionar al administrador a título de autor porque no se trata de un *intraneus* ni de un administrador de hecho al no haber exteriorizado su dominio social. Tampoco se podría sancionar como autor al testaferro. Por ello defiende un concepto amplio de administrador revestido de connotaciones materiales: toda persona que realice en la empresa actividades de gestión será administrador (pp. 452 y 454).

- BACIGALUPO ZAPATER, E. (1994): «La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial, en la responsabilidad penal de las sociedades. Actuación en nombre de otro. Responsabilidad de los Consejos de Administración, y responsabilidad de los subordinados», *Cuadernos de Derecho Judicial CGPJ*.
- BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALAREE (1999): *Lecciones de Derecho penal*: Vol. II, Editorial Trotta.
- CEREZO MIR, J (2000): *Derecho penal, parte general*, lecciones 26-40, UNED.
- CUADRADO RUIZ, M. A. (1998): *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario. Análisis crítico del artículo 363 del Código penal*, Bosch, Casa Editorial S.A.
- DEL RIO FERNÁNDEZ, L. (1999): «La autoría en organizaciones complejas en "fenómenos delictivos complejos"» *Cuadernos de Derecho Judicial (CGPJ)*.
- GALLEGO SOLER, J. I (2002): «El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho penal», en *Derecho penal de la empresa* (Mirentxu Corcoy Bidasolo, Directora) Universidad Pública de Navarra.
- GARCÍA CAVERO, P. (1999): *La responsabilidad pena del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, J. M. Bosch Editor.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. (1966): *Autor y cómplice en Derecho penal*, Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense.
- (1994): «Causalidad, omisión e imprudencia», *Cuadernos de Derecho Judicial*, La comisión por omisión CGPJ XXIII.
- (2000): «La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición». *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, tomo L, año 1997, Ministerio de Justicia y BOE.
- GRACIA MARTÍN, L. (1985): *El actuar en lugar de otro en Derecho penal, I Teoría general*, Prensas Universitarias de Zaragoza.
- (1993): «Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal», *Actualidad penal XVI*, 1993.
- (1994): «La comisión por omisión en Derecho penal español en la comisión por omisión», *Cuadernos de Derecho judicial CGPJ XXIII*.
- (2001): «Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», en *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, UNED.
- HUERTA TOCILDO, Susana (1987): *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia.
- ÍÑIGO CORROZA, M. E. (2001): *La responsabilidad del fabricante por defectos de sus productos*, J. M. Bosch Editor.
- JAKOBS, G. (1995): *Derecho penal, parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Ed. Marcial Pons.
- JESCHECK, H-H. (1981): *Tratado de Derecho penal, parte general*, Traducción y adiciones de derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Ed Bosch.

- JOECKS, Wolfgang von (2000): *Strafgesetzbuch. Studienkommentar*, C.H. Beck (Alemania).
- LACKNER, K. (1993): *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, (Alemania) Ed. Beck.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A. (2002): *Los delitos de omisión: Fundamento de los deberes de garantía*, Civitas.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (1996): *Autoría y participación*, Akal iure.
- LÓPEZ GANDIA/BLASCO LAHOZ (1999): *Curso de prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanc.
- LUZÓN PEÑA, D. M. (1986): «La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS», en *Estudios Penales*, Ed. PPU, 1991.
- MANTOVANI, F. (2001): *Diritto penale, parte generale*, (Italia) Cedam.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. (2002): *Criminalidad de empresa*, Tirant lo blanc.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (1998): *Derecho penal económico. Parte general*, Tirant lo blanc.
- (1999): *Derecho penal económico. Parte especial*, Tirant lo blanc.
- MAURACH, R; GÖSSEL, K-H; ZIPF, H, (1995): *Derecho penal, parte general*, Traducción de la 7.^a edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Ed. Astrea (Argentina).
- MEINI MÉNDEZ, I. F. :«Perfil penal de la participación en la adopción de acuerdos en el seno de un órgano colegiado», en <http://www.unifr.ch/derechopenal>.
- (1999): «Responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados, en Internet», <http://www.unifr.ch/derechopenal>.
- MEINI, Iván (2003): *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Tirant lo blanc.
- MIR PUIG, S. (1996): *Derecho penal, parte general*, Ed. PPU.
- MONGE FERNÁNDEZ, A. (1998): *La responsabilidad penal por riesgos en la construcción*, Tirant lo Blanc.
- MUÑOZ CONDE, F.(2001): «Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?», en *Derecho penal económico*, Manuales de formación continuada, CGPJ.
- MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (1996): *Derecho penal, parte general*, Tirant lo Blanc.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E. (2000): *Responsabilidad penal en la empresa*, Tirant lo blanc.
- PAREDES CASTAÑON, J. M. (2002): «La responsabilidad penal por productos defectuosos: problemática político-criminal y reflexiones de lege ferenda,» en *Derecho penal de la empresa* (Mirentxu Corcoy Bidasolo, Directora) Universidad Pública de Navarra .

- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel; RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa (1995): *El caso de la colza: Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Tirant lo blanc,
- ROXIN, C. (1998): *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Traducción de la 6.^a edición alemana por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Editorial Marcial Pons.
- SCHLÜCHTER, Ellen (2000): *Strafrecht, Allgemeiner Teil in aller Kürze*, EuWi Verlag (Alemania).
- SCHÖNKE-SCHRÖDER (2001): *Strafgesetzbuch Kommentar* (Alemania), Ed. Beck.
- SCHÜNEMANN, B. (2002): «El refinamiento de la dogmática jurídico-penal. ¿Callejón sin salida en Europa? Brillo y miseria de la ciencia jurídico-penal alemana», en obra citada *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Editorial Tecnos.
- «Los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de empresas» en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Editorial Tecnos.
 - «¿Ofrece la reforma del derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?», en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Editorial Tecnos.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1986): *El delito de omisión. Concepto y sistema*. Librería Bosch.
- (1994): «“Comisión” y “Omisión”. Criterios de distinción en la Comisión por omisión», *Cuadernos de Derecho judicial*, CGPJ, XXIII.
 - (1997): «Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas en Empresa y derecho en el nuevo Código penal» *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ.
- STRATENWERTH, G. (1982): *Derecho penal, parte general I, El hecho punible*, Traducción de la 2.^a edición alemana por Gladys Romero, Ed. Edersa.
- STRATENWERTH, G. (2000): *Strafrecht, Allgemeiner Teil I. Die Straftat*. (Alemania) Carl Heymanns Verlag.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, C. (1994): «Participación en las decisiones del Consejo de Administración de una sociedad y responsabilidad penal, en Responsabilidad penal de las sociedades. Actuar en nombre de otro. Responsabilidad de los Consejos de Administración. Responsabilidad de los subordinados». *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ.
- TRÖNDLE, H. (1997): *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* (Alemania), Ed. Beck.
- ZORNOZA PÉREZ, J. (2002) : «Levantamiento del velo y determinación de la cuota en el delito de defraudación tributaria», en *Derecho penal de la empresa* (Mirentxu Corcoy Bidasolo, Directora) Universidad Pública de Navarra.
- ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L. C. (2000): *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi.

EL JUICIO RÁPIDO: ÁMBITO, FASES PREPROCESAL Y DE INSTRUCCIÓN

JOSÉ MARÍA LÓPEZ CERVILLA

Fiscal de la Adscripción Permanente de El Ejido de la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Almería

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ÁMBITO DEL PROCEDIMIENTO Y REQUISITOS PARA SU APLICACIÓN: 1. *Límite punitivo. Especial referencia a la incidencia del artículo 66 del CP*; 2. *Incoación mediante atestado policial*; 3. *La puesta efectiva del imputado a disposición del Juzgado de Instrucción*; 4. *Concurrencia de determinados delitos: a) delitos flagrantes, b) enumeración tasada de delitos, c) delitos susceptibles de instrucción sencilla*; 5. *Supuestos excluidos*.—III. Fase preprocesal. Actuaciones de la Policía Judicial: 1. *Información de derechos y citación del imputado: a) adquisición de la condición de imputado, b) los derechos del imputado no detenido, c) la citación del imputado*; 2. *Información de derechos al perjudicado y citaciones de testigos: a) información de derechos al ofendido y perjudicado, b) citación de testigos ante el Juzgado de Guardia*; 3. *Otras diligencias a practicar por la Policía Judicial: a) informe sobre asistencia facultativa y del médico forense, b) citación de las compañías aseguradoras, c) remisión de sustancias para análisis, d) práctica de controles de alcoholemia, e) recabar informe pericial para la tasación de objetos*.—IV. FASE DE INSTRUCCIÓN: 1. *Las Diligencias Urgentes: a) incoación de diligencias urgentes, b) diligencias a practicar por el Juzgado de Guardia, c) la prueba anticipada, d) la participación activa del Ministerio Fiscal, e) personación y defensa de las partes, f) tras-*

formación del procedimiento, g) plazo de la instrucción; 2. *Conclusión de la Instrucción. La comparecencia del artículo 798 LECR:* a) audiencia sobre la continuación del juicio rápido, b) petición de medidas cautelares.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 38/2002, de 24 octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, y su complementaria, la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre, tienen su origen el Pacto de Estado para la reforma de la Justicia que establecía que «Se elaborará una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, que recoja la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y que culmine el proceso de modernización de nuestras grandes leyes procesales» que, entre otros importantes puntos, debía abordar «la agilización de los procedimientos, la mejora de los procedimientos abreviados, el enjuiciamiento inmediato de los delitos menos graves y flagrantes, y la simplificación de trámites en las grandes causas». La futura Ley de Enjuiciamiento Criminal parece que aún tendrá que esperar un tiempo, pero este objetivo consideró el Legislador que no admitía demora.

La necesidad de esta reforma era sentida por la sociedad. Las anteriores tentativas de establecer un sistema de «juicios rápidos» por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, y por la Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio, de modificación del Código Penal, y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habían fracasado¹. Las críticas contra la

¹ MAGRO SERVET, V., «El Pacto de Estado de la Justicia y la apuesta por los juicios rápidos», *Diario La Ley*, núm. 5494, era un proceso «que sólo se ha ido aplicando por la buena voluntad de los profesionales en distintos puntos de nuestro país, pero lo cierto y verdad es que con menos difusión que la inicialmente esperada. En efecto, como señala Soler Pascual, la aplicación de los juicios rápidos no ha sido todo lo fructífera que se esperó en su inicio, y en la actualidad

nueva ley han estado dirigidas fundamentalmente a la dotación de medios insuficientes para su puesta en práctica, aunque no han faltado otras de mayor calado².

Estudiaremos la Reforma de la Ley 38/2002 y su complementaria Ley Orgánica 8/2002, que a su vez ha sido reformada en cuatro ocasiones, y aquí algo de imprevisión habrá que atribuir al Legislador: por La Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de «modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de 1995, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores» que añadió un importante segundo párrafo al artículo 788.2 LECRIM; por la Ley Orgánica 5/2003, de 27 de mayo, «por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, y la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial «(que curiosamente en su largo título no menciona la reforma de la LECrim) modifica aspectos sustanciales del nuevo y de breve vigencia juicio de faltas; por la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de «Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional» alteró el artículo 797; y finalmente por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre «por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal», que junto a otras reformas de la LECRIM, especialmente significativa la reforma de la reforma de la prisión provisional, modifica la regulación que la Ley 38/2002 estableció del procedimiento abreviado, enjuiciamiento rápido y juicio de faltas, modificando catorce de sus artículos. Parece que la legislación procesal penal se aproxima al

podemos decir que después de diez años de vigencia del juicio rápido, sólo en tres ciudades —Barcelona, Sevilla y Madrid—, más Valencia y Alicante, recientemente, se ha venido aplicando con regularidad, y sólo de forma marginal en otras veinticinco sedes judiciales, esto es, en el 32 por 100 del total de ubicaciones territoriales de Juzgados de lo Penal que, hoy por hoy, tienen implantación en ochenta y cuatro ciudades, dándose la circunstancia que incluso en cuatro Comunidades Autónomas, Aragón, Cantabria, Navarra y La Rioja, no ha tenido lugar la aplicación del tipo procesal que nos ocupa en momento alguno».

² Entre las más significativas hay que citar las de la Junta de Fiscales de Madrid, de 14 de marzo de 2003, que entre otras consideraciones, expresó su rechazo frontal a una Ley que supone una intolerable rebaja de garantías procesales de los sometidos a su ámbito por la creación de un espacio procesal policial fuera del control de la justicia y por la vuelta al modelo inquisitivo de Juez de Instrucción, que tiene que asumir facultades tan contradictorias como la adopción de medidas cautelares (de oficio, salvo la prisión preventiva), garantizar los derechos fundamentales, decidir acerca de la tipicidad de los hechos o la apertura del juicio oral, llegando a enjuiciar los supuestos de conformidad. Además denunciaba la inconstitucionalidad de la concentración de funciones de enjuiciamiento e instrucción, que supone la existencia de un Juez que, en detrimento de su imparcialidad y sus funciones de garantía, se constituye en dueño de las medidas cautelares, al tiempo que órgano enjuiciador, en casos de conformidad, pues tal concentración de funciones en la misma persona puede traducirse en situación de coacción —falta de libertad— del acusado, que aceptará cualquier acuerdo ante la amenaza de una prisión preventiva inmediata.

derecho administrativo en la incontinencia del Legislador y podemos retomar las antiguas definiciones de Carl Schmitt, «legislación motorizada», y de Ortega, «legislación incontinente» (el Estado, decía, «se ha convertido en una ametralladora que dispara leyes») ³.

La ley 38/2002 modificó la ordenación del procedimiento abreviado y del juicio de faltas y creó un nuevo procedimiento denominado «para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos». Este trabajo abordará las primeras fases de este procedimiento.

Tras una vigencia de un año, se puede afirmar que la reforma de los juicios rápidos ha tenido éxito en su aplicación práctica, en el sentido de su generalización, pero, no por ello se ha de dejar de apuntar las deficiencias de su regulación y las carencias de medios materiales y personales para su correcta aplicación suplidas en la mayoría de los casos por el esfuerzo de todos los que han participado en su puesta en marcha.

³ En poco más de un año se ha reformado la Ley de Enjuiciamiento Criminal en diez ocasiones:

Ley Orgánica 7/2002, de 5 julio, de Reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, y su complementaria, Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre.

Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de 1995, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores.

Ley Orgánica 1/2003, de 10 de marzo, Garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los Concejales.

Ley Orgánica 5/2003, de 27 de mayo, «por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, y la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial».

Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.

Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional.

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de 1995, del Código Penal.

Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio de 1985, del Poder Judicial (que además de modificar el artículo 442 LECR, contiene una importante norma relativa a la ejecución de las penas privativas de libertad impuestas a extranjeros no residentes legalmente, en su disposición adicional decimoséptima, bajo el confuso título de «comunicaciones de los órganos judiciales a la autoridad gubernativa en relación con extranjeros».

También el Código Penal padece de esta voracidad legislativa y acumula al menos diecisiete reformas sobre sus jóvenes espaldas (LO 2/1998, LO 7/1998, LO 11/1999, LO 14/1999, LO 2/2000, LO 3/2000, LO 4/2000, LO 5/2000, LO 7/2000, LO 8/2000, LO 3/2002, LO 9/2002, LO 1/2003, LO 7/2003, LO 11/2003, LO 15/2003, LO 20/2003).

II. ÁMBITO DEL PROCEDIMIENTO Y REQUISITOS PARA SU APLICACIÓN

La creación, por la Ley 38/2002, del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos ha suscitado cierto debate doctrinal sobre si se trata de un auténtico procedimiento especial o una mera especialidad procesal del procedimiento abreviado. El legislador parece que se ha decantado por la primera de las opciones al incluirlo en el capítulo primero del título III del libro IV reservado a los procedimientos especiales y al señalar en la exposición de motivos de la Ley: «se crea un proceso especial para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, que en ciertos casos permite el enjuiciamiento inmediato de los mismos». La insistencia del Legislador en calificarlo como procedimiento especial probablemente se deba a un intento de acentuar las diferencias, ante su relativo fracaso, con las anteriores modalidades de enjuiciamiento rápido en el procedimiento abreviado y de tratar de imponer la incoación obligatoria cuando concurren los presupuestos que a continuación analizaremos. La exposición de motivos atribuye la escasa aplicación de las modalidades anteriores de juicios rápidos, entre otras causas, a su regulación como diversas especialidades dentro del procedimiento abreviado tipo y no como un procedimiento especial y a la insuficiente concreción de las circunstancias y los delitos que podrían dar lugar a la incoación de este procedimiento.

Como indica la Circular FGE 1/2003, la decisión de incoar diligencias urgentes no es facultativa sino obligatoria. Es decir, si el Juez de Instrucción de guardia valora que concurren los presupuestos que se establecen en el artículo 795, será obligado seguir las normas de este procedimiento especial. Se trata de una cuestión de orden público procesal. No están el Juez y las partes en libertad de optar por una tramitación distinta al enjuiciamiento rápido si concurren los presupuestos del mismo. Ello se deduce del tenor imperativo del artículo 795.1 al indicar que «el procedimiento regulado en este Título se aplicará a la instrucción y al enjuiciamiento de delitos...» e igualmente del artículo 797.1 que señala que el Juez de guardia «incoará, si procede, diligencias urgentes».

El procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos está regulado en el Título III del Libro IV de la LECrimin (arts. 795 al 803) y conforme al artículo 795.4 las normas del procedimiento abreviado serán de aplicación supletoria.

II.1 Límite punitivo. Especial referencia a la incidencia del artículo 66 del CP

El artículo 795 establece que el procedimiento para el enjuiciamiento rápido se aplicará a la instrucción y enjuiciamiento de delitos castigados con pena privativa de libertad que no exceda de cinco años, o con cualesquiera otras penas, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de diez años, cualquiera que sea su cuantía⁴.

Este límite punitivo coincide con el establecido en el artículo 14.3 de la LECrim y que determina la competencia de los Juzgados de lo Penal, por lo que, en principio, el órgano competente para el enjuiciamiento será siempre este órgano unipersonal y no la Audiencia Provincial.

Para determinar el ámbito del procedimiento caben dos posibles interpretaciones, puesto que, el artículo 795, al igual que el artículo 14.3, no es suficientemente explícito en este sentido. Se puede entender que el límite de cinco años (o de diez para las penas no privativas de libertad) se refiere a la pena general señalada al delito en toda su extensión (pena en abstracto) con independencia del grado de ejecución, formas de participación o circunstancias modificativas, o entender que se refiere a la pena que, en concreto, se pide, con abstracción de cualquier otra consideración. Aunque el Tribunal Supremo, y con relación a la determinación de la competencia de los Juzgados de lo Penal, acogió en alguna sentencia la segunda tesis⁵, lo

⁴ En el proyecto presentado al Parlamento, el ámbito de aplicación del procedimiento para el enjuiciamiento rápido coincidía con el del procedimiento abreviado, ya que se establecía como límite el de nueve años de privación de libertad. El Grupo Parlamentario de Izquierda Unida solicitaba la reducción de la pena a tres años de privación de libertad. El Grupo Socialista presentó una enmienda limitando la pena a cinco años de prisión. Ninguna de estas enmiendas fue aprobada, pero finalmente se admitieron sendas enmiendas de Convergencia i Unió y del Grupo Popular con la redacción en vigor.

⁵ La sentencia de 14 de julio de 1992 (RJ 1992/6409) planteaba no dos, sino tres posibles interpretaciones al señalar que «Se ofrecen así tres soluciones: 1) Entender que la referencia legal lo es al delito, considerado abstractamente, con independencia del grado de perfeccionamiento, formas de participación o circunstancias modificativas, con independencia de los subtipos penales agravados o privilegiados, que son figuras autónomas. En este caso, si alguno de los tramos excede de seis años de pena privativa de libertad, la competencia vendría atribuida a la Audiencia, aunque en virtud del principio acusatorio el Tribunal sólo podría imponer la pena hasta seis años, no más, como en el caso del recurso. 2) Incorporando también la misma solución a los supuestos en que exista la posibilidad de transformarse la calificación respecto de un hecho penal y en el acto del juicio oral, en un subtipo penal, por ejemplo, en el de notoria cantidad o la pluralidad de perjudicados, en los delitos de tráfico de drogas o de estafa, respectivamente. 3) entender que es la pena que, en concreto, se pide, con abstracción de cualquier otra consideración» y asumía la interpretación de la pena en concreto, declarando «Debe ser, por consiguiente, este último el criterio que prevalezca, esto es, el de la pena en concreto solicitada por la acusación más grave, si hubiera varias, sin ninguna otra consideración, la que determine la competencia, cualesquiera que sean las demás circunstancias concurrentes, porque esta solu-

cierto es que la doctrina jurisprudencial se unificó en Junta General de 2 de octubre de 1992, en la que se acordó seguir el criterio de la pena en abstracto porque de esa manera se obtiene una mayor certeza y seguridad desde el primer momento respecto de la competencia y de alguna manera puede entenderse reforzado el principio del Juez ordinario predeterminado por la Ley. A partir de esta fecha son reiteradas las sentencias que se pronuncian a favor de la pena abstracta fijada por el tipo, y no a la que resulte del juego de las reglas de aplicación de la pena, sea por el grado de perfeccionamiento, sea por el grado de participación atribuible, sea por la naturaleza o número de las circunstancias concurrentes⁶.

Con lo expuesto no queda resuelta, ni mucho menos, la cuestión relativa al límite punitivo como criterio delimitador del ámbito de aplicación del juicio rápido y, como veremos más adelante, tras la reforma del artículo 66 del Código Penal por la Ley Orgánica 11/2003, pueden surgir criterios interpretativos contrapuestos que afecten no sólo al ámbito del enjuiciamiento rápido, sino también al del procedimiento abreviado. La Circular 1/2003 de la Fiscalía General del Estado «sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado» ofrece una serie de soluciones a las dudas que se pueden suscitar:

- Los delitos castigados con pena en la que el límite mínimo sea inferior a cinco años de prisión (o a diez si son de otra naturaleza), pero el máximo superior, quedan fuera del ámbito de las diligencias urgentes porque es al tramo superior de la pena al que hay que atender (por ejemplo, las lesiones del art. 150 CP, estafa del art. 250 CP, receptación del art. 301 o contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del art. 318 bis.1 CP).

- En los delitos castigados con varias penas conjuntas o alternativas bastará con que cualquiera de ellas (aunque se trate de la pena no privativa de libertad) supere los límites del artículo 795 para excluir la tramitación como juicio rápido (por ejemplo, detención ilegal durante menos de tres días cometida por funcionario público de los arts. 163.2 y 167 del CP, allanamiento de morada cometido por funcionario público de los arts. 202 y 204 del CP).

ción parece la más conforme al espíritu de la Ley y porque con ella queda, como ya se indicó, a salvo el supuesto no frecuente en el que el Ministerio Fiscal y/o las acusaciones, en vista del resultado de la prueba, varíen instantáneamente las correspondientes calificaciones».

⁶ En este sentido, por ejemplo, cinco sentencias de 11 de diciembre de 1993 (RJ 1993/9284, 1993/9285, 1993/9286, 1993/9287, 1993/9288), 10 de julio de 1997 (RJ 5493), 23 de octubre de 1997 (RJ 1997/ 7313), 14 de mayo de 1998 (RJ 1998/3203), 29 de octubre de 1998 (RJ 1998/8308) y 21 de diciembre de 1998 (RJ 1998/9800).

– Cuando se enjuicien en un mismo procedimiento varios delitos hay que atender a la pena señalada a cada uno de ellos sin sumar las penas de las diversas infracciones.

– En la conspiración, proposición y provocación para cometer determinados delitos la pena en abstracto a la que hay que atender no es la señalada al delito a que se refiere, sino la rebajada en uno o dos grados.

– En los delitos castigados con pena superior a la establecida en el artículo 795, pero en los que se establece la posibilidad de imponer una pena inferior (dentro de aquel límite), hay que atender al carácter facultativo o preceptivo de la degradación. Si la degradación es potestativa, no se pueden incoar diligencias urgentes (por ejemplo, la posibilidad de imponer la pena inferior en grado en los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros prevista en el art. 318 bis.6 del CP). Si la rebaja de la pena es obligatoria, podrá seguirse este procedimiento (por ejemplo, las lesiones del art. 150 con consentimiento de la víctima del art. 155, la detención ilegal en la que se diera libertad al detenido en los tres primeros días del art. 163.2 del CP)

– En los delitos castigados con pena que no excede del límite del artículo 795, pero en los que se establece la posibilidad de imponer una pena superior en grado que sí excedería de aquel límite, hay que distinguir si la agravación es preceptiva o facultativa. En el primer caso (por ejemplo, amenazas del art. 170 con relación al 169.1 del CP, facilitar la prostitución del menor de edad perteneciendo a una organización del art. 187.3 CP, o el supuesto de prostitución del menor de edad contemplado en el art. 188.3 del CP), no hay ninguna duda, se trata de subtipos agravados que exceden de los límites del artículo 795. Si la agravación es facultativa, la cuestión es más discutible, pero la Circular se inclina también por negar la incoación del juicio rápido⁷.

En el vigente Código Penal la posibilidad de elevar facultativamente la pena en grado (además de en el art. 66 reformado por la Ley Orgánica 11/2003) sólo está contemplado en tres ocasiones⁸: en el delito contra la salud pública tipificado en el artículo 362.3 que no plantea problemas sobre la aplicación del enjuiciamiento rápido, ya que, aun elevando la pena un grado no supera los límites del artículo 795, en el delito contra las personas o bienes en caso de conflicto armado del artículo 613 en el que la pena del tipo base ya excede del artículo 795 y en el delito masa

⁷ En idéntico sentido se pronuncia Antonio GIBERT GIBERT: «El ámbito del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos» (RJCv 6/2003), Tirant lo Blanch.

⁸ También se puede citar el subtipo agravado de lesiones del artículo 148 del CP que es de aplicación facultativa, pero la pena señalada no excede del límite del artículo 795.

previsto en el artículo 74.2 del CP, supuesto de poca aplicación práctica y en el que, aunque no se siguiera el criterio de la FGE, difícilmente podría ser enjuiciado por los trámites de los juicios rápidos, dadas las dificultades para que el Juzgado de Instrucción pueda completar la instrucción durante el servicio de guardia, dada la complejidad del delito que ha de revestir notoria gravedad y afectar a una generalidad de personas. Sin embargo, con la próxima entrada en vigor, el 1 de octubre de 2004, de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal de 1995, el problema recobrará importancia práctica, ya que se contemplan dos nuevos supuestos de agravación facultativa en delitos que sí se plantean con frecuencia ante nuestros Tribunales: la nueva penalidad del delito continuado del artículo 74 del CP y el subtipo agravado del delito contra la salud pública del artículo 370.

El artículo 370⁹ establece la agravación en uno o dos grados de la pena del artículo 368 en determinados supuestos (que se utilicen a menores de dieciocho años o disminuidos psíquicos, que se trate de jefes, administradores o encargados de organizaciones o cuando la conducta sea de extrema gravedad). Cuando la conducta se refiera a sustancias que no causan grave daño a la salud, la pena del tipo base será de uno a tres años de prisión y multa, por lo que la agravación preceptiva de un grado no excedería del ámbito de los juicios rápidos y sí lo haría la facultativa de dos grados¹⁰.

⁹ El artículo 370, tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, establece: «*Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368 cuando:*

1.º *Se utilice a menores de dieciocho años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos.*

2.º *Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refieren las circunstancias 2.ª y 3.ª del apartado 1 del artículo anterior.*

3.º *Las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad.*

Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1.

En los supuestos de los anteriores números 2.º y 3.º se impondrá a los culpables, además, una multa del tanto al triple del valor de la droga objeto del delito».

¹⁰ No deja de causar extrañeza que, en la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003 (en unión de la ya en vigor LO 11/2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros), caracterizadas por un endurecimiento general de las penas, se hayan reducido las penas a imponer en las conductas más graves de tráfico de drogas, como son las perpetradas por los jefes, administradores o encargados de organizaciones o cuando se califique el tráfico de extrema gravedad, pero así parece haber sucedido. En el Código Penal en vigor la elevación de grado contemplada en el artículo 370 está referida a la pena del 369, por lo que la pena privativa de libertad a imponer en estos casos cuando se trate de sustancias que no causan grave daño a la salud sería de cuatro años y seis meses a seis años y seis

En cualquier caso, es difícil que en los supuestos 2.º y 3.º pueda considerarse que la instrucción será presumiblemente sencilla, pero no es imaginable que en el 1.º caso lo sea o el delito sea flagrante.

Con el nuevo artículo 74 del Código Penal¹¹ el delito continuado será castigado con la pena del delito más grave impuesta en su mitad superior y con carácter facultativo puede imponerse la pena superior en grado de aquélla en su mitad inferior (la misma posibilidad de elevación de grado establecía el art. 69 bis del Código Penal de 1973, si bien la pena del tipo se podía recorrer en toda su extensión). Éste es el caso que más problemas puede presentar en la práctica con relación al ámbito del juicio rápido (por ejemplo, delito continuado de robo con fuerza en casa habitada).

El Tribunal Supremo, y respecto al límite punitivo que delimita la competencia entre Juzgado de lo Penal y Audiencia Provincial, se ha pronunciado en varias ocasiones sobre los efectos de la facultad de elevación de grado que establecía el artículo 69 bis del Código Penal de 1983, llegando a la conclusión de que la pena en abstracto comprende las facultades discrecionales de elevación de la sanción. Así, la sentencia de 22 de abril de 1999 (RJ 1999/3204) concluye que *«si hay facultad de imponer penas superiores a las que determinan la competencia objetiva de los Juzgados de lo Penal, aunque las acusaciones no hayan hecho uso de esa facultad en sus calificaciones, la competencia ha de reconocerse en favor de la Audiencia Provincial»*. En el mismo sentido las de 21 de octubre de 1998 (RJ 1998/ 6884), la de 27 de noviembre de 1998 (RJ 1998/9203) y de 19 de septiembre de 1996 (RJ 1996/ 6925)¹².

meses. Con la reforma sólo se podría imponer aquella pena si se hace uso de la facultad de elevar la pena dos grados, pero no si se agrava la pena uno sólo, en cuyo caso la pena sería la misma que la establecida en el 369. Sólo queda esperar que en la jurisprudencia se imponga una interpretación que estime de forma general la elevación de dos grados en los dos supuestos analizados y quede la agravación con carácter facultativo reducida al primero de los supuestos del artículo 370 (se utilicen menores o disminuidos psíquicos), ya que, de otro modo, llegaríamos a la absurda consecuencia de castigar con igual pena la conducta del miembro subalterno de la organización (art. 369.2 del CP) que la del jefe o administrador de la organización, o el que trafica con 2,5 kilogramos de hachís que quien lo hace en cuantía superior a 2.500 kilogramos (límite cuantitativo por el que se decanta la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo), y sin perjuicio de la necesaria concurrencia de otros elementos cualitativos, para apreciar la agravación, así, por ejemplo, en las sentencias de 15 de febrero de 2003 (RJ 2003/2235) y de 18 de octubre de 2003 (RJ 2003/7435).

¹¹ El artículo 74.1 del CP establece, tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003: *«No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado»*.

¹² En las dos últimas citadas se acude para fundamentar la resolución a la naturaleza jurídica del delito continuado como una realidad jurídica, un ente ontológico y esencialmente autónomo.

La Circular 1/89 de la FGE sobre el procedimiento abreviado mantuvo la postura contraria, señalando que cuando la imposición de la pena agravada sea una mera facultad del juzgador, éste no puede, utilizando esa facultad, alterar los términos de la competencia objetivamente determinada si previamente las acusaciones no han hecho a su vez uso de dicha facultad, solicitando pena que exceda de la competencia de aquél¹³. La Circular 1/2003 de la FGE, como ya hemos indicado, se aparta de este criterio utilizando tres argumentos: la decisión de incoación de diligencias urgentes se ha de adoptar antes de conocer si las partes acusadoras hacen uso de la facultad discrecional agravatoria al formular el escrito de acusación, las críticas vertidas sobre el criterio anterior basadas en que de este modo se permitía a las acusaciones elegir al órgano competente¹⁴ y la doctrina jurisprudencial antes citada.

Nos hemos detenido reseñando los distintos argumentos relativos a la aplicación o no del enjuiciamiento rápido en los casos de que exista una

mo, traducción en el ámbito jurídico penal de una realidad natural detectable fuera de él (por lo que, la doctrina que sientan no tiene que ser necesariamente aplicable al problema que se suscitara de las posibilidades discrecionales de elevación de grado en atención a la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal).

¹³ La circular 1/1989 argumentaba esta conclusión del siguiente modo: «cuando se trate de modificación facultativa de la pena tipo, elevándola o disminuyéndola en grado a criterio de la acusación o del Tribunal, esto es, siempre que la Ley utiliza el término “podrá” u otro análogo (así, arts. 344 bis, último párrafo, o 506, último párrafo, para la potestad agravatoria; o la del 318 en relación con los delitos de falsedad, para la degradatoria) ello no modifica sin más las reglas de la competencia objetiva, fijada estrictamente en función de la pena del tipo y no de las facultades que pueda o no ejercer el Tribunal, sin merma del derecho de las acusaciones para hacer uso de la facultad de pedir otra pena cuya cuantía debe determinar el cambio de la competencia por cuanto el último párrafo del artículo 790.7 dispone que, si la pena a solicitar definitivamente excediera de la competencia del órgano que está conociendo, se dictará auto acordando la inhibición con remisión del proceso al Tribunal competente y norma análoga contiene, ya dentro del Juicio oral, el artículo 793.8; y de la posibilidad de que el Juez o Tribunal imponga pena de menor gravedad, haciendo uso de la potestad legal de rebajarla en grado; aunque sí le estará vedado hacer uso de la potestad legal de elevarla, si previamente no lo han hecho las acusaciones en su calificación definitiva (*vid.* art. 794.3)».

¹⁴ Críticas no del todo justificadas si se considera que prácticamente el único caso de elevación de grado facultativo que se planteaba era el de delito continuado del artículo 69 bis del CP de 1983 (al igual que el futuro art. 74), ya que, si las acusaciones quisieran alterar las reglas de competencia, bastaría con tipificar las infracciones por separado y no apreciar la continuidad delictiva, haciendo una interpretación estricta de los requisitos del artículo 74 relativos al plan preconcebido o idéntica ocasión, tal y como estableció el acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo para los casos en los que la aplicación del artículo 74 perjudicara al reo [no deja de ser una incoherencia que, a partir del 1 de octubre de 2004, cuando entre en vigor la LO 15/2003, si se califican dos delitos por separado, por ejemplo, dos robos con fuerza en casa habitada, y se solicitan dos penas de cinco años de prisión, pueda tramitarse el juicio rápido y la competencia corresponda al Juzgado de lo Penal, y si los mismos hechos se califican como un solo delito continuado y se interesa pena de tres años y seis meses de prisión (o incluso dos años si se atiende a la doctrina jurisprudencial que permite imponer la pena en toda su extensión sin necesidad de aplicar la pena en su mitad superior atendiendo a la escasa entidad del perjuicio causado, en este sentido la sentenciada 28 de julio de 1999, RJ 1999/6664)], necesariamente el procedimiento a seguir ha de ser el abreviado y la competencia corresponderá a la Audiencia Provincial.

agravación facultativa que permita elevar las penas por encima de los límites del artículo 795, con la finalidad de facilitar la comprensión y resolución de una cuestión que consideramos de gran importancia práctica: la incidencia de las nuevas reglas para la determinación de la pena del artículo 66 CP en el ámbito de aplicación del juicio rápido.

– *El nuevo artículo 66 del CP y el límite punitivo del artículo 795 LECrim*

El artículo 66 del Código Penal, tras ser reformado por la Ley Orgánica 11/2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, ha introducido la posibilidad de elevar la pena en grado en atención a la concurrencia de determinadas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Habría que remontarse a los códigos penales anteriores a 1983 para encontrar una facultad agravatoria similar y, probablemente, la reforma será objeto de críticas fundadas, especialmente la reintroducción en nuestro Derecho del concepto de multirreincidencia y su compatibilidad con el principio de la culpabilidad por el hecho¹⁵.

En efecto, el artículo 66 establece la posibilidad de elevar la pena en grado en dos supuestos:

– Cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna (que limita hasta la mitad inferior del grado superior).

¹⁵ La compatibilidad de la agravante de reincidencia con el principio de la culpabilidad por el hecho (derivado de los arts. 10 y 25 de la Constitución) es analizada en la muy interesante sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1990 (RJ 1990/3194) que concluye afirmando que los Tribunales podrán contemplar la agravación, siempre que de esa manera no se supere la gravedad de la culpabilidad por el hecho. El Tribunal Constitucional, en sentencia de 4 de julio de 1991 (RTC 1991/150), que declaró la constitucionalidad de la agravante, señalaba *«el juicio sobre la proporcionalidad de la pena, tanto en lo que se refiere a la previsión general en relación con los hechos punibles como a su determinación en concreto en atención a los criterios y reglas que se estimen pertinentes, es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella (STC 65/1986, antes citada); lo que no cabe extraer, en todo caso y necesariamente, de la apreciación de la circunstancia agravante de reincidencia, ya que ésta ha de ser tenida en cuenta por los Tribunales únicamente dentro de unos límites fijados por cada tipo penal concreto y su respectiva sanción: es decir, para determinar el grado de imposición de la pena y, dentro de los límites de cada grado, la extensión de la pena. Por tanto, no cabe apreciar, desde esta perspectiva, la inconstitucionalidad del artículo 10.15 del CP»*. Con la elevación de la pena en grado, ¿llegará el Tribunal Constitucional a idéntica conclusión? Por ejemplo, un supuesto extremo, la pena de un delito de robo con violencia y uso de armas en grado de tentativa cometido por un multirreincidente puede alcanzar los cinco años siete meses y quince días, que es superior a la pena máxima (cinco años) con que es castigado el delito consumado. Imponiendo aquella pena, ¿se superaría la gravedad de la culpabilidad por el hecho?, ¿sería desproporcionada, en el sentido constitucional, la pena por el delito intentado?

– Cuando concorra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza (y a diferencia del supuesto anterior, se puede recorrer la pena superior en grado en toda su extensión).

Con independencia de la consideración que nos merezca la reintroducción de esta última agravante, debemos analizar su incidencia en el ámbito de aplicación del juicio rápido. Con bastante frecuencia nos encontraremos con imputados en los que concurren los presupuestos para la agravación por multirreincidencia del artículo 66, número 5, y cuando la pena superior en grado a la del tipo del delito cometido supere los cinco años de prisión (por ejemplo tres supuestos muy frecuentes: robo con violencia, robo con fuerza en casa habitada y estafa, aunque este último sólo hasta el 1 de octubre de 2004, ya que la Ley Orgánica 15/2003 reduce la pena de este delito), cabe preguntarse ¿se puede tramitar la causa como juicio rápido en el caso de no hacer uso de la agravación facultativa? Probablemente el legislador al elaborar la Ley 38/2002 pensaba en estos casos de individuos multirreincidentes como más necesitados de una rápida respuesta judicial cuando afirmaba en la exposición de motivos de dicha Ley: *«los retrasos en la sustanciación de los procesos penales son aprovechados en ocasiones por los imputados para ponerse fuera del alcance de la autoridad judicial y, sobre todo, para reiterar conductas delictivas, lo que genera una impresión generalizada de aparente impunidad y de indefensión de la ciudadanía ante cierto tipo de delitos. La inmediatez y aceleración en la respuesta estatal ante la delincuencia es, sin duda, una pieza clave para evitar los fenómenos antes descritos y permitir que la Justicia penal cumpla alguno de los fines que tiene asignados. Ésta es la finalidad primordial que persigue la presente reforma parcial»*.

La Circular FGE 1/2003, lógicamente al ser una reforma posterior, no aborda esta cuestión y el principal argumento que expresaba para justificar la inaplicación del juicio rápido en los casos de agravación facultativa, que la decisión de incoar diligencias urgentes ha de efectuarse antes de conocer si las acusaciones hacen uso de la agravación, no es aplicable. Sucederá al contrario, se incoarán diligencias urgentes porque la pena del tipo no excede del límite del artículo 795 de la LECrim y será durante la tramitación de éstas, una vez que se aporte la hoja histórico penal del imputado, cuando se tenga conocimiento de la posibilidad de hacer uso de la agravación. El segundo argumento para justificar la modificación del criterio de la Circular 1/1998, relativo a que la competencia quedaba en manos de las acusa-

ciones, no parece que tenga una entidad suficiente para justificar una postura u otra en el tema que ahora se nos plantea.

— Tampoco la jurisprudencia antes citada respecto a la facultad agravatoria del artículo 69 bis del CP de 1983 es estrictamente aplicable a este caso, y muy especialmente aquellas sentencias que motivaban su posición en el hecho de que el delito continuado es una realidad jurídica, un ente ontológico esencialmente autónomo, dado que, en este caso, el delito no sufre alteración, no puede hablarse de un subtipo agravado, es la concurrencia de determinadas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal la que motiva la elevación de la pena.

El problema se plantea no sólo en la aplicación del artículo 795 LECrim, sino también al límite punitivo delimitador del sumario y procedimiento abreviado del artículo 757 LECrim (cabe pensar, por ejemplo, el supuesto de delito de tráfico de drogas en su modalidad de sustancias que causen grave daño cometido por un multirreincidente), y se extiende también a la distribución de competencias entre el Juzgado de lo Penal y la Audiencia Provincial.

Con una primera lectura de las sentencias del Tribunal Supremo que clarificaron el tema de la determinación de la competencia, atendiendo al criterio de la pena en abstracto (*vid* nota 6), se llegaría a la conclusión apresurada de que en estos supuestos (en los que existe la posibilidad de elevar la pena un grado por encima de los límites de los arts. 14.3 y 795 de la LECrim) la competencia correspondería a los Juzgados de lo Penal y se podría aplicar el procedimiento del juicio rápido porque para la determinación de la pena en abstracto del delito no hay que tener en cuenta los resultados de la aplicación de las circunstancias modificativas. Todas ellas declaran reiteradamente que *«para fijar la competencia ha de estarse a la pena abstracta fijada por el tipo, y no a la que resulte del juego de las reglas de aplicación de la pena, sea por imperfección delictiva, sea por el grado de participación, sea por la naturaleza de las circunstancias concurrentes»*. En el mismo sentido se pronunciaba la Circular de la FGE 1/1989 que distinguía entre pena abstracta que sancionaba el tipo y la pena en concreto que castigaba al responsable del mismo en atención a las circunstancias concurrentes¹⁶. Creemos que de aquella doctrina no puede extraerse esta conclusión, puesto que tanto el Tribunal Supremo como la Fiscalía, en

¹⁶ La Circular de la FGE 1/1989 afirmaba: «La fijación de la pena que determina la competencia ha de hacerse atendiendo a la pena del tipo y no a la que resulte del juego de las reglas de aplicación de la pena, sea por imperfección delictiva, sea por el grado de participación, sea por la naturaleza de las circunstancias concurrentes. Así debe deducirse de los términos de la Ley que, tanto en el artículo 14.3.º como en el 779, utiliza la expresión “delitos castigados con pena”. La pena abstracta es la que sanciona el tipo, mientras que la concreta es la que castiga al responsable del mismo, en función de las circunstancias concurrentes, por lo que ha de ser aquella y no ésta la determinante de la competencia».

aquel momento, no podían contemplar la posibilidad de una elevación de grado de la pena aplicando circunstancias modificativas, ya que sólo existía la posibilidad contraria de degradar la pena del tipo en aplicación de aquéllas, ni es posible considerar sin más que, *a sensu contrario*, si no se tenía en cuenta las reglas de aplicación de la pena respecto a las circunstancias modificativas cuando suponían una degradación de la pena del tipo para fijar la pena en abstracto tampoco han de ser contempladas para determinar aquella cuando supongan un aumento de grado.

Ante el supuesto planteado, incoación de diligencias urgentes porque la pena del tipo no excede del límite del artículo 795 LECrim, pero durante la instrucción se pone de manifiesto que por aplicación del artículo 66 del CP exista la posibilidad de elevarla un grado por encima de aquel límite, caben en principio tres soluciones:

1.º Entender que el enjuiciamiento rápido es aplicable en cualquier caso, es decir, tanto si se hace uso de la facultad agravatoria del artículo 66 como si no, y en el primer caso deberíamos plantearnos qué órgano es competente para el enjuiciamiento.

2.º Considerar que sólo se puede continuar como juicio rápido si al calificar las acusaciones no hacen uso de la facultad agravatoria

3.º Estimar que en ningún caso cabe continuar la tramitación del procedimiento como enjuiciamiento rápido.

1. Si es la pena abstracta del tipo la que determina el límite punitivo del artículo 795 LECrim, se puede afirmar que esta pena no sufre alteración por el hecho de que, en atención a la concurrencia de determinadas circunstancias agravantes, se eleve un grado, por lo que en estos casos sería aplicable el enjuiciamiento rápido. De igual modo, dada la similar redacción del artículo 14.3 de la LECrim, la competencia para el enjuiciamiento, atendiendo a la pena del tipo, correspondería al Juzgado de lo Penal. De este modo, el órgano unipersonal conocería de procedimientos en los que la pena que se podría imponer puede alcanzar los siete años y seis meses de prisión, resultante de elevar un grado una pena del tipo con una extensión máxima de cinco años (no puede rechazarse *per se* diciendo que es una pena excesivamente elevada para ser impuesta por un órgano unipersonal, puesto que los Juzgados de lo Penal con frecuencia aplican penas superiores en los casos en que se imputan varios delitos a un mismo acusado que se ventilan en un único procedimiento). Aunque también es posible considerar que, a diferencia del artículo 795 LECrim, el artículo 14.3 está directamente relacionado con el derecho constitucional al Juez ordinario predeterminado por la Ley, que podría motivar una interpretación diferente de ambos preceptos, y considerar competente la Audiencia Provincial.

Esta solución se podría apoyar en una interpretación superficial de la doctrina jurisprudencial antes citada. También se podría afirmar (aunque es muy discutible) que los derechos y garantías del imputado no se ven afectados, puesto que, si el procedimiento para el enjuiciamiento rápido forma parte de nuestro Derecho y no ha sido declarado inconstitucional, debe tener las mismas garantías que el procedimiento abreviado. El Tribunal Supremo (sentencia de 4 de marzo de 2000, RJ 2000/1114), en relación con un supuesto de condena por homicidio en tentativa en una causa tramitada como procedimiento abreviado, afirmaba que *«la comparación objetiva entre ambos procedimientos (sumario y abreviado) no nos puede llevar a la afirmación de que uno es más garantista que el otro, puesto que si llegásemos a la conclusión de que el procedimiento Abreviado adolece de un déficit de garantismo, ello nos llevaría inexorablemente a declarar la incompatibilidad de dicho procedimiento con las previsiones constitucionales»*¹⁷.

¹⁷ Se trata de un caso realmente atípico. No es infrecuente que en causas tramitadas como procedimiento abreviado por lesiones o agresión sexual, al formular sus conclusiones provisionales, la acusación particular califique los hechos como delito de homicidio o violación en tentativa y el Juzgado de Instrucción dicte auto de apertura del juicio oral sin rechazar esta calificación. En estos casos, dada la irrecurribilidad de aquel auto y que generalmente no es notificado al Ministerio Fiscal, la cuestión no se plantea hasta el turno de alegaciones previas del juicio oral, y suele concluir con la declaración de nulidad del auto en cuestión por el órgano de enjuiciamiento y la devolución de actuaciones al instructor para que o bien incoe sumario o deniegue la apertura del juicio oral por aquellos delitos. En el caso que analiza la sentencia citada no sucedió así, el Ministerio Fiscal calificó los hechos como lesiones y la Acusación Particular como asesinato en tentativa solicitando pena de once años de prisión, la causa continuó tramitándose como procedimiento abreviado y la Audiencia Provincial condenó por delito de homicidio intentado a la pena de seis años de prisión. Contra la sentencia interpone recurso el Ministerio Fiscal alegando que al procederse de esta forma se ha vulnerado el derecho de los acusados a un juicio con todas las garantías, al haberseles privado de la posibilidad de un Auto de procesamiento, una declaración indagatoria, recursos e incluso de la necesidad de que la prueba pericial se hubiera realizado por dos peritos. El Tribunal Supremo razona que *«Las diferencias objetivas que pueden señalarse entre la procedimiento abreviado y el procedimiento ordinario consisten fundamentalmente en la desaparición, en el Abreviado, del auto de procesamiento con la consiguiente declaración indagatoria y los recursos que se abren contra dicha resolución. Otra distinción radica en la obligatoriedad de que la prueba pericial se lleve a efecto por dos peritos, mientras que en el procedimiento abreviado es suficiente con uno solo. También se podría añadir que, en este último, se suprime la fase intermedia y se concentra en el Juez de Instrucción la fase de calificación y de apertura del juicio oral. Estas diferencias no son suficientes para afirmar, con carácter genérico, que el incumplimiento de las formalidades legales del procedimiento ordinario lleva aparejada indefensión. La comparación objetiva entre ambos procedimientos no nos puede llevar a la afirmación de que uno es más garantista que el otro, puesto que si llegásemos a la conclusión de que el procedimiento abreviado adolece de un déficit de garantismo, ello nos llevaría inexorablemente a declarar la incompatibilidad de dicho procedimiento con las previsiones constitucionales. En todo caso debemos proclamar que, en el asunto que nos ocupa, se han respetado escrupulosamente las garantías establecidas por la Ley para esta clase de proceso»* y concluye afirmando *«El principio de seguridad jurídica y el de la necesidad de conservación de los actos procesales, en los que no se haya observado la vulneración de normas esenciales del procedimiento que hayan ocasionado indefensión, inclinan al sistema, como también sostiene gran parte de la doc-*

La principal objeción que se puede hacer a esta tesis es que la consideración de la pena abstracta del tipo como criterio delimitador es una construcción doctrinal y jurisprudencial y que la Ley no lo menciona. Los artículos 14.3, 757 y 795 no aluden a la pena del tipo, sino que hablan de delitos castigados con pena privativa de libertad no superior o que no exceda de determinada cuantía, y lo cierto es que en este caso, que se ha hecho uso de la facultad de agravación en atención a las circunstancias modificativas concurrentes, la pena con que se castiga el delito es superior a los límites fijados en aquellos preceptos.

2. Es posible entender que, no sobrepasando la pena del tipo los límites del artículo 795 y pese a existir la posibilidad de elevar la pena en un grado en aplicación del artículo 66 CP, si no se hace uso de aquella facultad discrecional en conclusiones provisionales el procedimiento puede continuar tramitándose como juicio rápido.

Esta interpretación puede apoyarse tanto en la doctrina de la pena en concreto (que parece no estar descartada totalmente, *vid.* nota 17), puesto que la pena solicitada no excedería del artículo 795, como en la de la pena en abstracto, dado que para determinar ésta hay que considerar únicamente la pena del tipo y no la que resulte de la aplicación de las circunstancias modificativas. También es posible invocar en defensa de aquélla la Circular FGE 1/1989 y los argumentos que empleaba para considerar que la posibilidad de elevación discrecional de la pena no modificaba sin más las reglas de la competencia objetiva (*vid.* nota 13). Puede considerarse, asimismo, que en la mayoría de los casos (no sería así en el supuesto de concurrir tres o más agravantes) la calificación jurídica del hecho en el escrito de acusación es idéntica en los casos de que se aprecie la agravante de reincidencia en un individuo con una sola condena anterior que en los que se aprecie esa misma agravante a un individuo multirreincidente, puesto que la reforma del CP no ha creado una agravante específica para este caso, sino que, únicamente, ha modificado las reglas para la determinación de la pena en el artículo 66.

Incoadas diligencias urgentes por concurrir los presupuestos del artículo 795 LECrim, (como señalamos anteriormente, el Juez de Instrucción

trina, a mantener la validez del enjuiciamiento y fallo por el procedimiento abreviado de hechos para los que se pedía inicialmente penas que correspondería tramitar por el procedimiento ordinario» y contiene un último inciso, que parece reabrir la polémica sobre los contrapuestos criterios, pena en abstracto o pena en concreto, delimitadores de la competencia y del ámbito del procedimiento abreviado, inclinándose por este último, que señala: «Si mantenemos incluso la validez de las sentencias en las que se imponga una pena de las que les correspondería el procedimiento ordinario, mucho más válida será dicha postura si finalmente la resolución impone una pena que, por su extensión definitiva (seis años de prisión), hubiera autorizado tramitar toda la causa por el procedimiento abreviado».

incoará este procedimiento, puesto que, en el momento de adoptar esta resolución, generalmente no tendrá conocimiento de la posible concurrencia de circunstancias que, con arreglo al art. 66 del CP, permitan la elevación de grado), formulados los correspondientes escritos de acusación sin elevar de grado la pena, puede que en acto del juicio oral y en el momento de formular conclusiones definitivas el Fiscal o la Acusación Particular hagan uso de la agravación prevista en los números 2 ó 5 del artículo 66 del CP. En estos casos será de aplicación supletoria el artículo 788.5 de la LECrim, y si todas las acusaciones elevan en grado la pena, el Juez de lo Penal se declarará incompetente y remitirá las actuaciones a la Audiencia Provincial para que ésta celebre nuevo juicio oral. Aunque la pena finalmente solicitada ha excedido del ámbito del artículo 795, no será preciso retrotraer las actuaciones, por aplicación subsidiaria y analógica del artículo 760 LECrim, y será la Audiencia Provincial quien acomodará la celebración del juicio oral a las normas del procedimiento abreviado (que en poco difieren de las del enjuiciamiento rápido)¹⁸. Si sólo una de las acusaciones

¹⁸ Incluso, si la Audiencia Provincial acordara la celebración del juicio oral por las normas del enjuiciamiento rápido, no por ello se incurriría en causa de nulidad. El Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre las consecuencias procesales de una modificación de la calificación jurídica en conclusiones definitivas que, en principio, debía conllevar el cambio de procedimiento. La sentencia de 29 de marzo de 2001 (RJ 2001/10147) analiza un caso donde, en procedimiento abreviado, el Fiscal, en conclusiones definitivas, solicitó una pena superior a nueve años de prisión tras apreciar la agravación del 369.2 del CP en un delito de tráfico de cocaína (en conclusiones provisionales se acusaba por el tipo básico). La defensa en su recurso alega vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías porque desde el momento en que el Fiscal solicitó una pena que rebasa la establecida en el artículo 779 de la LECrim para el procedimiento abreviado debió suspenderse el juicio y retrotraerse las actuaciones para su instrucción como procedimiento ordinario. El Tribunal Supremo rechaza el motivo alegando que «*El hecho de que como consecuencia de la prueba practicada el Fiscal postulara la concurrencia de la agravante específica prevista en el artículo 369.2.º del CP y, por ende solicitara una pena superior a los nueve años de prisión, no empece que, a pesar de ello, continuara el proceso como procedimiento abreviado según el criterio que ha quedado expuesto, puesto que el tipo de injusto no había variado en la acusación definitiva y sólo por la apreciación de una circunstancia agravante que incide sobre el tipo básico calificado se superó el límite penológico del artículo 779*», aunque luego añade: «*Por otra parte, cabe significar que en el caso de que el procedimiento abreviado se transforme en ordinario, el artículo 780 LECrim ordena que seguirá la tramitación sin retrotraer el procedimiento “más que en el caso de que resulte necesario practicar diligencias o realizar actuaciones con arreglo a las normas comunes de la Ley procesal”, como puede ser la necesidad de que el dictamen pericial se preste por dos peritos o la inexcusabilidad de la constancia de la preexistencia. Pero ninguna de estas necesidades concurren en el caso presente...*». La sentencia de 7 de diciembre de 2000 (RJ 2000/1914) contempla un supuesto en el que el Fiscal, modificando en conclusiones definitivas, calificó los hechos como homicidio doloso (en provisionales lo tipificó como imprudente) y la Sala, en lugar de dictar sentencia, acordó remitir la causa al Tribunal del Jurado. El Tribunal Supremo declara la nulidad del auto, arguyendo: «*El supuesto de la censura casacional no aparece expresamente regulado, lo que hace necesaria la indagación de su solución a través de la interpretación. La laguna existente ha de ser resuelta a través de la analogía entre el supuesto contemplado en el artículo 48.3 de la Ley del Tribunal de Jurado y el que es objeto de esta casación, criterio que determina la continuación del procedi-*

eleva el grado de la pena, el Juez de lo Penal podrá remitir las actuaciones a la Audiencia Provincial o continuar el juicio, pero, en este caso, no podrá apreciar la agravación facultativa del artículo 66.4 y 5 del CP.

Si incoadas diligencias urgentes el Ministerio Fiscal o la Acusación Particular, estiman que concurre la multirreincidencia o tres o más agravantes, y tienen la intención de solicitar la pena del tipo elevada en grado, deberían anunciarlo así en la audiencia sobre la continuación del procedimiento prevista en el artículo 798.1 LECrim y solicitar la continuación del procedimiento como diligencias previas. Aunque el artículo 798 sólo contempla la posibilidad de transformación del procedimiento por insuficiencia de las diligencias practicadas, como señala la Circular FGE 1/2003, no hay ningún inconveniente en admitir que esta transformación pueda acordarse cuando se evidencie que el objeto del proceso no es propio del juicio rápido. Puede suceder también que la solicitud de pena superior a la establecida en el artículo 795 no se evidencie hasta el momento de formular escrito de acusación, una vez abierto el juicio oral (por ejemplo, porque la hoja histórico penal se aporte o se tenga conocimiento de su contenido con posterioridad). En estos casos, será también de aplicación subsidiaria y analógica el artículo 760 LECrim, y procederá la transformación a procedimiento abreviado sin necesidad de retrotraer el procedimiento más que en los casos que dicho precepto señala.

3. La tercera alternativa es considerar que, siempre que exista la mera posibilidad, aplicando el artículo 66 del CP, de elevar la pena en un grado por encima del límite del artículo 795, no es posible continuar como juicio rápido y debe acordarse la transformación en procedimiento abreviado.

Esta interpretación se podría apoyar en la Circular FGE 1/2003 y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada con relación al antiguo artículo 69 bis del CP de 1983, aunque, como se dijo anteriormente, no todos sus argumentos son aplicables al presente caso, bien porque la decisión sobre la incoación se toma con anterioridad al conocimiento de la posibilidad agravatoria, bien porque aquí no se considera la autonomía del delito continuado, sino el mero juego de las reglas de aplicación de la pena.

De seguirse este criterio habría que proceder siempre a la acomodación del procedimiento a las normas del abreviado, tal y como se ha indicado en el apartado anterior para el caso de hacerse uso de la facultad agravatoria. Posiblemente, desde un punto de vista de política criminal, no sea la solución más recomendable, ya que quedarían fuera del juicio rápi-

miento hasta su decisión por sentencia por el órgano jurisdiccional que ha conocido del juicio desarrollado en su presencia y que viene avalado por principios procesales de evidente trascendencia en el enjuiciamiento penal como el de conservación de actos y el de economía procesal».

do muchos supuestos, que precisamente por tratarse de individuos multi-reincidentes generan más alarma social y sensación generalizada de impunidad y existe un mayor riesgo de reiteración delictiva, y como señalaba la exposición de motivos es precisamente lo que la Ley 38/2002 pretende evitar.

Analizados los argumentos, ventajas e inconvenientes de cada una de las posibles interpretaciones, y sin perjuicio de cualquier otra opinión más fundada o con mejor criterio, parece que la solución contemplada en segundo lugar se ajusta mejor a la filosofía que preside la Ley 38/2002 y, en general, la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

II.2 Incoación mediante atestado policial

Las diligencias urgentes sólo se pueden incoar si previamente se ha tramitado atestado por la Policía Judicial. El artículo 795 LECrim exige, como presupuesto para la aplicación del juicio rápido, que «el proceso penal se incoe en virtud de atestado policial». Como señala Soto Nieto, en esta ordenación se pone de relieve la sobreestimación que la Ley manifiesta respecto a la función asignada a la Policía Judicial. A su celo se encomienda la confección del atestado, llave o presupuesto ineludible para la puesta en marcha del recién modelado juicio. Con razón se reconoce a aquélla una labor de «preinstrucción» que va por delante de la incoación de las diligencias urgentes ¹⁹.

No llega a comprenderse totalmente el motivo que ha llevado al legislador a limitar el ámbito del enjuiciamiento rápido a los supuestos de incoación mediante atestado policial y excluir los casos en los que el procedimiento penal se inicia de oficio, mediante querella o por denuncia presentada ante el Juzgado o ante el Ministerio Fiscal. La actuación de la Policía Judicial, desde el inicio, resultará esencial, en la mayoría de los casos, para que el Juzgado de Guardia pueda llevar a cabo la instrucción concentrada propia del enjuiciamiento rápido. La exposición de motivos de la Ley 38/2002 justifica este requisito señalando que *«el ámbito de aplicación de este nuevo proceso especial –al que se aplican supletoriamente las normas del procedimiento abreviado– se determina con arreglo a criterios que sirven de claro indicio, según máximas de la experiencia, de que será posible en la práctica una sustanciación del proceso en tiempos mucho más reducidos que los hasta ahora habituales. Se trata en todo caso de hechos punibles en que la Policía Judicial ha detenido a una persona y la*

¹⁹ SOTO NIETO, F.: «Juicios rápidos. Salvaguarda de garantías», *Diario la Ley*, núm. 5700.

ha puesto a disposición del Juzgado de Guardia o en que, aun sin detenerla, la ha citado para comparecer ante el Juzgado de Guardia por tener la calidad de denunciado en el atestado policial. Son, por tanto, supuestos en que ha habido detención policial o citación policial para comparecer ante el Juzgado de Guardia».

Cierto es que, en muchos supuestos, para que pueda concluirse la instrucción judicial en el escaso término del servicio de guardia se requiere que previamente la Policía Judicial haya llevado a cabo una labor de preinstrucción, asegurando las fuentes de prueba, disponiendo la práctica de informes periciales y, sobre todo, citando a los testigos ante el Juzgado y poniendo a disposición judicial al imputado (detenido o citado). Pero ello no justifica por sí la exigencia como presupuesto procesal de la previa tramitación de atestado policial, ya que, de este modo, se veda la aplicación del enjuiciamiento rápido a aquellos casos en los que, pese a la inexistencia de investigación policial, son de sencilla instrucción y podría tramitarse el procedimiento durante el servicio de guardia, especialmente en aquellos partidos judiciales, la mayoría, en los que la duración de aquél es de ocho días. (Piénsese, por ejemplo, en una denuncia presentada en el Juzgado de Instrucción por la comisión del nuevo delito de violencia familiar del art. 153 del CP, de tan sencilla instrucción que, hasta la reforma de la Ley Orgánica 11/2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, era constitutivo de falta y se enjuiciaba, consecuentemente, por los trámites del juicio de faltas que carece de fase de instrucción.)

Un sector de la doctrina, ante el desconcierto que provoca la exigencia de este requisito, propone una interpretación flexible del mismo. Gisbert Gisbert no descarta la legalidad de que el procedimiento pueda iniciarse, tras la tramitación por el Fiscal de diligencias de investigación, si en aquéllas media una orden de detención, que tendría que llevar a cabo la Policía Judicial, ya que, en este caso, habría un atestado policial, instruido a consecuencia de la orden del Fiscal ²⁰. Galdana Pérez Morales propo-

²⁰ GIBERT GIBERT, A., *op. cit.*, analiza este supuesto indicando que «el Ministerio Fiscal, en base a lo dispuesto en el artículo 5 de su Estatuto Orgánico y del artículo 773.2 de la LECrim17, puede incoar diligencias de investigación. Estas diligencias podrían abocar a una orden de detención, que lógicamente llevaría a cabo la Policía Judicial. Formalmente no se trataría de un proceso iniciado como consecuencia de un atestado policial y tendríamos que negar que por esa vía se pueda acceder al enjuiciamiento rápido. Sin embargo, hay que pensar que se da el presupuesto de puesta a disposición judicial del denunciado y que en definitiva también habrá un atestado, el instruido por la policía como consecuencia de la orden fiscal. Por todo ello, no descarto la legalidad de esta vía. De todas formas en la práctica este supuesto carece de excesiva importancia, habida cuenta de lo poco frecuente que es que el Ministerio Fiscal decida por su cuenta ordenar la detención».

ne una interpretación amplia del presupuesto procesal, permitiendo que, si se ha presentado denuncia ante el Juzgado o ante el Fiscal, éstos puedan remitirla inmediatamente a la policía ordenando la incoación del pertinente atestado ²¹.

La Circular FGE 1/2003 no considera posible incoar diligencias urgentes si el proceso penal se iniciara mediante querella, denuncia directamente presentada ante el órgano judicial, o *ex officio* mediante la deducción de testimonio de particulares ordenada por la autoridad judicial. También rechaza la aplicación del procedimiento en el caso de denuncia presentada ante el Fiscal, puesto que, aun cuando el Fiscal puede ordenar a la Policía Judicial la práctica de determinadas diligencias, sin embargo, la actuación del Ministerio Público habrá de concluir mediante una decisión de archivo o mediante la presentación de denuncia o de querella ante el Juzgado, supuestos ambos que excluyen la incoación de diligencias urgentes.

La atribución a la policía del monopolio del inicio del juicio rápido ha sido objeto de críticas que consideran que el incremento de las facultades de la Policía Judicial lo ha sido en detrimento de las del Juez de Instrucción como director y garante de la investigación penal ²².

II.3 La puesta efectiva del imputado a disposición del Juzgado de Instrucción

El artículo 795 exige, junto al atestado policial, que la Policía Judicial haya detenido a una persona y la haya puesto a disposición del Juzgado de

²¹ GALDANA PÉREZ MORALES, M.: «El juicio rápido por delito y su impugnación», Tirant lo Blanch, 2003, señala que «sorprende, sin duda, que de la interpretación global del artículo resulte una consecuencia que no parece que fuera la deseada por el legislador. A saber: si el ofendido por uno de los delitos incluidos en la lista presenta una denuncia o querella ante el Ministerio Fiscal o ante el órgano jurisdiccional, la tramitación no podrá hacerse por el juicio rápido, puesto que, como ya se vio, no se cumpliría el primer requisito que exige que el proceso penal se incoe siempre por atestado policial.

Se llega de este modo a una situación difícilmente justificable: la diferente tramitación por el mero hecho de acudir al juzgado en primer lugar en vez de a la comisaría de policía. Para corregir este efecto debe imponerse, en mi opinión, una interpretación amplia de este precepto permitiendo que si se ha presentado la denuncia o querella ante el órgano judicial o ante el Fiscal éstos puedan dar traslado a la policía inmediatamente para que realice el atestado y así salvar la literalidad del precepto».

²² MARCO COS, J. M., en un trabajo muy crítico titulado «Juicios rápidos y policía judicial: ¿Hacia la codirección del proceso penal?», Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 559, llega, entre otras, a las siguientes conclusiones: 1) En la configuración de las funciones de la Policía Judicial en el nuevo procedimiento abreviado y de enjuiciamiento rápido late la idea de que hasta el momento ha sido insuficiente e ineficaz la actuación de Juzgados y Tribunales, en la medida en que las sucesivas reformas no han alumbrado un proceso penal verdaderamente rápido. 2) Se pretende remediar el déficit de rapidez apuntado derivando funciones básicas de

Guardia o que, sin detenerla, la haya citado para comparecer ante el Juzgado de Guardia por tener la calidad de denunciado en el atestado policial.

Nuevamente se atribuye a la Policía Judicial la facultad de determinar, al menos en forma negativa, la incoación del juicio rápido, puesto que, si la policía no detiene ni cita al denunciado ante el Juzgado de Guardia, el procedimiento no podrá tramitarse como enjuiciamiento rápido. Como señala la Circular FGE 1/2003, los atestados en los que la persona denunciada, pese a estar perfectamente identificada, no haya sido localizada ni, por ello, detenida o citada personalmente ante el Juzgado no podrán originar un juicio rápido. A lo que se puede añadir que tampoco podrán incoarse diligencias urgentes a raíz de aquellos atestados en los que, no habiéndose producido la detención (o mediando ésta, se hubiere puesto en libertad al detenido), la Policía Judicial no ha procedido a la citación del denunciado ante el Juzgado por considerar que el hecho no está comprendido en ninguno de los supuestos del artículo 795 de la LECrim. El artículo 796.3 obliga a la policía a citar a la persona denunciada si no hubiese procedido la detención, pero, claro está, siempre que aquélla considere que el hecho es susceptible de enjuiciamiento rápido, criterio policial que, por ejemplo, en la interpretación del requisito de la instrucción presumiblemente sencilla, puede no coincidir con el, probablemente más certero, del Juzgado de Instrucción, quien, sin embargo, se verá forzado a incoar diligencias previas cuando la policía considere que el delito no era de sencilla instrucción judicial. (El problema se plantea en la práctica con delitos no incluidos en el listado del art. 795, en los que con frecuencia no se produce la detención, y en los que, con carácter general, no puede afirmarse apriorísticamente si la instrucción podrá concentrarse en el servicio de guardia, por ejemplo, lesiones, determinadas falsificaciones, impagos de pensiones, etc.)

Tampoco se entiende, en este caso, la razón por la que el legislador ha vedado la posibilidad de incoar juicio rápido en ausencia de citación policial. La actuación de la Policía Judicial, identificando, deteniendo o citando al denunciado, es de suma importancia para que pueda instruirse el proce-

la instrucción, en algunos casos de carácter directivo, hacia la Policía, en detrimento de las que corresponden al Juez con arreglo al diseño clásico del proceso penal. 3) La nueva normativa se aparta del modelo legal de Policía Judicial, que responde a un patrón en el que es funcionalmente dependiente de jueces y tribunales, que son quienes le encomiendan las diligencias a realizar. 4) Consecuencia de ello es la deriva hacia un modelo en el que se atribuye a la Policía el monopolio de la apertura del juicio rápido y se le encomiendan facultades que venían siendo propias del órgano judicial, como la citación para la práctica de diligencias de instrucción, cuando no de tal género que sólo el Juez puede ejercitarlas con solvencia, como es la calificación del hecho como falta. 5) Con tal modificación se establece un modelo de proceso penal rápido que responde a una especie de dirección compartida por parte de Policía y Juez, con lo que se produce una inconveniente desjudicialización.

dimiento durante el servicio de guardia, pero no tendría que ser determinante. Para conseguir esa actuación policial hubiera bastado con establecer la obligación de citar, tal y como establece el artículo 796, pero era innecesario incluir ese presupuesto procesal. De no haberse introducido éste, el Juzgado, en ausencia de citación policial, podría citar por sí al imputado para que compareciese antes de concluir el servicio de guardia. No es posible interpretar que el Legislador ha desechado esta posibilidad, ante la dificultad material que ello supondría para el Juzgado de Guardia, cuando la propia Ley 38/2002 crea una modalidad de juicio de faltas, artículo 964 de la LECrim, en la que el Juzgado ha de convocar para que comparezcan mientras dure el servicio de guardia no sólo al denunciado, sino también al denunciante, testigos y peritos. El problema adquiere mayor importancia si se considera que no existe la posibilidad de transformar otros procedimientos en diligencias urgentes a excepción del supuesto de conformidad previsto en el artículo 779.5 de la LECrim.

Cabe también plantearse si la citación policial para el juicio de faltas prevista en el artículo 962 de la LECrim puede ser considerada suficiente para dar por cumplido el requisito de la citación en calidad de denunciado exigido por el artículo 795. Es decir, nos estamos refiriendo a aquellos supuestos en los que la Policía Judicial considera el hecho constitutivo de simple falta, y dado que la diferenciación entre el delito y falta no siempre es fácil de establecer *a priori* (especialmente en el caso de amenazas e injurias en el ámbito familiar) cuando el atestado es examinado por el Juez de Instrucción, discrepando de la calificación jurídica efectuada por la policía y antes de incoar juicio de faltas, considera que el hecho podría ser constitutivo de delito, ¿podría incoar diligencias urgentes o es necesaria la tramitación como procedimiento abreviado?

El supuesto inverso, citación como imputado en el procedimiento rápido y transformación del procedimiento en juicio de faltas, ha sido previsto expresamente por el legislador tras la reforma del enjuiciamiento rápido operada por la Ley Orgánica 15/2003, de reforma del Código Penal, estableciendo ahora el artículo 798.2.1.º, segundo inciso, que si el Juez de Guardia reputa falta el hecho que hubiera dado lugar a la formación de las diligencias, procederá a su enjuiciamiento inmediato conforme a lo previsto en el artículo 963. En principio no observo inconveniente para que el Juez de Guardia, tras recibir el atestado policial, decida incoar diligencias urgentes en lugar de juicio de faltas y dar por cumplido el presupuesto procesal de la previa citación policial del imputado. Tampoco creo que actuar de este modo suponga una merma de los derechos del imputado ni que éste pueda alegar indefensión, siempre que, y en este caso será necesario, que

por el Juzgado se proceda a la inmediata designación de Letrado al imputado, si éste no lo hubiera hecho con anterioridad o lo designara en el acto.

II.4 Concurrencia de determinados delitos

Además de los presupuestos examinados, el hecho ha de ser susceptible de incluirse en alguno de los tres grupos de delitos que de forma alternativa contempla el artículo 795: delitos flagrantes, delitos enumerados tasadamente y delitos de instrucción sencilla. Bastará que concurra uno de los tres supuestos para que el hecho pueda enjuiciarse por el procedimiento especial.

II.4 A. DELITOS FLAGRANTES

El artículo 795 aporta una definición legal del delito flagrante al establecer: *se considerará delito flagrante el que se estuviere cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él.*

Por tanto, como señala la Circular FGE 1/2003, sería delito flagrante cualquiera de las siguientes situaciones:

- Que el delincuente sea sorprendido en el momento de estar cometiendo el delito.
- Que el delincuente sea sorprendido cuando acaba de cometer el delito.

En ambos casos es preciso que sea detenido bien en el acto o tras una persecución que lleve a su detención sin solución de continuidad. Se excluyen los supuestos en que sea sorprendido durante la comisión del delito o cuando acaba de cometerlo pero logre darse a la fuga, aunque sea detenido instantes después.

- Que el delincuente sea detenido, después de la comisión de un delito, con efectos, instrumentos o vestigios que permiten presumir su participación en el mismo.

Este concepto de delito flagrante no ha estado exento de críticas doctrinales²³, y especialmente el tercer supuesto, individuo sorprendido con efectos del delito, va más allá del concepto tradicional de delito flagrante contemplado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, y que algunos prefieren denominarlo como cuasiflagrancia²⁴, flagrancia impropia²⁵ o sospecha de flagrancia²⁶. Al incluir este último supuesto parece que el legislador está pensando más en la concurrencia de indicios racionales de criminalidad que permitirán una instrucción sencilla que en elaborar un concepto de delito flagrante aplicable al resto de supuestos en los que nuestro ordenamiento contempla esta circunstancia (arts. 18.2 y 71.2 de la CE y 553 de la LECrim). En cualquier caso es preciso que concorra el requisito de la inmediatez temporal («se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito», señala el art. 795), que deberá ser precisado jurisprudencialmente, pues de no concurrir aquél no sólo no podríamos hablar de delito flagrante ni cuasiflagrante, sino que únicamente estaríamos en presencia de un indicio que aisladamente no sería suficiente para considerar probada la participación del individuo en el hecho²⁷.

²³ RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: «La actuación del Juzgado de Guardia en la fase de investigación para el enjuiciamiento rápido de delitos y faltas», *Diario La Ley*, núm. 5774, señala que «se parte de una definición clásica de delito flagrante ("el que se estuviere cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto")». Pero el concepto de descubrimiento en el momento de estar cometiéndose el delito se amplía, más bien exporta, al descubrimiento del autor una vez inmediatamente cometido el delito, es decir, cuando el funcionario o agente policial descubre al delincuente en una situación de relación espacio-temporal con el resultado del delito que le permite deducir su intervención en el mismo, introduciendo para ello un concepto de persecución vago y poco razonable; parece que el legislador está pensando más en la definición del delito intentado que en establecer una noción auténtica de flagrancia, pues nada tiene que ver con la no flagrancia del delito el hecho de que el detenido momentáneamente llegue a perderse de la vista de sus perseguidores; no obstante, la persecución.

Inmediata a la comisión del delito ha sido asociada tradicionalmente a la flagrancia, en su acepción de aseguramiento de la persona del detenido a disposición judicial por tal hecho. La última de las acepciones a las que el legislador equipara la noción de flagrancia, la relación, en correspondencia con la inmediatez del delito cometido, del sujeto con los efectos, objetos o instrumentos del mismo ha sido fruto de una mayor crítica doctrinal, y no sin razón. La idea va más allá de la flagrancia, y si bien permite establecer indicios serios de participación del sujeto en la comisión del delito, se escapa claramente de la correlación espacio-temporal con la inminencia de la comisión».

²⁴ SOTO NIETO, F.: «Delitos flagrantes. Doctrina jurisprudencial a la vista de la Ley de Juicios Rápidos», *Diario La Ley*, núm. 5727.

²⁵ GIBERT GIBERT: *op. cit.*

²⁶ ALONSO PÉREZ, F.: «Actuaciones de la Policía Judicial en los denominados juicios rápidos», *Diario La Ley*, núm. 5953.

²⁷ Como afirma el Tribunal Supremo, sentencia núm. 1881/2000, de 7 de diciembre, RJ 2000/9782, «el mero dato de la ocupación de parte de los efectos sustraídos en el domicilio del acusado no constituye un indicio de consistencia autónomamente suficiente para acreditar por sí mismo la participación del acusado en la sustracción de dichos objetos en casa habitada, utilizando fuerza en las cosas, como es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional y de

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el delito flagrante, como indica Soto Nieto²⁸, queda delimitado por una tríada de requisitos configuradores del mismo:

1.º Inmediatez temporal, es decir, que se esté cometiendo un delito o que se haya cometido instantes antes.

2.º Inmediatez personal, consistente en que el delincuente se encuentre allí en ese momento en situación tal con relación al objeto o a los instrumentos del delito que ello sea una prueba de su participación en el hecho.

3.º Necesidad urgente que justifique el que los funcionarios actuantes se vean impelidos a intervenir inmediatamente con la detención de los partícipes en el hecho punible y, en su caso, con la consiguiente aprehensión de los objetos o los instrumentos del delito, así como para la obtención de pruebas de las que razonablemente se puede suponer que desaparecerán; necesidad no existente cuando la naturaleza de los hechos y sus circunstancias permitan acudir al juzgado para obtener la correspondiente autorización²⁹.

esta Sala, siendo necesaria la concurrencia de otros indicios que avalen o refuercen dicho indicio único, para que pueda estimarse desvirtuada la presunción constitucional de inocencia [SSTS de 22 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9223) y 11 de febrero de 2000 (RJ 2000, 943), entre otras)].» Ahora bien, la cuestión ha de ser resuelta de otra forma, si concurre inmediatez temporal entre el hecho y la ocupación de los objetos. La sentencia 433/2002, de 11 de marzo, RJ 2002/4123, señala *«puede decirse que la posesión de los objetos sustraídos, o de parte de ellos, indica una evidente relación del acusado con la sustracción, pero no es suficiente para afirmar más allá de toda duda razonable que precisamente él haya sido el autor del apoderamiento. Para llegar a esa conclusión es necesario aportar otros datos que vinculen al acusado no sólo a la tenencia de los objetos, sino al acto concreto de apoderamiento, como puede ser, por citar un ejemplo, la inmediatez temporal entre el acto contra el patrimonio y la detención del acusado y ocupación de los efectos»*.

²⁸ SOTO NIETO, F., *op. cit.*

²⁹ A título de ejemplo, puesto que son muchas las que se pronuncian en idéntico sentido, se puede citar la sentencia 197/2003, de 10 de febrero, RJ 2003/2069, que tras exigir la concurrencia de los tres requisitos expuestos señala que *«A este respecto, conviene recordar que: “Por flagrancia, en correspondencia con su sentido etimológico, ha de estimarse lo que arde o resplandece como fuego o llama, y que por lo tanto se está realizando actualmente. En relación con el delito, se estima por delito flagrante aquel que encierra en sí la prueba de su realización por existir una percepción sensorial directa del hecho delictivo, de suerte que como se afirma en las sentencias de esta Sala de 15 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8031) y 11 de julio de 1996 (RJ 1996, 5956) la flagrancia se ve, no se demuestra, apareciendo vinculada a la prueba directa y no a la indirecta, circunstancial o indiciaria. La doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la básica sentencia 341/1993, de 18 de noviembre (RTC 1993, 341), que declaró inconstitucional el concepto de flagrancia que se contenía en el artículo 21.2.º de la Ley de Protección de Seguridad Ciudadana (RCL 1992, 421), conecta, en referencia a los delitos, la flagrancia con la situación en la que la comisión de un delito se percibe con evidencia, y por lo tanto con la imagen en la que un delincuente es sorprendido y, por lo tanto, visto directamente en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a su perpetración, siendo precisamente esta situación excepcional que debe interpretarse restrictivamente como recuerda la sentencia de esta Sala de 31 de enero de 1994 (RJ 1994, 594) la que permite la detención inmediata de la persona concernida por la propia decisión policial como prevé el artículo 533 LECrim (LEG 1882, 16) y lo que es más rele-*

El concepto de flagrancia que contempla el artículo 795 no coincide exactamente con el que la Jurisprudencia ha precisado a propósito de la entrada y registro en domicilio sin autorización judicial prevista en el artículo 18.2 CE, puesto que en este caso no se contemplaba el supuesto de cuasiflagrancia.

¿Es posible extender el concepto legal del artículo 795 a las restantes normas que hacen referencia a una situación de flagrancia (arts. 18.2 y 71.2 de la CE, art. 273, 490.2, 553 y 751 de la LECrim, 398 de la LOPJ, 56 de la EOMF)? La Circular FGE 1/2003 indica que la importancia del concepto legal sobrepasa el marco de delimitación de los juicios rápidos en tanto que servirá de pauta para la interpretación de determinados preceptos de nuestro ordenamiento que contienen referencias al delito flagrante. De hecho la más reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo recoge en sus fundamentos jurídicos el concepto legal de flagrancia del artículo 795, si bien, a los efectos de la entrada y registro sin autorización judicial, mantiene el concepto tradicional³⁰. Pero una cosa es utilizar el concepto del artícu-

vante a los efectos del presente recurso— se permite la entrada y registro de domicilio sin mandamiento judicial y sin consentimiento del titular como aparece en el artículo 18.2.º de la Constitución Española (RCL 1978, 2836). En el mismo sentido, STC 387/1993, de 20 de diciembre (RTC 1993, 387)”, [(véase STS de 13 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1466))].

El Tribunal Constitucional, en la sentencia núm. 341/1993, de 18 noviembre, RTC 1993/341, que declaró parcialmente inconstitucional la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, afirmó que «A los efectos constitucionales que aquí importan no procede asumir o reconocer como definitiva ninguna de las varias formulaciones legales, doctrinales o jurisprudenciales, que de la flagrancia se han dado en nuestro ordenamiento, pero lo que sí resulta inexcusable —y suficiente, a nuestro propósito, es reconocer la arraigada imagen de la flagrancia como situación fáctica en la que el delincuente es “sorprendido”—, visto directamente o percibido de otro modo —en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito. Si el lenguaje constitucional ha de seguir siendo significativo—, y ello es premisa firme de toda interpretación no cabe sino reconocer que estas connotaciones de la flagrancia (evidencia del delito y urgencia de la intervención policial) están presentes en el concepto inscrito en el artículo 18.2 de la Norma fundamental, precepto que, al servirse de esta noción tradicional, ha delimitado un derecho fundamental y, correlativamente, la intervención sobre el mismo del poder público. A idéntica conclusión conduce una interpretación lógico-sistemática de lo dispuesto en el artículo 18.2 de la Constitución. Con reiteración ha dicho este Tribunal que la garantía constitucional del domicilio queda salvaguardada —al margen del consentimiento del titular— mediante la previa intervención judicial (SSTC 199/1987, fundamento jurídico 9.º, y 160/1991, fundamento jurídico 8.º). Esta previa intervención judicial ha sido excepcionada por la Constitución con rigor a través de la noción de “flagrante delito”, que no puede entenderse, por ello a los fines del artículo 18.2 de la CE, sino como la situación fáctica en la que queda excusada aquella autorización judicial, precisamente porque la comisión del delito se percibe con evidencia y exige de manera inexcusable una inmediata intervención. Mediante la noción de “flagrante delito” la Constitución no ha apoderado a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para que sustituyan con la suya propia la valoración judicial a fin de acordar la entrada en domicilio, sino que ha considerado una hipótesis excepcional en la que, por las circunstancias en las que se muestra el delito, se justifica la inmediata intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad».

³⁰ Sentencias del Tribunal Supremo núms. 1159/2003, de 15 septiembre, RJ 2003/6983 y 133/2004, de 3 febrero, RJ 2004/853.

lo 795 como pauta interpretativa y otra, muy distinta, es aplicar sin más dicho concepto, que sólo concreta el ámbito de aplicación del enjuiciamiento rápido, a situaciones en las que pueden verse afectados derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución y, como explica Gisbert Gisbert, en el supuesto de cuasiflagrancia no hay evidencia sensorial del hecho delictivo, sino unos indicios, de los que se concluye racionalmente la participación en un delito ³¹.

II.4 B. ENUMERACIÓN TASADA DE DELITOS

El artículo 795 enumera una serie de delitos que, en caso de concurrir alguno de ellos con los demás presupuestos analizados, obligan a la incoación de diligencias urgentes aunque el delito no sea flagrante ni se presuma sencilla su instrucción.

Tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, el listado queda como sigue:

- a) Delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal.
- b) Delitos de hurto.
- c) Delitos de robo.
- d) Delitos de hurto y robo de uso de vehículos.
- e) Delitos contra la seguridad del tráfico.
- f) Delitos de daños referidos en el artículo 263 del Código Penal.
- g) Delitos contra la salud pública previstos en el artículo 368, inciso segundo, del Código Penal.
- h) Delitos flagrantes relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270, 273, 274 y 275 del Código Penal.

El fundamento de la inclusión de los cinco primeros lo explicita la exposición de motivos de la Ley 38/2002, cuando dice: «que se trate de alguno de los delitos comprendidos en un elenco tasado, en el que incluyen hechos cuya investigación ha de resultar en principio sencilla, aun no siendo flagrantes, o hechos con especial incidencia en la seguridad ciudadana, o que repugnan gravemente a la conciencia social, como es el caso de los supuestos de violencia doméstica.» La Ley Orgánica 15/2003 añade los tres últimos delitos y, como indica Magro Servet ³², se pretende, con la inclusión

³¹ GIBERT GISBERT, *op. cit.*, considera muy discutible que se pueda elaborar una doctrina del delito flagrante aplicable a todos los supuestos legales. ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, también rechaza que se pueda extender el concepto de flagrancia del artículo 795 a la entrada y registro en lugar cerrado.

³² MAGRO SERVER, V.: «La reforma de la ley de juicios rápidos 38/2002, de 24 de octubre, en la reforma del Código Penal», *Diario La Ley*, núm. 5891.

de los delitos de daños, salud pública y contra la propiedad intelectual e industrial ampliar el elenco de tipos penales que quedan bajo la órbita de los juicios rápidos ante la positiva realidad y buenas perspectivas del sistema de enjuiciamiento introducido por las Leyes 38 y 8/2002, de 24 de octubre. Con excepción quizás del último supuesto, eran delitos que en la práctica ya se enjuiciaban como rápidos en muchas ocasiones, bien por ser flagrantes, bien por presumirse sencilla la instrucción.

La inclusión de un elenco tasado de delitos ha merecido la crítica de la doctrina por innecesaria, pues o bien serán enjuiciables de forma acelerada por flagrantes, o bien por ser de instrucción sencilla, y aun estando en la lista serán enjuiciados por los procedimientos ordinarios si la instrucción no resultare simple y fueren insuficientes las primeras diligencias³³ y por inoportuna, pues al imponer la incoación, con independencia de que su tramitación sea compleja o sencilla, no garantiza la celeridad sino que al contrario puede producir mayores dilaciones en cuanto que al complicarse la tramitación será necesaria la tramitación en diligencias previas³⁴. Siendo acertadas ambas opiniones, puede que la inclusión del listado sea precisa, si consideramos que el destinatario de la norma no es sólo el Órgano Judicial que deberá decidir sobre la incoación de diligencias urgentes, sino que, con anterioridad, la Policía Judicial habrá tenido que determinar si el hecho es susceptible de enjuiciamiento rápido para cumplir con las obligaciones que impone el artículo 796 y dada la dificultad que debe suponer para aquélla la interpretación del concepto de instrucción sencilla al no participar, hasta ahora, en aquélla, el listado de delitos facilitará, en no pocos casos, aquella decisión³⁵.

³³ GISBERT GISBERT, *op. cit.*

³⁴ ESCOBAR JIMÉNEZ: «El nuevo procedimiento de juicios rápidos: ámbito de aplicación», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 25, abril 2003, afirma que «la inclusión de un listado de delitos como presupuesto válido para que, junto a lo exigido en el artículo 795.1, deba incoarse el procedimiento rápido debe tacharse, al menos de inoportuna por varias razones: porque impone dicha incoación cuando concurre cualquiera de los delitos que enumera con independencia de lo simple o complejo que pueda resultar su tramitación; porque, en consecuencia, no asegura en absoluto la celeridad ni el cumplimiento de los ágiles trámites establecidos en el Título III; y porque se acaba convirtiendo en un foco dilatorio en cuanto conduce a la transformación del procedimiento prevista en el artículo 798.1.2.º, ya que basta con que se complique la tramitación de cualquiera de ellos (supuesto más que frecuente), para que quede abortada la expectativa de enjuiciamiento rápido. Además, su mención resulta de todo punto innecesaria ante la existencia del supuesto de sencillez en la tramitación, más coherente y adecuado a los fines pretendidos».

³⁵ Hay que tener en cuenta que cuando la LECrim menciona a la Policía Judicial se está refiriendo no sólo a los funcionarios adscritos a los grupos especializados de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial (generalmente de elevada preparación técnica y con amplios conocimientos jurídicos), sino que el atestado será confeccionado por el correspondiente funcionario de guardia de la Policía Nacional, Guardia Civil e incluso Policía Local. Recientemente, el Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha expresado que en Madrid se celebran menos

a) Delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal. El principal problema se plantea en la instrucción concentrada durante el servicio de guardia de un delito de gran complejidad como es el de violencia habitual del artículo 173.2 CP, que exige la acreditación de los actos de violencia anteriores y, en ocasiones, pruebas periciales médicas complejas. El CGPJ, en su informe a la proposición de ley de reforma de la LECrim, aconsejaba la exclusión de este delito del ámbito material del procedimiento inmediato³⁶. La alarma social que provoca estos delitos de violencia en el ámbito familiar, que, como indica la exposición de motivos de la Ley 38/2002, «repugnan gravemente a la conciencia social» y la necesidad de una respuesta judicial inmediata, ha impulsado al Legislador a incluir este delito. La experiencia derivada de la aplicación del procedimiento de enjuiciamiento rápido ha puesto de manifiesto que las dificultades anunciadas, en muchos casos, han sido superadas y que el enjuiciamiento acelerado de esas conductas es perfectamente viable.

El resto de los delitos enumerados en este apartado, lesiones, coacciones y amenazas contra las personas a que se refiere el artículo 173.2, no plantea especiales dificultades y, en muchas ocasiones, estos delitos, especialmente el de lesiones, podrán motivar la incoación de diligencias urgentes, aun cuando la víctima no sea de las contempladas en el artículo 173.2, presumiendo una sencilla instrucción. Con relación a las lesiones es aplicable supletoriamente lo dispuesto en el artículo 778.2 que permite proseguir la tramitación de la causa sin haberse alcanzado la sanidad, si fuera posible formular escrito de acusación.

de la mitad de los juicios rápidos que podrían llevarse a cabo y responsabilizó a las Fuerzas de Seguridad por no tramitar los asuntos por este procedimiento cuando deberían hacerlo. *Diario de Noticias La Ley*, 7 de mayo de 2004.

Aunque también se ha de reconocer que una parte importante del esfuerzo necesario para la aplicación de los juicios rápidos ha recaído en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

³⁶ El Informe del Pleno del CGPJ, de 5 de junio de 2002, a la proposición de ley de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, señalaba: «por otro lado, este Consejo estima que, en relación con los delitos de violencia, que pueden calificarse de doméstica habitual (y, más específicamente, el delito de violencia habitual física o psíquica, previsto en el art. 153 del Código Penal), en numerosos casos encontraría la dificultad práctica de su enjuiciamiento por este procedimiento. Esto es, se trataría de que dicho delito en todo caso —por su complejidad, en ocasiones— no sea enjuiciado con carácter inmediato. Si bien técnicamente sería viable su enjuiciamiento inmediato, como ha quedado expuesto, las dificultades de compaginar una justicia rápida con las complejidades procesales derivadas de la extensión de la actividad probatoria a los hechos que motivan los mencionados delitos aconsejan su exclusión del ámbito material del procedimiento inmediato. En relación con el resto de delitos de violencia doméstica, este Consejo General del Poder Judicial valora positivamente que su enjuiciamiento puede encauzarse procesalmente por la vía del juicio rápido».

b), c) y d) Delitos de hurto, robo y hurto y robo de uso de vehículos a motor. En este grupo se han incluido los delitos que mayor incidencia tienen en la seguridad ciudadana y no plantean especiales problemas para su enjuiciamiento acelerado.

e) Delitos contra la seguridad del tráfico. Ninguna dificultad se plantea cuando el atestado es incoado con ocasión de un control preventivo de alcoholemia y son muy frecuentes los casos donde el procedimiento rápido concluye con el dictado de sentencia de conformidad por el Juez de Instrucción. Mayores problemas se plantean cuando se ha producido accidente de tráfico con daños materiales y personales, que exigirá la citación de la compañía de seguros (lo que ocasiona no pocas dificultades al Juzgado de Guardia), tasación pericial de daños, informes sobre las lesiones del Médico Forense, etc. La práctica judicial parece que se ha inclinado a aplicar el enjuiciamiento rápido en los supuestos donde sólo existan daños materiales o lesiones muy leves y tramitar como procedimiento abreviado aquellos casos en los que las lesiones son de mayor entidad.

f) Delitos de daños referidos en el artículo 263 del Código Penal. La inclusión de este supuesto por la Ley Orgánica 15/2003 no ofrece dificultad, se trata de un delito que generalmente es de sencilla instrucción, que precisará, al igual que en caso del hurto, la correspondiente tasación pericial y que con anterioridad a la reforma, en muchas ocasiones, era objeto de enjuiciamiento rápido.

g) Delitos contra la salud pública previstos en el artículo 368, inciso segundo, del Código Penal. Este delito, especialmente cuando es flagrante, no debería plantear dificultades para instrucción concentrada durante el servicio de guardia y, antes de la reforma de la Ley Orgánica 15/2003 era frecuente que motivara la incoación de diligencias urgentes. Incluso el subtipo agravado de notoria importancia del artículo 369.3 podría enjuiciarse por la vía rápida en situaciones de flagrancia (piénsese en las frecuentes intervenciones de hachís en los controles aduaneros de Algeciras, Ceuta, Melilla, Málaga o Almería). El problema está en que aún no se han puesto en marcha los medios necesarios para que los informes periciales sobre el pesaje y análisis de las sustancias intervenidas puedan estar a disposición del Juzgado en el tiempo que dura el servicio de guardia, lo que obliga a formular escrito de acusación sin conocer el peso y naturaleza exacta de la sustancia intervenida, solicitando como prueba documental la aportación de dichos informes antes del juicio oral y, con frecuencia, éste ha de suspenderse, quince días después, porque los informes aún no han sido remitidos³⁷.

³⁷ La Junta de Fiscales de la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Almería acordó el día 12 de marzo de 2004, y ante los retrasos en la práctica de los análisis de droga, formular únicamente escritos de acusación sin el resultado de la referida pericial en los supuestos de conformidad.

h) Delitos flagrantes relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270, 273, 274 y 275 del Código Penal.

La inclusión de este delito en el ámbito del juicio rápido por la Ley Orgánica 15/2003 no parece justificada por varios motivos:

Primero, porque estos delitos no son «hechos con especial incidencia en la seguridad ciudadana, o que repugnan gravemente a la conciencia social», como decía la exposición de motivos de la Ley 38/2002 para motivar la inclusión de determinados delitos.

En segundo lugar, porque su inclusión es redundante porque no comprende todos los delitos contra la propiedad intelectual e industrial sino únicamente los flagrantes, por lo que, sin necesidad de la reforma, ya podrían ser objeto de enjuiciamiento rápido en aplicación del primer apartado del artículo 795.

Y, finalmente, porque, como explicaremos a continuación, a pesar de la flagrancia, la instrucción durante el servicio de guardia no va a ser sencilla y es lo que motivaba que, con anterioridad a la Ley Orgánica 15/2003, no eran objeto de enjuiciamiento rápido.

Parece que el legislador al añadir este supuesto con la nota de flagrancia está pensando en aquellos casos de venta en la vía pública de discos o películas de los llamados «piratas» o de objetos de marca falsificada y a la consiguiente intervención policial de la mercancía expuesta. Pues bien, incluso en este sencillo caso, habrá dificultades para practicar la instrucción concentrada.

El Código Penal aún vigente exige artículo 287 (como requisito de procedibilidad, para la persecución de estos delitos) denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales, por lo que, en principio, para incoar el procedimiento sería precisa la correspondiente denuncia. Pero, además, esta denuncia ha de ser interpuesta por persona, generalmente en representación de alguna de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual (SGAE, AFYVE, CEDRO, DAMA, EGEDA, AGEDI, etc.) que debe acreditar su legitimación, tanto su actuación en representación de la sociedad de gestión como la representación de los posibles agraviados (copia de sus estatutos, certificación acreditativa de su autorización administrativa, etc.)³⁸.

³⁸ Son abundantes las sentencias de Audiencias Provinciales que absuelven del delito por no resultar acreditada la legitimación, por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 67/2002 (Sección 2.ª), de 21 de marzo, JUR 2002/129933; Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 8.ª), de 15 de septiembre de 2000, ARP 2000/3256; Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 7.ª), de 4 de septiembre de 2002, ARP 2002/741; Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada núm. 462/2003 (Sección 2.ª), de 25 de septiembre, JUR 2003/244507; Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada núm. 539/2003 (Sección 2.ª), de 30 de octubre, JUR 2003/272194, etc.

El apartado segundo del artículo 287 exceptúa la necesidad de denuncia cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas, pero, salvo en alguna sentencia aislada³⁹, no se considera cumplido este requisito por el mero hecho de intervención de reproducciones correspondientes a diversos interpretes o titulares⁴⁰.

Aunque se admita que el requisito de procedibilidad de la ausencia de denuncia se subsana cuando la denuncia se incorpora *a posteriori* e, incluso, cuando la voluntad de provocar la actuación del órgano judicial frente al infractor es evidenciada por la personación como acusación particular del agraviado⁴¹, lo cierto es que difícilmente en el período de guardia puedan practicarse todas las actuaciones precisas (ofrecimiento de acciones,

³⁹ En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3.ª), de 6 de abril de 1999, ARP 1999/4563, se puede leer: «*así pues, afectados por la ilícita comercialización que pretendía practicar el apelante se encontraban, entre otros, los siguientes cantantes o grupos musicales: Isabel P., Gloria S., Bon J., Rosario, Jesús V., Los Secretos, Los Diablos, Los Suaves, Manolo T., Los del Río, El Último de la Fila, Amistades Peligrosas, Miguel B., Seguridad Social, lo cual demuestra sobradamente que los afectados por aquella conducta delictiva son una pluralidad de personas. Precisamente, el párrafo 2.º del artículo 287 del Código Penal invocado por el apelante en su recurso excepciona la necesidad de que se produzca denuncia de la persona agraviada “cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas”*».

⁴⁰ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 275/2002 (Sección 23.ª), de 10 de julio, ARP 2003/544, considera que el concepto de afectados es diferente del de agravados: «*Resulta indiferente a efectos de la exigencia ineludible del indicado requisito de procedibilidad que fueran uno o varios —como al parecer, y pese a la imprecisión de la única relación de grabaciones intervenidas, concurre— sus intérpretes o titulares, ya que seguirá concurriendo para todos y cada uno de ellos, por sí o representados, la preceptividad de su expresa denuncia para incoar el procedimiento, y ello porque cuando el texto del artículo 287.2 (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) excluye tal óbice procesal “cuando la comisión del delito afecte a una pluralidad de personas” se está refiriendo a un círculo más amplio que trasciende de los “agraviados”, y es, en concreto, el de los “afectados” pluralmente por el hecho delictivo, es decir, los receptores o consumidores finales del producto, difícilmente identificables, y en este supuesto ni siquiera estimados por aproximación al quedar limitada la actuación policial a la mera tarea de incautación. Esta interpretación queda confirmada con la utilización del término “agraviado” u “ofendido”, que no es otro, en lectura generalmente autorizada, que el que sufre directamente —y aquí en su propio patrimonio— las consecuencias de la acción típica, es decir, el autor o editor, o por expresa y concreta delegación, la entidad de gestión correspondiente, que no deben ser confundidos ni identificados, en una interpretación meramente literal del precepto, con el espectro genérico o difuso de la colectividad determinada o indeterminada de los “afectados” o perjudicados, ajena al círculo de los directamente agraviados, que adquiere productos de consumo, o industriales, o comerciales defectuosos, grabaciones musicales o videográficas de baja calidad, carentes de la correspondiente garantía, o sufre la alteración de precios, entre otros supuestos del amplio abanico de consecuencias lesivas que el precepto, situado entre las disposiciones comunes a todos estos delitos, trata de tutelar, facilitando su acceso al proceso penal, al eliminar el óbice de procedibilidad precedentemente destacado, que sólo se requiere para los inmediatamente lesionados por el hecho delictivo, como esta dinámica propia de los delitos contra las creaciones del espíritu aquí se configura, respecto a estas dos categorías de sujetos pasivos de la infracción*».

⁴¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería núm. 73/2002 (Sección 1.ª), de 18 de junio, JUR 2002/225595.

denuncia o personación como acusación particular, acreditación de la legitimación, etc.) que permitan en enjuiciamiento inmediato.

A partir del 1 de octubre de 2004, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003, se suprime el requisito de la previa denuncia, facilitándose la posibilidad de enjuiciamiento inmediato. No obstante, en ocasiones habrá que practicar diligencias de cierta complejidad que motivarán la transformación del procedimiento en abreviado, especialmente si se consolida cierta línea jurisprudencial, será necesario acreditar la identidad de los titulares del Derecho⁴², el contenido de los soportes incautados⁴³ o, incluso, la existencia de perjuicio⁴⁴.

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1578/2002, de 2 de octubre, RJ 2002/9155, que señala: «Ni en los hechos probados ni en los fundamentos jurídicos, la Audiencia ha establecido de dónde surge la ajenidad de los derechos supuestamente afectados por las emisiones, toda vez que no se ha demostrado que exista un titular de la película "Lobo" o de las otras películas que se dicen "repicadas" halladas en el domicilio de los acusados. La identificación de los titulares del derecho es esencial para poder comprobar si éstos otorgaron o no la correspondiente autorización que podría excluir la realización del tipo. La propia resolución de la Audiencia respecto de quiénes serían los titulares de la indemnización de 7.350 pesetas. que establece en el Fundamento Jurídico quinto, demuestra que al momento de dictar sentencia no se había determinado quién era y, por lo tanto, si existía, un productor perjudicado. Es evidente que de una instrucción insuficiente y de unas acusaciones poco diligentes en la comprobación de los elementos del tipo no podía surgir sino una sentencia errónea, como la que está ahora en consideración. Una sentencia condenatoria carece de toda justificación jurídica y lógica cuando un elemento esencial de la tipicidad debe ser demostrado en la fase de ejecución de la sentencia, dado que todos los elementos de la tipicidad deben quedar acreditados antes de dictar sentencia».

⁴³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 506/2002 (Sección 2.ª), de 23 de mayo, JUR 2002/199877: «Por todo ello, al carecer de todo valor probatorio la pieza calificada por el Juez a quo como "fundamental indicio incriminatorio" y al no haberse acreditado fehacientemente la concurrencia de un elemento básico y esencial del tipo de los artículos 534 bis a) y 534 bis b) 2 del Código Penal de 1973 (RCL 1973, 2255, y NDL 5670), cual es que las cintas halladas contuvieran efectivamente películas comerciales respecto de las cuales no se había obtenido la oportuna autorización por parte del titular de los derechos de la propiedad intelectual, debe concluirse que no ha existido prueba de cargo suficiente para entender vencida la presunción de inocencia».

⁴⁴ Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya núm. 301/2002 (Sección 6.ª), de 28 de mayo, JUR 2002/215817: «Para que la venta de una obra de esta clase resulte encuadrable en el susodicho tipo delictivo es necesario que con esa venta se perjudique a terceros. Pues bien, en el presente caso los terceros son las sociedades mercantiles titulares de los derechos de explotación; no se refiere a los posibles compradores de los discos compactos. Mas no cabe duda que las citadas entidades mercantiles, como cualquiera otras, no sufren perjuicio alguno por la venta un domingo por la mañana, en un puesto desmontable, ubicado en la acera de una calle de esta villa de Bilbao, de un número reducido de discos compactos con una características externas que evidencian una burda copia de los originales, siendo buena prueba de ello el que los mismos agentes de la autoridad en el informe que levantan al efecto indican presuntamente pirateados. Nos encontramos ante una norma jurídico-penal, una norma sancionadora que, como tal, ha de ser interpretada estrictamente por lo que el perjuicio a terceros en cuanto elemento del delito del artículo 270 del Código Penal ha de ser efectivo, real; y, por supuesto, ha de consistir en un "perjuicio", un menoscabo material, una no percepción de una ganancia lícita, efecto que sin duda no se les ocasiona, por resultar de cuantía inapreciable en el peor de los casos, a cualquiera de las referidas sociedades mercantiles. Pero tampoco a los compradores —aparte de que éste

II.4 C. DELITOS SUSCEPTIBLES DE INSTRUCCIÓN SENCILLA

La tercera circunstancia que incluye el artículo 795 es que se trate de un hecho punible cuya instrucción sea presumible que será sencilla. La Exposición de Motivos de la Ley 38/2002 aclara lo que debe entenderse por instrucción sencilla cuando afirma que «se trate de hechos punibles en que se aprecie, con independencia de las circunstancias anteriores, facilidad instructora, es decir, en que las circunstancias del caso permitan presumir que la investigación será sencilla y que, por tanto, podrá terminarse en breve plazo».

Se trata de un cajón de sastre que permite el enjuiciamiento rápido de todos los delitos tipificados en el Código Penal, siempre que no superen el límite punitivo del artículo 795, y puede establecerse con carácter general *a priori* una serie de delitos en los que se presuma la sencillez de la instrucción, puesto que este concepto dependerá de las circunstancias concretas que rodeen su perpetración y de los medios de prueba disponibles (por ejemplo, la instrucción se simplificará si el imputado en su declaración judicial reconoce los hechos).

La Circular FGE 1/2003 interpreta el concepto de instrucción sencilla, señalando que estaremos ante un delito de sencilla instrucción siempre que se prevea, en atención al hecho y sus circunstancias, que será posible llevar a cabo dentro del plazo del servicio de guardia la práctica de las diligencias de instrucción necesarias para formular calificación, atendiendo a su número y a su complejidad, y que podrán llevarse a cabo igualmente los trámites procesales (comparecencia con las partes y resoluciones de la audiencia de los arts. 798 y 800) del enjuiciamiento rápido.

Con anterioridad hemos hablado de las dificultades que a la Policía Judicial le planteará la interpretación de este concepto para así cumplir con las citaciones previstas en el artículo 796, pero, al menos, ofrecerá al Juez de Instrucción la posibilidad de incoar diligencias urgentes cuando haya precedido la detención del denunciado ⁴⁵.

no el bien jurídico protegido con la tipificación del delito objeto de atención—, pues al ser tan patente su carácter pirata, tal como exponen los agentes de la autoridad, que quien las adquiere es consciente de que se trata de una copia “casera”, sin garantías de precisión y, por supuesto, sin demérito para las casas distribuidoras o productoras (que, por otro lado, no es el objeto de protección con la otorgada al derecho de propiedad intelectual). La protección al consumidor es uno de los contenidos de la modalidad de la propiedad industrial consistente en los signos distintivos (en particular, las marcas), además de la protección del titular del signo. Pero en el ámbito de la propiedad intelectual la protección es sólo del derecho del titular de la misma».

⁴⁵ En los criterios aprobados por la Comisión Nacional de la Policía Judicial, el 2 de abril de 2003, para la práctica de diligencias en aplicación de la Ley 38/2003 se establece que la deter-

II.5 Supuestos excluidos

Los números 2 y 3 excluyen la aplicación del procedimiento rápido en dos supuestos:

- El procedimiento no será de aplicación a la investigación y enjuiciamiento de aquellos delitos que fueren conexos con otro u otros delitos no comprendidos en el apartado anterior.
- No se aplicará este procedimiento en aquellos casos en que sea procedente acordar el secreto de las actuaciones conforme a lo establecido en el artículo 302.

Como indica la Circular FGE 1/2003, este último precepto resulta congruente con la tramitación concentrada y rápida de las fases de instrucción e intermedia, que no podrían llevarse a cabo sin merma de los derechos de defensa si se tratara de actuaciones declaradas secretas.

Una última cuestión se suscita con relación al ámbito del enjuiciamiento rápido es si es aplicable este procedimiento especial a los de delitos cometidos por personas aforadas. La Circular FGE 1/2003 niega esta posibilidad cuando el órgano competente para la instrucción y enjuiciamiento sea el Tribunal Superior de Justicia o el Tribunal Supremo, puesto que se requerirá la designación de un Magistrado encargado de la instrucción. Pero en el supuesto en el que sólo se altera el Órgano de Enjuiciamiento [lo que sucede, por ejemplo, en los delitos cometidos por miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en los que la instrucción compete al Juez de Instrucción y el enjuiciamiento a la Audiencia Provincial, a tenor del art. 8.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo (RCL 1986, 788), tras la STC 55/1990 (RTC 1990, 55)], hay autores que niegan la posibilidad de aplicar el juicio rápido⁴⁶, pero la Fiscalía se inclina por no descartar la aplicación del procedimiento rápido⁴⁷.

minación del contenido de este apartado (instrucción sencilla) corresponderá a las Comisiones Provinciales de Coordinación de la Policía Judicial. Esta norma será útil para unificar criterios, pero la complejidad de la instrucción es difícil de determinar *a priori* sin atender a las circunstancias concretas de la comisión del delito.

⁴⁶ GIMENO SENDRA, V.: «Filosofía y principios de los juicios rápidos», *Diario La Ley*, núm. 5667, niega esta posibilidad, aunque con argumentos que no parecen convincentes tras la STC 55/1990.

⁴⁷ En la Circular 1/2003 se analiza la cuestión de este modo: «Si el aforamiento únicamente consiste en la alteración del órgano enjuiciador [lo que sucede, por ejemplo, en los delitos cometidos por miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en los que la instrucción compete al Juez de Instrucción y el enjuiciamiento a la Audiencia Provincial, a tenor del art. 8.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo (RCL 1986, 788), tras la STC 55/1990 (RTC 1990, 55)], la cuestión resulta más compleja. En principio, las previsiones de instrucción concentrada ante el Juez de guardia son perfectamente observables. La única diferencia radica en la necesidad —concluida la instrucción— de señalar (art. 800.3) el juicio oral ante la Audien-

III. FASE PREPROCESAL: LAS ACTUACIONES DE LA POLICIA JUDICIAL

La reforma de la Ley 38/2002 ha supuesto un reforzamiento del papel de la Policía Judicial en el sistema de juicios rápidos, aumentando las funciones atribuidas a aquélla. La Exposición de Motivos de la Ley 38/2002 considera como una de las causas de la desigual eficacia de los denominados juicios rápidos anteriores a esta reforma, «algunas limitaciones impuestas a la Policía Judicial», y considera que este reforzamiento de las funciones de la Policía Judicial es necesario para que pueda llevarse a cabo la instrucción concentrada ante el Juzgado de Guardia que es la pieza clave del nuevo procedimiento.

El incremento de las funciones de la Policía Judicial parece reabrir el debate doctrinal sobre la naturaleza procesal o administrativa del atestado policial. Indica Soto Nieto⁴⁸ que, en general, las actuaciones policiales no tienen naturaleza procesal, pero, tras el incremento de funciones de la Policía Judicial, y una vez confirmadas por el Juez, puede deducirse su asimilación a las diligencias propiamente procesales. Tras la reforma de la Ley 38/2002 muchos autores hablan de preinstrucción policial⁴⁹ o de fase preinstructora⁵⁰,

cia Provincial. La incoación de juicio rápido no puede ser negada por el mero hecho de que la Audiencia Provincial no sea el órgano encargado de enjuiciar los juicios rápidos (tampoco lo es el Tribunal Supremo o el Tribunal Superior de Justicia en el procedimiento ordinario o en el abreviado y no por ello se niega la posibilidad de incoación de estos procedimientos en causas contra aforados ante dichos Tribunales: la competencia *ratione personae* lo permite). Ahora bien, sí que es preciso reconocer la existencia de una dificultad meramente operativa y no insalvable, que no estimamos suficiente para negar tajantemente la posibilidad de celebración de juicio rápido en estos casos, y que radica en la previsión del artículo 800.3, párrafo 1, que, al establecer la obligación del CGPJ de dictar Reglamentos para la coordinación de señalamientos de juicios rápidos, lo hace en relación exclusivamente a los Juzgados de lo Penal (en concordancia con el art. 800, que atribuye a estos órganos la competencia para conocer del juicio oral). No obstante, no parece que pueda existir dificultad en el Juez de Instrucción, pese a no contar con previsión reglamentaria de coordinación con la Audiencia Provincial, en establecer contacto con dicha Audiencia para procurar el señalamiento del juicio en el plazo legal —antes de quince días— del artículo 800.3 LECrim, máxime en atención al carácter absolutamente infrecuente de este tipo de procedimientos».

⁴⁸ SOTO NIETO, F.: *op. cit.* Señala que: «Puede decirse, en general, que sin haberse dado paso a la intervención judicial, las actuaciones policiales no tienen propiamente naturaleza procesal. No obstante, y dada la importancia y refuerzo que la normativa sobre juicios rápidos reconoce a la función policial y al atestado elaborado por la misma, tan imperativo en su formulación como en el pletórico listado de diligencias a practicar —algunas reservadas hasta ahora a los funcionarios judiciales—, bien puede colegirse, sobre todo tras su confirmación y valoración por el Juez y su aceptación como hito básico de donde arranca el procedimiento penal, su asimilación a las diligencias propiamente procesales, superándose la estimación meramente administrativa de que era objeto.

⁴⁹ SOTO NIETO, F.: *op. cit.*, y GIMENO SENDRA, *op. cit.*

⁵⁰ PÉREZ MORALES, Galdana: *op. cit.*

aunque no han dejado de surgir voces críticas hacia la nueva regulación^{51 52}. En cualquier caso, como resalta la Circular FGE 1/2003, se trata de diligencias que no tienen carácter jurisdiccional.

Entre las diligencias que el artículo 796 atribuye a la Policía Judicial, una es esencial, la citación del imputado no detenido, puesto que es uno de los presupuestos que determinan la incoación del procedimiento para el enjuiciamiento rápido. El cumplimiento de las restantes no determinará la incoación de las diligencias urgentes, pero, en muchos casos, influirán en que el juicio rápido pueda desarrollarse adecuadamente.

Las actuaciones de la Policía Judicial aparecen recogidas en el artículo 796 de la LECrim, pero también en los artículos 769 al 772 relativos al procedimiento abreviado que son de aplicación supletoria (art. 795.4 LECrim). El artículo 796 atribuye a la Policía Judicial las siguientes funciones:

- 1.^a Solicitar copia del informe facultativo y, en determinados casos, la presencia del Médico Forense.
- 2.^a Informar al imputado de su derecho a ser asistido de Abogado y, en su caso, solicitar la designación de un Letrado de oficio.
- 3.^a Citar al denunciado para que comparezca ante el Juzgado de Guardia el día y hora que se señale.
- 4.^a Citar a los testigos ante el Juzgado de Guardia.
- 5.^a Citar ante el Juzgado de Guardia a las entidades aseguradoras que se mencionan en el artículo 117 CP.
- 6.^a Remitir al Instituto de Toxicología, al Instituto de Medicina Legal o laboratorio correspondiente las sustancias cuyo análisis resulte pertinente e incluso practicar por sí misma dicho análisis.
- 7.^a Practicar controles de alcoholemia conforme a la legislación de seguridad vial y, en caso de practicarse análisis de sangre, requerir al personal sanitario para que remita su resultado antes del día y hora de la citación de testigos y denunciado.
- 8.^o Solicitar la presencia del perito al objeto de que examine e informe sobre algún objeto que deba ser tasado.

⁵¹ MARCO COS, *op. cit.*: «Diríase que, al menos en el nuevo procedimiento, se quiere que deje el Juez de instrucción de ser el director y a la vez garante de la investigación penal, para quedar reducido a un hito más en un camino procesal al que solamente la Policía puede dar acceso y que en buena medida la Policía dirige, ya que a los juicios rápidos sólo se puede llegar si el proceso se ha incoado en virtud de un atestado policial».

⁵² BALLESTEROS MARTÍN, J.: «La intervención de la Policía Judicial en el procedimiento abreviado, juicios rápidos y juicios de faltas según la Ley 38/2002», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 25, se plantea si el exacerbado poder actuante que se atribuye a la Policía Judicial se extralimita de las funciones que le son propias, e, incluso, si pudieran afectar a la propia independencia judicial al no haberse establecido previamente una dependencia orgánica de la Policía Judicial con respecto a la Autoridad Judicial, aunque concluye señalando que la

III.1. Información de derechos y citación del imputado

La Ley 38/2002 no ha introducido ninguna especialidad con relación al imputado si la Policía Judicial ha procedido a la detención de éste. Deberá ser informado y tendrá los derechos mencionados en el artículo 520 de la LECrim, y el detenido será puesto a disposición del Juzgado de Guardia, junto con el atestado, en el plazo indispensable para la práctica de las diligencias y, en todo caso, antes de que transcurran setenta y dos horas.

En caso de no mediar detención, o de haber precedido ésta, se acordare la libertad del detenido, se establece la obligación de la Policía Judicial de citar al imputado para comparecer ante el Juzgado de Guardia.

En el supuesto de imputado no detenido se suscitan algunas cuestiones que pasamos a analizar.

III.1 A. ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE IMPUTADO

El artículo 796.1 utiliza las expresiones «persona a la que se atribuya el hecho» o «persona que resulte denunciada» para referirse a quien en el atestado policial se atribuye la conducta presumiblemente delictiva. Sin embargo, el artículo 771.2 LECrim (dentro del capítulo de las funciones de la Policía Judicial en el procedimiento abreviado) utiliza el termino imputado para referirse al que sólo lo es en sede policial, cuando dispone que la Policía Judicial *«informará en la forma más comprensible al imputado no detenido de cuáles son los hechos que se le atribuyen y de los derechos que le asisten. En particular, le instruirá de los derechos reconocidos en los apartados a), b), c) y e) del artículo 520.2»*.

El artículo 118 LECrim hace referencia a la condición de imputado y al ejercicio del derecho de defensa cuando dispone que *«toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho»*. Antes de la Reforma, Moreno Catena consideraba que la condición de imputado en un proceso se adquiere desde el momento en que la autoridad judicial comunica a una persona que se están siguiendo actuaciones por la comisión de determinados hechos delictivos y se le atribuye una participación en los mismos⁵³.

actuación policial es controlada, aunque sea *a posteriori*, por parte de la Autoridad Judicial y mediante la intervención del Ministerio Fiscal.

⁵³ MORENO CATENA, V., y otros: *Derecho Procesal Penal*, Colex.

¿Ha modificado la Ley 38/2002 esta regulación en la que la atribución de la condición de imputado era una facultad que correspondía exclusivamente al Juez de Instrucción? Para muchos autores, la respuesta es afirmativa. Alonso Pérez considera que en la regla 2.^a del nuevo artículo 771 LECrim el término imputado parece referirse a aquella persona a quien se atribuye más o menos fundadamente un acto punible, sin necesidad de que exista un acto formal de acusación por parte de la autoridad judicial, pues se está utilizando el término precisamente antes de la intervención del Juez con la finalidad de que la Policía informe a dicha persona de sus derechos constitucionales y legales⁵⁴. Burgos Ladrón de Guevara indica que parece que se elimina la facultad judicial para determinar la persona imputada, al ser necesario realizarlo en la diligencia policial en el procedimiento abreviado y en el enjuiciamiento rápido, para poder seguir investigando el hecho a través de las normas de dichos procesos⁵⁵. Para éste, imputado será toda persona a quien se atribuya más o menos fundadamente un acto punible, sin necesidad de que exista un acto formal de imputación por la autoridad judicial. Porque, precisamente, se delimita y utiliza legalmente el término imputado antes de la intervención del Juez, con la finalidad de que la Policía Judicial informe al imputado no detenido de sus derechos constitucionales y legales.

Podemos concluir, siguiendo a De Oña Navarro⁵⁶, que «el nuevo artículo 771.2.^a de la LECrim adelanta el momento de la imputación que deja de ser un concepto procesal para convertirse en preprocesal. De ahí que el nuevo Estatuto del Ministerio Fiscal también exija el inmediato deber de información cuando en las diligencias de investigación que el Fiscal practique aparezcan indicios o sospechas de vinculación de determinadas personas al hecho investigado, siendo como también son estas Diligencias de Investigación del Ministerio Fiscal actividad preprocesal y no estrictamente procesal, al menos hasta el momento».

Ahora bien, esta posición no es unánime. Rodríguez Lainz⁵⁷ considera que la instrucción de derechos, y el propio empleo de la equívoca noción de imputado, se diseña más bien como un adelanto de las garantías procesales de la persona denunciada. La Autoridad Judicial será siempre la que habrá de decidir, en última instancia, sobre si procede o no la imputación.

⁵⁴ ALONSO PÉREZ, F.: «Los derechos del imputado no detenido tras la reforma de la Ley 38/2002», *Diario La Ley*, núm. 5689.

⁵⁵ BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J.: «La determinación del imputado en el sistema procesal español por la Ley 38/2004, de 24 de octubre», *Diario La Ley*, núm. 5864.

⁵⁶ OÑA NAVARRO, J. M.: «El derecho de defensa en la fase de instrucción en la doctrina del Tribunal Constitucional», ponencia presentada en curso organizado por el CGPJ, noviembre de 2003.

⁵⁷ RODRÍGUEZ LAINZ, *op. cit.*

III.1 B. LOS DERECHOS DEL IMPUTADO NO DETENIDO

El artículo 796.1.3.º de la LECrim establece que la Policía Judicial *«informará a la persona a la que se atribuya el hecho, aun en el caso de no procederse a su detención, del derecho que le asiste de comparecer ante el Juzgado de guardia asistido de abogado. Si el interesado no manifestare expresamente su voluntad de comparecer asistido de abogado, la Policía Judicial recabará del Colegio de Abogados la designación de un letrado de oficio»*.

Del tenor literal del precepto parece desprenderse que el derecho a la asistencia letrada es sólo para aquella comparecencia ante el Juzgado de Guardia y que se procederá a la designación, en su caso, de Letrado de oficio para que le asista en aquella comparecencia. No cabe esta interpretación. La designación de Letrado habrá tenido que efectuarse con anterioridad a la citación de comparecencia ante el Juzgado de Guardia y, consiguientemente, antes de que pueda o no expresar su voluntad de comparecer en el Juzgado asistido de Letrado. Esto es así porque en la mayoría de los casos, como es práctica habitual de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la instrucción de atestados, se habrá recibido declaración al denunciado y para la práctica de esta diligencia habrá sido precisa la intervención de Letrado, designado por el imputado o de oficio.

El artículo 796.1.3.º ha de ponerse en relación con el artículo 771.2 que establece que se instruirá al imputado de derechos reconocidos en los apartados a), b), c) y e) del artículo 520.2. Es decir, el imputado no detenido tendrá derecho a:

- a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el Juez;
- a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable;
- a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si el detenido o preso no designara Abogado, se procederá a la designación de oficio;
- a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano.

¿Puede renunciar el imputado no detenido a la asistencia letrada en su declaración policial? La cuestión no parece clara. Una de las novedades de la Reforma es el refuerzo del derecho de defensa en el procedimiento abreviado y en el juicio rápido, que en toda lógica habrá que extender por analogía al proceso ordinario, con la exigencia irrenunciable de que el imputado

tado en su declaración (¿judicial?) esté siempre asistido de letrado. Con la normativa anterior, el derecho de asistencia letrada se consideraba renunciable si el imputado no estaba detenido o preso. El nuevo artículo 767 dispone que: «Desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada será necesaria la asistencia letrada. La Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial recabarán de inmediato del Colegio de Abogados la designación de un abogado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado.

El término actuaciones ¿se refiere sólo a las judiciales o incluye las policiales? Si se considera que la condición de imputado sólo puede originarse tras una resolución judicial, habrá que entender que el precepto se refiere sólo a las judiciales, por lo que no habría dificultad para admitir que la asistencia letrada es un derecho renunciable por el imputado no detenido en sede policial. Sin embargo si se estima, como parece más acorde con la nueva regulación, que la cualidad de imputado se adquiere con anterioridad a la incoación del procedimiento judicial en sede policial, tendremos que estimar que el término actuaciones comprende también las policiales⁵⁸ y el derecho de asistencia letrada sería irrenunciable⁵⁹.

El imputado no detenido tendrá derecho a entrevistarse reservadamente con su Letrado antes de prestar declaración policial. El artículo 520.6 LECrim sólo autoriza al detenido a entrevistarse con su letrado después de la diligencia de declaración, entendiendo, como hacía la consulta

⁵⁸ OÑA NAVARRO, J. M., *op. cit.* indica que «como se desprende de la valoración conjunta de los nuevos artículos 771.2.º y 767 de la LECrim que vinculan el momento inicial del derecho –y aún más su carácter en general irrenunciable– con el concepto amplio de imputado antes analizado, al exigir de la Policía Judicial –art. 771.2.º de la LECrim– que ilustre al imputado no detenido (el detenido ya estará asistido de letrado) de los derechos reconocidos –sin ninguna limitación, debe entenderse– en determinados apartados del artículo 520 de la LECrim y entre ellos el “c) Derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si el detenido o preso no designara Abogado, se procederá a la designación de oficio. Esta expresa remisión con detalle a las letras del artículo 520 que son aplicables parece significar claramente que la asistencia letrada es ya obligada –de nombramiento o de oficio– aunque el imputado no esté detenido, porque –entendiendo– lo que la Ley pretende ahora es equiparar al no detenido con el que sí lo está en todos y cada uno de esos concretos derechos, lo que obliga a considerar que también en estos casos de no detenidos es ineficaz la renuncia”».

⁵⁹ Éste parece ser también la interpretación de la Comisión Nacional de la Policía Judicial. En los criterios aprobados el 2 de abril de 2003 para la práctica de diligencias en aplicación de la Ley 38/2002 que entre las particularidades que se han de observar en la elaboración del atestado (2.2.3.º) se establece que desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada, se haya procedido o no a su detención, será necesaria la asistencia letrada. En consecuencia, se recabará de inmediato del Colegio de Abogados la designación de un Abogado de oficio si no lo hubiere nombrado ya el interesado.

Sin embargo, en la práctica hemos podido comprobar cómo aún en los atestados policiales que se instruyen sin vocación de originar un juicio rápido y por delitos en los que habitualmente no se procede a la detención, los denunciados prestan declaración sin asistencia letrada.

FGE 4/1985, que aunque la declaración del detenido no tuviera lugar en virtud del ejercicio del derecho de no declarar, la diligencia se había practicado y la entrevista reservada entre Letrado y el detenido podía celebrarse. El nuevo artículo 775.2 de la LECrim, consolidando una práctica judicial habitual y lógica, pues en el atestado siempre constaba la diligencia de declaración, establece que «tanto antes como después de prestar declaración se le permitirá entrevistarse reservadamente con su Abogado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado c) del artículo 527». Como indica la Circular FGE 1/2003, este artículo regula únicamente la diligencia de declaración del imputado practicada ante la Autoridad Judicial pero no las declaraciones prestadas por los detenidos en las dependencias policiales a las que será aplicable el artículo 520.6 LECrim (en el mismo sentido, la consulta FGE 2/2003). Ahora bien, tratándose de imputado no detenido, no podrá negarse este derecho, pues, no estando privado de libertad, puede entrevistarse reservadamente con su letrado o con quien desee antes de prestar declaración policial.

Otra cuestión que se plantea es la relativa a la renuncia del derecho a la asistencia letrada por el detenido, cuando los hechos atribuidos sean susceptibles calificados exclusivamente como delitos contra la seguridad en el tráfico como autoriza el artículo 520.5 de la LECrim. La Circular FGE 1/2003 analiza el tema y considera que no es posible interpretar que, con la entrada en vigor de la Ley 38/2002, se ha producido una derogación tácita del artículo 520.5 LECrim: *«En primer lugar, porque es posible una interpretación coherente de ambos preceptos, de acuerdo con la cual el segundo de ellos se perfila como excepción a la regla general establecido por el primero. Pero, sobre todo, porque la actual redacción del artículo 520 LECrim le fue dada por la Ley Orgánica 14/1983, y no puede ser derogada por una Ley ordinaria. Sin embargo, la aplicación del artículo 520.5 LECrim, que exceptúa la imperatividad de la asistencia letrada al detenido en el concreto supuesto de los delitos contra la seguridad del tráfico, no es extensible al momento posterior en que el imputado comparece a declarar ante el Juez de Instrucción; en este momento, recobra toda su vigencia el mandato generalizado del artículo 767 LECrim, sigilarmente cara a una posible conformidad»*.

Admitida la posibilidad de que el detenido pueda en estos casos renunciar a la asistencia letrada, lógicamente habrá de concluirse que, con mayor motivo, el imputado no detenido puede efectuar idéntica renuncia. Ahora bien, debería exigirse, tal y como se efectúa en los supuestos, poco frecuentes de detención por delito contra la seguridad en el tráfico, que aquella renuncia conste de forma expresa en el atestado y en caso contrario el imputado (generalmente la persona que practica el test de alcoholemia con

resultado positivo) debe ser asistido de letrado en su declaración policial o, lo que es parece más práctico, no recibirle declaración.

Otra consecuencia en esta materia del derecho de defensa del imputado no detenido es que, en los supuestos de accidentes ocasionados por la ingesta de bebidas alcohólicas y en los que terceros han sufrido lesiones, se debe exigir la asistencia letrada en su declaración policial, porque ya el hecho imputado podría no ser susceptible de ser tipificados exclusivamente como delitos contra la seguridad en el tráfico. Si las lesiones precisaran de tratamiento médico, el hecho ha de ser calificado como lesiones imprudentes en aplicación de la regla del artículo 383.1 CP.

III.1 C. LA CITACIÓN DEL IMPUTADO

Según el artículo 796.1.3.º, la Policía Judicial *citará a la persona que resulte denunciada en el atestado policial para comparecer en el Juzgado de guardia en el día y hora que se le señale, cuando no se haya procedido a su detención. El citado será apercibido de las consecuencias de no comparecer a la citación policial ante el Juzgado de guardia.*

La citación del imputado es una nueva facultad atribuida a la Policía Judicial de la que carecía en la regulación anterior. La consecuencia de la no comparecencia ante el Juzgado, y de la que se deberá apercibir al interesado, está establecida en el artículo 797.1.3.º, el Juez de Guardia podrá aplicar lo previsto en el artículo 487, es decir, podrá acordar su detención.

El principal problema que se plantea es la posibilidad de incidir en las normas de reparto que tiene la Policía Judicial, eligiendo el Juzgado de Instrucción que ha de tramitar la causa⁶⁰. Tradicionalmente, las normas de reparto de los correspondientes Decanatos atribuyen la competencia entre los distintos Juzgados de Instrucción de un mismo Partido Judicial atendiendo a la fecha de comisión del hecho. La ley 38/2002 altera esta norma, en lo que se refiere al procedimiento para enjuiciamiento rápido, puesto que atribuye la competencia para incoar y tramitar aquel procedimiento al Juez de guardia que recibe el atestado policial (art. 797.1 LECrim).

⁶⁰ El problema existe porque falta un verdadero órgano de la Policía Judicial dependiente en exclusiva de Jueces y Fiscales. Como señala ESCOBAR JIMÉNEZ, R.: «El nuevo procedimiento de juicios rápidos ámbito de aplicación», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 25, «es factible afirmar que la situación actual no se cohonesta bien con el espíritu de la Ley de reforma que parece reclamar, respecto del procedimiento acelerado, una coordinación entre la Policía Judicial y el Juzgado cuando se encuentre en funciones de guardia. Coordinación que debe referirse no sólo a la actuación de la primera respecto de la puesta a disposición del detenido o su citación ante el segundo, sino también a todas las diligencias que el artículo 796 ordena practicar a dicha Policía Judicial antes de que se inicie el procedimiento penal».

Cuando la Policía ha procedido a la detención del imputado, el margen para la elección de Juzgado es menor, pues siempre estará condicionada por el plazo de detención de setenta y dos horas. Existirá siempre en los partidos judiciales con guardias de veinticuatro o cuarenta y ocho horas (partidos con más de diez Juzgado de Instrucción) y existirá esa posibilidad en los partidos con guardias semanales o de ocho días (resto de partidos con más de un Juzgado de Instrucción) cuando dentro del plazo de detención coincida el día de cambio de guardia de los Juzgados.

Existía, antes de la reforma del enjuiciamiento rápido operada por la Ley Orgánica 15/2003, una opinión generalizada, de la que participa la Circular 1/2003, consistente en considerar que la posibilidad de elección de Juzgado por la Policía Judicial era muy superior en el supuesto de imputado no detenido al no establecer la LECrim un plazo para la citación del imputado. Sin embargo era posible otra interpretación que pasamos a analizar.

La competencia del Juzgado se determina no por la fecha de la citación, sino por la de entrega del atestado policial. El artículo 797.1 establece que el juzgado de guardia, tras recibir el atestado policial, junto con los objetos, instrumentos y pruebas que, en su caso, lo acompañen, incoará, si procede, diligencias urgentes. Lógicamente, el imputado ha de ser citado un día en el que esté de guardia el Juzgado al que se entrega el atestado. Se podría objetar que la Ley 38/2002 no establece tampoco un plazo máximo para la confección y entrega del atestado, por lo que se amplía respecto al supuesto de detención la posibilidad de determinar el Juzgado competente. Creemos que no era así, aunque en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido no menciona cuando ha de presentar el atestado en el juzgado, sí lo establecían las disposiciones generales. El artículo 284 de la LECrim establece que «inmediatamente que los funcionarios de Policía judicial tuvieren conocimiento de un delito público... lo participarán a la Autoridad judicial o al representante del Ministerio fiscal». El medio para participar al Juez del delito es la remisión del correspondiente atestado. Y el artículo 295, que «en ningún caso, salvo el de fuerza mayor, los funcionarios de Policía judicial podrán dejar transcurrir más de veinticuatro horas sin dar conocimiento a la Autoridad judicial o el Ministerio fiscal de las diligencias que hubieren practicado». Una interpretación conjunta del artículo 796 que establece que la Policía Judicial ha de practicar las diligencias en el tiempo imprescindible y los artículos 284 y 295 nos podría llevar a concluir que un plazo superior a las setenta y dos horas (establecido para el caso de detención) para la remisión del atestado sin detenido infringiría estos preceptos. Por ello entendemos que la posibilidad de alterar el reparto judicial no era mayor en el supuesto de citación del imputado que en el de presentación del detenido.

Precisamente, la obligación de la Policía Judicial de dar cuenta inmediatamente de la comisión del delito ocasionaba un importante problema práctico. En muchas ocasiones el denunciado no era identificado o localizado inmediatamente después de la denuncia o incoación del atestado. La remisión de este atestado al Juzgado sin detención o citación de imputado obligaba a la incoación de diligencias previas y frustraba la aplicación del enjuiciamiento rápido, dado que la LECrim no prevé la posibilidad de transformación del procedimiento (fuera del supuesto de reconocimiento de hechos y conformidad del art. 779.1.5.º). Y ello sucedía si aun en el supuesto de que fuera previsible para la Policía Judicial una rápida identificación o localización del imputado.

La reforma de la Ley Orgánica 15/2003 ha venido a resolver aquel problema pero ha agravado el relativo a la posible elección de Juzgado por la Policía Judicial. Se ha añadido un nuevo apartado (el 4.º) que establece: «A los efectos de la aplicación del procedimiento regulado en este título, cuando la Policía Judicial tuviera conocimiento de la comisión de un hecho incardinable en alguna de las circunstancias previstas en el apartado 1 del artículo 795, respecto del cual, no habiendo sido detenido ni localizado el presunto responsable, fuera no obstante previsible su rápida identificación y localización, continuarán las investigaciones iniciadas, que se harán constar en un único atestado, el cual se remitirá al juzgado de guardia tan pronto como el presunto responsable sea detenido o citado de acuerdo con lo previsto en los apartados anteriores y, en cualquier caso, dentro de los cinco días siguientes. En estos casos, la instrucción de la causa corresponderá en exclusiva al juzgado de guardia que haya recibido el atestado.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de dar conocimiento inmediatamente al juez de guardia y al Ministerio Fiscal de la comisión del hecho y de la continuación de las investigaciones para su debida constancia».

Se establece un plazo máximo de cinco días para la remisión del atestado por la Policía Judicial a contar desde que aquélla tuviera conocimiento del delito. La eventualidad de una elección torticera del Juzgado resulta evidente para todos los partidos judiciales. Como ordenaba la Circular FGE 1/2003 antes de la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, y entendemos que con mayor motivo después de ésta, la cuestión es de enorme importancia y deberá ser vigilada por los señores Fiscales.

De otro lado, el artículo 796.2 señala que: *para la realización de las citaciones a que se refiere el apartado anterior, la Policía Judicial fijará el día y la hora de la comparecencia coordinadamente con el Juzgado de guardia. A estos efectos, el Consejo General del Poder Judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 110 de la Ley Orgánica del Poder Judicial,*

dictará los Reglamentos oportunos para la ordenación de los servicios de guardia de los Juzgados de Instrucción en relación con la práctica de estas citaciones, coordinadamente con la Policía Judicial. En cumplimiento de dicha previsión se ha publicado el Acuerdo Reglamentario 2/2003, de 26 de febrero, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se ha modificado el Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, en lo relativo a los servicios de guardia. El nuevo reglamento se refiere, en el artículo 47.1, a la coordinación entre los Juzgados de guardia y la Policía Judicial en la realización de citaciones⁶¹ y en el artículo 47.4 a los protocolos de colaboración⁶².

Respecto a la fecha de la citación del imputado también hay que considerar con respecto a los partidos judiciales con guardia de ocho días (los que cuentan con más de uno y menos de ocho Juzgados de Instrucción) el Reglamento del CGPJ, artículo 58.1, que establece que el octavo día de la guardia se dedicará a la realización de las audiencias del procedimiento para el enjuiciamiento rápido en causas sin detenido, a cuyo efecto la Policía Judicial realizará las citaciones que la Ley le atribuye en estos supuestos para esta fecha⁶³.

⁶¹ El artículo 47.1 establece: «De la coordinación entre los Juzgados de Guardia y la Policía Judicial en la realización de citaciones».

A los efectos de lo establecido en los artículos 796 y 962 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la asignación de espacios temporales para aquellas citaciones que la Policía Judicial realice ante los Juzgados de Guardia se realizará a través de una Agenda Programada de Citaciones (APC), que detallará franjas horarias disponibles en cada Juzgado de Guardia para esta finalidad.

Las asignaciones de hora para citaciones deben tener en cuenta los siguientes criterios:

I. Si hubiera más de un servicio de guardia para instrucción de Diligencias Urgentes, las citaciones se realizarán al servicio de guardia que corresponda con arreglo a las normas de reparto existentes, así como a los acuerdos adoptados en el seno de la Comisión Provincial de Coordinación de la Policía Judicial.

⁶² El artículo 47.4 dispone: «De los protocolos de colaboración».

A los efectos de asegurar la efectividad de lo dispuesto en el capítulo siguiente, se establecerán protocolos de colaboración en el ámbito provincial en el seno de las Comisiones Provinciales de Policía Judicial. Asimismo, en el ámbito de los respectivos partidos judiciales, se podrán establecer protocolos de colaboración específicos entre Policía Judicial, Fiscalía y las respectivas Juntas de Jueces, representadas por el Juez Decano, posibilitando la incorporación a estos ámbitos de colaboración de los Colegios Profesionales de Abogados y Procuradores, Ministerio de Justicia y Comunidades Autónomas. Por último podrán establecerse protocolos en el ámbito de una Comunidad Autónoma, pudiéndose constituir órganos que conformen igual representación.

Las Comisiones Provinciales de Policía Judicial serán oídas previamente al establecimiento de los criterios de señalamiento de vistas por la correspondiente Sala de Gobierno, e informarán a ésta de las incidencias y desajustes que se produjeran entre los señalamientos por los órganos judiciales del territorio y los criterios establecidos por la Sala de Gobierno.»

⁶³ Disposición, que en muchas ocasiones no se cumple, sin que tal inobservancia sea atribuible a la Policía Judicial.

Finalmente, el artículo 797.3 dispone que «si la urgencia lo requiriere, las citaciones podrán hacerse por cualquier medio de comunicación, incluso verbalmente, sin perjuicio de dejar constancia de su contenido en la pertinente acta». Norma que motivó las críticas de la Unión Progresista de Fiscales de las que se hizo eco el Consejo General del Poder Judicial en su informe a la Proposición de Ley, porque «la omisión de la exigencia de la firma del interesado y la ausencia de cualquier forma de constancia lleva a cuestionar seriamente no sólo la ejecución de la citación en sí, sino también la prueba misma de haberse practicado. Extremos éstos de capital importancia si se repara en las consecuencias penales y procesales que pueden derivarse» que tratándose de imputados puede ser su detención judicial.

III.2 Información de derechos al perjudicado y citaciones de testigos

Analizaremos ambas cuestiones por separado.

III.2 A. INFORMACIÓN DE DERECHOS AL OFENDIDO Y PERJUDICADO

La obligación de la Policía Judicial de informar al perjudicado y ofendido de sus derechos está recogida en el artículo 771.1 que, tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, establece que aquélla:

Cumplirá con los deberes de información a las víctimas que prevé la legislación vigente. En particular, informará al ofendido y al perjudicado por el delito de forma escrita de los derechos que les asisten de acuerdo con lo establecido en los artículos 109 y 110. Se instruirá al ofendido de su derecho a mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querella y, tanto al ofendido como al perjudicado, de su derecho a nombrar Abogado o instar el nombramiento de Abogado de oficio en caso de ser titulares del derecho a la asistencia jurídica gratuita, de su derecho a, una vez personados en la causa, tomar conocimiento de lo actuado, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 301 y 302, e instar lo que a su derecho convenga. Asimismo, se les informará de que, de no personarse en la causa y no hacer renuncia ni reserva de acciones civiles, el Ministerio Fiscal las ejercitará si correspondiere.

La información de derechos al ofendido o perjudicado regulada en este artículo, cuando se refiera a los delitos contra la propiedad intelectual o industrial, y, en su caso, su citación o emplazamiento en los distintos trámites del proceso, se realizará a aquellas personas, entidades u organizaciones que ostenten la representación legal de los titulares de dichos derechos. (Este segundo párrafo ha sido añadido por la Ley Orgánica 15/2003.)

La información de derechos al ofendido y perjudicado por la Policía Judicial adquiere singular importancia en los procedimientos abreviados y para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos tras la reforma del artículo 776 por la Ley Orgánica 15/2003. Tras la Ley 38/2002, el artículo 776 establecía que en la primera comparecencia el Secretario judicial informará al ofendido y al perjudicado de sus derechos, en los términos previstos en los artículos 109 y 110, incluso aunque previamente lo hubiera hecho la Policía Judicial. De este modo había una mayor seguridad de que aquélla conocía y comprendía sus derechos, pero haciendo comparecer al perjudicado al solo efecto de reiterar el ofrecimiento de acciones previamente realizado por la policía se corría el riesgo, como señalaba la Circular 1/2003, de aumentar innecesariamente la ya de por sí odiosa victimización secundaria.

La Ley Orgánica 15/2003 ha optado por suprimir este doble ofrecimiento de acciones y el nuevo artículo 776 dispone que el Secretario informará al ofendido y perjudicado de sus derechos cuando previamente no lo hubiera hecho la Policía Judicial. Llama la atención, sin embargo, que si la finalidad de la reforma era evitar comparecencias innecesarias del perjudicado ante el Juzgado, no se haya reformado el artículo 796 que parece imponer a la Policía Judicial la obligación de citar siempre ante el Juzgado a los testigos en el juicio rápido.

Se atribuye a la Policía Judicial una función de gran importancia y vinculada al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva⁶⁴, como es el ofrecimiento de acciones de los artículos 109 y 110 de la LECrim al perjudicado, y que ya no va a ser reiterada por el órgano judicial. La diligencia de ofrecimiento de acciones al perjudicado es tan relevante que su ausencia en el proceso penal puede viciar de nulidad la parte relativa a la responsabilidad civil de la sentencia que pudiera recaer⁶⁵. Por todo ello sería muy

⁶⁴ Como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 94/2001, de 2 abril, RTC 2001/94: «*nota esencial del derecho a la tutela que han de cumplir los Tribunales es la de posibilitar el libre acceso de las partes al proceso. De ahí que, incoada una instrucción penal, el Juez haya de otorgar al ofendido por el delito la posibilidad de ejercicio del derecho a la tutela mediante el denominado "ofrecimiento de acciones", a fin de que pueda comparecer y mostrarse parte en la causa ya incoada, todo ello en orden a que pueda deducir y sostener la pretensión penal (SSTC 37/1993, de 8 de febrero, y 140/1997, de 22 de julio [RTC 1997, 140], por todas). No cabe negar, pues, la posibilidad de que en determinados supuestos la falta de ofrecimiento de acciones al ofendido o al interesado, que no conozca la existencia del proceso (SSTC 121/1994, de 25 de abril [RTC 1994, 121], y 278/1994, de 17 de octubre [RTC 1994, 278]), o la información judicial defectuosa (STC 66/1992, de 29 de abril [RTC 1992, 66]), conviertan el incumplimiento del deber de información al que se refiere el artículo 109 LECrim en auténtica denegación de tutela, con frustración del derecho del ofendido a erigirse en acusador particular en el proceso».*

⁶⁵ Así lo han declarado las sentencias del Tribunal Constitucional núm. 98/1993, de 22 marzo, RTC 1993/98, y núm. 278/1994, de 17 de octubre, RTC 1994/278.

conveniente que los funcionarios de la Policía judicial informen de forma clara y precisa al perjudicado de sus derechos y no se limiten a la entrega del correspondiente impreso estandarizado.

Otra cuestión que suscita el artículo 771, tras la reforma de la Ley 38/2002, es la relativa a que parece reservar la posibilidad de mostrarse parte en la causa sin necesidad de querrela únicamente al ofendido y no al perjudicado. No obstante, como indica la Circular FGE 1/2003, el artículo 761.2 LECrim es claro a este respecto, y afirma que tanto el ofendido como el perjudicado pueden personarse en el procedimiento abreviado sin necesidad de formular querrela⁶⁶.

III.2 B. CITACIÓN DE TESTIGOS ANTE EL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN

Según el artículo 796.1.4, la Policía Judicial «*citará también a los testigos para que comparezcan en el juzgado de guardia en el día y hora que se les indique, apercibiéndoles de las consecuencias de no comparecer a la citación policial en el juzgado de guardia*».

El apercibimiento que debe efectuar la Policía Judicial consiste, conforme a los artículos 797.1.4 y 420 de la LECrim, en la posibilidad de que el Juzgado imponga multa de 200 a 5.000 euros al testigo incompareciente.

Indica la Circular FGE 1/2003, al estudiar la reforma del procedimiento abreviado, que: *la citación de la víctima para declarar ante el Juez de Instrucción sólo se justifica cuando su testimonio pueda aportar datos relevantes para la instrucción de la causa que no consten ya en el atestado*. Este criterio debería ser aplicable al juicio rápido y no sólo a la víctima, sino también al resto de testigos, a los que frecuentemente se les ocasiona molestias y perjuicios innecesarios, haciéndoles comparecer en el Juzgado de Instrucción para únicamente ratificar su declaración policial. Pero hay ocasiones en las que su testimonio será necesario para ampliar o aclarar cuestiones que influyan en la calificación jurídica del hecho o para una adecuada adopción de determinadas medidas cautelares.

¿Cómo podría la Policía Judicial valorar en cada caso si el Juzgado considerará necesaria una ampliación judicial del testimonio prestado en sede policial? En el caso de que la Policía Judicial no citara al testigo y el Juzgado considerara necesario ese testimonio, se dificultaría la posibilidad de concluir la instrucción durante el servicio de guardia por la necesidad de

⁶⁶ No obstante hay quien discrepa de esta interpretación. ARAGÜENA FANEGO, C.: «Aspectos fundamentales de la reforma del procedimiento abreviado por Ley 38/2002, de 24 de octubre (I)», *Actualidad Penal*, núm. 18/2003, opina que: «Parece que ahora, en buena técnica, partiendo de que ambos (ofendido y perjudicado) puedan actuar en condición de acusadores particulares sólo el primero podrá gozar del derecho que comentamos (a mostrarse parte sin necesidad de formular querrela), mientras que el perjudicado habrá de deducir, en todo caso, querrela».

citar judicialmente al testigo. Ante esta disyuntiva, causar molestias a los testigos o que no se pueda celebrar el juicio rápido, el Legislador ha optado por la segunda, y queriendo evitar cualquier riesgo de fracaso del sistema de juicios rápidos, parece imponer la citación de los testigos en todo caso.

No obstante lo dispuesto en el artículo 796.4, en muchos partidos judiciales, los protocolos de colaboración establecen que sólo deben ser citados como testigos ante el Juzgado de Guardia a aquellos que no tienen residencia en la provincia donde se cometió el delito y su partida es inminente con al finalidad de preconstituir la prueba y quienes sean víctimas de delitos que precisen ser reconocidas por el Médico Forense. También establecen la necesidad de citar a las víctimas de malos tratos en el ámbito familiar con independencia de que hayan solicitado una orden protección.

Un supuesto especial lo constituyen los testigos miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, puesto que la Ley Orgánica 15/2003 añadió un inciso al artículo 796.1.4 que establece que no será necesaria la citación de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que hubieren intervenido en el atestado cuando su declaración conste en el mismo. Como se ha señalado⁶⁷, se pretende, con ello, evitar las molestias que se estaban ocasionando a los agentes de la autoridad que realizaban su función en la tarde-noche anterior a la guardia al tener que acudir al día siguiente al Juzgado de Guardia con las consecuencias físicas que de ello se derivan en materia de descanso laboral, cuando lo realmente trascendente es su comparecencia en el juicio oral al constar su referencia en el propio atestado.

La norma nos parece acertada. La comparecencia judicial de funcionarios de las Fuerzas de Seguridad sólo para ratificar su declaración del atestado era una situación que a veces sucedía en la práctica y que se debía evitar. Precisamente muchos protocolos de colaboración recogían la innecesariedad de estas citaciones. Lo que sí nos parece excesivo es la nueva redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003 al correlativo artículo 797.1.8 de la LECrim que establece que no procederá la citación de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que hubieren intervenido en el atestado cuya declaración obre en el mismo, salvo que, excepcionalmente y mediante resolución motivada, considere imprescindible su nueva declaración antes de adoptar alguna de las resoluciones previstas en el artículo siguiente. Exigir al Juez que, en el agotador y estresante día de la guardia, dicte un auto motivado para citar al testigo policía, cuando no se precisa para el resto de testigos que incluso pueden ser citados de forma verbal, parece desproporcionado. El precepto quiere tener una

⁶⁷ MAGRO SERVET, V.: «La reforma de la Ley de Juicios Rápidos 38/2002, de 24 de octubre, en la reforma del Código Penal», *Diario La Ley*, núm. 5891.

finalidad disuasoria de la citación y no parece justificado este trato desigual y privilegiado con relación al resto de testigos. Se manifiesta cierta desconfianza hacia la actuación del Juez de Instrucción, puede que justificada, pero creemos que para la consecución de los objetivos de la reforma podría ser suficiente el nuevo artículo 796.1.4⁶⁸.

Finalmente, respecto al tiempo de la citación, los testigos lógicamente habrán de ser citados el día de presentación del detenido o el de la citación del imputado, por lo que, damos por reproducido, lo dicho sobre esta cuestión en el anterior apartado.

III.3 Otras diligencias a practicar por la Policía Judicial

Examinaremos a continuación otras diligencias que el artículo 796 ordena practicar a la Policía Judicial.

III.3 A. INFORME SOBRE ASISTENCIA FACULTATIVA Y DEL MÉDICO FORENSE

Según el artículo 796.1.1.º, la Policía Judicial: *«sin perjuicio de recabar los auxilios a que se refiere el ordinal 1 del artículo 770, solicitará del facultativo o del personal sanitario que atienda al ofendido copia del informe relativo a la asistencia prestada para su unión al atestado policial. Asimismo, solicitará la presencia del médico forense cuando la persona que tuviere que ser reconocida no pudiera desplazarse al Juzgado de guardia dentro del plazo previsto en el artículo 799»*.

Dos son las novedades que introduce el precepto:

- la obligación del facultativo que haya asistido al ofendido de facilitar a la Policía Judicial copia del informe emitido;
- la facultad de la Policía Judicial de requerir la presencia del Médico Forense en los casos que se mencionan.

Respecto a la primera señalar que con anterioridad a la Reforma el facultativo no tenía esta obligación, sino la de remitir el correspondiente parte facultativo al Juzgado en virtud de la obligación de denunciar, conforme al artículo 262 de la LECrim, de los que por razón de su cargo, profe-

⁶⁸ Llama la atención, que en la tramitación completa de un juicio rápido, si no se adoptan medidas cautelares, que puede concluir con sentencia en el Juzgado de Guardia, la única resolución auténticamente motivada que ha de dictar el Juez de Instrucción sea para hacer comparecer en calidad de testigos a los policías (como veremos al estudiar la fase de instrucción, la mayoría de las resoluciones del Juez de Guardia son orales y carecen de motivación real, dado que aquélla se limita a la que consta en los formularios del correspondiente programa informático).

sión u oficio tengan conocimiento de un delito público. Entiendo que, una vez entregado copia del informe facultativo a la Policía Judicial, no deberán remitir otra copia al Juzgado (que probablemente como ocurre con frecuencia en la práctica, daría lugar a la incoación de otro procedimiento penal).

A diferencia de lo previsto en la regla 1.^a del artículo 770, no se prevé ningún tipo de sanción para el personal sanitario que no atienda el requerimiento de los miembros de la Policía Judicial. La negativa de dicho personal a facilitar copia del informe sobre la asistencia prestada al ofendido, como ha sido indicado⁶⁹, podría constituir un delito o falta de desobediencia, en función de las circunstancias que concurran en cada caso concreto, es decir, dependiendo si se trata de desobediencia grave o leve.

Respecto a la posibilidad de solicitar la presencia del Médico Forense, señalar que únicamente está contemplada cuando el lesionado no pudiera desplazarse al Juzgado dentro del plazo de la guardia (o setenta y dos horas después de concluida si la guardia tiene una duración superior a veinticuatro horas). El precepto carece de aplicación práctica. Si el lesionado no puede comparecer en aquel plazo ante el Juzgado porque tiene lesiones de tal gravedad que lo obligan a estar hospitalizado, difícilmente será posible seguir dentro de sus plazos el procedimiento de juicio rápido y será imprescindible la tramitación como diligencias previas, pero además, si el lesionado va a estar en un centro hospitalario, ya tendrá tiempo el Juez de Instrucción de acordar, si decide incoar diligencias urgentes, que el Médico Forense acuda donde se encuentre el lesionado para examinarlo⁷⁰.

III.3 B. CITACIÓN DE LAS COMPAÑÍAS ASEGURADORAS

Conforme al artículo 796.1.5.º, la Policía Judicial *citara para el mismo día y hora a las entidades a que se refiere el artículo 117 del Código Penal*, en el caso de que conste su identidad, es decir, citará a los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad.

⁶⁹ ALONSO PÉREZ, F.: «Actuaciones de la Policía Judicial en los denominados juicios rápidos», *Diario La Ley*, núm. 5953.

⁷⁰ COLUMNNA HERRERA, L. M.: «Casuística de la intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en los juicios rápidos», ponencia presentada en el curso «los juicios rápidos» organizado por el Ayuntamiento de Níjar (Almería), quien también señala que «hay una posibilidad en la que sí sería necesaria, correcta y acertada la llamada del Médico Forense para que examine al lesionado en las dependencias policiales. Son los casos de víctimas que tienen lesiones de poca entidad y que por una u otra razón tienen que marcharse de forma inmediata —piénsese en un ciudadano que tiene previsto hacer un viaje de trabajo al extranjero durante unos pocos días, y que su avión parte a las pocas horas de ser agredido y antes de que pueda comparecer ante el Juzgado de Guardia— y que por tanto la única forma de que se emita un informe de sanidad, o al menos un adelanto del mismo, es que comparezca el médico forense en las dependencias policiales antes de que se marche».

La norma será de aplicación generalmente a los supuestos de atestados incoados con motivo de un accidente de circulación. Con relación a este tema, sólo quiero dejar apuntada una cuestión y es la relativa a la posición procesal de esas compañías cuando la cuantía de la responsabilidad civil no exceda de los límites del seguro obligatorio.

La Ley 38/2002 reproduce el contenido del antiguo artículo 784.5.º en el nuevo 764.3, párrafo segundo, que dispone que la entidad responsable del seguro obligatorio no podrá, en tal concepto, ser parte del proceso, sin perjuicio de su derecho de defensa en relación con la obligación de afianzar, a cuyo efecto se le admitirá el escrito que presentare, resolviéndose sobre su pretensión en la pieza correspondiente. La reiteración de la norma, cuando la cuestión parecía zanjada tras la aprobación del Código Penal de 1995, artículo 117, en el sentido de atribuir a estas compañías siempre la condición de parte, como terceros responsables civiles, con independencia de la cuantía, ha merecido duras críticas de la doctrina⁷¹. Pero el Tribunal Constitucional ha considerado que la intervención de las compañías aseguradoras, limitada a su defensa respecto a la obligación de afianzar, es bastante para estimar cumplidas las exigencias del artículo 24 de la Constitución⁷², y la insistencia del Legislador en mantener la norma cuanto menos ha de motivar que nos planteemos de nuevo si las compañías de seguros en estos casos han de ser parte procesal y si su intervención ha de ir más allá de su defensa frente a la obligación de afianzar⁷³.

III.3 C. REMISIÓN DE SUSTANCIAS PARA ANÁLISIS

Conforme al artículo 796.1.6.º La Policía Judicial «remitirá al Instituto de Toxicología, al Instituto de Medicina Legal o al laboratorio correspondiente las sustancias aprehendidas cuyo análisis resulte pertinente. Estas entidades procederán de inmediato al análisis solicitado y remitirán el resultado al Juzgado de Guardia por el medio más rápido y, en todo caso,

⁷¹ SOTO NIETO, F.: «Posición del asegurador obligatorio en el procedimiento abreviado y en los juicios rápidos», *Diario La Ley*, núm. 5749, manifiesta: «destacable incoherencia y flagrante contradicción legal la apuntada. No deja de ser anómalo que, pese al reconocimiento y proclamación de responsables directos de los entes del seguro obligatorio, a renglón seguido de la precisión afianzadora que efectúa el artículo 784.5.º —y 764.3 de la Ley 38/2002— se les niegue toda condición de parte en el proceso penal».

⁷² Sentencias del Tribunal Constitucional núm. 57/1991, de 14 de marzo; 114/1996, de 25 de junio, y 19/2002, de 28 de enero.

⁷³ Este tema es analizado ampliamente por JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F.: «La Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y de modificación del procedimiento abreviado, cuestiones disputadas en relación a los delitos cometidos con ocasión del uso y circulación de vehículos de motor», *Noticias jurídicas.com*.

antes del día y hora en que se hayan citado a las personas indicadas en las reglas anteriores. Si no fuera posible la remisión del análisis en dicho plazo, la Policía Judicial podrá practicar por sí misma dicho análisis, sin perjuicio del debido control judicial del mismo».

El precepto, al tiempo que ordena a la Policía la remisión de las sustancias (generalmente estupefacientes) al laboratorio correspondiente, establece la obligación de éste de remitir el resultado antes de la comparecencia del artículo 798. El principal problema que se plantea es el incumplimiento sistemático del término establecido para la remisión del análisis probablemente motivado por la ausencia de personal técnico en número suficiente⁷⁴.

La norma autoriza a la Policía Judicial a practicar por sí misma estos análisis cuando considere que los laboratorios correspondientes no podrán cumplir su obligación de remitir el análisis en los plazos prefijados. Por la doctrina se ha indicado⁷⁵ que el problema es que deja en manos de la Policía Judicial la decisión acerca de si remite las sustancias al Instituto de Toxicología, al Instituto de Medicina Legal o al laboratorio correspondiente, o bien a los propios laboratorios policiales.

Ningún inconveniente encuentro a que el análisis de las sustancias estupefacientes pueda efectuarse en laboratorios policiales que cuentan con funcionarios altamente especializados, del mismo modo que se practican otras muchas pericias, salvo que esta decisión debería corresponder al Juzgado de Instrucción de no haber mediado la premura del procedimiento rápido. Por lo que conozco, aún no se ha puesto en práctica esta posibilidad que podría ayudar a resolver la saturación de los laboratorios oficiales que habitualmente practican estas pericias.

En el supuesto de análisis por la propia Policía Judicial es dudoso que fuera de aplicación el segundo párrafo del artículo 788.2, añadido por la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, que establece que en el ámbito de este procedimiento (abreviado y supletoriamente enjuiciamiento rápido) tendrán carácter de prueba documental los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los proto-

⁷⁴ Con fecha de 11 de marzo de 2003, el Departamento Territorial de Sevilla del Instituto Nacional de Toxicología comunicó a todas las provincias a las que presta sus servicios que cualquier informe que se solicite antes de las ocho horas de la mañana de un día laborable será el mismo día contestado vía fax, y si la solicitud se produce en fin de semana, se emitirá informe preliminar por el mismo medio y se enviará el definitivo antes de las cuarenta y ocho horas siguientes. Comunicación que parece haber quedado en una mera declaración de intenciones, puesto que, al menos en la provincia de Almería, no se están remitiendo los resultados del análisis en dicho plazo, sino que, además, frecuentemente, el día de celebración del juicio oral aún no han sido recibidos, motivando su suspensión.

⁷⁵ ALONSO PÉREZ, F., *op. cit.*

los científicos aprobados por las correspondientes normas. En estos supuestos el Ministerio Fiscal debería proponer, en previsión de una eventual impugnación de la defensa, la citación al acto del juicio oral de los peritos autores del informe ⁷⁶.

⁷⁶ El tema excede del ámbito de este trabajo, pero no me resisto a tratarlo siquiera sea de forma breve. Tradicionalmente el Tribunal Supremo ha conferido validez como prueba documental a los informes periciales que provienen de organismos oficiales y respecto a los que ninguna de las partes ha propuesto la citación de los peritos al acto del juicio oral y consideraba que no era conforme con la buena fe procesal alegar falta de contradicción de tal prueba cuando quien lo hace tuvo oportunidad de proponerla para el acto de la vista y se abstuvo de hacerlo. (Por ejemplo, sentencia del Tribunal Supremo núm. 427/1994, de 1 de marzo, RJ 1994/17659.) Es más, *ni siquiera se modifica este criterio cuando la defensa «en su escrito de calificación provisional impugnó expresamente los folios de la instrucción referidos a los análisis de la droga, pero, como no propuso prueba alguna al respecto, ninguna se practicó en el juicio oral, por lo que conservó su validez el análisis hecho por el organismo oficial correspondiente* (sentencias núms. 1052/1998, de 21 septiembre RJ 1998/7497 y núm. 791/1995, de 19 junio, RJ 1995/4827, entre otras muchas) La línea jurisprudencial era clara, si la Defensa pretendía impugnar la validez de la pericia debía proponer la citación de los peritos para el acto del juicio oral no bastando la mera impugnación en conclusiones provisionales.

Este criterio empezó a cambiar a partir de la sentencia núm. 806/1999, de 10 de junio, RJ 1999/5430, que consideró que, tras la mera impugnación del informe sobre la naturaleza y cantidad de la sustancia aprehendida en conclusiones provisionales y aunque no se había propuesto la citación de los peritos, la prueba pericial debió practicarse en el acto del juicio oral, por lo que consideró que no había prueba de cargo válida relativa a la naturaleza de la sustancia. La doctrina se fue consolidando, llegando incluso la sentencia 931/2001, de 24 de mayo, RJ 2001/7172, a otorgar eficacia a la impugnación efectuada como cuestión previa en el juicio oral en un supuesto de sustitución del Letrado de la defensa. Aunque la impugnación en el acto del juicio oral no se admite normalmente por ser contraria a la buena fe procesal (sentencia núm. 156/2004, de 9 febrero).

Las consecuencias prácticas de esta doctrina son importantes. Si como se ha indicado los laboratorios oficiales están saturados y carecen de medios suficientes para un rápido análisis de las sustancias, no era difícil imaginar la repercusión en la marcha del servicio cuando técnicos debieran comparecer a las vistas de todos los juicios orales por delitos contra la salud pública. De otro lado, a los Fiscales se nos planteaba el problema de no conocer con antelación al juicio oral las impugnaciones de la pericial formuladas en conclusiones provisionales, ya que estos escritos no nos eran notificados. La solución a este último problema la aporta el Tribunal Supremo, con una dura crítica, creo que no del todo justificada, a nuestra actuación, en la sentencia núm. 68/2004, de 21 de enero, RJ 2004/679, en la que se puede leer: *«De suerte que, cuando la acusación pública, una vez formulado su escrito de acusación, se desentiende de la evolución del proceso y de la eventual impugnación que pueda formular el Letrado defensor al suscribir el escrito de defensa, deberá cargar con las consecuencias. Consecuencias, por lo demás, fácilmente evitables, bien proponiendo como prueba en el escrito de acusación, con previsora diligencia, la comparecencia en el plenario de los peritos (a la que siempre podrá renunciar una vez comprobado que los informes no han sido cuestionados); o bien tomándose la molestia de examinar las actuaciones en la Secretaría del órgano jurisdiccional juzgador para verificar si el defensor ha impugnado o no los repetidos dictámenes periciales, a fin de que, de ser así, usar el trámite procesal del artículo 793.2 LECrim para llevar al juicio a alguno de los especialistas que elaboraron los informes analíticos para practicar en ese acto la ratificación de los mismos con inmediatez y contradicción, en los términos exigidos por la Ley para la validez de la prueba pericial. Pero lo que en modo alguno es admisible es que el Fiscal pretenda excusar su pro-*

III.3 D. PRÁCTICA DE CONTROLES DE ALCOHOLEMIA

Según la regla séptima del artículo 786.1: «*la práctica de los controles de alcoholemia se ajustará a lo establecido en la legislación de seguridad vial. No obstante, cuando se practicare un análisis de sangre u otro análogo, se requerirá al personal sanitario que lo realice para que remita el resultado al Juzgado de Guardia por el medio más rápido y, en todo caso, antes del día y hora de la citación a que se refieren las reglas anteriores*».

La única novedad que aporta el precepto es el requerimiento que debe efectuar la Policía Judicial al personal sanitario para que remita los resultados del análisis de sangre en el breve plazo del día en que se efectúen las citaciones.

III.3 E. RECABAR INFORME PERICIAL PARA LA TASACIÓN DE OBJETOS

Según el artículo 786.1.8.º, *si no fuera posible la remisión al Juzgado de Guardia de algún objeto que debiera ser tasado, se solicitará inmediatamente la presencia del perito o servicio correspondiente para que lo examine y emita informe pericial. Este informe podrá ser emitido oralmente ante el Juzgado de Guardia*.

La tasación pericial sólo será necesaria cuando de aquélla dependa la calificación jurídica del hecho, especialmente en los casos en los que su valor sea el criterio delimitador del delito y la falta.

pia inactividad reprochando al Tribunal haberle causado indefensión por no practicar un trámite (informarle de la impugnación formulada por la defensa) que ni siquiera se encuentra previsto en las disposiciones legales que regulan el procedimiento».

La doctrina está plenamente consolidada y, además de las expresadas, se pueden citar, entre otras, las sentencias núms. 323/2004, de 10 de marzo; 114/2004, de 5 de febrero; 156/2004, de 9 de febrero; 311/2001, de 2 de marzo; 956/200, de 5 junio, y 1225/2002, de 27 de junio.

Reaccionando frente esta línea jurisprudencial, la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, añade un segundo párrafo al artículo 788.2 otorgando carácter de prueba documental a los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes. Tras la reforma ya no será necesario la citación de los peritos que efectúan el análisis de la droga. Respecto a los procedimientos incoados con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma, parece desprenderse de la sentencia núm. 68/2004, de 21 de enero, que no será necesaria la práctica de la prueba pericial cuando el artículo 788.2, párrafo segundo, estuviera en vigor antes de dictarse el auto de apertura de juicio oral.

Ahora bien, el nuevo artículo 788 ha resuelto el problema con relación a los análisis de sustancias estupefacientes, pero éste subsiste respecto al resto de las pruebas periciales habitualmente propuestas como pruebas documentadas, piénsese, por ejemplo, análisis de ADN para evitar los trastornos en estos servicios, generalmente tan sobrecargados o más de trabajo y con retrasos significativos en la emisión de informes. Creo que siempre que se pretenda hacer valer como prueba un informe pericial distinto del previsto en el artículo 788.2 de la LECrim, y en previsión de una posible impugnación por la defensa, se ha de proponer la citación de los peritos al acto del juicio oral al menos con una fórmula hipotética para el supuesto de que los informes sean impugnados.

IV. FASE DE INSTRUCCIÓN

La principal característica del juicio rápido es la instrucción concentrada ante el Juzgado de Guardia. La fase de instrucción y la fase intermedia o de preparación del juicio oral han de tramitarse durante el tiempo del servicio de guardia (ampliable, en determinados casos, setenta y dos horas).

Otra peculiaridad del juicio rápido es que, a diferencia del procedimiento ordinario y del abreviado, se atribuye al Juez el control absoluto de la instrucción en detrimento del principio acusatorio. Pese a su proclamada intervención activa, el Ministerio Fiscal carece de cualquier facultad decisoria, o de influir en el contenido de las resoluciones judiciales e incluso se le veda la posibilidad de impugnar determinadas resoluciones judiciales, especialmente la que determina la concurrencia de elementos indispensables para sostener la acusación. De igual modo, la defensa del imputado y la acusación particular no tendrán ningún papel relevante hasta que se haya abierto el juicio oral. Si antes se dijo que, en el nuevo procedimiento, se atribuía a la Policía Judicial el monopolio de su incoación, ahora corresponde decir que, una vez incoado, el monopolio de la instrucción corresponde al Juzgado de Guardia.

IV.1 Las diligencias urgentes

Bajo la rúbrica de «las diligencias urgentes ante el Juzgado de Guardia», el capítulo III del título dedicado al nuevo procedimiento regula la fase de instrucción en los artículos 797, 798 y 799.

IV.1 A. INCOACIÓN DE DILIGENCIAS URGENTES

La primera decisión que ha de adoptar el Juez de Instrucción es la determinación del procedimiento a seguir. Según el artículo 797.1, *«el Juzgado de Guardia, tras recibir el atestado policial, junto con los objetos, instrumentos y pruebas que, en su caso, lo acompañen, incoará, si procede, diligencias urgentes»*.

El Juez deberá valorar si se dan los presupuestos del juicio rápido del artículo 795 y, en caso de concurrir, deberá incoar diligencias urgentes. Como indica la Circular 1/2003, a los efectos de valorar la procedencia de la incoación de diligencias urgentes no se ha de atender exclusivamente al carácter sencillo o no de la instrucción, sino que la inicial tipificación del hecho entre alguno de los tipificados en el listado del artículo 795 o su

consideración como flagrante ha de motivar la incoación de diligencias urgentes.

La exposición de motivos de la Ley 38/2002 considera como una de las causas de la desigual eficacia de los denominados juicios rápidos anteriores a esta reforma «la insuficiente concreción de las circunstancias y los delitos que podrían dar lugar a la incoación de este procedimiento». Por este motivo, señala la circular, el Legislador ha buscado un ámbito inicialmente rígido de este procedimiento, por contraposición al modelo anterior de juicios rápidos cuya aplicación dependía de la decisión favorable sucesiva del Juez de Instrucción, del Fiscal, y nuevamente del Juez.

Según Escobar Jiménez⁷⁷, el llamamiento que el artículo 797.1 realiza al Juez de Guardia para que incoe diligencias urgentes es de carácter condicional e imperativo. La expresión «si procede» remite a determinar con carácter objetivo si el contenido del atestado cumple las exigencias del artículo 795.1, imponiendo, en caso afirmativo, la incoación del procedimiento especial.

Posteriormente, la FGE ha interpretado de forma más flexible la cláusula «si procede», admitiendo, por razones de economía procesal, la no incoación de las diligencias urgentes, pese a la concurrencia de los presupuestos del artículo 795.2, cuando se aprecien, absolutamente determinadas circunstancias que permitan *a priori* detectar que no será posible bien la práctica de la instrucción concentrada en el servicio de guardia o bien el enjuiciamiento rápido. Conforme a la Circular 1/2003, no procederá la incoación de diligencias urgentes en casos en que sea evidente la imposibilidad de practicar la instrucción concentrada durante el servicio de guardia, o la existencia de circunstancias que aconsejen dilatar el enjuiciamiento o que desdibujan la finalidad de la tramitación del juicio rápido.

En la redacción originaria del artículo 797 por la Ley 38/2002, la resolución incoando diligencias urgentes, que aunque no lo estableciera el precepto se entendía debía adoptar la forma de auto, no estaba excluida de recursos, por lo que podría ser combatida por los de reforma y apelación. Debíó tratarse de una omisión del Legislador que ha sido corregido con celeridad. La Ley Orgánica 13/2003, de 24 octubre, de «reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional», modificó la redacción del artículo 797.1 que ahora establece, además de precisar que la resolución ha de adoptar la forma de auto, se dispone que contra éste no cabrá recurso alguno. Esta última reforma es coherente con la regulación del juicio rápido. Si se ha excluido del recurso, probablemente en aras a la

⁷⁷ ESCOBAR JIMÉNEZ: «Apuntes sobre el nuevo Procedimiento Acelerado», ponencia en Curso sobre juicios rápidos del Centro de Estudios Jurídicos, noviembre 2002.

celeridad, una decisión tan trascendente como la que determina la conclusión de la instrucción y la continuación del procedimiento como juicio rápido, era lógico que se vetara el recurso frente al auto de incoación.

Una de las características del juicio rápido es la ausencia de recursos frente a las resoluciones judiciales que impulsan el enjuiciamiento acelerado. El Legislador ha tratado de evitar cualquier posible entorpecimiento que pudiera frustrar la celebración del juicio oral antes de quince días. En principio, ni el Ministerio Fiscal ni las partes personadas podrán interponer ningún recurso, si no se adoptan medidas cautelares, hasta el de apelación contra la sentencia del Juzgado de lo Penal. El auto de incoación, el que determina la continuación como enjuiciamiento rápido, el de apertura de juicio oral y el auto del Juzgado de lo Penal sobre la admisión o no de las pruebas propuestas están exceptuados de recurso. Si son recurribles aquellas resoluciones, paralizan el enjuiciamiento rápido como las que determinen la transformación del procedimiento o el sobreseimiento.

IV.1 B. DILIGENCIAS A PRACTICAR POR EL JUZGADO DE GUARDIA

El artículo 797 recoge un listado de diligencias que podrá practicar el Juez de Instrucción cuando «resulten pertinentes». No se comprende bien la necesidad de la inclusión de esta relación en el precepto, puesto que, al no tratarse de una lista cerrada, el Juzgado podrá practicar alguna de las previstas en el artículo 797 o cualquier otra que resulte necesaria en aplicación supletoria de las normas del procedimiento abreviado (art. 795.4 de la LECrim) o del sumario ordinario (art. 758 de la LECrim).

El concepto de pertinencia de la diligencia creo que ha de ponerse en relación con el artículo 777 de la LECrim que establece que el Juez en el procedimiento abreviado practicará las diligencias necesarias encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento, y con el artículo 780.2 de la LECrim que autoriza al Fiscal a solicitar la práctica de las diligencias indispensables para formular acusación, una vez dictado el auto, acordando continuar la tramitación de la causa como procedimiento abreviado cuando falten elementos esenciales para la tipificación de los hechos. Carecería de sentido y no sería conforme con el principio de celeridad que inspira el juicio rápido que el Juez acordara la práctica de más diligencias de las precisas en el procedimiento abreviado. Habría que reservar todas aquellas que no sean imprescindibles para la determinación del autor y tipificación del hecho para el acto del juicio oral.

Sin embargo, el artículo 797, tras hacer referencia al concepto de pertinencia («cuando resulten pertinentes»), parece luego distinguir al tratar cada una de las diligencias entre aquellas que han de practicarse siempre (declaración del imputado, aportación de los antecedentes penales y declaración de testigos citados por la Policía Judicial y que hayan comparecido), otras cuando el Juez las estime pertinentes (reconocimiento en rueda y cualquier otra diligencia), un tercer grupo estaría formado por las que sólo hay que practicar cuando el juez lo considere necesario (careos y citación de cualquier otra persona) y finalmente aquellas que sólo se han de practicar si son necesarias para la calificación jurídica de los hechos (recabar informes periciales solicitados por la Policía, informe del Médico Forense y tasación pericial)⁷⁸.

Sin embargo, como dice Rodríguez Laiz⁷⁹, el Legislador simplemente ha hecho referencia a una relación de diligencias habituales, enunciándolas, pero no por ello las ha dado un carácter preponderante respecto de otras. Creo que los artículos 777 y 780.2 han de servir de guía a la hora de determinar las diligencias que deben practicarse en la instrucción del juicio rápido y han de descartarse todas aquellas que, pudiendo practicarse en el juicio oral, no sean necesarias para la determinación de la persona responsable y calificación jurídica del hecho.

Entre las diligencias relacionadas en el artículo 797 sólo hay una que es imprescindible (declaración del imputado) en modo tal que, si no puede practicarse en el plazo del artículo 799 de la LECrim, impedirá la continuación del procedimiento para enjuiciamiento rápido y forzará su transformación a diligencias previas. Otra de las diligencias deberá intentar practicarse siempre (aportación de los antecedentes penales), pero la imposibilidad de llevarse a cabo en plazo no tiene que determinar necesariamente la trans-

⁷⁸ MARTÍN Y MARTÍN, J. A.: «La nueva reforma procesal penal efectuada por la Ley 38/2002 y su complementaria la Ley Orgánica 8/2002», *Diario La Ley*, núm. 5692/2003, distingue entre las que tienen carácter imprescindible y aquellas que sólo han de practicarse si son necesarias para la calificación jurídica de los hechos, incluyendo entre las segundas los informes periciales del Forense y la tasación de objetos y entre las primeras todas las demás.

⁷⁹ RODRÍGUEZ LAIZ, J. L., *op. cit.*, «Pero insistimos en que ésa no ha sido la voluntad del legislador (distinguir entre diligencias necesarias y pertinentes), preocupado simplemente en evitar que diligencias no precisas para la calificación de los hechos, cuales son las definidas en el artículo 797.1.2.^a, generalmente susceptibles de generar problemas o dilaciones en la terminación de la fase de investigación, puedan erigirse en bastión infranqueable del fracaso de una concreta investigación por el trámite del enjuiciamiento rápido. El legislador simplemente ha hecho referencia a una relación de diligencias habituales, enunciándolas, cuales son la declaración de testigos, los careos y los reconocimientos en rueda; pero no por ello les ha dado un carácter preponderante respecto de otras diligencias, de suerte que el mayor rigor del principio de necesidad por razón de la fase de instrucción y por la elección además del enjuiciamiento rápido seguirá impediendo, pese a su referencia *nominatim* en el texto legal».

formación del procedimiento. El resto deberán practicarse o no según las circunstancias concretas que concurran en cada caso.

Veamos las diligencias enumeradas en el artículo 797.1:

3. *Tomará declaración al detenido puesto a disposición judicial o a la persona que, resultando imputada por los términos del atestado, haya comparecido a la citación policial, en los términos previstos en el artículo 775. Ante la falta de comparecencia del imputado a la citación policial ante el Juzgado de Guardia, podrá éste aplicar lo previsto en el artículo 487.*

La Ley 38/2002 ha supuesto un fortalecimiento de las garantías del imputado y, a diferencia de la regulación anterior en la que se admitía que el imputado podía renunciar al derecho de asistencia letrada si no estaba detenido, ahora se exige siempre y con carácter irrenunciable la intervención del Letrado en su declaración judicial. Como dispone el artículo 767 de la LECrim desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada será necesaria la asistencia letrada.

Consecuencia del fortalecimiento del derecho de defensa es también el artículo 775.2, que consagrando una práctica judicial habitual, establece que tanto antes como después de prestar declaración se le permitirá entrevistarse reservadamente con su Abogado si no se hubiere acordado su incomunicación. Asimismo, de conformidad con el artículo 775.1, el Secretario deberá informarle de sus derechos y le requerirá para que designe un domicilio en España en el que se harán las notificaciones, o una persona que las reciba en su nombre, con la advertencia de que la citación realizada en dicho domicilio o a la persona designada permitirá la celebración del juicio en su ausencia si ésta es injustificada y la pena solicitada no excede de dos años de prisión o de seis años si es de otra naturaleza y se exige que la información al imputado de los hechos que se le imputan la lleve a cabo personalmente el Juez.

Si el imputado no compareciere tras la citación policial, se podrá acordar la detención judicial. En los partidos judiciales con guardia de veinticuatro horas la incomparecencia del imputado no detenido frustrará en la mayoría de los casos la continuación del procedimiento rápido ante la dificultad de que aquella orden pueda cumplirse en tan corto período de tiempo. En los partidos judiciales con guardia de ocho días si se ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 58.1 del Reglamento del CGPJ 5/1995, de 7 de junio, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, modificado por el Acuerdo Reglamentario 2/2003, de 26 de febrero, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, la citación del imputado se habrá efectuado para el octavo día de la guardia, por lo que se producirá idéntico

problema, salvo que el atestado se hubiera recibido dentro de las cuarenta y ocho horas anteriores a la finalización del servicio de guardia, ya que el plazo de instrucción podrá prorrogarse setenta y dos horas. No obstante y según mi experiencia, aquella disposición no se cumple habitualmente y es práctica común la citación del imputado para el mismo día de la entrega del atestado en el Juzgado de Guardia, por lo que en estos casos, y así sucede con frecuencia, ante la incomparecencia del imputado, hay plazo suficiente para una nueva comparecencia tras acordarse su detención o simplemente tras ser citado de nuevo telefónicamente.

1. *Recabará por el medio más rápido los antecedentes penales del detenido o persona imputada.*

Para que pueda practicarse esta diligencia en el breve plazo de la instrucción se ha dotado a cada Juzgado de conexión telemática con el Registro Central de Penados y Rebeldes.

Esta diligencia es considerada como imprescindible por la doctrina⁸⁰. Creo, no obstante, que puede interpretarse que lo imprescindible es que se acuerde su práctica, pero en caso de ser imposible obtener sus resultados dentro del plazo de instrucción (por ejemplo, por un fallo del sistema informático, hecho no muy frecuente pero que de cuando en cuando acaece), no es obligatorio acordar la transformación a diligencias previas, sino que es posible formular acusación solicitando como prueba documental la aportación de la hoja histórico-penal y en el acto del juicio oral en conclusiones definitivas incluir, en su caso, la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia del artículo 22.8 del CP.

2. *Si fuere necesario para la calificación jurídica de los hechos imputados:*

a) *Recabará, de no haberlos recibido, los informes periciales solicitados por la Policía Judicial.*

b) *Ordenará, cuando resulte pertinente y proporcionado, que el médico forense, si no lo hubiese hecho con anterioridad, examine a las personas que hayan comparecido a presencia judicial y emita el correspondiente informe pericial.*

c) *Ordenará la práctica por un perito de la tasación de bienes u objetos aprehendidos o intervenidos y puestos a disposición judicial, si no se hubiese hecho con anterioridad.*

En este apartado se precisa que sólo se practicarán estas diligencias cuando fueran necesarias para la calificación jurídica de los hechos, aunque

⁸⁰ GIMENO SENDRA, V., *op. cit.* y RODRÍGUEZ LAIZ, J. L., *op. cit.*

en el apartado *b*) se vuelve a utilizar el concepto de pertinencia al que se añade el de proporcionalidad. Ya se ha hecho mención a esta cuestión, por lo que añadiré tan sólo que quizás lo que pretenda el Legislador es acentuar el concepto de pertinencia con el fin de evitar la rutina judicial habitual de practicar siempre estas diligencias. Así, por ejemplo, se quiere indicar que no será necesaria la tasación pericial de objetos excepto cuando la calificación jurídica dependa de su valoración (fundamentalmente en los delitos de hurto y daños) y en los demás casos, cuando sólo afecte a la responsabilidad civil, posponer la tasación hasta el momento de la ejecución de la sentencia.

4. *Tomará declaración a los testigos citados por la Policía Judicial que hayan comparecido. Ante la falta de comparecencia de cualquier testigo a la citación policial ante el Juzgado de Guardia, podrá éste aplicar lo previsto en el artículo 420.*

Pese a la literalidad del precepto, que parece imponer la toma de la declaración cuando el testigo compareciere, creo que esta diligencia no es preceptiva y sólo deberá practicarse cuando sea necesaria para la determinación del hecho y participación de su autor. Como se indicó al estudiar las actuaciones de la Policía Judicial, la citación del testigo sólo se justificaba cuando pudiera aportar datos relevantes que no constaran en su declaración policial, pero el problema estribaba en la dificultad de la Policía Judicial para determinar este supuesto y en que la Ley parece imponer la citación del testigo en todo caso.

Si el testigo no compareciere ante el Juzgado tras la citación policial, de conformidad con el artículo 420 de la LECrim, podrá ser sancionado con multa de 200 a 5.000 euros y si no compareciere tras un segundo llamamiento podrá ser conducido ante el Juez por los agentes de la autoridad y podrá incurrir en delito de obstrucción a la justicia.

5. *Llevará a cabo, en su caso, las informaciones previstas en el artículo 776, es decir, se instruirá al perjudicado y ofendido en sus derechos.*

Este apartado fue modificado por la Ley Orgánica 15/2003, así como la del correlativo 776. En su redacción originaria por la Ley 38/2002, el artículo 776 establecía que en la primera comparecencia el Secretario judicial informará al ofendido y al perjudicado de sus derechos, en los términos previstos en los artículos 109 y 110, incluso aunque previamente lo hubiera hecho la Policía Judicial, y el artículo 797.1.5 carecía del inciso «en su caso». La Circular FGE 1/2003, con anterioridad a esta última reforma, entendió que sólo resultaba preceptiva la información de derechos a la víctima en sede judicial, previamente informada por la Poli-

cía Judicial, cuando ésta hubiere de comparecer ante el Juzgado para prestar declaración.

Probablemente el Legislador, con el fin de agilizar el procedimiento y evitar la reiteración de trámites, ha suprimido la necesidad de la información de derechos por el Secretario cuando se hubiera efectuado en sede policial. Sin embargo, sin pretenderlo, quizás haya aumentado la complejidad de su tramitación. Entiendo que la Policía Judicial ha de limitarse a informar claramente al perjudicado y ofendido de sus derechos, pero no ha de interrogarle, como es práctica judicial habitual sobre si reclama o renuncia a la indemnización y en cualquier caso la renuncia en sede policial carecería de efectos si no es ratificada judicialmente⁸¹. Con anterioridad era frecuente que en su comparecencia judicial muchos perjudicados, y posiblemente previendo la imposibilidad del cobro y para evitar otras comparecencias judiciales, renunciaban a su derecho a la indemnización, con lo que el Juzgado de Instrucción eludía tramitar la pieza de responsabilidad civil y el Juzgado de lo Penal la ejecución de los aspectos civiles de la sentencia. Tras la reforma probablemente será necesario efectuar estos trámites en todo caso.

6. *Practicará el reconocimiento en rueda del imputado de resultar pertinente y haber comparecido el testigo.*

Parece condicionar el precepto la práctica de esta diligencia a la comparecencia del testigo. No obstante, esta diligencia en muchas ocasiones es indispensable para la correcta identificación del autor, especialmente cuando en sede policial sólo ha precedido reconocimiento fotográfico, por lo que en estos casos será necesaria una segunda citación, incluso verbal, del testigo y si no es posible su comparecencia durante el plazo de la instrucción será necesaria la transformación del procedimiento.

7. *Ordenará, de considerarlo necesario, el careo entre testigos, entre testigos e imputados o imputados entre sí.*

El careo es un medio extraordinario de investigación y, conforme al artículo 455 de la LECrim, sólo debe practicarse cuando no fuera conocido

⁸¹ Para que la renuncia al derecho de restitución, reparación o indemnización pueda considerarse válida, a los efectos de considerar extinguido este derecho, habrá de hacerse «de una manera expresa y terminante (sentencia del Tribunal Supremo núm. 1557/2002, de 17 octubre, RJ 2002/9168). En numerosas ocasiones las Audiencias Provinciales han negado efectos a la renuncia a la indemnización no ratificada judicialmente, aunque la mayoría se refieren a escritos presentados en el Juzgado y luego no ratificados, creo que su doctrina es aplicable a una eventual renuncia en sede policial. En este sentido las sentencias de la Audiencia Provincial de Huesca núms. 17/1996, de 16 enero, ARP 1996/17, y Audiencia Provincial de La Coruña núm. 15/2001 (Sección 5.ª), de 2 febrero, JUR 2001/146464.

otro modo de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de algún imputado.

8. *Ordenará la citación, incluso verbal, de las personas que considere necesario que comparezcan ante él. A estos efectos no procederá la citación de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que hubieren intervenido en el atestado cuya declaración obre en el mismo, salvo que, excepcionalmente y mediante resolución motivada, considere imprescindible su nueva declaración antes de adoptar alguna de las resoluciones previstas en el artículo siguiente.*

El segundo inciso de este apartado fue redactado por la Ley Orgánica 15/2003. La probable finalidad pretendida por el Legislador y el efecto disuasorio de la exigencia de resolución motivada se comentó en el apartado relativo a las citaciones policiales dentro de las diligencias preprocesales.

9. *Ordenará la práctica de cualquier diligencia pertinente que pueda llevarse a cabo en el acto o dentro del plazo establecido en el artículo 799.*

Cláusula residual que permite la práctica de cualquier otra diligencia y que induce a replantear la necesidad de la norma de efectuar una relación de las de aquéllas.

IV.1 C. LA PRUEBA ANTICIPADA

Antes de la reforma de la Ley 38/2002, la práctica de la declaración testifical como prueba anticipada en fase sumarial estaba contemplada en el artículo 448 de la LECrim, que establece que en caso de que el testigo no pudiera concurrir al juicio oral por ausentarse de la península o fuera de temer su muerte o incapacidad física o intelectual, el Juez de Instrucción examinará al testigo a presencia del procesado y de su Abogado defensor y a presencia, asimismo, del Fiscal y del querellante, si quisieren asistir al acto. Y según el artículo 730 de la LECrim podrán leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral.

El Tribunal Supremo ha admitido, de forma reiterada y constante, la validez como prueba de las declaraciones sumariales introducidas en el juicio oral mediante su lectura, conforme al artículo 730, en los casos en los que el testigo hubiera fallecido, cuando se encuentre en el extranjero fuera de la jurisdicción del tribunal, y en los supuestos de testigos en paradero desconocido, cuando han resultado infructuosas las diligencias practicadas para su citación y fallidas las gestiones policiales ordenadas para su locali-

zación. Lo que sí se exige para que la declaración sumarial sea valorada por el tribunal es que aquélla fuera prestada ante el Juez de Instrucción con contradicción, es decir, con la intervención del Letrado del imputado⁸², llegando a requerirse para la validez de la prueba preconstituida sólo la posibilidad de contradicción, no resultando afectada aquélla por la incomparecencia del letrado incluso citado telefónicamente⁸³, llegando a admitir, en supuestos excepcionales, la eficacia de la declaración sumarial sin contradicción⁸⁴.

El Tribunal Constitucional, también de forma reiterada, ha admitido la validez de la prueba preconstituida, siempre que se observe el cumplimiento de determinados requisitos materiales (su imposibilidad de reproducción en el momento del juicio oral: art. 730 de la LECrim), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de Instrucción), objetivos (la posibilidad de contradicción, para lo cual se debe proveer de Abogado al imputado...) y formales (la introducción en el juicio oral a través de la lectura de documentos requerida por el art. 730)⁸⁵, llegando a admitir la eficacia de la declaración prestada ante el Fiscal de Menores⁸⁶.

De esta doctrina se desprende que lo requerido es que la declaración sumarial se preste con contradicción, quedando garantizada ésta con la intervención del Letrado del imputado, pero no siendo exigible la presencia física de éste como determina el artículo 448. Sin embargo, en el ámbito del procedimiento ante el Tribunal del Jurado y conforme al artículo 46.5, segundo párrafo, de la Ley Orgánica 5/1995 («las declaraciones efectuadas en fase de instrucción, salvo las resultantes de prueba anticipada, no tendrán valor probatorio de los hechos en ellas afirmados»), debía practicarse la prueba como anticipada, es decir, con los requisitos del artículo 448 de la LECrim: con la presencia efectiva del imputado y permitiéndole efectuar las preguntas que tenga por conveniente, excepto las impertinentes.

Tras la Ley 38/2002, el artículo 797.2, de idéntica redacción que el artículo 777.2 referido al procedimiento abreviado, establece que:

Cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá prac-

⁸² En este sentido, y citando sólo las más recientes sentencias del Tribunal Supremo núm. 160/2004, de 13 de febrero, núm. 858/2003, de 13 de junio, RJ 2003/6137; núm. 1281/2002, de 8 de julio, RJ 2002/7645; núm. 1117/2002, de 14 de junio, RJ 2002/6723; núm. 360/2002, de 4 de marzo, RJ 2002/3649, y núm. 209/2002, de 11 de febrero, RJ 2002/2353.

⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 69/2004, de 28 de enero, RJ 2004/716.

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1254/2003, de 1 de octubre, RJ 2003/7023.

⁸⁵ Citando únicamente las más recientes: sentencias del Tribunal Constitucional núm. 174/2003, de 29 de septiembre, RTC 2003/174; núm. 142/2003, de 14 de julio, RTC 2003/142; núm. 195/2002, de 28 de octubre, RTC 2002/195, y núm. 209/2001, de 22 de octubre, RTC 2001/209.

⁸⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 206/2003, de 1 de diciembre, RTC 2003/206.

ticarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Guardia practicará inmediatamente la misma asegurando, en todo caso, la posibilidad de contradicción de las partes.

Dicha diligencia deberá documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario Judicial, con expresión de los intervinientes.

A efectos de su valoración como prueba en sentencia, la parte a quien interese deberá instar en el juicio oral la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia, en los términos del artículo 730.

Varias cuestiones plantea la nueva norma. ¿Es exigible la presencia del imputado en estas declaraciones testificales? La cuestión puede tener cierta importancia por las reticencias del testigo, generalmente provocadas por temor a declarar tan inmediatamente después de los hechos en presencia de su autor, lo que puede condicionar en un sentido negativo el contenido de su declaración. Ya hemos visto cómo la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo no exigen la presencia física del imputado. El precepto únicamente requiere que se garantice la posibilidad de contradicción de las partes y ésta, en principio, se colmaría con la intervención del Letrado del imputado. No obstante, la Circular 1/2003 entiende que para asegurar la posibilidad de contradicción es preciso notificar al imputado y a su Abogado el lugar y fecha en que se practicará la prueba y posibilitar su presencia. En la aplicación de este criterio se debería hacer frecuente uso de la posibilidad, admitida por el Tribunal Supremo⁸⁷ para la declaración testifical en el juicio oral, pero perfectamente aplicable al sumarial, de adoptar medios, generalmente una mampara, que impidan la comunicación visual entre testigo e imputado, permitiéndola con su Abogado.

La segunda cuestión es la relativa a los supuestos en los que se permite la anticipación probatoria. El artículo 448 hacía referencia a la residencia del testigo fuera de la península (lo que en la actualidad se interpretaba como fuera del territorio nacional) y a su muerte o incapacidad física o intelectual. El Tribunal Supremo, interpretando el artículo 730 de la LECrim, consideraba irreproducible la declaración también en los supuestos en los que el testigo se encontraba en paradero desconocido (muy frecuente cuando éstos son extranjeros en situación irregular en España). El nuevo artículo 797.2 y el 777.2 hacen referencia a cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima o por otro motivo, fuere de

⁸⁷ En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo núm. 1607/2003, de 1 de diciembre, RJ 2003/8854; núm. 1670/2002, de 18 de diciembre, RJ 2003/2226, y núm. 64/2001, de 27 de enero, RJ 2001/191.

temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral. Centrando el problema, se trata de determinar si se puede acudir a la posibilidad de prueba anticipada cuando el testigo resida en una localidad lejana a la provincia donde se ha de celebrar el juicio.

Un sector de la doctrina⁸⁸ considera que la amplitud de los términos en que se permite la anticipación probatoria reseñada casa mal con el principio de la prueba que debe practicarse en el juicio oral, salvo casos excepcionales, y propugnan una interpretación muy restrictiva del precepto, reservándose a lo que se refiere el motivo de residencia a los supuestos de declaraciones de personas con aquélla en el extranjero. Otros⁸⁹, sin embargo, admiten que pueda recurrirse a las previsiones del artículo 797.2 cuando los testigos sean residentes en otra provincia. La Circular 1/2003 no se pronuncia expresamente sobre esta cuestión, pero admite que el nuevo precepto amplía el ámbito de aplicación del artículo 448 a cualquier otro motivo por el que razonablemente se pueda temer que una prueba no pueda practicarse en el juicio oral o pueda motivar su suspensión. En suma, será una de las cuestiones que en el futuro tendrán que perfilar el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo.

Finalmente, con el fin de garantizar el principio de inmediación del órgano enjuiciador, el precepto establece que la diligencia se documentará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen. Pero admite la forma alternativa, objeto de crítica por algunos⁹⁰, de documentarla por medio de acta autorizada por el Secretario. Probablemente el Legislador ha admitido esta última posibilidad en previsión de que el Juzgado de Guardia no cuente con los medios técnicos necesarios para esa grabación de imagen y sonido (difícil que se produzca en los juzgados mixtos tras varios años de vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Estimo,

⁸⁸ SOTO NIETO, *op. cit.*, y ARAGÜENA FANEGO, *op. cit.*

⁸⁹ MAGRO SERVET, V.: «La validez en juicio de las declaraciones de víctimas y testigos en la instrucción de los juicios rápidos», *Diario La Ley*, núm. 5651, señala que «en cierta medida, estas ventajas se presentarán para aquellos ciudadanos extranjeros que visitan nuestro país y que son víctimas o testigos de hechos delictivos, habida cuenta que, incluso, la finalidad intrínseca de la propia enmienda habla de los turistas extranjeros, literalmente. Pero ello no impide que cualquier ciudadano de nuestro país pueda utilizar esta opción de los artículos 777 y 797 si luego puede calcular que no va a asistir al juicio. Por ello, sería deseable que se advirtiera de esta circunstancia a las víctimas y testigos al momento de recibirles declaración, ya que si se tratare de personas nacionales que, por cualquier circunstancia –sobre todo por residir en otra ciudad–, no van a poder asistir al juicio se les recibiría declaración con sistema de grabación de imagen y sonido.

Es decir, no se trata de una medida dirigida a los ciudadanos extranjeros tan sólo, sino que también es aplicable a los nacionales. Por ello, esa información que podría, incluso, exponerse en folletos informativos en los propios órganos judiciales o en las mismas comisarías determinaría un perfecto conocimiento de la opción por aquellos ciudadanos que ya adviertan que les será difícil acudir al acto del juicio oral».

⁹⁰ ARAGÜENA FANEGO, *op. cit.*

por el contrario, que lo criticable es que se permita que la única forma de documentación pueda ser el correspondiente soporte técnico (generalmente cd-rom) y no se haya impuesto de forma preceptiva que el Secretario extienda acta resumida de lo declarado por el testigo, ante la posibilidad nada infrecuente de que el día del juicio oral el correspondiente cd no se pueda visualizar ni oír. Creo que hubiera sido más acertado que el Legislador hubiera establecido que la regla general para documentar el acto fuera la grabación de la imagen y sonido acompañada de un resumen escrito sucinto de lo declarado por el testigo y sólo en casos excepcionales la documentación exclusiva mediante acta autorizada por Secretario Judicial⁹¹.

IV.1 D. LA PARTICIPACIÓN ACTIVA DEL MINISTERIO FISCAL

Según el artículo 797.1 de la LECrim, el Juzgado de Guardia practicará, cuando resulten pertinentes, las diligencias, en el orden que considere más conveniente o aconsejen las circunstancias, con la participación activa del Ministerio Fiscal.

Siguiendo la Circular 1/2003, hay que señalar que la originaria Proposición de Ley exigía que las diligencias urgentes en el Juzgado de Guardia se practicaran en presencia en todo caso del Ministerio Fiscal, pero el legislador ha preferido una expresión más abierta y habilitante de otras soluciones: la participación activa. Tal participación supone otros cauces distintos de la presencia física, pues lo contrario conduciría a cegar la posibilidad de intervención del Ministerio Público en algunos supuestos. Ello no debe entenderse como una regla general, sobre todo en capitales de provincia o en ciudades dotadas de adscripción permanente de la Fiscalía. No obstante, en partidos judiciales en los que no existe deber de residencia del Fiscal, la utilización de medios tecnológicos puede en ocasiones llegar a convertirse en la única forma de conseguir la participación activa requerida por la Ley. La comunicación telefónica o telemática entre el Fiscal y el Juzgado de Guardia puede llegar a ser suficiente.

Conforme a la Circular 1/2003, siempre que resulte posible, las diligencias esenciales de la instrucción han de contar con la proximidad del Ministerio Fiscal y la participación del Fiscal se impone de un modo especial en

⁹¹ Mi experiencia en esta materia es pésima y desearía que fuera excepcional. La primera vez que despaché un procedimiento con prueba anticipada documentada mediante nuevas tecnologías se trataba de un caso de detención ilegal de emigrantes en situación irregular. De las cinco declaraciones testificales que se practicaron como prueba anticipada (los secuestrados), no era posible la audición de dos de ellas y, al no existir declaración escrita, no había posibilidad alguna de conocer el contenido de la declaración. Al parecer, y según me han comentado algunos compañeros, no se trata de un caso único.

la práctica de la prueba anticipada, pero la presencia física del Fiscal no constituye un presupuesto para la validez del acto procesal.

El funcionamiento interno de las Fiscalías para la atención de los servicios derivados de la reforma procesal son abordadas por la Instrucción FGE 1/2003, de 7 de abril, sobre aspectos organizativos de las Fiscalías y sus adscripciones con motivo de la reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Cabe plantearse en qué consistirá la participación activa del Fiscal en las diligencias de instrucción. Evidentemente, si interviene en la declaración, podrá interrogar a los testigos y, en su caso, a los peritos. Pero, ¿puede solicitar la práctica de diligencias no acordadas por el Juez de Instrucción?

En el procedimiento para el enjuiciamiento rápido, a diferencia del procedimiento abreviado, no se ha previsto un trámite para que el Fiscal pueda solicitar diligencias. Nada más comenzar la comparecencia del artículo 798 el Fiscal ha de manifestar si considera o no suficientes las diligencias de instrucción sin que se conceda la posibilidad de solicitar otras que incluso podrían practicarse en el acto. No por ello, se ha de privar al Fiscal de la posibilidad de las diligencias que considere necesarias con anterioridad a la referida comparecencia, en aplicación supletoria del artículo 773 de la LECrim, que autoriza al Ministerio Fiscal a aportar los medios de prueba de que pueda disponer o solicitar del Juez de Instrucción la práctica de los mismos. Una eventual desestimación por el Juzgado de las diligencias solicitadas entiendo que debería adoptar la forma de auto motivado y sería susceptible de los recursos de reforma y apelación al no estar expresamente excluidos. Creo que esta posibilidad de recurso es importante, dada la exclusión del recurso de la mayoría de las resoluciones del Juez de Instrucción, y se retomará este tema al abordar uno de los principales problemas que plantea el juicio rápido, que es la posibilidad de que el Juez acuerde la continuación del procedimiento como enjuiciamiento rápido en la comparecencia del 798 cuando el Fiscal considere que era necesario practicar diligencias imprescindibles para poder formular escrito de acusación.

IV.1 E. DEFENSA Y REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES

Como se indicó, el imputado, aunque no estuviera detenido, estará asistido de Abogado desde el inicio del procedimiento (art. 767 de la LECrim), debiendo proceder la Policía Judicial, si el imputado no manifestare su voluntad de comparecer ante el Juzgado asistido de abogado, a recabar del Colegio de Abogados la designación de un letrado de oficio (art. 796.1.2.º). Respecto a la representación, en la regulación originaria de la Ley 38/2002, era aplicable supletoriamente el artículo 768 de la LECrim referido al pro-

cedimiento abreviado que establece que el Abogado designado para la defensa tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido, no siendo necesaria la intervención de Procurador hasta el trámite de apertura del juicio oral. El problema estribaba en que en el juicio rápido la apertura del juicio oral, escrito de acusación, escrito de defensa y hasta sentencia de conformidad pueden formularse o pronunciarse en unidad de acto ante el Juzgado de Guardia. En la práctica, en estos casos de escrito de defensa formulado de forma oral e incluso de conformidad, se prescindía de la intervención de Procurador, lo que tenía difícil encaje en la normativa por la exigencia del artículo 768.

La Ley Orgánica 15/2003 ha resuelto este problema al añadir un nuevo apartado al artículo 797, el tercero, que dispone que *el Abogado designado para la defensa tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido en todas las actuaciones que se verifiquen ante el Juez de Guardia*. Por lo que la intervención de Procurador sólo será necesaria en la tramitación del procedimiento ante el Juzgado de lo Penal, permitiéndose que el Letrado asuma la representación cuando formule escrito de defensa en forma oral ante el Juzgado de Instrucción.

El perjudicado y el ofendido por el delito, conforme al artículo 761.2, podrán mostrarse parte sin necesidad de formular querrela. Ya vimos cómo el artículo 771 parece reservar la posibilidad de mostrarse parte en la causa sin necesidad de querrela únicamente al ofendido y no al perjudicado. No obstante, como indica la Circular FGE 1/2003, el artículo 761.2 de la LECrim es claro a este respecto, y afirma que tanto el ofendido como el perjudicado pueden personarse en el procedimiento abreviado sin necesidad de formular querrela⁹².

Para la personación del particular será preciso la representación por Procurador y la intervención de Letrado. Conforme al artículo 761.1 el ejercicio por particulares, sean o no ofendidos por el delito, de la acción penal o de la civil derivada del mismo habrá de efectuarse en la forma y con los requisitos señalados en el Título II del Libro II, expresando la acción que se ejercite. El problema se suscita, como ha señalado la doctrina⁹³, porque el artículo 110 de la LECrim establece como momento preclusivo, para la personación del ofendido y perjudicado, el trámite de la calificación del delito. Si considera-

⁹² Vid. nota 66 con relación a una interpretación diferente.

⁹³ ESCOBAR JIMÉNEZ: «Apuntes sobre el nuevo Procedimiento Acelerado», ponencia en Curso sobre juicios rápidos del Centro de Estudios Jurídicos, noviembre 2002, quien llega a proponer una interpretación que permita la personación del perjudicado durante todo el plazo de la guardia, admitiendo incluso efectos a la personación posterior a la sentencia de conformidad si se verifica en este plazo. La cuestión es bastante dudosa y parece que en la práctica no se ha impuesto este criterio.

mos que, dada la concentración de actuaciones ante el Juzgado de Guardia, es práctica común que el trámite de calificación se verifique el mismo día de la recepción por el Juzgado del atestado, se evidencia el problema. La personación del perjudicado u ofendido generalmente deberá efectuarse en la misma mañana de la recepción del atestado⁹⁴.

IV.1 F. TRANSFORMACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

La LECrim sólo prevé, de forma expresa, la transformación de las diligencias urgentes en otro procedimiento tras la comparecencia del artículo 798. Debe plantearse si existe la posibilidad de que el Juez de Instrucción, de oficio o a instancia de parte, pueda acordar aquella transformación sin necesidad de esperar a la comparecencia prevista en el artículo 798 y, por tanto, sin dar audiencia sobre esta cuestión al Fiscal y a las partes personadas.

La cuestión tiene cierta importancia práctica, especialmente en aquellos partidos judiciales que no cuentan con presencia física del Fiscal. Sucede que en ocasiones el Fiscal es citado para la comparecencia del artículo 798, debiendo desplazarse bastantes kilómetros, cuando de antemano tanto el Fiscal como el Juez de Guardia tienen la certeza, atendidas las vicisitudes de la instrucción, de que no podrá culminarse el juicio rápido y será preciso su transformación en diligencias previas. La no presencia física del Fiscal no significa que éste desconozca el contenido de las diligencias practicadas en la instrucción, especialmente si consideramos que habrá recibido el atestado policial, es práctica habitual la comunicación telefónica con el Juzgado y le habrá podido hacer llegar por este medio su valoración de las circunstancias concurrentes en cada caso.

Este tema es analizado por la Circular FGE 1/2003, que señala que en los casos en los que se ponga de manifiesto la imposibilidad de practicar las diligencias necesarias para formular acusación dentro del plazo de instrucción o de las diligencias practicadas se evidencie que el objeto del proceso no es propio del juicio rápido, debe ser admitida la posibilidad de que en cualquier momento de la tramitación de las diligencias urgentes, sin esperar a la comparecencia del artículo 798, pueda el Juez (de oficio o a instancia de parte) dictar auto de conversión del procedimiento, procediendo así, en aplicación supletoria y analógica del artículo 760, a transformar las diligencias urgentes en el procedimiento adecuado, que gene-

⁹⁴ En los criterios aprobados por la Comisión Nacional de la Policía Judicial, el 2 de abril de 2003, para la práctica de diligencias en aplicación de la Ley 38/2003, se establece que la remisión conjunta de todos los atestados procurará practicarse antes de las nueve treinta horas de cada día, con la finalidad de contar con el mayor tiempo posible de actividad en el Juzgado de Guardia para la tramitación de los juicios rápidos.

ralmente será el de las diligencias previas del procedimiento abreviado, pero no siempre.

En este supuesto de transformación, la resolución judicial, y en aplicación del artículo 798.2.2.º, tendrá que ser motivada y señalar cuáles son las diligencias cuya práctica resulta necesaria para concluir la instrucción de la causa o las circunstancias que lo hacen imposible.

La Circular admite que pueda ser a otros procedimientos distintos al abreviado. No existe ningún problema en admitir una posible transformación en Sumario, aunque es raro que se produzca en la práctica una alteración tal en los términos que presentaba inicialmente el objeto de la causa. La Circular no lo menciona de forma expresa, pero creo que también se debe permitir antes de la comparecencia del artículo 798 la transformación en juicio de faltas. Este supuesto sí puede producirse con mayor frecuencia, piénsese en el juicio rápido incoado por un delito de hurto o daños y una vez practicada la tasación pericial se evidencie que el hecho es constitutivo de falta. El Juzgado podría dictar auto declarando falta el hecho y, conforme al artículo 798.1.1.º, procederá a su enjuiciamiento inmediato conforme a lo previsto en el artículo 963. No habiendo precedido solicitud en este sentido del Fiscal, entiendo que antes de la celebración el Fiscal deberá expresar su conformidad con este auto mediante la fórmula de visto o interponer el correspondiente recurso.

Admitida la posibilidad de conversión de las diligencias urgentes en juicio de faltas sin necesidad de celebrar la comparecencia del artículo 798, no debe existir dificultad en aceptar que el Juez de Instrucción pueda acordar las resoluciones previstas en los números 1 y 3 del artículo 779, es decir, sobreseimiento, inhibición a favor del órgano competente de la jurisdicción militar o remisión de las actuaciones al Fiscal de Menores, sin perjuicio de la posterior notificación al Fiscal y a las partes personadas.

IV.1 G. PLAZO DE LA INSTRUCCIÓN

Dispone el artículo 799 que:

1. *Las diligencias y resoluciones señaladas en los artículos anteriores deberán ser practicadas y adoptadas durante el servicio de guardia del Juzgado de Instrucción.*

2. *No obstante lo dispuesto, en aquellos partidos judiciales en que el servicio de guardia no sea permanente y tenga una duración superior a veinticuatro horas, el plazo establecido en el apartado anterior podrá prorrogarse por el Juez por un período adicional de setenta y dos horas en aquellas actuaciones en las que el atestado se hubiera recibido dentro de las cuarenta y ocho anteriores a la finalización del servicio de guardia.*

No se incluye matización alguna respecto de los juzgados que están de guardia permanente (aquellos que son los únicos existentes en su partido judicial). El borrador de la reforma imponía el plazo de las setenta y dos horas siguientes a la recepción del atestado. Ahora se ha suprimido toda referencia a éstos, de modo que será de aplicación el plazo general, es decir, durante el servicio de guardia, lo que implica la ausencia de cualquier plazo.

Por otra parte, como ha puesto de manifiesto la doctrina, no se indican los efectos que tendría el incumplimiento de estos plazos. Consecuentemente, éste no motivaría la nulidad *ex* artículo 241 de la LOPJ, ya que: «las actuaciones judiciales realizadas fuera del tiempo establecido sólo podrán anularse si lo impusiere la naturaleza del término o plazo»⁹⁵.

IV.2 Conclusión de la Instrucción. La comparecencia del artículo 798 de la LECrim

Una vez concluida la instrucción concentrada, el Juez de Guardia convocará una comparecencia en la que el Ministerio Fiscal y las partes personadas han de pronunciarse sobre la continuación del procedimiento como juicio rápido y podrán solicitar la adopción de medidas cautelares.

IV.2 A. AUDIENCIA SOBRE LA CONTINUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Según el artículo 798, a continuación, el Juez oír a las partes personadas y al Ministerio Fiscal sobre cuál de las resoluciones previstas en el apartado siguiente procede adoptar.

El Fiscal y las partes personadas tienen tres opciones.

- Solicitar la continuación del procedimiento por los trámites del enjuiciamiento rápido.
- Solicitar la transformación del procedimiento en diligencias previas cuando consideren que las diligencias practicadas no son suficientes para la determinación del autor o la calificación jurídica del hecho.
- Interesar cualquiera de las resoluciones previstas en los números 1, 2 y 3 del artículo 779. Es decir, solicitar el sobreseimiento que proceda cuando consideren que el hecho no es constitutivo de delito, no aparece suficientemente justificada su perpetración, o no hubiere autor conocido, pedir la incoación de juicio de faltas cuando se estime que el hecho es constitutivo de falta, la inhibición a favor del órgano competente de la jurisdicción

⁹⁵ Galdana PÉREZ MORALES, *op. cit.*

militar cuando el hecho punible esté atribuido a aquélla, o la remisión de lo actuado al Fiscal de Menores cuando todos los imputados sean menores de edad.

A su vez, el Juez de Instrucción podrá resolver:

- Ordenar la continuación del procedimiento por los trámites del enjuiciamiento rápido cuando considere suficientes las diligencias practicadas. En este caso dictará auto en forma oral que se documentará en el acta y que no es susceptible de recurso.

Llama la atención que, a diferencia del procedimiento abreviado, no se exija auténtica motivación a este auto. El artículo 779.1.4 dispone que el auto que ordena continuar la causa como procedimiento abreviado contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan, no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquélla. La necesidad de motivar el auto acordando continuar como procedimiento abreviado había sido declarada por el Tribunal Supremo⁹⁶. Considerando que esta resolución en el juicio rápido tiene idéntica trascendencia y cumple la misma función que en la correlativa del procedimiento abreviado, creo que debe entenderse aplicable supletoriamente el artículo 779 y entender que aun cuando el auto sea oral debe concretar los hechos y personas imputadas.

El problema puede surgir cuando el auto no recoja todos los hechos que el Fiscal considere punibles o no se dirija contra todas las personas que deberían ser acusadas. El precepto excluye de recurso la resolución que ordena continuar el procedimiento por los trámites del enjuiciamiento rápido. Pero es posible interpretar que, al menos en lo que se refiere al hecho o persona omitidos, la resolución no ordena continuar como enjuiciamiento rápido, sino que sería un sobreseimiento tácito y, por tanto, deberían admitirse los correspondientes recursos.

- Acordar que el procedimiento continúe como diligencias previas del procedimiento abreviado cuando considere insuficiente las diligencias practicadas. Deberá dictar auto en la forma ordinaria señalando motivadamente cuáles son las diligencias cuya práctica resulta necesaria para concluir la instrucción de la causa o las circunstancias que lo hacen imposible. Este auto será susceptible de recurso de reforma y apelación.

- Estimar procedente alguna de las resoluciones previstas en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 779, sobreseimiento, reputar falta el hecho, o inhibición a favor de la jurisdicción militar o del Fiscal de Menores. En

⁹⁶ Por ejemplo, sentencias del Tribunal Supremo núm. 716/1996, de 25 de noviembre, RJ 1996/8733; núm. 1/1998, de 23 de mayo, RJ 1998/4256, y núm. 663/2000, de 18 de abril, RJ 2000/2560.

estos casos se deberá dictar auto motivado que podrá ser recurrido en reforma y apelación. En el caso de reputar falta el hecho, y tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, procederá a su enjuiciamiento inmediato conforme a lo previsto en el artículo 963. Que habrá que entender sin perjuicio de una eventual interposición de recurso, puesto que éste no ha sido excluido por el Legislador.

El principal problema que puede plantearse es el relativo a que el Fiscal considere imprescindibles la práctica de diligencias para poder formular escrito de acusación y que el Juez de Guardia, discrepando de este criterio, considere suficientes las diligencias y acuerde continuar el procedimiento como juicio rápido, dando traslado seguidamente al Fiscal para que se pronuncie sobre la apertura del juicio oral. Se intentará analizar esta cuestión a continuación.

En el procedimiento abreviado el artículo 780.2 establece que cuando el Ministerio Fiscal manifieste la imposibilidad de formular escrito de acusación por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos se podrá instar, con carácter previo, la práctica de aquellas diligencias indispensables para formular acusación, en cuyo caso acordará el Juez lo solicitado. Es decir, el Juez ha de acordar preceptivamente las diligencias solicitadas indispensables para formular acusación.

En la proposición de Ley se establecía que, tras la solicitud de diligencias del Fiscal, el Juez resolvería lo procedente. El Consejo General del Poder Judicial, en su informe a la Proposición de Ley, criticó⁹⁷ esta previsión por ser contraria al principio acusatorio, del mismo modo que censuró la norma, finalmente aprobada, que en el juicio rápido dejaba en manos del instructor la determinación de la suficiencia de las diligencias de investigación para poder formular acusación⁹⁸.

⁹⁷ Informe del Pleno del CGPJ, de 5 de junio de 2002, a la Proposición de Ley de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas: «La previsión contenida en el artículo 783.2.º de que la solicitud excepcional de diligencias complementarias no vincula al instructor, cuando son las partes acusadoras las que deben determinar las diligencias imprescindibles para formular acusación y solicitar la apertura de juicio oral, si bien es cierto que la posibilidad no vedada de recurso a dicha resolución judicial parece solventar el problema».

⁹⁸ Informe del Pleno del CGPJ, de 5 de junio de 2002, a la Proposición de Ley de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas: «No parece adecuada la prescripción del artículo 798.2.º de dejar la decisión de la insuficiencia de las diligencias practicadas en manos del instructor, debiendo, por lógica, ser las acusaciones y, en especial, la pública, las que determinen la suficiencia de las diligencias de investigación practicadas para determinar el ejercicio de la acción penal. Si el Juez instructor decretara motivadamente la necesidad de práctica de nuevas diligencias o las circunstancias que hacen imposible continuar el procedimiento de diligencias urgentes, aun siendo posible recurso contra dicha resolución, esto haría que se perdiera la rapidez del procedimiento, por lo

En el ámbito del procedimiento abreviado se modificó la Proposición de Ley por sendas enmiendas del Grupo Socialista, Convergència i Unió y del Grupo Popular, coincidentes en destacar el principio de imparcialidad que rige la actuación del Ministerio Fiscal en defensa de la legalidad y del interés público que hace que resulte ajeno a cualquier interés dilatorio en su petición de práctica de diligencias. Si ello es así, ¿por qué no se siguió el mismo criterio respecto al juicio rápido? Creo que la única explicación razonable es que el Legislador desconfiaba de la actuación del Ministerio Fiscal y consideraba que podría hacer un uso injustificado de la facultad de solicitar de forma vinculante la práctica de diligencias, poniendo en peligro de fracasar el nuevo sistema de juicios rápidos la desconfianza también la manifiesta el Legislador hacia el Juez de Instrucción cuando establece que, al acordar la transformación de diligencias urgentes en diligencias previas, deberá señalar motivadamente cuáles son las diligencias cuya práctica resulta necesaria para concluir la instrucción de la causa o las circunstancias que lo hacen imposible)⁹⁹.

En el juicio rápido, a diferencia del abreviado, no se ha arbitrado un trámite en el que el Fiscal pueda pedir la práctica de diligencias. La comparecencia del artículo 798 comienza con el informe del Fiscal sobre la continuación del procedimiento. Cabría la posibilidad de que fuera indispensable alguna diligencia que se pudiera practicar en el acto, piénsese por ejemplo, que no se hubieran aportado los antecedentes penales del imputado o fuera precisa la declaración de algún testigo presente en el Juzgado. La Ley no ha previsto esta posibilidad, que no supondría una dilación en el procedimiento. En algunos casos se podría utilizar la audiencia sobre la prisión provisional, celebrada dentro de la comparecencia del artículo 798, para solicitar, conforme al artículo 505.3, la práctica de aquellas pruebas que puedan en los presupuestos necesarios para adoptar la medida cautelar personal, por ejemplo, una rueda de reconocimiento.

En la práctica el problema se soluciona haciendo saber al Juzgado la necesidad de la diligencia, aunque sea inmediatamente antes de la comparecencia y existiendo generalmente convergencia valorativa entre el Juez y el Fiscal, las diligencias son practicadas. Pero, en algunos casos, puede existir discrepancia de criterios, ¿podría el Fiscal solicitar por escrito la práctica de diligencias indispensables para formular acusación? La respuesta creo que debe ser positiva en aplicación supletoria del artículo 773 de la LECrim, que

que parece adecuado que dicha determinación se haga no sólo oídas las partes, sino con vinculación a la petición acusatoria en tal sentido (art. 798.1.º)».

⁹⁹ Tras un año de vigencia de la Ley 38/2002, se ha puesto de manifiesto la injusticia de esta suspicacia. No creo que sea discutible que la efectividad de la reforma y la generalización del sistema de juicios rápidos se deba en una parte importante al esfuerzo de los Fiscales y Jueces de Instrucción para ponerla en práctica.

autoriza al Ministerio Fiscal a aportar los medios de prueba de que pueda disponer o solicitar del Juez de Instrucción la práctica de los mismos. Una eventual desestimación por el Juzgado de las diligencias solicitadas, entiendo que debería adoptar la forma de auto motivado y sería susceptible de los recursos de reforma y apelación al no estar expresamente excluidos.

Una vez iniciada la comparecencia del artículo 798 ya no existe la posibilidad de interesar nuevas diligencias o puede que éstas no puedan practicarse en el plazo de la instrucción, el Fiscal no tendrá otra opción que solicitar la transformación del procedimiento en diligencias previas, pero al no ser vinculante esta petición el Juez puede acordar la continuación del procedimiento. Como indica Marchena Gómez¹⁰⁰ el Juez ha de llevar a cabo un singular ejercicio de subrogación en la estrategia acusatoria para así decidir si su propio trabajo es o no suficiente para respaldar el trabajo que han de llevar a cabo otros. No se está aludiendo a lo que pueda resultar conveniente o complementario para la acusación, sino a lo que resulta esencial o indispensable para el correcto ejercicio del *ius puniendi*.

Al adoptar esta decisión, que no admite recurso, contra el criterio del Fiscal, el Juez está condicionando el éxito de la acusación, lo que podría suponer una vulneración del principio acusatorio. Como indica la Circular 1/2003, sería deseable proporcionar un tratamiento diferenciado entre lo que podría considerarse el juicio de pertinencia y el juicio de suficiencia. El acopio de los elementos precisos para fundar la acusación por un delito determinado nada tiene que ver con el debate acerca de la procedencia o improcedencia de un concreto acto procesal de investigación. Al órgano jurisdiccional incumbe evitar cualquier petición de diligencias que resulten innecesarias, inútiles o impertinentes. Pero se corre el riesgo de que, queriéndose evitar –en aras a la celeridad– lo improcedente, se obligue al Fiscal a defender lo insuficiente.

El problema práctico que se puede suscitar lo resume de forma certera Marchena Gómez cuando señala que¹⁰¹ se sitúa a la acusación en el dilema de optar entre una petición de sobreseimiento, que erosionaría los derechos de la víctima, o una solicitud de apertura del juicio oral a sabiendas de que falta un elemento esencial de la acusación, que menoscabaría los derechos del acusado que se vería obligado a soportar una acusación con una importantísima falla estructural desde el punto de vista probatorio. Cita como ejemplo de una diligencia esencial inapropiada para su práctica en el juicio

¹⁰⁰ MARCHENA GÓMEZ, M.: «La tramitación de los juicios rápidos: una delimitación funcional inédita», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 25, abril 2003.

¹⁰¹ MARCHENA GÓMEZ, M., *op. cit.*

oral, una rueda de reconocimiento que se considere indispensable para despejar las dudas acerca de la identidad del sospechoso.

¿Cómo puede reaccionar el Fiscal frente a una resolución judicial irrecurrible que ordena continuar el juicio rápido pese a que aquél, que es quien ha de formular y de sostener la acusación, considera que habría de practicarse una diligencia indispensable para ello?

La Circular 1/2003 aporta la siguiente solución: el Fiscal deberá asegurarse de la constancia en acta de su petición de diligencias. Si el Fiscal estima fundadamente que el hecho ha de ser objeto de enjuiciamiento, podrá formular, en el momento oportuno, la correspondiente acta de acusación (art. 800.2). El carácter irrecurrible de la decisión del Juez puede llegar a imponer ese desenlace. En tales casos, la oportuna protesta del Fiscal por vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 de la Constitución) permitirá, bien en el turno de intervenciones (art. 786.2), bien en el momento de la impugnación de la sentencia (art. 790.2), reproducir sus alegaciones acerca de la quiebra de las garantías que asisten al Fiscal en el momento de hacer valer sus pretensiones.

Sin perjuicio de considerar esta solución acertada, me permito sugerir otra complementaria con ella, pero que no es totalmente satisfactoria. Cuando el Fiscal prevea, lo que no es difícil, que no se va a producir convergencia valorativa con el Juez sobre la necesidad de una determinada diligencia, podría solicitar la misma por escrito al amparo del artículo 773. Creo que la inadmisión por el Juzgado debería adoptar la forma de auto motivado y ser pronunciado con anterioridad a la comparecencia del artículo 798. Contra este auto, que no está exceptuado de recurso, se podría ejercitar reforma y subsidiario de apelación o interponer exclusivamente este último. Al no tener carácter suspensivo este último recurso, se debería proceder como indica la circular, pero existiría la posibilidad de que la apelación se resolviera antes de la celebración del juicio oral.

La solicitud escrita de diligencias carecería de efectos prácticos si se admite que el Juez pueda rechazarla mediante el auto oral que se pronuncia sobre la continuación del procedimiento en la comparecencia del artículo 798. Es bastante dudoso que se pueda llegar a esta conclusión, ya que se puede argumentar que la LECrim sólo prevé que el Juez se pronuncie sobre las solicitudes del Fiscal y las partes respecto a la continuación del juicio rápido, considerando suficientes las diligencias practicadas o la transformación del procedimiento, pero no que pueda inadmitir diligencias solicitadas con anterioridad a la comparecencia del artículo 798. El contenido del auto oral, al no admitir recurso, debe interpretarse de forma restrictiva. La solución no es satisfactoria porque es muy probable que el Juez de Guardia rechace esta interpretación y desestime la diligencia mediante el

auto oral, pero al menos se dispondría de un argumento más a invocar en el debate previo del juicio oral o en el recurso frente a la sentencia.

La solución que ordena seguir la Circular está condicionada a que «el Fiscal estima fundadamente que el hecho ha de ser objeto de enjuiciamiento». Pero, ¿qué ocurriría si para llegar a este convencimiento es precisa la práctica de alguna diligencia o es imposible formular escrito de acusación sin ella? Quizás la única opción sea insistir en la práctica de las diligencias necesaria y no pronunciarse sobre la apertura del juicio oral cuando se interese este informe conforme al artículo 800. El Juez probablemente estime que el no pronunciamiento sobre la apertura del juicio oral equivale a una petición tácita de sobreseimiento, y acuerde el mismo (no será una decisión que le sea fácil adoptar si considera que el hecho merece ser enjuiciado), dictando el correspondiente auto que sería objeto de recurso o acudirá a los mecanismos del artículo 782.2 de la LECrim, esto es, acordar que se haga saber la pretensión del Ministerio Fiscal a los directamente ofendidos o perjudicados conocidos, no personados, para que dentro del plazo máximo de quince días comparezcan a defender su acción si lo consideran oportuno, o remitir la causa al superior jerárquico del Fiscal para que resuelva si procede o no sostener la acusación. Esta solución tampoco es totalmente satisfactoria, pero creo que ninguna podría serlo, dada la opción elegida por el Legislador en la regulación de este aspecto del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos ¹⁰².

IV.2 B. PETICIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

El artículo 798, tras establecer que el Juez oír a las partes personadas y al Ministerio Fiscal sobre la continuación del juicio rápido, su transformación en diligencias previas o sobre la adopción de las resoluciones previstas en el artículo 779, dispone que las partes acusadoras y el Ministerio Fiscal podrán solicitar cualesquiera medidas cautelares frente al imputado o, en su caso, frente al responsable civil, sin perjuicio de las que se hayan podido adoptar anteriormente.

Generalmente, y dada la concentración de actuaciones propia de este procedimiento, ésta será, con frecuencia, la primera ocasión en la que el Ministerio Fiscal y, en su caso, las partes acusadoras instarán la adopción de medidas cautelares.

¹⁰² He intentado analizar los problemas que podrían surgir en la práctica considerando la irrecurribilidad del auto oral del artículo 798.2.1.º, pero creo que es de justicia señalar que aún no conozco ninguna ocasión en la que el problema analizado se haya suscitado en la práctica y que, tras prestar servicio de guardia en nueve Juzgados de Instrucción diferentes, siempre ha existido la convergencia valorativa entre Juez y Fiscal que menciona la Circular 1/2003.

Respecto a las medidas cautelares personales, habrá que tener en cuenta la nueva regulación de la prisión provisional efectuada por la Ley Orgánica 13/2003, de 24 octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, a su vez reformada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 noviembre, de Reforma del Código Penal. Para que pueda adoptarse la medida cautelar personal es preciso, como en la normativa anterior, que el Juez convoque a una audiencia en la que el Ministerio Fiscal o las partes acusadoras podrán solicitar la prisión provisional del imputado o su libertad provisional con fianza. Lo habitual es que en el juicio rápido esta audiencia se celebre dentro de la comparecencia prevista en el artículo 798. Como señala el artículo 505.1, párrafo segundo, «en los supuestos del procedimiento regulado en el Título III del Libro IV de esta Ley, este trámite se sustanciará con arreglo a lo establecido en el artículo 798, salvo que la audiencia se hubiera celebrado con anterioridad».

Conforme al artículo 505.3 quienes concurrieren a esta audiencia podrán proponer los medios de prueba que se puedan practicar en el acto o dentro de las setenta y dos horas siguientes a la puesta del detenido a disposición judicial. Este último plazo en muchas ocasiones será superior al establecido en el artículo 799 para la instrucción del juicio rápido (así en los partidos judiciales con guardia de veinticuatro o cuarenta y ocho horas). En principio, considero que no habría inconveniente, si se admitiera alguna prueba que no pueda practicarse en el acto, continuar con la tramitación del juicio rápido y resolver con posterioridad sobre la situación personal del imputado en pieza separada.

También en la comparecencia prevista en el artículo 798 se podrá instar la adopción de medidas cautelares reales respecto del imputado y, en su caso, responsable civil. Señala el artículo 764.2 que en estos supuestos se aplicarán las normas sobre contenido, presupuestos y caución sustitutoria de las medidas cautelares establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Como afirma la Circular FGE 1/2003, esta remisión no puede interpretarse en el sentido de que la adopción de la medida cautelar real exija la previa petición de parte. «Tal postura –aparte de contraria al tradicional entendimiento de los presupuestos y finalidad de estas medidas en el procedimiento penal– se opondría al tenor literal del apartado 3 del mismo artículo, que establece imperativamente la obligación de afianzar (o en su defecto proceder al embargo de bienes) de la compañía aseguradora cuando las responsabilidades civiles estén cubiertas por un seguro obligatorio».

Finalmente, en los supuestos de violencia doméstica en los que se hubiese solicitado orden de protección de la víctima, la audiencia prevista en el artículo 544 *ter* también podrá celebrarse en la comparecencia del artícu-

lo 798, puesto que el apartado 4, párrafo segundo, de aquel precepto establece que «esta audiencia se podrá sustanciar simultáneamente con la prevista en el artículo 504 bis.2 cuando su convocatoria fuera procedente, con la audiencia regulada en el artículo 798 en aquellas causas que se tramiten conforme al procedimiento previsto en el Título III del Libro IV de esta Ley».

Concluida esta comparecencia, y conforme al artículo 800, cuando el Juez de Guardia hubiere acordado continuar este procedimiento, en el mismo acto oír al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para que se pronuncien sobre si procede la apertura del juicio oral o el sobreseimiento y para que, en su caso, soliciten o se ratifiquen en lo solicitado respecto de la adopción de medidas cautelares, comenzando así la fase de preparación del juicio oral o fase intermedia del juicio rápido.

BIBLIOGRAFÍA SOBRE LA REFORMA DE LA LEY 38/2002, DE 24 DE OCTUBRE:

- AGUIRRE SEOANE, J.: «La reforma del Procedimiento Abreviado y el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas», *Actualidad Penal*, núm. 10, marzo de 2003.
- ALHAMBRA PÉREZ, M. P.: «El juicio de faltas práctico», Comares, 2004.
- ALONSO PÉREZ, F.: «El atestado policial. Innovaciones introducidas por la Ley 38/2002, de 24 de octubre», *Diario La Ley*, núm. 5679/2002, 18 de diciembre de 2002.
- : «Los derechos del imputado no detenido tras la reforma de la Ley 38/2002, de 24 de octubre», *Diario La Ley*, núm. 5689/2003, 3 de enero de 2003.
- : «Intervención de la Policía Judicial en el nuevo procedimiento abreviado», *Diario La Ley*, núm. 5936/2004.
- : «Actuaciones de la Policía Judicial en los denominados “Juicios Rápidos”», *Diario La Ley*, núm. 5953/2004, 12 de febrero de 2004.
- : «Actuaciones de la Policía Judicial en los nuevos procesos por faltas», *Diario La Ley*, núm. 5971/2004, 9 de marzo de 2004.
- ARANGÜENA FANEGO, C.: «Aspectos fundamentales de la reforma del procedimiento abreviado por Ley 38/2002, de 24 de octubre», *Actualidad Penal*, núm. 18 y 19/2003.
- BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J.: «La determinación del imputado en el sistema procesal español por la Ley 38/2002, de 24 de octubre», *Diario La Ley*, núm. 5864/2003, 6 de octubre de 2003.
- CABA TENA, A.: «Efectos de la presentación extemporánea del escrito de acusación por el Ministerio Fiscal en el procedimiento penal abreviado», *Derecho y Proceso Penal*, núm. 9/2003, Aranzadi, 2003.
- CABEZUDO RODRÍGUEZ, N.: «Justicia negociada y nueva reforma procesal penal», *Diario La Ley*, núms. 5815 y 5816, 2 y 3 de julio de 2003.

- CACHÓN CADENAS, M., y CID MOLINÉ, J.: «Conformidad del acusado y penas alternativas a la prisión en los juicios rápidos», *Diario La Ley*, núms. 5819 y 5820/2003, 8 y 9 de julio de 2003.
- CALVO SÁNCHEZ, C.: «Primera aproximación a la Proposición de Ley de reforma parcial de la LECrim, consideraciones sobre el procedimiento abreviado», *Diario La Ley*, núm. 5552, 27 de mayo de 2002.
- : «Estudio del procedimiento abreviado en la reforma operada por la Proposición de Ley 122/000199 de reforma parcial de la LECrim: texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en sesión de 27 de junio de 2002», *Diario La Ley*, núm. 5639, 23 de octubre de 2002.
- : «El nuevo juicio de faltas regulado por la Ley 38/2002, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Diario La Ley*, núm. 5682 y 5683, 23 y 24 de diciembre de 2002.
- : «El nuevo procedimiento abreviado: modificaciones introducidas por el Senado sobre el texto aprobado por el Congreso de los Diputados», *Diario La Ley*, núm. 5753, 3 de abril de 2003.
- CUADRADO SALINAS, C.: «El derecho de defensa y la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal introducida por las Leyes 8/2002 y 38/2002, de 24 de octubre», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 1, junio de 2003, *Iustel.com*.
- CUCARELLA GALIANA, L. A.: «Problemas interpretativos que plantea el artículo 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal» (a propósito de la Ley 38/2002, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos, faltas y de modificación del procedimiento abreviado), *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 1, junio de 2003, *Iustel.com*.
- CONDE-PUMPIDO, C., y GARBERÍ LLOBREGAT, J.: «Los juicios rápidos, el procedimiento abreviado y el juicio de faltas (Comentarios, jurisprudencia y formularios a las reformas de la LECrim introducidas por las Leyes Orgánicas 7/2002, 8/2002, 9/2002 y por la Ley 38/2002)», Bosch, 2003.
- DAMIÁN MORENO, J.: «Los juicios rápidos. La reconstrucción de una utopía», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 572, 6 de marzo de 2002.
- DÍAZ PITA, M. P.: «Reconocimiento de hechos y pluralidad de imputados en el procedimiento abreviado tras la reciente reforma operada por la Ley Orgánica 8/2002 y la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Actualidad Penal*, núm. 16/2003.
- DELGADO MARTÍN, J.; ALONSO PÉREZ, F.; BARALLAT LÓPEZ, J., y PASTOR MOTTA, L.: «Los Juicios Rápidos. Análisis sobre la nueva Ley de procedimiento abreviado, juicios rápidos y juicios de faltas», *Colex*, 2002.
- DOLZ LAGO, M. J.: «Menores y juicios rápidos», *Diario La Ley*, núm. 5782, 16 de mayo de 2003.
- DORREGO DE CARLOS, A.: «Juicios rápidos: la audaz apuesta por una nueva Justicia Penal», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 579, 2003.
- ESCOBAR JIMÉNEZ, R.: «Apuntes sobre el nuevo Procedimiento Acelerado», ponencia en Curso sobre juicios rápidos del Centro de Estudios Jurídicos, noviembre 2002.

- ESCOBAR JIMÉNEZ, R.: «Aspectos de la fase intermedia del procedimiento abreviado», *Diario La Ley*, núm. 5967, 3 de marzo de 2004.
- ESCOBAR JIMÉNEZ, R.; MORENO VERDEJO, J., y DEL MORAL GARCÍA, A.: «Juicios Rápidos (Estudio práctico del nuevo procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos)», Comares, 2003.
- FÁBREGA RUIZ, C. F.: «Efectos del inicio y cómputo de los plazos procesales tras la entrada en vigor de la nueva regulación de los juicios rápidos. Especial referencia al Ministerio Fiscal», *Diario La Ley*, núm. 5804, 17 de junio de 2003.
- FUENTES DEVESA, R.: «Las sentencias de conformidad dictadas por el Juez de Guardia», *Diario La Ley*, núm. 5794, 3 de junio de 2003.
- GALDANA PÉREZ MORALES, M.: «El juicio rápido por delito y su impugnación», Tirant lo Blanch, 2003.
- GIMENO SENDRA, J. V.: «Filosofía y principios de los juicios rápidos», *Diario La Ley*, núm. 5667/2002, 2 de diciembre de 2002.
- : «La necesaria e inaplazable reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Diario La Ley*, núm. 5619/2002, 25 de septiembre de 2002.
- : «Los nuevos juicios rápidos y de faltas: con doctrina, jurisprudencia y formularios», Centro de Estudios Ramón Areces, 2003.
- GISBERT GISBERT, A.: «El ámbito del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos», RJCv 6/2003, Tirant lo Blanch.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: «La conformidad en el procedimiento abreviado y en el llamado juicio rápido», *Diario La Ley*, núm. 5895, 18 de noviembre de 2003.
- GONZÁLEZ NAVARRO, B. A.: «El juicio de faltas tras la Ley de los juicios rápidos», *Diario La Ley*, núm. 5790/2003, 28 de mayo de 2003.
- GONZÁLEZ PASTOR, C.: «El juicio de faltas y la aplicación de la nueva doctrina del TC», *Diario La Ley*, núm. 5766/2003, 23 de abril de 2003.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: «Rapidez y reforma del proceso penal», *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, núm. 44, julio de 2002.
- IGLESIAS CANLE, I.: «La llamada prueba pericial preconstituida: la nueva redacción del artículo 788.2 LECrim», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 605, 25 de diciembre de 2003.
- IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, J. M.: «La conformidad en el nuevo sistema de juicios rápidos», sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales, núm. 21/2003, Editorial Aranzadi, S. A., 2004.
- JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F.: «La Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y de modificación del procedimiento abreviado, cuestiones disputadas en relación a los delitos cometidos con ocasión del uso y circulación de vehículos de motor», *Noticias jurídicas.com*.
- JUANES PECES, A.: «La sentencia de conformidad con arreglo a la nueva Ley», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 573, 6 de marzo de 2002.
- LOURIDO RICO, A.: «El enjuiciamiento rápido de faltas», *Diario La Ley*, núm. 5702/2003, 22 de enero de 2003.

- LÓPEZ-BELARRINAGA, I.: «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: los juicios rápidos o inmediatos y su incidencia en la labor policial», *Harlax-Revista Técnica del Ertzaina*, núm. 44/2002.
- MAGRO SERVET, V.: «El nuevo juicio de faltas rápido de violencia doméstica», *Diario La Ley*, núm. 5628/2002, 8 de octubre de 2002.
- : «La validez en juicio de las declaraciones de los testigos y víctimas en la instrucción de los juicios rápidos», *Diario La Ley*, núm. 5651/2002, 8 de noviembre de 2002.
- : «La víctima del delito en la nueva Ley de juicios rápidos», *Diario La Ley*, núm. 5661/2002, 21 de noviembre de 2002.
- : «La coordinación policial-judicial en la aplicación y entrada en vigor de la Ley de juicios rápidos», *Diario La Ley*, núm. 5737/2003, 12 de marzo de 2003.
- : «Análisis de la reforma procesal penal para la implantación de los nuevos juicios rápidos», *Diario La Ley*, núm. 5533/2002, 29 de abril de 2002.
- : «La reforma de la Ley de juicios rápidos 38/2002, de 24 de octubre, en la reforma del Código Penal», *Diario La Ley*, núm. 5891/2003, 12 de noviembre de 2003.
- : «El pacto de Estado de la justicia y la apuesta por los juicios rápidos», *Diario La Ley*, núm. 5494/2002, 4 de marzo de 2002.
- MARCO COS, J. M.: «Juicios rápidos y policía judicial: ¿Hacia la codirección del proceso penal?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 559, 2002.
- MARTÍN Y MARTÍN, J. A.: «La nueva reforma procesal penal efectuada por la Ley 38/2002 y su complementaria, la Ley Orgánica 8/2002», *Diario La Ley*, núm. 5692/2003, 8 de enero de 2003.
- MARTÍN RÍOS, P.: «La conformidad en los juicios rápidos», *Diario La Ley*, núms. 5968 y 5969, 4 y 5 de marzo de 2004.
- MATÍAS LÁZARO, F.: «La conformidad ante el Juzgado de Guardia en la Proposición de Ley de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas», *Boletín Aranzadi Penal*, núm. 9/2002, septiembre de 2002.
- MORA DE ALARCÓN: «Los juicios rápidos», *Tirantonline.com*, 2003.
- MUERZA ESPARZA, J.: «La reforma procesal penal de 2002: los “juicios rápidos”», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 530, 2 de mayo de 2002.
- ORTEGO PÉREZ, F.: «La reforma del procedimiento abreviado y los nuevos juicios inmediatos o rápidos», *Diario La Ley*, núm. 5767/2003, 24 de abril de 2003.
- PÉREZ MARTELL, R.: «Los recursos contra las resoluciones interlocutorias en la reforma parcial de la LECrim sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos y faltas», *Diario La Ley*, núm. 5615, 19 de septiembre de 2002.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J.: «Las reformas del procedimiento abreviado, juicios rápidos y juicios de faltas», *Comares*, abril de 2003.
- PÉREZ-OLLEROS SÁNCHEZ-BORDONA, F. J.: «Juicio de faltas», *Diario La Ley*, núm. 5793; 2 de junio de 2003.

- RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: «La actuación del Juzgado de Guardia en la fase de investigación para el enjuiciamiento rápido de delitos y faltas», *Diario La Ley*, núm. 5774/2003, 6 de mayo de 2003.
- SOSPEDRA NAVAS, F. J.: «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2002. Los juicios rápidos. El juicio de faltas. Comentario a la reforma parcial de la LECrim», Civitas, enero de 2003.
- SOTO NIETO, F.: «Juicios rápidos. Salvaguarda de garantías», *Diario La Ley*, núm. 5700, 20 de enero de 2003.
- : «Delitos flagrantes. Doctrina jurisprudencial a la vista de la Ley sobre juicios rápidos», *Diario La Ley*, núm. 5727, 26 de febrero de 2003.
- : «Posición del asegurador obligatorio en el procedimiento abreviado y en los juicios rápidos», *Diario La Ley*, núm. 5749, 28 de marzo de 2003.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J.: «El sistema de juicios rápidos», *Diario La Ley*, núm. 5563/2002, 11 de junio de 2002.
- TÉLLEZ AGUILERA, A.: «Los juicios rápidos e inmediatos», Edisofer, 2002.
- URIARTE VALIENTE, L. M.: «La conformidad en el proceso penal abreviado tras la reforma de 24 de octubre de 2002», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1943, 15 de junio de 2003.
- VARIOS AUTORES: «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 25, abril de 2003.
- : «Guía práctica para la aplicación de la Ley Orgánica 8/2002 y de la Ley 38/2002, de 24 de octubre», Ministerio de Justicia, 2003.

**EXPERIENCIAS DE LA INSTRUCCIÓN
POR EL FISCAL EN LOS PROCEDIMIENTOS
DE LA LEY ORGÁNICA DE LA RESPONSABILIDAD
PENAL DE LOS MENORES**

JOSÉ LORCA MARTÍNEZ
Fiscal de Oviedo

I. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD COMO EXCEPCION AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El Estado, autolimitándose a través de normas jurídicas, consigue legitimar la titularidad de sus derechos subjetivos públicos entre los que se encuentra el derecho de exigir a los ciudadanos la obediencia a las leyes, a la vez que crea una inestimable garantía al individuo frente a la actuación del poder punitivo del Estado. Ahora bien, la propia existencia de ese «poder» en manos exclusivas de los órganos del Estado constituye, al mismo tiempo, como afirma Jellineck, una «obligación jurídica» de su titular. El Estado, a través de esas normas penales (y procesales), no tiene sólo una facultad de exigir, sino que se le impone también el deber de hacer, de manera que el poder represivo constituye al mismo tiempo un deber jurídico. El Estado, por tanto, está obligado a reaccionar ante el hecho delictivo haciendo valer su *ius puniendi* a través del proceso (principio de legalidad).

En los años sesenta fue introduciéndose en los EEUU de América del Norte el concepto «diversión», entendido como alternativa de política criminal de control social, y que luego se extendió en los años ochenta a Alemania, sobre todo, y se recogió en la regulación de su «Derecho Penal Juvenil».

Miquel Àngel Cano Paños (en «Posibilidades de «decisión» por parte del Ministerio Fiscal en el Derecho Penal Juvenil alemán, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.^a Etapa, enero, 2004) recoge la definición destacada del penalista japonés Hirano, el cual define la *diversión* como *aquella desviación del proceso penal formal que se produce antes de la determinación judicial de la culpabilidad, la cual lleva a una participación del sospechoso en un programa no penal, cuya finalidad no con-*

siste en un castigo de dicho delincuente, sino, o bien en su resocialización, o bien en la solución del conflicto, el cual ha dado lugar a la comisión del hecho delictivo.

La Recomendación número 18 de 1987 del Comité de Ministros del Consejo de Europa contempla, especialmente para los asuntos con respuesta penal leve, con el objetivo de lograr la aceleración y simplificación de la justicia, el recurso al principio de oportunidad, transacción y otras medidas.

Dentro del Pacto de Estado para la Justicia Española en el siglo XXI, de 28 de mayo de 2001, con el objetivo puesto en la agilización y rapidez de la Justicia, se reconoce explícitamente la necesidad de una nueva LECrim basada en determinados principios y críticas, y la mayor parte giran en torno al principio acusatorio (apartado 17).

En el campo procesal penal de menores, como sabemos, desde que entrara en vigor la Ley Orgánica 4/1992, esto no ocurre de forma absoluta, porque hay Fiscal instructor y junto con el principio de legalidad entra en juego el de oportunidad reglada, debido a los particulares intereses que acompañan al menor de edad, incorporado por el legislador no sólo como instrumento de política criminal, sino como medio natural de solucionar conflictos jurídicos en los supuestos taxativamente fijados por ley, que deja al Ministerio Fiscal un margen amplio a su ejercicio ponderado. Es decir, se faculta al Fiscal a valorar en cada caso el peso de los intereses públicos y privados enfrentados, a decidir desde el prisma del interés superior del menor cuál resulta preponderante y a resolver en consecuencia, de forma motivada y dentro de la «oportunidad reglada».

Desde la perspectiva de doce años de experiencia en la instrucción de expedientes de reforma, podemos afirmar con satisfacción que ha sido y es prácticamente unánime la crítica favorable a la labor del Fiscal en esta materia, por lo que no es desacertado el que nos detengamos a pensar qué puede aportarnos la jurisdicción de menores a la de mayores en la próxima reforma procesal.

Ciertamente en la Ley del Menor no viene definido de modo expreso ese principio de oportunidad. Para ser exactos, ni se menciona al principio de oportunidad. Ya avisaba Andrés de la Oliva que *«con frecuencia se entiende el principio de oportunidad con gran amplitud y vaguedad, significando tanto y tan diversas cosas que, en realidad, no significa nada claro y seguro»*. Por eso, partimos tan sólo de la base de que es un principio antagónico del principio de legalidad, y de alguna referencia a las condiciones de su ejercicio (iniciación y finalización del proceso penal), **objetivas** como la gravedad, circunstancias y consecuencias de la infracción, **subjetivas del autor** referidas a la personalidad del infractor, **subjetivas de la**

víctima, como a la situación en la que queda, garantizándole siempre el derecho a la reparación de los daños, **y procesales**, como archivo sujeto a determinadas condiciones y previa audiencia del imputado, con notificación y/o posibilidad de recurso procesal a la víctima o perjudicado, etc.

Nos preguntamos si hay alguna referencia a los indicios suficientes de culpabilidad y si se exige el reconocimiento de responsabilidad y la colaboración del menor implicado. Entendemos que, en la medida en que la decisión del fiscal eluda el control judicial, no podremos hablar de ejercicio del principio de oportunidad (arts. 16 y 18), que sólo se dará cuando la decisión de archivar las diligencias abiertas contra el menor la tome la autoridad judicial.

En la legislación procesal peruana para mayores se puede hacer uso del principio de oportunidad por falta de necesidad de penal, o por falta de merecimiento de pena, pero el imputado debe prestar su consentimiento y reconocimiento de la responsabilidad y una vez cumplido con el pago total de la reparación civil, con petición al órgano judicial de aprobación. Roxin estima que al Fiscal se le ha de permitir elegir entre accionar o archivar cuando la investigación ha puesto de manifiesto que el acusado ha delinquido con una probabilidad rayana en la certeza. En nuestra doctrina es más frecuente entender que no es preciso tener elementos que acrediten la existencia e intervención en el hecho delictivo del encausado. Por ejemplo, Gimeno Sendra define este principio como facultad que al titular de la acción penal asiste para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado. O Julio Maier, que estima que se prescinde de la persecución penal de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionada, por motivos de utilidad o razones político-criminales de hechos imposibles de investigar o cuya investigación no produce modificaciones sobre la pena esperada.

II. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA JURISDICCIÓN DE MENORES

– Relatividad de la experiencia a exponer:

No es lo mismo hablar desde la Fiscalía de Menores de una Comunidad Autónoma de algo más de un millón de habitantes que desde la Fiscalía de Madrid, Barcelona, Valencia, Sevilla, etc. La organización tiene que ser a la

fuerza distinta. Sin embargo, como Fiscalía intermedia, atendida por tres Fiscales y dos Equipos Técnicos, con... y una media de 45 menores internos en centros de reforma...

- Falta desarrollo legislativo:

Pese a que la Ley Orgánica 9/2000, para la agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la LOPJ, también en vigor a partir del 13 de enero de 2001, pese a crear las plazas de Secretarios en los Servicios de Menores de las Fiscalías, modificando el artículo 473 de la LOPJ.; Real Decreto de 21 de diciembre, por el que se regulan los pagos, depósitos y consignaciones judiciales en las Fiscalías de Menores; la STS Sección 6, de 19 de junio de 2003, anula el precepto reglamentario que autoriza a un oficial habilitado de la fiscalía a abrir una cuneta de consignaciones y depósitos y a disponer de fondos.

El Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio *BOE* del lunes 30 de agosto de 2004, tiene una *vacatio legis* de seis meses para su entrada en vigor.

- Principios propios.

1) Principio de flexibilidad procesal que engloba al de oportunidad

La Ley permite al Fiscal instructor aplicar el principio de oportunidad, más específico que el de flexibilidad, que engloba también el principio de discrecionalidad que tiene el órgano jurisdiccional a la hora de tomar decisiones procesales y de imponer la medida, de conformidad con la Regla 6.1 de Beijing. La Ley ofrece la posibilidad de que, en cualquier momento del proceso, el mismo pueda darse por concluido, otorgando para ello amplias facultades al Juez a fin de que derive el caso a instancias administrativas. Se instaura la suspensión del fallo por tiempo determinado y la posibilidad de modificación o revocación de las medidas.

2) Interés superior del menor, uno de los criterios rectores en la aplicación del principio de oportunidad

- Desde la perspectiva sustantiva:

El Equipo Técnico valorará el superior interés del menor con criterios técnicos y no formalistas. Son equipos de profesionales especializados en

el ámbito de las ciencias no jurídicas. El Equipo Técnico es concebido como pieza fundamental, con intervenciones relevantes y preceptivas, orientando acerca de la conveniencia de adoptar alguna de las medidas previstas en la presente Ley, la intervención socioeducativa sobre el menor, o la posibilidad de que se efectúe una actividad reparadora o de conciliación con la víctima, o considerar inadecuada la continuación del expediente por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados, o por el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos. No se trata de un informe pericial, tal y como es regulado en la LECrim (arts. 456 y ss.), pues no es un medio de prueba que pueda ser acordado de oficio por el Juez o instado por las partes, sino un requisito procesal inexorable que permite avanzar en el procedimiento, que no determina la postulación del Fiscal ni la resolución del Juez, pero sí ha de valorarse expresamente. El informe, que se remitirá inmediatamente al Juzgado de Menores y se dará copia al Letrado del menor, sólo puede ser elaborado por el equipo técnico competente, es decir, el compuesto por los profesionales pertenecientes a la Administración de Justicia y adscritos a los Juzgados de Menores, o por las entidades públicas o privadas que trabajen en el ámbito de la educación de menores y conozcan la situación del menor expedientado. En el procedimiento tienen cabida otros informes con consideración jurídica de prueba pericial al ser solicitada por las partes intervinientes.

– Desde la perspectiva procesal:

Se pretende conjugar los derechos e intereses educativos del menor mayor de catorce años con la protección de los intereses de la sociedad y con la satisfacción de las pretensiones civiles de los particulares.

Apoyadas en las Reglas Beijing, según las cuales la policía, el Ministerio Fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, y la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa 87 (20) de 17 de septiembre de 1987, para la Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado, la actuación discrecional del investigador, cuyo trasunto procesal es el principio de oportunidad reglada en el ejercicio de la acción, no constituye por ello un espacio reservado al libre decisionismo del instructor, sino que resulta del ejercicio de una potestad discrecional vinculada al logro de los objetivos de educación e inserción social del menor. La actuación tanto del Ministerio Fiscal como del órgano judicial ha de estar guiada por la acentuación del sentido pedagógico de la reparación extrajudicial y del predominio de la finalidad educativa y resocializadora del procedimiento de menores sobre la sancionado-

ra. Y la hora de tener que escoger la medida aplicable no se puede atender exclusivamente al criterio de gravedad del hecho, prevaleciendo siempre la prevención especial, salvo en supuestos de delitos de grave violencia (terrorismo, violación, homicidio, asesinato), donde se impone al órgano judicial el principio retributivo, fijándose de antemano en la norma un marco máximo y mínimo, de imposición y de cumplimiento de medidas privativas de libertad.

También se dan otras singularidades procesales. A ellas se refirió la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado diciendo que *«la materia de reforma de menores se edifica sobre principios que no son asimilables a las del Derecho o procesos penales, sin que quepa una traslación automática e indiscriminada de toda la filosofía y principios del Derecho y procesos penales a esta jurisdicción de menores»*.

También se refirió a las peculiaridades de los principios del procedimiento de menores la STC de 5 de abril de 1990, cuando afirmaba que la jurisdicción especializada de menores *«encuentra su desarrollo y proyección natural en la especialidad de las reglas que rigen los procedimientos que ante los mismos se siguen, en atención fundamentalmente a los intereses que le corresponde tutelar y proteger...»*, y que *«no todos los principios y garantías exigidas en los procesos contra adultos hayan de asegurarse aquí en los mismos términos»*; y a los principios del proceso penal de menores *la sentensia de 17 de marzo de 1995, donde el Pleno del TC*, al resolver sendas cuestiones de inconstitucionalidad contra algunos preceptos de la Ley Orgánica 4/1992, aparte de reproducir lo dicho en la sentencia anterior, declara que *no todas las garantías del proceso penal son mecánicamente aplicables a este proceso especial. que exige ciertas modulaciones tanto por la naturaleza de las medidas, que no pueden poseer un mero carácter represivo, sino que han de dictarse en el exclusivo interés del menor y estar orientadas hacia su efectiva reinserción, como por la especial protección del menor en el seno del proceso, que puede aconsejar la exclusión de garantías esenciales del proceso penal como en el caso de la publicidad del juicio oral*.

3) La problemática de la acusación particular y su incidencia en la aplicación del principio de oportunidad

Antes de la reforma del artículo 25 por Ley Orgánica 15/2003 en la Jurisdicción de Menores no existía la acción particular de los perjudicados por el hecho criminal. El perjudicado podía ejercitar la acción civil en pieza separada, pero *no cabe reconocerle el derecho a constituirse propiamente*

en parte acusadora con plenitud de derechos y cargas procesales. La Ley partía de la base de entender que no es conciliable con un proceso educativo la presencia activa del perjudicado en el expediente, tan sólo animada por propósitos vindicativos muy distantes del interés del menor. Pero en el caso de delitos graves cometidos por mayores de dieciséis años, se prevé un régimen de intervención del perjudicado en orden a salvaguardar el interés de la víctima en el esclarecimiento de los hechos y su enjuiciamiento sin contaminar el procedimiento propiamente educativo y sancionador del menor. Para ello, según se lee en el punto 8 *in fine* de la Exposición de Motivos de la Ley, *la Ley arbitra un amplio derecho de participación a las víctimas ofreciéndoles la oportunidad de intervenir en las actuaciones procesales proponiendo y practicando prueba, formulando conclusiones e interponiendo recursos.*

La Circular de la FGE, partiendo de que la acción penal sólo la tiene el Fiscal, añade que hay que entender que el perjudicado se incorpora al proceso en calidad de mero coadyuvante en el esclarecimiento de los hechos y de la participación del menor en el ejercicio de una legitimación procesal *sui generis*, dada su limitada capacidad de postulación y su carácter subordinado en relación con el Fiscal y, consiguientemente, respecto de las vicisitudes procesales que acompañen al genuino ejercicio del derecho de acción... Sólo en la medida en que el Fiscal sostiene el ejercicio de la acción pervive la legitimación del perjudicado... Respecto a la representación procesal del perjudicado, la Circular indica que «la Ley no establece reglas específicas de postulación procesal y, a diferencia de lo que prevé para la pieza separada de responsabilidad civil (art. 61.11.º), no hace excepción expresa del régimen general de postulación procesal previsto en la LECrim, por lo que hay que entender que el perjudicado no podrá personarse en la pieza principal si no está asistido de Abogado y representado por Procurador.

Con los antecedentes de la STC 157/2001, de 2 de julio, y ahora, de la STC 107/2004, de 28 de junio de 2004, que en el fallo decide plantear ante el Pleno del Tribunal la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 108, párrafo 2.º, de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, y artículo 127, párrafo 1.º, de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, preceptos que vedan la comparecencia en concepto de acusador particular y actor civil «cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación», y rechazando la necesidad de salvaguardar la disciplina y jerarquía de la institución militar, según la cual *no existe justificación razonable y objetiva que legitime constitucionalmente la exclusión en este supuesto del ejercicio de la acusación particular por el ofendido o víctima*

del delito, y que tal exclusión o prohibición vulnera el principio de igualdad en la Ley garantizado por el artículo 14 de la CE, y el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la Jurisdicción, ex artículo 24.1 de la CE, al impedir, con un resultado falto de proporcionalidad, el ejercicio de la acción penal o determinados miembros de la institución militar; y haciéndose eco de ciertas presiones y quejas de sectores sociales, se produce la reforma del artículo 25 de la LORPM que alteran los principios procesales de la Ley. De hecho, la reforma supone ir en contra del espíritu de la Ley 5/2000 expresado en su exposición de motivos.

Se nos plantean los siguientes problemas:

– Hay que esperar a que se abra expediente. El acusador particular **no podrá personarse en fase de diligencias preliminares**, pues en esa fase el Juez de menores no tiene intervención alguna en el procedimiento, ni siquiera tiene constancia del mismo. Ello lleva a otra conclusión de mayor calado; por un lado, la facultad del fiscal de archivar la denuncia reconocida en el artículo 16 de la LORPM cuando los hechos no constituyan delito o no tengan autor conocido se va a aplicar antes de que el perjudicado pueda personarse como acusador particular; por otro lado, la facultad del Fiscal de desistir de la incoación del expediente conforme al artículo 18 de la LORPM podrá ejercitarse sin posibilidad en tal caso de intervención alguna por parte del ofendido. No cabrá, pues, recurso del ofendido en la jurisdicción de menores contra tal resolución. En todo caso, como se prevé en el artículo 16.2, en concordancia con el artículo 773 de la LECrim y 5 de la EOMF, la resolución recaída sobre la denuncia deberá notificarse a quienes hubieran formulado la misma. Estos decretos de archivo de diligencias no producen efecto de cosa juzgada (de esta opinión es, también, José Miguel de la Rosa Cortina, Actualidad Aranzadi, 22 de abril de 2004). Recordemos que la jurisprudencia constitucional ha establecido una distinción fundamental entre el acceso a la justicia, como elemento esencial del contenido de la tutela judicial (el derecho a poder dirigirse a un Juez en busca de protección para hacer valer el derecho de cada cual tiene naturaleza constitucional por nacer directamente de la propia CE), y el derecho a que se revise la respuesta judicial, que es un derecho cuya configuración se defiende a las leyes (ATC 207/1998, de 30 de septiembre). Si se trata de un acceso a la jurisdicción y no de un acceso a los recursos, el control (de los Tribunales ordinarios y del TC) necesariamente habrá de ser más intenso en cuanto a la apreciación del rigor y proporcionalidad de la decisión de inadmisión.

– La admisión de la personación. Con esta reforma se permite personarse en el procedimiento como acusadores particulares a cualquier perso-

na directamente ofendida por el delito, por sí o por sus representantes legales, pero ha de hacerlo no ante el instructor del expediente, sino ante el Juzgado de Menores, que es el que, una vez admitido, dará traslado de la misma (de todas las actuaciones sustanciadas, dice textualmente el precepto) y se le permitirá intervenir en todos los trámites en defensa de sus intereses, pese a ser una decisión más propia de instructor que del Juez de garantías, que en cualquier caso va a controlar por vía de recurso la decisión del Fiscal instructor.

- La interpretación literal del término «delito». El legislador penal cuando se refiere últimamente a delito lo hace en sentido estricto, excluyendo tanto a las infracciones graves como a las leves, aunque ello suponga en este caso no seguir una interpretación «*pro actione*». Por eso cabe la personación como acusación particular al Juzgado de Menores sólo cuando el expediente se tramite por delito y **no por falta**.

- Para el cómputo de plazos aplicamos supletoriamente la normativa de la LECrim (Sumario), y concedemos cinco días para la presentación de escrito de alegaciones de cualquier acusación particular.

- Desaparece el monopolio en el ejercicio del *ius puniendi* en materia de menores por el Ministerio Fiscal.

- No se establece en la reforma cómo compatibilizar el ejercicio del principio de oportunidad reglada por el Ministerio Fiscal con la pretensión sancionadora-educativa de la acusación particular.

- No existen límites legales a la petición de prueba... salvo en lo referente a la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor [art. 25 d)]. En este aspecto se protege la intimidad del menor, de su imagen y la de su familia. Lo que sí podrá es interrogar contradictoriamente al miembro del equipo técnico que informe en la vista sobre estas circunstancias personales y familiares y sobre propuestas de imposición de medidas.

4) **La celeridad en la tramitación y la brevedad de plazos**

Se busca la inmediación, la agilidad y la celeridad, tal como señalan la indicación cuarta de la Recomendación número (87) 20 del Consejo de Europa (que habla de asegurar una justicia de menores más rápida, evitando retrasos excesivos para que ella pueda tener una acción educativa eficaz), y la regla 20 de Beijing (todos los casos se tramitarán desde el comienzo de manera expedita y sin demoras innecesarias). Si la incidencia en la toma de decisiones es muy relevante, e incide indirectamente, de la

«diversión» o «diversificación», o «derivación», cuando así es informado por el ET.

III. FUNCIONES DE CONTROL DEL ORGANO JUDICIAL DE MENORES SOBRE EL EJERCICIO DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD POR EL MINISTERIO FISCAL

La labor de control judicial del ejercicio del principio de oportunidad por el Ministerio Fiscal es trascendental en cada una de las competencias:

- Control de legalidad ordinaria, de oficio o a instancia de parte, por vía de recurso.
- Control de garantías de derechos fundamentales sobre la instrucción del Fiscal, también de oficio, a petición del Fiscal o a instancia de parte a través de los recursos.
- Control de su ejercicio en el enjuiciamiento y fallo de hechos de naturaleza penal, cuando haya oposición con los criterios más intervencionistas sostenidos por la acusación particular.
- Control durante la ejecución de las medidas sancionadoras educativas, resolviendo sobre las peticiones de reducción, modificación o extinción.
- Determinar, en su caso, las responsabilidades civiles derivadas **del ilícito penal** que haya sido declarado como tal previamente por él. En virtud del artículo 61 de la LORPM, la responsabilidad solidaria con el menor de los padres, tutores o guardadores legales o de hecho, por este orden, de los daños y perjuicios causados puede ser moderada por el Juez según los casos, cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia graves. Con posterioridad analizaremos los problemas que plantea el ejercicio de la acción civil en este procedimiento sin que se dicte sentencia penal (**responsabilidad civil derivada de ilícito civil**).

1. Hay decisiones tomadas por el Fiscal instructor que no pasan por control judicial

a) Decreto que ordena el archivo de las Diligencias Preliminares (art. 16).

Dice el artículo 16 que el Fiscal admitirá o no a trámite la denuncia, según que los hechos sean **indiciariamente** constitutivos de delito...

En principio, el Fiscal no puede hacer «juicio de suficiencia» sobre la *notitia criminis* y archivar directamente las Diligencias Preliminares. La Circular 1/2000 rechaza de forma explícita (con expresiones como *toda denuncia o atestado motivará la incoación de las correspondientes Diligencias Preparatorias*, o como *recibida por cualquier vía la notitia criminis se incoará en todo caso Diligencias Preparatorias*) la posibilidad de que el Fiscal instructor dicte acuerdos de no admisión a trámite de la denuncia, sobre la base de un «juicio de suficiencia» de la *notitia criminis*.

Esta posibilidad sí se contempla para el Juez de Instrucción en otros preceptos procesales, como el artículo 24 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado de 1995, en donde se habla de *previa valoración de su verosimilitud*, o el artículo 269 de la LECrim, de *manifiestamente falso*, concepto este que según la Circular número 4/1995 de la FGE se considera menos amplio que lo «*inverosímil*».

Por tanto, en principio, si hay denuncia contra un menor, el Fiscal tiene que abrir Diligencias Preliminares. Y admitida a trámite la denuncia, procederá su archivo por atipicidad de los hechos, por prescripción, por cosa juzgada o porque no haya autor conocido y no existan datos que permitan llegar a su conocimiento.

Contra el Decreto de archivo no cabe recurso ni, por tanto, control judicial (Circular 1/2000).

Tratándose de Diligencias de investigación penal tramitadas en Fiscalía, el artículo 785 bis prevé que el perjudicado pueda reiterar su denuncia ante la autoridad judicial. En este sentido, el ATC 219/1984, de 4 de abril, y ATS, de 20 diciembre de 1990, rechazaron la posibilidad de revisar, tanto constitucionalmente como judicialmente, las decisiones del Fiscal de no ejercer acciones penales, si bien en ambos autos se hacía referencia a otros argumentos, a la posibilidad de ejercicio de la acción por el propio perjudicado al no ostentar el monopolio de la misma el Ministerio Fiscal. En este sentido se pronunció la Consulta 2/1995, de 19 de abril, de la Fiscalía General del Estado.

Por el contrario, si el Fiscal decide archivar las Diligencias Preliminares de la LORPM, el perjudicado no cuenta con ninguna alternativa distinta al recurso —que ahora se niega— para obtener la actuación del Juez de Menores; es decir, no puede ejercer por sí mismo la acción ni reiterar su denuncia ante el Juez de Menores. El Fiscal ostenta, en ese momento procedimental, el monopolio del ejercicio de acciones de reforma en el procedimiento de la LORPM. Esto es visto por parte de la doctrina (no poder ejercer por sí mismo la acción ni reiterar su denuncia ante el Juez de Menores) como muestra del desamparo en que se encuentran las víctimas en la regulación

prevenida en la Ley de Menores, quebrándose el principio de que el que instruye no debe juzgar y el que acusa no debe instruir, y vulnerándose el principio de igualdad de armas.

Cándido Conde Pumpido (EMF 5.2002, p. 1024) escribe: *En el caso español es claro que la situación descrita en la Circular vulnera el derecho a la Tutela Judicial Efectiva de las víctimas de estos delitos al impedirles de modo absoluto el acceso a los Tribunales de Justicia para obtener de ellos una respuesta motivada a sus pretensiones. Naturalmente que en el proceso penal ordinario las decisiones del Ministerio Fiscal, que constituye una parte del proceso, no son recurribles. Pero el problema no es el mismo cuando a dicho Ministerio no solamente se le atribuye en exclusiva el ejercicio de la acción penal, como única parte acusadora, sino que también se le atribuye la función de instruir; pues en tal caso sus decisiones se transforman en resoluciones que causan estado en la causa, afectan de modo directo a los derechos e intereses de las víctimas o de los supuestos responsables y la irrecurribilidad absoluta se transforma en fuente de indefensión e incluso de posible arbitrariedad. Ello se traduce en la práctica en la imposibilidad para los afectados de acceder a los Tribunales de Justicia con riesgo de vulneración de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.*

También Ornosá Fernández [«Derecho Penal de Menores» 2001, p. 3641, se muestra crítica con la irrecurribilidad de las resoluciones del Ministerio Fiscal como instructor, señalando que «entiendo que al haberse otorgado al Ministerio Fiscal la instrucción de las actuaciones en un procedimiento es preciso que este órgano asuma las reglas de juego en el proceso y que sus decisiones tengan que ser objeto de impugnación por algún medio si no se quiere provocar a las partes una evidente indefensión».

Lógicamente, la irrecurribilidad se proclama sin perjuicio de la posibilidad de exigencia de responsabilidad disciplinaria del Fiscal en casos de decisiones absolutamente contrarias a los deberes inherentes al Ministerio Público, e inclusive a la exigencia de responsabilidades civiles o penales en sus respectivos casos.

b) Decreto de desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar (art 18).

La Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado contiene una precisa definición de cómo debe actuar el Ministerio Fiscal en los supuestos contemplados en el artículo 18: *La actuación discrecional del investigador, cuyo trasunto procesal es el principio de oportunidad reglada en el ejercicio de la acción, no constituye un espacio reservado al libre decisionismo del instructor, sino que resulta del ejercicio de una potestad discrecional*

vinculada al logro de los objetivos de educación e inserción social del menor que informan el texto de la Ley.

Nosotros entendemos que el desistimiento es una declaración de voluntad institucional por la cual el Fiscal abandona la pretensión de imposición de medidas contra la que no cabe revisión judicial.

Según García Ingelmo (EMF VI 2000, p. 432) es la manifestación más radical del ejercicio del principio de oportunidad por el Fiscal, en la medida en que el procedimiento aún no se ha «judicializado», y el que concluya depende tan sólo de un juicio de valor del Fiscal instructor, siempre dentro de los presupuestos legales establecidos en dicho artículo, pero sin que tal valoración aparezca supeditada a una conducta del menor o a una propuesta del ET.

El desistimiento se producirá cuando no exista necesidad concreta de imposición de medida, los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas, y el menor no haya cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza, con traslado a la entidad pública de lo actuado y sin perjuicio de la tramitación de la correspondiente pieza de responsabilidad civil.

Para que el Fiscal motive su decisión y la ajuste a la legalidad, ha de tener un mínimo conocimiento de la situación personal y familiar del menor, que normalmente provendrá de la información aportada por la familia del menor o por el propio menor, lo cual precisará que en algunos supuestos se le tome declaración en Fiscalía con información de las garantías del artículo 118 de la LECrim, y que sólo a estos efectos informe el Equipo Técnico, lo cual no está expresamente previsto en la Ley.

Se debe actuar de esta manera cuando la culpabilidad del menor es escasa y no existe ningún interés público en la prevención del hecho delictivo concreto.

La decisión del Fiscal de decretar o no el desistimiento puede quedar a la espera del resultado de los compromisos que tenga que adquirir con la familia del menor no sólo en el ámbito de la responsabilidad civil, sino también en el campo de tratamiento de desintoxicación, psicoterapéutico o médico que siga o deba seguir el menor.

2. Decretos del Fiscal instructor que controla el Juez de Menores como Juez de legalidad ordinaria, el uso del principio de oportunidad (art. 19)

a) Cuando, abierto expediente por el Fiscal y dictado Decreto de desistimiento por conciliación o reparación entre el menor y la víctima,

no accede a acordar el sobreseimiento del expediente solicitado, cuando no concurren los requisitos legales, siempre que no se dé una iniciativa acusatoria del Juzgado, y con atención de la petición en su caso de la acusación particular.

b) Cuando deniega la petición del Fiscal de sobreseimiento del expediente por petición del Ministerio Fiscal con o sin oposición de la acusación particular, sobre la base de descartar cualquier atisbo de *juicio de imputación positivo en el Juzgado de Menores*.

3. El tratamiento por los artículos 18 y 19 de la acción civil y control del Juzgado

Para nosotros, el desistimiento es una declaración de voluntad institucional por la cual el Fiscal abandona la pretensión de imposición de medidas, y para que se pueda abrir pieza de responsabilidad civil se requerirá que en la resolución del Fiscal se declare la existencia de una concreta infracción penal de la que se deriven responsabilidades civiles, con fijación de hechos, que se valore la suficiencia de la corrección del menor en el ámbito educativo y familiar, y que exista previo reconocimiento expreso y firmado del menor de la participación en los hechos en calidad de autor o cómplice, y de su responsabilidad por el acto concreto que motiva la intervención del Fiscal, acompañado también de firma de letrado, dada la naturaleza penal del reconocimiento. Sólo con estas condiciones, una vez tramitada la pieza de responsabilidad civil, el Magistrado de Menores podría pronunciarse en sentencia civil sobre las consecuencias civiles de los hechos delictivos (en sentido amplio, esto es, delito o falta), incluso desestimar la demanda si considera que estos hechos no constituyen infracción penal, sino mero ilícito civil. Sin reconocimiento del hecho por el menor, sin la calificación penal del mismo por el Fiscal y sin firma del documento por un letrado no pueden reconocerse consecuencias civiles exigibles ante la Jurisdicción de menores, a menos que vulneremos esta garantía jurisdiccional y con los derechos fundamentales del menor al que el Fiscal imputa la autoría de un hecho delictivo.

4. El control judicial del ejercicio del principio de oportunidad en la petición de sobreseimiento del artículo 27 de la LORPM

El Equipo Técnico valorará el superior interés del menor con criterios técnicos y no formalistas. Son equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas. El Equipo Técnico es concebido

como pieza fundamental, con intervenciones relevantes y preceptivas, orientando acerca de la conveniencia de adoptar alguna de las medidas previstas en la presente Ley, la intervención socioeducativa sobre el menor, o la posibilidad de que se efectúe una actividad reparadora o de conciliación con la víctima, o considerar inadecuada la continuación del expediente por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados, o por el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos. No se trata de un informe pericial, tal y como es regulado en la LECrim (arts. 456 y ss.), pues no es un medio de prueba que pueda ser acordado de oficio por el Juez o instado por las partes, sino un requisito procesal inexorable que permite avanzar en el procedimiento, que no determina la postulación del Fiscal ni la resolución del Juez, pero sí ha de valorarse expresamente.

El Reglamento dedica su artículo 4 a la «actuación del equipo técnico y el artículo 5 al modo de llevar acabo las soluciones extrajudiciales.

5. Escritos de conformidad conjuntos, con firma de menor, abogado y, en su caso, representante legal, junto con la del Ministerio Fiscal, cuando los requisitos o los límites legales no nos permiten utilizar para todos los hechos el principio de oportunidad

Gracias al principio de flexibilidad se pueden lograr muchos escritos de conformidad en Fiscalía, incluso después de la toma de declaración al menor como imputado, si reconoce el hecho y acepta la medida que se le propone. En muchas ocasiones el escrito firmado por todas las partes es presentado en el Juzgado, que ese mismo día dicta sentencia de conformidad. Con ello se evitan realizar citaciones innecesarias a testigos (y a las partes) a juicio, lo cual no deja de atender también a los intereses sociales.

6. El ejercicio de la acción penal en los supuestos previstos en el artículo 191 del CP (delitos contra la libertad e indemnidad sexuales)

Con problemas específicos cuando de un menor de edad se trata, cuyo estudio específico no puede ser abarcado por no ser materia propia de este trabajo.

IV. POSIBLES APORTACIONES A LA FUTURA REFORMA DE LA LEcrim TRAS LA EXPERIENCIA DE DOCE AÑOS DE VIGENCIA DE LA JURISDICCIÓN DE MENORES

– La experiencia procesal es muy positiva. No se ha levantado ninguna voz autorizada que se haya mostrado manifiestamente descontenta con la labor que el Ministerio Fiscal lleva realizando como instructor de las causas penales de menores. En ningún momento se ha recordado al MF como órgano dependiente del Ejecutivo y no como una institución inserta en el Poder Judicial.

– Podemos afirmar que con la creación de las Secciones de Menores en las Secretarías de Fiscalía se ha racionalizado el trabajo, hemos modernizado la institución y mejorado ostensiblemente en la calidad del servicio y en la atención personal y profesional que directa o indirectamente prestamos diariamente a los ciudadanos.

– Hay que dejar bien claro que en ningún caso el principio de oportunidad en menores se ha utilizado ni se puede utilizar como «alternativa» de política criminal, a modo de vía parcial de desjudicialización, en la que el Estado renuncia a un proceso formal en «delitos bagatela o de mediada criminalidad» y a la imposición de sanciones (medidas) penales. Cualquier decisión de esta índole pasa previamente por entrar a valorar previamente el «interés superior del menor».

– La no apertura de expediente por el Fiscal, o la terminación informal del expediente por el Juez de Menores, unido o no a un cumplimiento de medidas alternativas a las sancionadoras en sentencia penal propuestas por el Equipo Técnico y asumidas por el MF, tiene *su fundamento en el interés superior del menor* interpretado conforme a los criterios ya señalados específicos de esta Jurisdicción. Esta diversión posibilita, como ya hemos dicho, la conclusión del procedimiento por el Fiscal (Diligencias Preliminares) o del expediente por el Juez, *sin fallo de culpabilidad y sin imposición de medidas, pero sí de control de legalidad*. El que no se produzca fallo de culpabilidad no implica que el menor no tenga que partir del reconocimiento básico de los hechos.

– En caso de desacuerdo del que se sienta perjudicado y no se le haya permitido personarse en Fiscalía, en las Diligencias archivadas, queda abierta la vía disciplinaria, tan eficaz como la vía judicial.

– La centralización de la información en Fiscalía de Menores de los delitos y faltas en los que presuntamente se hayan implicados menores de edad cometidos en cualquier parte de la provincia, remitida diariamente (atestados, denuncias y testimonios de órganos judiciales y de organismos

públicos), facilita extraordinariamente el inmediato seguimiento del menor incurso en conductas antisociales.

– En mayores, el Fiscal investiga poco y además no puede modificar demasiado el resultado de la investigación policial practicada. No es frecuente que el MF tome la determinación de formular acusación o de solicitar sobreseimiento con fundamento en la actividad probatoria por él determinada, controlada y conducida bajo su vigilancia, sino más bien, se apoya en lo que resulta de las conclusiones definitivas de las investigaciones policiales (judiciales), en las que apenas pudo ejercer influencia alguna. En menores, la investigación directa por el Fiscal, aparte de asegurar el conocimiento de la prueba sobre la que sustentar la acusación, permite lograr numerosas conformidades, ganando en eficacia y evitando numerosas molestias a los testigos, peritos, etc.

Además de estas consideraciones, el legislador de mayores puede orientar la reforma:

A) A promover la resocialización de los pequeños delincuentes ocasionales con la anticipación de las medidas sustitutivas de la pena –suspensión condicional, «*probation*»– a la fase inicial del proceso. A obtener la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación, a cuyo cumplimiento efectivo queda condicionado el sobreseimiento por razones de oportunidad.

B) Y a una economía procesal, eliminando procesos inútiles, por falta de eficacia práctica de su pronunciamiento, en beneficio de una mayor atención a los procesos por hechos socialmente trascendentales. En definitiva, dirigir el esfuerzo procesal hacia la persecución de aquellos hechos en los que existe un verdadero interés social de punición y excluyendo en cambio los que carecen de significado social («bagatelas penales») y para cuya punición no existe un interés público serio, careciendo en ellos la pena de sentido.

Nos espera contemplar la realización de un tremendo esfuerzo legislativo que modifique órganos, procedimientos, competencias, oficinas y dependencias.

LA FASE PREVIA DEL PROCESO PENAL. ACOTACIONES DE DERECHO COMPARADO

JESÚS BERNAL VALLS

Fiscal Jefe de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1. El proceso penal ha experimentado en los últimos tiempos profundas reformas propiciadas en buena medida por la jurisprudencia constitucional allí donde está implantada y, en todo caso, al menos en el ámbito europeo, por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Humanización de la Justicia, el desarrollo de la criminalidad, especialmente la aparición del crimen organizado, la presión de la opinión pública demandando seguridad son otros factores externos que han impulsado el movimiento reformista hacia un tipo de proceso penal, moderno, actual, en que se logre el equilibrio entre el interés de la sociedad, que busca la eficacia de la ley penal y el interés del individuo cifrado en el reconocimiento de su dignidad y en el respeto de sus derechos fundamentales.

Uno de los ejes de la reforma ha sido la penetración de los derechos fundamentales en el ámbito del proceso, buscando, como apuntó Tiedeman, armonizar los derechos humanos con la exigencia de una justicia eficaz. El proceso penal y los derechos de la persona inculpada están en una permanente relación de tensión. El hecho mismo del proceso, como también su duración, y, sobre todo, la circunstancia de que determinadas actuaciones inciden directamente en los derechos fundamentales expresan la naturaleza de esa relación. Hasta tal punto que se ha dicho con razón que el proceso penal ha de ser juzgado según el principio de la buena justicia expresado en el estándar de los derechos humanos. En ese sentido, el pensamiento actual parte de la afirmación de que la persona no puede ser considerada como mero objeto del proceso, sino como sujeto portador de una dignidad y de unos derechos que han de ser respetados tutelados en todo caso.

Esta penetración de los derechos fundamentales en el ámbito del proceso da razón del hecho constatado de que en la actualidad los diversos sistemas penales aparezcan fuertemente mezclados hasta el punto de que es cuestionable la utilidad de enjuiciar cada particular tipo de proceso únicamente conforme a los clásicos esquemas –proceso inquisitivo– proceso acusatorio. Y es que no solamente aparecen elementos inquisitivos en sistemas tradicionalmente considerados como básicamente acusatorios, sino que se ha consagrado prácticamente la radical separación entre la instrucción previa y el juicio dando a esta fase, atribuida a un Tribunal independiente e imparcial, el carácter central del proceso penal configurado conforme al concepto de proceso entre partes iguales, *adversary process*, si bien, en algunos sistemas, con ciertas modulaciones como la libertad del Tribunal de aportar elementos probatorios

Plasmado el movimiento de reforma en el Derecho positivo, el resultado es, como señaló Gimeno Sendra, la aparición de una nueva concepción del proceso. A su natural fin de actuar el derecho estatal de sancionar la infracción de la ley penal, el proceso penal persigue también el restablecimiento del derecho a la libertad del inocente, la reinserción social del imputado y la pronta reparación de la víctima. A estos últimos fines, por ejemplo, obedecen los instrumentos procesales de composición y mediación que están prácticamente presentes en todos los sistemas.

2. Como se ha señalado, el proceso penal moderno se sustenta en una nítida separación entre la investigación o instrucción previa y el juicio. En términos de Derecho positivo comparado se presenta esta fase con caracteres que la definen con dispar naturaleza: Fase preprocesal que no forma parte del proceso o fase preliminar integrada en el proceso. En todo caso, se observa una debilitación de los derechos de defensa en esta fase y, principalmente, rasgos significativos que proclaman su carácter inquisitivo

Pero cualquiera que sea su naturaleza, sobre la base de la estructura dual del proceso: Separación de la investigación y del juicio, dos notas son comunes a todos los sistemas: La formalización o precisa regulación legal de la fase previa determinando sus órganos o sujetos, sus fines y contenido, y la institucionalización de un control netamente judicial o jurisdiccional de la investigación tanto en su desarrollo como, especialmente, en su conclusión.

En lo que respecta a los órganos de la investigación, cuya importancia para una mejor realización de la justicia penal es lugar común, la línea general es la atribución de la dirección y control de la investigación a un órgano estatal, básicamente al Ministerio Público asistido de la Policía, cuyas funciones son altamente potenciadas y al que, en algunos sistemas, se le da el estatus de autoridad judicial o se le considera órgano de la Admi-

nistración de Justicia, caracterización que constituye el fundamento de la obligación que se le impone de actuar con imparcialidad y objetividad. La potenciación del Ministerio Fiscal no empece a su sujeción a un control judicial externo, consecuencia del principio de equilibrio de poderes y de la exigencia de garantizar los derechos procesales constitucionales del encausado, así como de la práctica desaparición del Juez instructor, típico elemento del denominado modelo o sistema mixto y como tal objeto de generalizada crítica.

3. En cierto modo, nuestro sistema de enjuiciamiento no ha sido ajeno a este movimiento de reforma y de modernización. Cabe decir que, en lo esencial, en su estructura y principios el proceso penal regulado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal se ajusta a las notas que caracterizan la nueva concepción del proceso. Es, sin duda, un proceso garantista, respetuoso de los derechos procesales, parangonable en ese aspecto con los sistemas vigentes de nuestro ámbito.

Una sustancial diferencia, sin embargo, cabe advertir. No es otra que el mantenimiento de la instrucción judicial. Apuntaba Gimeno Sendra que en el procedimiento abreviado (se refería al procedimiento vigente en 1993), el Ministerio Fiscal asumía funciones instructoras en cuanto estaba autorizado a practicar la totalidad de los actos de instrucción que no incidían en el ejercicio de los derechos fundamentales, si bien reconocía que esa posibilidad era más teórica que real cuanto más porque le estaba prohibida una «investigación preliminar a la del Juez».

No nos corresponde en este momento analizar si nuestro sistema admite, aun en forma limitada, una fase preliminar a cargo del Fiscal como elemento del procedimiento penal, posición que con importantes modulaciones han sostenido Crespo y Valero Oltra. Es cierto que la cuestión de la desaparición de la instrucción judicial y la configuración de la fase previa como función del Ministerio Fiscal ha sido y es materia sometida a discusión. No es impertinente, por ello, que se acuda al Derecho comparado para aportar un elemento más de reflexión. Tal es el objeto de estas líneas que sobre la base del examen de los textos legales y valiosas aportaciones doctrinales se limita a una exposición sucinta de algunos de los sistemas más próximos o más influyentes. En concreto me referiré a la regulación de la fase preliminar en el proceso ordinario vigente en los sistemas italiano, portugués, alemán y francés. Referencia sucinta al procedimiento del Tribunal Penal Internacional entiendo también conveniente como ejemplo de unas propuestas de síntesis entre los sistemas del *common law* y de los países nórdicos y los demás sistemas continentales.

II. LA FASE PRELIMINAR EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL ITALIANO

Fruto de un amplio consenso sobre la necesidad de la reforma y, especialmente, sobre las líneas generales de la misma —cabe recordar la propuesta de Carnelutti (1963) sobre la atribución al Ministerio Fiscal de una encuesta preliminar—, el procedimiento penal se inicia por una fase previa que no tiene naturaleza procesal, es una fase preprocesal, de carácter necesaria, corolario de la desaparición de la instrucción judicial. Son las investigaciones preliminares (*indagini preliminari*) del Ministerio Público al que se otorga el estatus de magistrado y, en consecuencia, se le califica como autoridad judicial.

1. La investigación preliminar.

El Código califica la investigación preliminar como «procedimiento», reservando el término de proceso para la fase que comienza con la definitiva formulación de la acusación, momento al que se anuda la condición de imputado y determina la plenitud del derecho de defensa. No obstante, se dispone que los derechos y garantías del imputado se extiende también a la persona sujeta a la investigación; derechos y garantías, plenas si está privado de libertad pero limitados en la investigación: Por ejemplo, sólo respecto de actos de investigación concretamente delimitados, la persona investigada tiene derecho a la asistencia de Abogado.

2. Órganos de la investigación son el Ministerio Fiscal y la Policía judicial. La dirección de la investigación es del Ministerio Fiscal auxiliado por la Policía Judicial.

3. Iniciación de la investigación.

Rige el principio de legalidad en el sentido de que es obligatorio la apertura de la indagación preliminar ante la noticia de un hecho de apariencia delictiva. La noticia del delito ha de ser objeto de una inscripción en el Registro especial a cargo del Ministerio Fiscal que igualmente está obligado a inscribir en el mismo registro el nombre de la persona a que se atribuya el hecho delictivo, al comienzo de la investigación o cuando aparezca identificado como sospechoso. Como la investigación es secreta, está prohibida comunicar la inscripción hasta el momento en que se formule acusación.

La Policía judicial puede realizar por propia iniciativa todas las actuaciones para acreditar la infracción pero está obligada a comunicar al MF la iniciación de la investigación y de darle traslado de todo lo actuado.

4. La investigación preliminar tiene como finalidad acreditar lo necesario para las «determinaciones inherentes al ejercicio de la acción penal». En otros términos, determinar si el hecho se ha cometido y las personas responsables, buscar, reunir y aportar elementos del delito y pruebas. Durante su curso pueden adoptarse medidas restrictivas y privativas de libertad. Forma parte de esta fase el incidente probatorio, regido plenamente por el principio de contradicción y atribuido al Juez cuya finalidad es preconstituir ciertas pruebas válidas para el juicio.

Tiene marcados rasgos inquisitivos: Escritura y secreto. Se reconoce, no obstante, un limitado principio de contradicción y de defensa. La ley estatuye en ese sentido la necesaria presencia de Abogado para determinados actos (obligación de aviso previo); la posibilidad de asistir a los actos que no precisan de previo aviso; la asistencia al interrogatorio del indagado detenido; la noticia de los motivos de la investigación cuando aparezca como sospechosa una persona ya identificada

El contenido de la investigación preliminar viene detalladamente regulado. Sobre la base de la distinción entre medios de prueba –reservados para el juicio– y medios de búsqueda de la prueba, los actos caracterizados como medios de búsqueda constituyen el núcleo de la investigación preliminar. Son, en rigor, lo que podría calificarse como fuentes de prueba o elementos preexistentes a la investigación. Vienen a ser coincidentes con los medios de prueba pero se diferencian tanto en su valor relativo –sólo para la investigación– como en los sujetos que los ordenan y practican.

El Fiscal, como autoridad judicial y mediante decreto motivado puede practicar por sí –la delegación en la Policía judicial de determinados actos está limitada– diligencias de búsqueda y recogida de pruebas, como son inspecciones, registros personales y domiciliarios, secuestros, declaraciones de testigos, interrogatorio de las personas sometidas a investigación si no están detenidas; informes de consultores; interceptación de correspondencia. Para determinados actos es precisa la autorización judicial previa. Para disponer interceptaciones telefónicas salvo en los casos de urgencia o grave peligro para la investigación pero sometida a posterior convalidación posterior del Juez de la indagación preliminar; pericias; internamiento salvo razones de urgencia.

La Policía judicial está habilitada para llevar a cabo los actos necesarios y urgentes para asegurar las fuentes de la prueba. El Código señala, además, qué actuaciones específicamente corresponden a aquélla:

a) Debe notificar al MP en un plazo determinado, los datos y fuentes de prueba recogidos y las actuaciones realizadas.

b) Recoge todos los elementos útiles para la reconstrucción del hecho y la identificación de las personas responsables (cuerpo del delito; huellas; identificación de personas –dactilares, fotos, antropometría–; puede recibir la declaración espontánea del sospechoso, pero no es utilizable como prueba).

c) En delitos flagrantes o de evasión puede acordar por razones de urgencia registros de personas y de lugares, que han de ser convalidados por el Ministerio Fiscal, y retener la correspondencia

5. Los actos de investigación no tienen eficacia probatoria. Si tienen ese carácter los actos de investigación no susceptibles de reiteración (*atti irreperibili*), y los actos realizados en el incidente probatorio; el cuerpo del delito y los objetos relacionados con el mismo, en cuanto se incorporan al «dossier» que sirve para la vista del juicio.

El «dossier» del Ministerio Fiscal (doble dossier) puede en ciertos casos ser utilizado en el juicio («lecturas-adquisiciones»: Las declaraciones de la persona sometida a investigación y de otras personas pueden ser utilizadas como contraste con las hechas en el juicio).

La investigación preliminar es, por otra parte, la base de la decisión del Juez sobre las peticiones del MF: Archivo o envío a juicio.

6. Conclusión de la investigación.

Realizados todos los actos de investigación el Ministerio Fiscal puede solicitar del Juez de la investigación el archivo o el envío a juicio. La petición se resuelve en una audiencia preliminar con intervención del Fiscal, del Abogado del acusado –eventualmente de la parte civil– y el debate se desarrolla sobre la base de los resultados de la investigación: El Juez puede disponer una información suplementaria.

- Falta de fundamento de la noticia.
- Falta de condición de procedibilidad.
- Causa de extinción del delito.
- Hecho no delito.
- Autor desconocido.

El ofendido por el delito puede oponerse a la petición de archivo, si bien en su escrito de oposición ha de determinar el objeto de la investigación que pretende y precisar los elementos de prueba que quiere se practiquen.

En relación con la petición de archivo, la decisión del Juez puede ser: Confirmar el archivo; indicar la necesidad de ulteriores investigaciones; ordenar al Ministerio Fiscal que formule imputación.

En todo caso, el Procurador general ante la Corte de apelación puede avocar la investigación cuando en el plazo fijado para su duración el Fiscal no ejercita la acción o no solicita el archivo de las actuaciones. Al Procurador general debe notificársele, caso de desestimación de la petición de archivo, la fijación de la audiencia preliminar.

La petición de envío a juicio representa la formulación de una acusación formal sobre la que se ejerce un control judicial. Examinada la petición del Fiscal el Juez decide si sobresee el procedimiento o procede el envío a juicio.

7. Duración de la investigación preliminar.

Por regla general la duración máxima son dieciocho meses, susceptible de prórrogas autorizadas por el Juez. En determinados casos el plazo es de dos años.

A partir de la inscripción del nombre de la persona sometida a investigación el plazo para pedir el envío a juicio es de seis meses.

Cuando transcurre el plazo (o sus prórrogas) sin que se haya pedido el archivo o el envío a juicio, lo actuado en la investigación ya no puede ser utilizado.

8. Control judicial.

Corresponde al Juez de las indagaciones preliminares y lo ejerce en distintos momentos:

a) En relación con la adopción de medidas restrictivas de derechos, en particular, la privación de libertad y la interceptación de comunicaciones. Controla igualmente la duración de la investigación.

b) Autoriza la práctica de pruebas anticipadas en un incidente probatorio con audiencia de las partes pero sin publicidad general. Se trata de pruebas tasadas: Testigos, reconocimiento personal de la persona contra la que se dirige la investigación; pericias que serán utilizables en el juicio siempre que el imputado y su defensor hayan intervenido en su práctica.

c) Decide sobre la investigación en los términos antes indicados.

III. LA FASE PRELIMINAR EN EL SISTEMA PORTUGUÉS

Está representada por el procedimiento de investigación (*inquérito*) que constituye en palabras de la Exposición de Motivos del Código la fase general y normal de preparar la decisión de formular o de no formular acusación. Mantiene una instrucción judicial, de carácter contradictorio y de debate oral. Pero la instrucción judicial, competencia del Juez de Instrucción es facultativa: Tendrá lugar a solicitud del inculcado y dirigida en este caso a invalidar la decisión de acusar o por el asistente cuando no se formule acusación.

La investigación preliminar es secreta y obligatoria en el sentido de que no cabe abrir juicio sin el previo procedimiento de investigación: nulidad absoluta.

1. Iniciación.

Rige el principio de legalidad: El Ministerio Fiscal está obligado a iniciar el procedimiento de investigación cuando tiene noticia del delito recibe una denuncia. En los delitos semipúblicos y en los delitos privados es precisa la previa denuncia o petición de acusación, pero en estos casos puede el Fiscal proceder a la apertura de investigación si existe un interés público o lo exige, según su criterio, el interés de la víctima.

La dirección de la investigación se atribuye al Ministerio Fiscal a cuyas órdenes actúa la Policía criminal. El Fiscal dirige la investigación pudiendo delegar en la policía la práctica de la investigación. El Fiscal es Autoridad judicial, colaborador del tribunal en la búsqueda de la verdad y en la realización del Derecho. Ha de actuar, en consecuencia, con estricta objetividad e imparcialidad.

La Policía criminal es competente incluso por iniciativa propia para recibir la noticia del delito, descubrir a sus autores y llevar a cabo los actos necesarios y urgentes para asegurar los medios de prueba. Expresamente, la Ley de Investigación Criminal de 10 de agosto de 2000 viene a reconocer una autonomía técnica y táctica de la policía pues, como señala dicha ley, «se reconoce la facultad de iniciar y de desarrollar por sí mismos las diligencias de investigación admisibles según ley si bien la autoridad judicial –el Ministerio Fiscal– puede en cualquier momento intervenir, fiscalizar la investigación policial y pronunciarse sobre cualquier fase de la investigación». Según algún sector de la doctrina portuguesa esto implica disminuir los poderes de dirección del MF.

2. La investigación comprende el conjunto de diligencias encaminadas a investigar la existencia de un delito, determinar las personas responsables y descubrir y recoger las pruebas en orden a decidir sobre la acusación.

En ese sentido, el Código señala que el Ministerio Fiscal practica los actos y asegura los medios de prueba necesarios a tales fines. Esta habilitación general se completa mediante la determinación expresa de actuaciones que necesariamente han de ser practicadas por el Juez de Instrucción y aquellas que son ordenadas o autorizadas por él.

Corresponde al Juez de Instrucción: El primer interrogatorio del inculcado detenido (los restantes, al igual que los interrogatorios de los sospechosos o inculcados no detenidos son decididos por el MF); la adopción de medidas de coacción o de garantía patrimonial: Los registros en despachos de abogados, consultorios médicos y oficinas bancarias; la apertura de correspondencia previamente retenida. Debe autorizar registros domiciliarios; interceptación telefónica y de correspondencia. En definitiva, actos que directamente inciden en la esfera de los derechos fundamentales.

Es competencia del Juez, a petición del Fiscal o de las personas personadas en la investigación, llevar a cabo como prueba anticipada el interrogatorio de testigos. Corresponde al Juez de Instrucción la prueba anticipada de testigos.

Las actuaciones de la investigación han de constar en acta; el dossier será remitido al Tribunal del juicio.

3. Si bien la condición de inculcado (imputado) tiene lugar cuando se deduce la acusación o se requiere contra una persona una instrucción judicial, se constituye en esa condición la persona contra la que se dirige la investigación y en ella es llamado a declarar o es sometido a alguna medida restrictiva de libertad o a medidas de garantías patrimoniales se efectúen diligencias dirigidas a comprobar la imputación que le afecten personalmente. La constitución como inculcado le otorga determinados derechos y deberes.

El ofendido puede intervenir en la investigación como asistente colaborador del Fiscal.

4. Duración de la investigación.

La investigación está sujeta a plazo: seis u ocho meses por lo general, prorrogables. Pero el cómputo del plazo comienza desde el momento en que la investigación se dirige contra persona determinada (cuando existe un imputado) y la sanción en caso de incumplimiento es la avocación del asunto por el Fiscal general.

5. Conclusión de la investigación.

Compete al Fiscal concluir la investigación mediante una resolución que puede consistir en un no ha lugar a ejercitar la acción o con la formulación de una acusación.

Respecto a la decisión de no haber lugar puede revestir alguna de las siguientes formas:

a) Archivo fundamentado en alguna de estas causas:

- No haberse verificado la realización del hecho.
- No haber existido persona responsable.
- Ser legalmente inadmisibles el procedimiento.
- No existir indicios suficientes sobre la existencia del delito o de las personas responsables.

En estos casos el decreto será notificado al imputado, al asistente y al denunciante que pudiera haberse constituido en parte civil. Si no se ha solicitado la apertura de instrucción judicial, el superior jerárquico del Fiscal que ordenó el archivo puede dejarlo sin efecto determinando que se formule acusación o que continúe la investigación pero señalando en este caso qué diligencias han de practicarse y en qué plazos. El archivo cierra definitivamente la investigación con la sola excepción de que surjan con posterioridad nuevos elementos de prueba que invaliden los fundamentos en que se apoyó la decisión de archivo.

b) Por concurrir una causa de dispensa o de exención de pena que están taxativamente previstas. Pero la decisión del Fiscal ha de ser confirmada por el Juez de Instrucción.

Los supuestos de dispensa de pena, expresión del principio de oportunidad, se refieren a los «delitos de bagatela»: Delitos castigados con pena de prisión no superior a seis meses o con única pena no superior a ciento veinte días cuando concurra que la culpa sea mínima, se haya reparado el daño y no existan razones de prevención.

c) Por suspensión provisional del procedimiento (principio de oportunidad reglado). Requisitos son:

- Aprobación del Juez de Instrucción.
- Delitos castigados con pena no superior a tres años u otra clase de penas.
- Acuerdo del imputado y del asistente.

- Culpabilidad disminuida.
- Imposición de reglas de conducta, cuyo cumplimiento haga pensar que responden a las exigencias de prevención.

d) Formulación de acusación cuando existan indicios suficientes sobre la comisión del hecho y la participación del acusado. El Código señala que se considera la existencia de indicios suficientes siempre que de la investigación se desprenda una posibilidad razonable de que el imputado sea condenado.

En este caso, se dirige al Tribunal del juicio que ya en sede del procedimiento de enjuiciamiento puede rechazar la acusación si la considera manifiestamente infundada.

6. La instrucción judicial.

Limitada al procedimiento ordinario (no tiene lugar en los procesos especiales) tiene, como se indicó, carácter facultativo. Es una forma de control judicial de la actuación del Fiscal en sede de la investigación que la ley pone a disposición del acusado y del asistente. Su finalidad es comprobar la decisión de formular acusación o decretar el archivo de la investigación.

La instrucción no se abre de oficio. Ha de mediar petición en el plazo de cinco días:

- a) Del imputado respecto de los hechos por los que se formuló acusación.
- b) Del asistente cuando el procedimiento no dependió de la acusación particular respecto de los hechos por los que se decretó el archivo.

Se integra por los actos de instrucción que decida el Juez a los mismos fines que la investigación preliminar, pero no serán repetidos los que en aquella se hubieran practicado con las formalidades legales, salvo que su repetición se revelase indispensable a los fines de la instrucción.

Concluye con el debate instructorio en que el Juez, en audiencia contradictoria y con asistencia del Fiscal, del acusado y, en su caso, del asistente, decide sobre si ha lugar o no a la acusación.

IV. LA FASE PRELIMINAR EN EL SISTEMA ALEMÁN

Según opinión generalizada, el proceso penal responde a un modelo originalmente inquisitivo pero con importantes rasgos acusatorios. No es

propiamente un proceso entre partes –el Fiscal y el Abogado de la defensa son órganos de la Administración de Justicia–. Rige el principio de la verdad material –la búsqueda judicial de la verdad– conforme al cual el Juez o Tribunal tiene el deber legal de investigar por sí mismo el caso y, en consecuencia, puede incorporar para tomarlos en consideración todos los hechos, testimonios, pericias y otros medios de prueba que considere relevantes para su decisión. La presunción de inocencia –presente en todo el proceso–, el derecho de defensa, el respeto a los derechos fundamentales son elementos esenciales que adquieren especial relevancia en el momento central, esencial, que sigue siendo el juicio.

La regulación legal distingue dentro del proceso penal dos partes: Enjuiciamiento y ejecución. El procedimiento de enjuiciamiento se desarrolla en tres fases: Fase previa; fase intermedia y juicio. (en ciertos procesos especiales no hay fase intermedia).

a) La fase previa representa el inicio del procedimiento. Su finalidad es determinar si hay suficientes indicios de que una persona puede ser condenada por un crimen o si son tan vagos que hay la más que probable posibilidad de que no existan pruebas suficientes contra él.

Finaliza con una decisión de cerrar el caso o con la formulación de una acusación.

b) Fase intermedia (que según opinión común forma parte de la fase previa). Es el control de la acusación por parte del Tribunal que va a conocer del juicio. El Tribunal valora la acusación sobre la base de las pruebas recogidas (en la fase anterior) y decide si la admite o no. Si la admite el procedimiento continúa conforme a la fase de juicio plenario.

c) Plenario. Es la parte central o principal donde se da la igualdad de armas (se ha dicho que no es tanta la igualdad porque en la fase previa las pruebas son recogidas solamente por el Fiscal).

1. Estructura y función de la fase previa.

La fase previa está bajo la dirección del Ministerio Fiscal, a quien se le llama «dueño de la investigación» en cuanto decide sobre su archivo o sobre la formulación de la acusación. Ejerce el control de la legalidad de la actividad policial que materialmente desarrolla la Policía en su calidad de colaboradora o auxiliar del MF. La doctrina señala la importancia de la Policía judicial indicando que el Fiscal no es un experto en la materia, no dispone de los medios y técnicas de la investigación ni del conocimiento del mundo de la delincuencia.

Las Fiscalías disponen de funcionarios auxiliares de policía que se le adscriben a este fin.

2. Inicio de la fase previa.

Por denuncia o por noticia de la posible comisión de un delito.

Rige para el Fiscal el principio de legalidad en cuanto a la iniciación de la fase previa. Cometido un delito perseguible de oficio ha de proceder a abrir una investigación, obligación también de la policía a la que llega una denuncia o tiene conocimiento propio de la presunta comisión del delito. Pero en determinados casos (por ejemplo, en los llamados delitos de bagatela) el Fiscal está facultado para no iniciar la investigación. En todo caso, no cabe abrir una investigación de hechos que no resultan punibles al tiempo de su comisión, decisión que corresponde tomar al Fiscal de acuerdo con su convicción jurídica. Con la finalidad de obviar posibles contradicciones con la doctrina jurisprudencial, el BGH no señalado que el Fiscal debe ajustarse a los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la punibilidad del hecho.

En la práctica, la mayoría de las denuncias llegan primero a conocimiento de la policía que inicia directamente la investigación—especialmente en los delitos menos graves—, recoge las evidencias sin dar noticia al Fiscal hasta el término de la investigación cuando le remite el dossier con un informe final. Pero en los delitos más graves es práctica usual que la policía de cuenta al Fiscal para que dirija la investigación y ordene las instrucciones pertinentes.

La persona objeto de la investigación y su defensor tienen un papel limitado: Tiene derecho a ser oído y a impugnar las pruebas en el curso de la investigación así como el derecho a recurrir las decisiones que afecten a su libertad y derechos personales. Tiene derecho a la asistencia de Abogado después que se le notifiquen los cargos y cuando se decida sobre su libertad.

La víctima no interviene más que como testigo.

3. Poderes y deberes del Fiscal: Contenido de la fase preliminar.

Está obligado a investigar y recoger toda clase de evidencias a favor o en contra de la persona investigada.

Ha de oír a la persona objeto de la investigación, pero no está obligado a hacerlo al principio de aquélla sino solamente, al menos, antes de concluir la investigación. En la práctica esto permite que el Fiscal dirija la investigación sin dar cuenta a la persona investigada hasta que haya recogido todas las evidencias posibles. Es entonces cuando puede pedir Abogado. Debe ser adverti-

do de su derecho a no prestar declaración. Ha de dársele oportunidad de explicarse sobre los hechos y de impugnar las pruebas recogidas.

Decide, sin ulterior recurso, sobre la petición de diligencias que haga la persona sometida a investigación o su defensor.

El Fiscal y la policía pueden adoptar cualquier medida útil para la comprobación de la identidad de la persona sospechosa, incluida la detención policial (máximo doce horas): Fotografías, huellas digitales, datos antropométricos. Puede acordar medidas restrictivas de derechos en casos excepcionales: Peligro de una actuación no inmediata, pero supeditadas a confirmación del Juez de la investigación. Decide el Juez de la investigación sobre las medidas restrictivas de derechos que pida el Fiscal pero sólo respecto de si se cumplen las condiciones previstas en la ley: Legalidad de la medida. No puede entrar a valorar la utilidad o la oportunidad de la medida, sin embargo en las peticiones de arresto (prisión), búsqueda, embargos, controles de teléfono, etc., el control se extiende a comprobar la intensidad de la sospecha y la gravedad del delito.

Medidas coactivas han de ser ordenadas por el Juez: Investigaciones corporales; controles de sangre; embargos controles telefónicos; registros. Pero en casos de urgencia y peligro por retraso puede la policía y el Fiscal decidir su práctica. También están habilitados para ordenar la detención en determinados casos, pero la decisión definitiva corresponde al Juez.

Si formula acusación (la acusación cumple las funciones de informar al acusado y de delimitar el objeto del juicio), se abre una fase intermedia ante el Tribunal del juicio: Éste controla los fundamentos de la acusación sobre la base de las actas de la investigación (hechos y pruebas practicadas). El Fiscal, no obstante, puede completar o continuar de modo excepcional la investigación, de la misma manera que el Tribunal puede ordenar una investigación a la policía o devolver las actas al Fiscal con propuesta de nuevas investigaciones o rechazar la apertura de juicio oral (esto sucede raramente).

Las actuaciones se documentan en actas que formarán el dossier que, en su caso, acompañará al escrito de acusación. De esta manera las declaraciones que el acusado y los testigos hayan hecho durante la investigación, documentos y antecedentes, entre otros elementos, serán utilizados en la fase intermedia.

4. Conclusión de la fase previa.

Corresponde al Fiscal valorar el resultado de las investigaciones para decidir:

a) Si hay indicios suficientes para estimar que es probable la condena o la condena es más probable que la absolución, formulará acusación

abriéndose con ello la fase intermedia en que el Tribunal del juicio decidirá sobre la pertinencia de la acusación.

b) El archivo.

En determinados casos si la víctima no está conforme puede acudir al superior jerárquico del Fiscal y si éste rehúsa formalizar la acusación puede acudir al Tribunal que puede decidir que se formule acusación, decisión que vincula al Fiscal. La doctrina ha indicado, en referencia a los delitos relacionados con la corrupción, que el ejercicio de la acción por el ofendido, cuando el Fiscal declina la persecución, viene a trasladar a aquélla la carga de reunir relevancias suficientes al presentar el caso ante el Tribunal, lo que explica el escasísimo uso de esta posibilidad.

Puede acordar el archivo aun existiendo fundamento para la acusación en supuestos tasados que la doctrina entiende como manifestación del principio de oportunidad.

Los supuestos y fundamentos del archivo basado en el principio de oportunidad son distintos según los casos: En casos de criminalidad menor la inexistencia de interés público en su persecución; en la satisfacción de ese interés público mediante otras medidas alternativas a la pena como pueden ser el pago voluntario de la indemnización por el daño, el pago a una institución social, el cumplimiento de determinadas condiciones por el acusado, o finalmente en la prevalencia de otros intereses estatales sobre el interés en la persecución.

Por lo general, la decisión del Fiscal necesita del consentimiento del Tribunal y del acusado. Por su propia autoridad el Fiscal decide el archivo sin consentimiento del Tribunal en materia de infracciones menos graves (delitos), particularmente en delitos contra la propiedad y la salud siempre que la ley no disponga una penalidad mínima.

V. LA FASE PREVIA EN EL SISTEMA FRANCÉS

El proceso penal comprende tres fases: La fase de investigación y persecución (*enquête y poursuite*); la instrucción (*information*) y el juicio.

La fase de instrucción es obligatoria en materia de delitos graves (*crimes*); facultativa en materia de faltas (*contraventions*) y de delitos menos graves (*délits*). Facultativa significa que cuando no se ejercita la acción, una vez finalizada la encuesta preliminar se pasa directamente al juicio ante el Tribunal de Policía o el Tribunal Correccional, según los casos.

La fase de juicio contiene algunos elementos inquisitivos basados en el principio de descubrimiento de la verdad que rige para el Tribunal: Éste puede ordenar ciertas investigaciones y en la vista incluso hacer practicar cualquier diligencia nueva.

La encuesta preliminar.

1. Iniciación.

Tiene como objeto investigar la posible comisión de un hecho constitutivo de infracción penal, de averiguar las personas responsables y de reunir las pruebas necesarias.

Es competencia del Ministerio Fiscal y se ejecuta bajo su iniciativa y control por la Policía Judicial.

Se inicia por denuncia o por la simple noticia de la presunta infracción.

Por regla general, la policía que suele ser receptora de la denuncia o por propio conocimiento del presunto delito conduce la investigación, si bien el Fiscal puede proceder directamente o hacer proceder por medio de la Policía Judicial todos los actos de la investigación que resulten necesarios. El resultado de la investigación policial plasmado en un dossier es remitido al Ministerio Fiscal para que decida sobre la misma en orden al ejercicio de la acción.

El Fiscal puede, en cualquier momento de la investigación, decidir el archivo, (*classement sans suite*) bien porque se haya extinguido la acción penal bien por su poder de apreciación (principio de oportunidad) que le reconoce el Código. En la práctica, esto ocurre cuando la infracción no ha causado más que un perjuicio leve y su autor no presenta peligrosidad. La decisión en este caso es revocable.

En esta fase de la investigación, la víctima no tiene derecho a intervenir, pero ha de serle notificada la decisión de archivo, abriéndose la posibilidad de que ejercite la acción penal constituyéndose en parte civil ante el Juez de Instrucción o procediendo a la citación directa del acusado para ante el Tribunal del Juicio cuando la instrucción judicial no es necesaria. La persona sometida a investigación tiene muy limitados sus derechos.

La investigación se realiza bajo secreto: El dossier de la policía (*procès verbal*) no tiene que ser comunicado a la persona investigada.

Respecto de su contenido, en la búsqueda de pruebas, la policía puede proceder a interrogar a cualquier persona. Si esa persona está en situación de detención policial (*garde à vue*) puede pedir un examen médico y entrevistarse con su Abogado, cuya presencia no es necesaria si presta voluntariamente declaración.

La Policía Judicial puede practicar registros domiciliarios siempre que sean consentidos: Consentimiento expreso y por escrito, por la per-

sona en cuya casa tienen lugar. En otro caso es necesario autorización del Juez de Instrucción salvo que se trate de una investigación en materia de crímenes o delitos flagrantes o cuando parezca que la persona está en posesión de objetos o piezas del delito. Puede efectuar comprobaciones y exámenes científicos que no puedan ser demorados o cuando se investiga una muerte violenta o sospechosa de no tener causa natural, actos que no son pericias dado que éstas no son admisibles en la investigación. Las escuchas telefónicas han de ser autorizadas por el Juez de Instrucción al que competen igualmente la adopción de medidas restrictivas de derecho o libertades.

2. Conclusión de la encuesta preliminar.

El Fiscal puede ordenar el archivo de la investigación que puede ser un archivo de carácter no jurisdiccional en el sentido de que no produce efecto de cosa juzgada –ejercicio del principio de oportunidad– o un archivo bajo condición, supuesto que autorizado para materias de consumo de estupefacientes es aplicado en la práctica para la pequeña delincuencia urbana. Igualmente puede adoptar una medida de suspensión de la investigación por el procedimiento de mediación penal cuando considera que con ello se asegura la reparación del daño causado a la víctima y se contribuye a la reinserción del autor de la infracción. Constatado el cumplimiento de las condiciones impuestas procede el Fiscal al archivo.

3. La instrucción judicial.

Está a cargo de un Juez de Instrucción, cuyas decisiones pueden ser recurridas en apelación ante la Sala de Acusación. La Sala de Acusación no solamente controla la instrucción sino que, en materia de crímenes, puede instruir ella misma a partir del momento en que recibe el dossier de la instrucción. La Sala de Acusación es la competente para determinar si existen indicios suficientes para remitir al imputado al Tribunal del Jurado o, en su caso, para sobreseer el caso.

La instrucción judicial solamente puede abrirse a petición del Ministerio Fiscal o por queja de la víctima que ha de constituirse en parte civil a estos efectos.

Tiene carácter inquisitivo, es escrita y secreta, si bien adquiere caracteres más propios del sistema acusatorio en cuanto se reconocen derechos a la defensa. Su contenido se corresponde con el propio del sumario del procedimiento ordinario de nuestra Ley de Enjuiciamiento por lo que cabe decir que en la figura del Juez de Instrucción confluyen funciones de investigación y funciones jurisdiccionales.

Es en la instrucción donde se constituye la posición de imputado (*mise en examen*) a partir de cuyo momento puede reclamar la asistencia de Abogado, cuya presencia será necesaria en todos los interrogatorios que se acuerden en la instrucción. Ese momento determina igualmente la posibilidad de conocer el dossier judicial, de solicitar nuevas investigaciones, de promover la pronta terminación de la instrucción bien instando el sobreseimiento o el envío a juicio. En sentido amplio es también acusada la persona que sea objeto de querrela de la víctima con constitución en parte civil, de requisitoria del Fiscal, de una orden de presentación, busca y captura o de prisión.

En la instrucción interviene la víctima que se haya constituido en parte civil.

La ley no determina plazos para la duración de la instrucción. Sin embargo, si no se realiza acto alguno de persecución en el curso de tres años o de diez años, según se trate de delitos o de crímenes, el asunto penal se extingue por prescripción.

4. Conclusión de la instrucción.

Finalizadas las actuaciones el dossier se remite al Fiscal para que formule sus conclusiones (*réquisitions*) a la vista de las cuales decide el Juez de Instrucción mediante una resolución que puede ser: De sobreseimiento (*non a lieu*) cuando estima que no hay cargos suficientes contra el imputado o de envío a juicio. Si al concluir la instrucción el Juez entiende que hay indicios de la comisión de un crimen, dicta una resolución (*ordonnance de présomption de charges*) y pide al Fiscal que remita las actuaciones a la Sala de Acusación, que ejercerá el control previo de la acusación.

VI. EL PROCEDIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: SU FASE PREVIA

Calificado como órgano independiente del Tribunal, la fase previa está atribuida a la Fiscalía, a la que corresponde el ejercicio de la acción penal.

La fase previa se integra por una fase preliminar y por la investigación propiamente dicha.

Se inicia la fase preliminar con la noticia del delito que llega sea por la vía de la remisión de un Estado Parte o del Consejo de Seguridad o por información de otras fuentes. Cabe también la iniciación de oficio.

La información de la comisión o posible comisión del crimen competencia del Tribunal determina una actuación del Fiscal tendente a comprobar su veracidad para lo que está habilitado a servirse de las fuentes que considere apropiadas, incluso de la audiencia de testimonios. Realizada la información procede a evaluar sus resultados. Si entiende que la información obtenida y disponible constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido el delito —o se está cometiendo—, si la causa sería admisible y si hay razones sustanciales para creer que una investigación no redundaría en interés de la justicia se dirigirá a la Sala de Cuestiones preliminares pidiendo autorización para proceder a iniciar la investigación. En caso contrario, tomará la decisión de no proceder a la investigación.

Si la información proviene del Estado Parte o del Consejo de Seguridad, la decisión de no proceder puede ser revisada por la Sala de Cuestiones Preliminares a petición de quien hizo llegar la información. En todo caso, la Sala puede revisarla de oficio cuando se fundamente en el principio de oportunidad. En otro caso si considera que existe fundamento suficiente para abrir una investigación pedirá autorización a la Sala de Cuestiones preliminares (ante ella las víctimas pueden presentar observaciones). Mientras esté pendiente la decisión de la Sala, puede pedir el Fiscal con carácter excepcional autorización para llevar adelante indagaciones que estime necesarias cuando existe una oportunidad única de obtener pruebas importantes o exista riesgo significativo de que esas pruebas no estén disponibles ulteriormente.

Autorizada por la Sala la apertura de la investigación cuya finalidad es la búsqueda de la verdad material, el Fiscal está habilitado para reunir y examinar pruebas, hacer comparecer a las personas objeto de investigación, las víctimas y los testigos; pedir la cooperación de Estados, organizaciones o personas. Si llama a interrogar a una persona respecto de la cual tiene motivos para creer que ha cometido el crimen investigado, ha de informarle de las razones que existen para creer en su responsabilidad antes de su interrogatorio.

Concluye la investigación con una resolución del Fiscal por la que procede al archivo si no encuentra fundamento suficiente para el enjuiciamiento, resolución objeto de control limitado por la Sala de Cuestiones Preliminares. En otro caso, procede a formular acusación dando paso entonces a una fase intermedia en que la Sala de Cuestiones Preliminares examina la acusación para decidir sobre su confirmación o no confirmación.

VII. UNA SOMERA PANORÁMICA COMPARATISTA DEL ESTADO ACTUAL DE LA FASE PREVIA EN LOS SISTEMAS EXPUESTOS PODRÍA CENTRARSE EN LOS SIGUIENTES PUNTOS

1. La investigación, sea vista como fase preprocesal o como fase integrada en el proceso, es objeto de una detallada regulación en la que son predominantes los rasgos inquisitivos: Escritura y secreto de las actuaciones.

No obstante, a partir del momento en que la investigación se dirige contra persona identificada –rige un concepto material más que formal de imputación– se arbitra un derecho de defensa, incluida la defensa técnica con mayor o menor amplitud, pero desde luego con carácter limitado.

2. El Ministerio Fiscal y la Policía Judicial son los órganos de la investigación. El Fiscal es, en todo caso, el dueño de la investigación pues, por lo general, desaparece la instrucción judicial que sólo se da con carácter facultativo en Portugal y limitado a la instrucción en materia de crímenes en Francia.

Se refuerza el papel del Ministerio Fiscal –también en Inglaterra aunque se trate aquí de un «Fiscal débil»– a quien se atribuye la dirección y el control de los actos de la policía. Un Ministerio Fiscal que no tiene la consideración de parte en igualdad de condiciones con el imputado o el ofendido al ser órgano de la Administración de Justicia (Alemania), o autoridad judicial (Italia, Portugal).

3. La fase previa está sometida a control judicial. Control que se ejerce por lo general por un órgano judicial *ad hoc*. Sin perjuicio de un apoderamiento del Fiscal para ordenar actos intrusivos en los derechos fundamentales en casos de urgencia –sujetos a convalidación judicial posterior– actos que limitan los derechos fundamentales o precisan de autorización inicial o han de ser ordenados por el Juez *ad hoc*. La recogida y búsqueda de las pruebas, finalidad de la investigación y contenido de la misma, precisa de intervención del Juez cuando lesionan derechos fundamentales.

El control judicial opera igualmente al cierre de la investigación. Por lo general (Portugal, Italia), es el Juez de garantías (Juez de Instrucción o Juez de la investigación preliminar) quien decide sobre el archivo o la petición de envío a juicio. Se admite en casos limitados y tasados el archivo unilateral del Fiscal.

4. Rige el principio de presunción de inocencia y, como consecuencia, el principio de proporcionalidad en la adopción de medidas que incidan en los derechos fundamentales.

5. La intervención en la investigación del imputado es objeto de precisa regulación. Se reconoce el derecho a ser notificado de los hechos que le incriminan en el primer interrogatorio que se haga (por lo general a cargo del Juez). El pleno acceso a las actuaciones practicadas se garantiza en algunos casos solamente a partir de la terminación de la fase (Alemania), en otros sistemas cuando va a ser objeto de actos de investigación que directamente le conciernen, o cuando se trata de la adopción de medidas que afectan a su libertad.

6. La víctima del delito en algunos sistemas no interviene en la investigación más que en su caso como testigo. Se le reconoce, no obstante, la posibilidad de impugnar el archivo del Fiscal o de constituirse en parte civil para ejercitar la acción

7. La omnipotencia del Juez de Instrucción que, como decía Tulkens, reúne al mismo tiempo muchas funciones: Juez-juez, juez-policía, juez-investigador, que ponen en peligro la imparcialidad, sobre todo cuando en él mismo radica el control último de la investigación, ha constituido un factor más en el abandono generalizado de la instrucción judicial. La atribución de la investigación al Ministerio Fiscal con la implementación de un control judicial se ha entendido como la solución más acorde con el principio de eficacia del sistema penal y con el respeto a los derechos procesales del imputado y de la víctima del delito.

Cualquiera que fuere el modelo de Ministerio Fiscal, los sistemas actuales evidencian plena confianza en la objetividad e imparcialidad de su actuación y en su respeto a las garantías y derechos fundamentales. El control judicial de la investigación del Fiscal es un instrumento más de esas garantías. Quizá no sea aventurado pensar que la confianza en el Ministerio Fiscal es otro componente más de la llamada «transacción» acogida por diversos ordenamientos (Bélgica, Holanda, Dinamarca, Inglaterra, entre otros) y entendida, cuando se ejerce por el Fiscal, como expresión de la potestad estatal y, por ende, con efectos extintivos de la acción penal.

Huyendo, desde luego, de una actitud mimética, la regulación de la fase previa en el Derecho comparado ofrece una particular interés en cuanto incitación a una ponderada reflexión de la función que al Fiscal cabe atribuir en una eventual reforma definitiva de nuestro proceso penal. Reforma que, de emprenderse, podría basarse en dos pilares: Recuperación de la confianza en las instituciones y prudencia en la reforma.

VIII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- «Les mouvements de réforme de la Procédure Pénale et la Protection des Droits de l'Homme», *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1, 2.º tr. Érès, 1993.
- «The Criminal Justice System of the Federal Republic of Germany», *Association Internationale de Droit Pénal*, Érès, 1980
- «La Investigación del Fiscal», *Estudios Jurídicos*, VI-1988
- «El Ministerio Fiscal en el Derecho Comparado», *Estudios Jurídicos*, Ministerio Fiscal, VI-2001
- Procesos Penales de Europa*, Editorial Edijus, 2000.

**LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS DEL ARTÍCULO 129
DEL CÓDIGO PENAL Y EL PRINCIPIO SOCIETAS
*DELINQUERE NON POTEST***

JOSÉ VICENTE GUILLAMÓN SENENT

*Abogado Fiscal de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia
de la Comunidad Valenciana*

I. INTRODUCCIÓN

El delito es un fenómeno social. Cada sociedad produce su propia criminalidad de manera que el fenómeno criminal aparece siempre enmarcado en coordenadas socio-históricas determinadas¹. En la sociedad en que vivimos, moderna y postindustrial, todo gira en torno a la actividad económica. Producción y consumo se han convertido en los ejes de toda la vida social. El extraordinario desarrollo económico alcanzado hoy en día y la importancia que tiene la producción y el consumo han llevado a erigir a la empresa en elemento esencial en detrimento del individuo.

Las actividades económicas modernas han adquirido una gran complejidad y correlativamente exigen una mayor intervención y aportación de capital, que se ha hecho posible gracias al instrumento de la personalidad jurídica. El fenómeno societario ha alcanzado así un gran desarrollo en la sociedad moderna hasta el punto que la empresa individual, cuyo titular es una sola persona física, tiene una existencia meramente residual. Las actividades económicas requieren hoy grandes aportaciones de capital, por lo que paralelamente se necesitan instrumentos jurídicos que permitan a los inversores limitar su responsabilidad al montante de la misma, sin que alcance al resto de su patrimonio. Ello se consigue mediante el recurso al empleo de la persona jurídica, convirtiendo a ésta en la titular de la actividad empresarial. Sólo así se puede favorecer la inversión. La persona jurídica, y en especial las personas jurídicas mercantiles capitalistas (sociedad

¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Pamplona, 2000, p. 55.

anónima y limitada), permiten alcanzar dicho objetivo: acumular grandes cantidades de capital al servicio de una determinada actividad económica limitando la responsabilidad de los socios a la cuantía de su aportación. El desarrollo normativo en este punto ha llegado al extremo de introducirse en la regulación actual la existencia de sociedades anónimas o limitadas de carácter unipersonal. Todo ello con el propósito de favorecer la actividad económica. La empresa constituye el motor de la vida económica de prácticamente todos los países del mundo.

Junto a este desarrollo económico postindustrial la sociedad actual se caracteriza también por su capacidad para generar riesgos que escapan a un control basado en los mecanismos tradicionales de la previsión razonable y cálculo de probabilidades de las ciencias naturales². Muchos de esos riesgos están presentes en la producción industrial que se realiza en la actualidad a través de organizaciones empresariales complejas. En nuestra sociedad postindustrial la empresa constituye uno de los principales entes generadores de riesgos para bienes jurídicos fundamentales como la vida o la salud, riesgos que se desarrollan, en opinión de Zúñiga Rodríguez, en tres momentos:

a) En el propio proceso de producción: es el caso de los accidentes laborales. El trabajador, al estar en contacto con la máquina y realizar con ella actividades peligrosas en el desenvolvimiento de sus labores, pone también en riesgo su vida y su salud.

b) Con los resultados producidos por la actividad industrial: la producción masiva de productos y alimentos a grandes escalas y su comercialización por grandes cadenas dificultan la determinación de la ingente cantidad de procesos causales que intervienen desde que el producto empieza a elaborarse hasta que llega al consumidor. De allí la complejidad de la determinación de la responsabilidad por los productos defectuosos.

c) Riesgos con los desechos industriales: los desechos de la actividad industrial pueden ser generadores de riesgos: como emisión de humos, emisión de gases tóxicos, productos radioactivos, etc. Muchos de ellos podrían producir delitos contra el medio ambiente, delitos contra el patrimonio, urbanísticos...

Junto a la actividad criminal que se puede generar de manera implícita al propio proceso de producción de las empresas no debe olvidarse también

² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ: «Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal», en Ferré/Anarte (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva-Fundación El Monte, 1999, p. 204.

la criminalidad desarrollada al amparo de empresas y sociedades. Muchos son los casos de utilización de sociedades para la comisión de los delitos más variados como criminalidad organizada, tráfico de drogas, prostitución, blanqueo de dinero, estafas, apropiaciones indebidas... El espectacular desarrollo de esta criminalidad organizada se debe en gran parte a la tradicional irresponsabilidad penal de las sociedades, pues muchas de dichas organizaciones utilizan sociedades ficticias o sociedades tapadera para perpetrar sus ilícitos. Se produce así una comunicación entre asociaciones criminales y empresa con la inserción de capital «negro» en las empresas y grupos económicos difícilmente desenmarañable. Un estudio hecho por el Max-Planck Institut en Alemania demostró que el 80 por 100 de los delitos económicos que se cometieron en ese país durante los años 1974 y 1985 fueron cometidos en el seno de una empresa³.

Cada vez, pues, son más frecuentes los casos en que los operadores jurídicos (jueces, fiscales y abogados) se encuentran con actividades delictivas, de muy variado tipo, cometidas en el seno o a través de una persona jurídica, generalmente una sociedad. Así se puede comprender el extraordinario interés que en la actualidad despiertan los problemas que surgen en el ámbito del delito ante la intervención de una persona jurídica.

Ante estos problemas, la solución postulada por la dogmática tradicional pasa por la búsqueda y concreción de la responsabilidad penal en las personas físicas. Desde que el Derecho penal napoleónico estableciera como principio que sólo podían ser responsables penalmente las personas físicas⁴, se ha venido negando la capacidad delictiva de las personas jurídicas. En esta búsqueda de las personas físicas responsables, dos son los planos en los que surgen dificultades⁵. Por un lado se plantean dificultades en la búsqueda de la responsabilidad en un plano vertical. Las sociedades y empresas organizan su actividad con una estricta división del trabajo y una jerarquización de sus cargos, lo que con frecuencia provoca en la realidad que los autores de la conducta materialmente constitutiva del ilícito penal sean empleados situados en la base de la pirámide organizativa, pero que la decisión criminal proceda de estratos superiores, incluso de la propia dirección. Surgen así múltiples problemas a la hora de concretar esa responsabi-

³ ACHENBACH: «Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho alemán», en Silva Sánchez (ed.) *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin* (Barcelona), 1995, p. 357.

⁴ MAPELLI CAFFARENA: «Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal», en *Revista penal* núm. 1/98, pp. 43 a 53, p. 46.

⁵ Un interesante análisis de estas cuestiones puede verse en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Valencia, 2002, pp. 1 a 225.

lidad criminal y determinar a quién o a quiénes alcanza y cuál es la naturaleza de su contribución al hecho delictivo (autor o partícipe).

Por otro lado, también se plantea el problema de determinar el alcance de la responsabilidad en un plano horizontal. Es muy frecuente en las sociedades que la administración sea ejercida por más de una persona o incluso por un órgano colegiado como el consejo de administración (ocurre siempre en las sociedades anónimas). Surge entonces la duda, en los supuestos en que la responsabilidad penal verticalmente se extienda hasta dicho nivel, sobre a quién o quiénes de los miembros de dicho órgano colegiado será extensible la misma. Piénsese que en un determinado acuerdo de un consejo de administración puede ser la génesis de la actuación delictiva de unos empleados de la sociedad. Dicho acuerdo puede haber sido adoptado por todos los integrantes de dicho órgano, pero puede darse también el supuesto de que se adoptara por mayoría, pero que existieran consejeros que se abstuvieran, otros que se opusieran al acuerdo e, incluso, consejeros que no asistieran a la sesión en que se adoptó el acuerdo. De qué manera se extiende la responsabilidad penal en los órganos colegiados con los planteamientos de la dogmática penal tradicional plantea muchas dudas.

Muchos son, como vemos, los interrogantes y dificultades que se plantean cuando para el esclarecimiento de los delitos cometidos a través de sociedades se emplean los mecanismos de búsqueda del responsable individual. Ello ha llevado a algún sector doctrinal a considerar que la responsabilidad criminal individual se presenta insuficiente para dar adecuada respuesta político criminal a dichos problemas. Ante esta insuficiencia se defiende la búsqueda de nuevos planteamientos político criminales y dogmáticos centrados en la construcción de una responsabilidad criminal de la propia persona jurídica. Exigen algunos autores que el legislador debe diseñar una respuesta penológica adecuada para las personas jurídicas de igual forma que en su momento la diseñó para las personas físicas peligrosas sin culpabilidad o para los menores⁶. Esta labor doctrinal se encuentra en un estadio inicial, siendo escasos los autores que han comenzado a realizar aportaciones en este sentido, tanto en la doctrina alemana como en nuestra doctrina, permaneciendo otros impasibles a la espera del camino al que este desarrollo doctrinal conduzca⁷. Muchas son las cuestiones en este punto pendientes de concretar, empezando por si procede extender categorías dogmáticas de la persona física a la construcción de la responsabilidad de

⁶ MAPELLI CAFFARENA, *op. cit.*, p. 47.

⁷ ROXIN, *Derecho Penal parte general tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, 1997.

la persona jurídica o si procede abordar el camino de elaborar una nueva teoría de la persona jurídica.

Paralelamente a estos planteamientos doctrinales de búsqueda de las bases de una auténtica responsabilidad penal de las personas jurídicas los ordenamientos han venido introduciendo la posibilidad de castigar o adoptar medidas contra las personas jurídicas. Nuestro ordenamiento penal no ha sido una excepción. El Código Penal de 1995 introdujo la posibilidad de adoptar ciertas consecuencias contra las personas jurídicas en su artículo 129. El objeto del presente estudio es analizar cuál es el significado y alcance de dicho precepto y si ha venido o no a derogar en nuestro derecho positivo el principio tradicionalmente aceptado del *societas delinquere non potest*, en definitiva el estudio del tratamiento que recibe la persona jurídica a través de la cual se comete un delito en nuestro derecho positivo actual.

II. LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS DEL ARTÍCULO 129 DEL CÓDIGO PENAL

A) Antecedentes históricos y orígenes legislativos

a) El proyecto de Código Penal de 1980.

Aunque el Código Penal de 1973 ya contenía en la parte especial algunas medidas aplicables a las personas jurídicas como consecuencia de delitos cometidos por sus titulares o a través de ellas [así en los arts. 265, 344 bis b), 347 bis y 452 bis d)]⁸, lo cierto es que el origen de las medidas aplicables a las personas jurídicas recogidas como consecuencias accesorias en el artículo 129 de Código Penal de 1995 cabe buscarlo en el Proyecto de Código Penal de 1980 (PLOCOP)⁹. Este texto fue el primero que contemplaba con carácter general la aplicación de medidas de seguridad a la persona jurídica¹⁰. El artículo 131 del mismo, anticipándose a lo que más tarde haría realidad el artículo 6 del Código Penal de 1995, estableció que «las medidas de seguridad establecidas en este código y demás leyes penales no se podrán imponer sino a quienes hayan ejecutado un hecho previsto como delito, cuya

⁸ CONDE PUMPIDO FERREIRO, *Doctrina y Jurisprudencia Tomo I*, Madrid, 1997, pp. 1547 a 1568, y p. 1563.

⁹ Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, de 17 de enero de 1980.

¹⁰ BACIGALUPO SAGESSE, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998, pp. 1 a 445, p. 263.

comisión revele la peligrosidad criminal del autor». Por su parte, el artículo 132 permitía que se aplicaran las medidas de seguridad especialmente previstas para ellas a las asociaciones, empresas o sociedades a causa de los delitos que sus directivos, mandatarios o miembros cometieran en el ejercicio de las actividades sociales aprovechando la organización de tales entes.

Asimismo, el artículo 135 recogía en sus números 16, 17, 18 y 19 unas medidas aplicables a dichas entidades cuyo contenido, salvo leves diferencias, coincide con el de las consecuencias accesorias del actual artículo 129.1, letras a), b), c) y d) ¹¹. Mostraba el siguiente tenor literal:

«Art.135. Son medidas de seguridad:

1. (...)

16. Clausura de empresas, locales o establecimientos con carácter temporal o definitivo. En el primer caso el plazo no podrá exceder de cinco años.

17. Disolución de asociaciones, sociedades y empresas.

18. Suspensión de las actividades de dichas asociaciones, sociedades o empresas, por un plazo que no podrá exceder de dos años.

19. Prohibición de tales entes a realizar determinadas actividades, operaciones o negocios, con carácter temporal o definitivo. En el primer caso el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.»

El artículo 153 del Proyecto de 1980 preveía además la posibilidad de aplicar todas o algunas de estas medidas, en relación con los delitos contra el orden socioeconómico o contra el patrimonio, si el hecho fuera cometido en el ejercicio de la actividad de sociedades o empresas o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo. Sobre estas novedosas medidas de seguridad la exposición de motivos únicamente establecía, tras afirmar que la medida de seguridad con carácter general aparecía orientada a finalidades preventivas y que su presupuesto era la peligrosidad criminal del autor del delito, que se consideraban particularmente eficaces para las asociaciones, empresas o sociedades en el marco de los delitos socioeconómicos. El Proyecto de 1980 no daba ninguna explicación a por qué, si el fundamento de la medida de seguridad es la peligrosidad de un sujeto individual entendida como probabilidad de delincuencia futura y manifestada en la comisión de un hecho previsto en la ley como delito, puede ser trasladada a una persona colectiva o jurídica ¹².

¹¹ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO: «Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código Penal», Díez Ripollés y otros (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pp. 1113 a 1151, p. 1114.

¹² BACIGALUPO SAGGESE, *op. cit.*, p. 264

b) La Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983.

Fue probablemente esta dificultad de explicar la aplicación de una medida de seguridad a una persona jurídica lo que llevó a introducir una nueva categoría de consecuencias jurídicas para la persona jurídica que no sería en principio ni una pena ni una medida de seguridad¹³. La Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983 (PANCP)¹⁴ mantuvo sustancialmente la misma regulación de su predecesor, pero cambió la denominación de medidas de seguridad por la de «consecuencias accesorias» con lo que se evitaba la contradicción de imponer medidas de seguridad a entidades societarias que por principio no podían delinquir ni por tanto ser sometidas a una medida declarada postdelictiva¹⁵. La cuestión se regulaba como sigue:

«Art. 138:

1. El Tribunal, si el hecho fuere cometido en el ejercicio de la actividad de asociaciones, fundaciones, sociedades y empresas, o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, cuando pueda deducirse fundada y objetivamente que seguirán siendo utilizadas para la comisión de delitos, podrá acordar todas o algunas de las consecuencias siguientes:

a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos con carácter temporal o definitivo. En el primer caso el plazo no podrá exceder de cinco años.

b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.

c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación que no podrá exceder de dos años.

d) Prohibición de la sociedad, asociación, fundación o empresa de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. En el primer caso el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.

2. Cuando alguna de estas medidas fuere aplicada, el Tribunal podrá proponer a la administración que disponga la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores.»

La introducción a la propuesta de anteproyecto no contenía ninguna referencia a estas consecuencias accesorias. La regulación de 1983, con ser

¹³ BACIGALUPO SAGGESE, *op. cit.*, p. 269

¹⁴ Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1983.

¹⁵ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *op. cit.*, pp. 1114 y 1115

sustancialmente similar a la de 1980, era más precisa al establecer criterios de imputación como que el hecho fuera cometido en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica y que la medida se justificara en que pudiera deducirse fundada y objetivamente que la persona jurídica siguiera siendo utilizada para la comisión de delitos¹⁶.

c) El proyecto de Código Penal de 1992.

El proyecto de Código Penal de 1992 (PLOC¹⁷) no introdujo ninguna novedad sustancial. El artículo 134 mantenía la denominación de «consecuencias accesorias» con la siguiente regulación:

«Art. 134:

1. El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este código, y previa audiencia a los titulares o representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.

b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.

c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de dos años.

d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.

2. La clausura temporal prevista en el apartado a) y la suspensión señalada en el apartado c) del párrafo anterior podrán ser acordadas por el Juez instructor también durante la tramitación de la causa.

3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas, entre otras finalidades, a prevenir la continuidad de la actividad de las personas físicas o jurídicas.

Art. 135:

El Juez o Tribunal podrá decidir, asimismo, la privación de los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de los delitos respecto de los cuales así se prevea en el presente código.»

¹⁶ BACIGALUPO SAGGESE, *op. cit.*, p. 271

¹⁷ Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, núm 102-1, de 23 de septiembre de 1992.

La exposición de motivos del Proyecto de 1992 se refirió a las medidas accesorias señalando que en el texto se recogían una serie de medidas que, sin dudar de su carácter represivo, no tendrían fácil acomodo ni entre las medidas de seguridad ni entre las penas, pues en unas ocasiones son posibles adiciones a penas o medidas directamente derivables del hecho cometido, y en otras, reacciones frente a quienes como ocurre con las sociedades o las empresas no son aptas para soportar las penas o medidas. El único fundamento que la exposición de motivos daba a estas consecuencias aplicables a los entes colectivos es el que recoge el apartado tercero del artículo 134: prevenir la continuidad delictiva. Con ello, parece como si el legislador admitiera la capacidad de acción de la persona jurídica ¹⁸. Con dicho fundamento no se entiende cuál es la diferencia sustancial entre la consecuencia accesoria y la medida de seguridad ¹⁹. La regulación de 1992 introducía además de la limitación de la aplicación de las consecuencias con un sistema de *numerus clausus* dos novedades de carácter procesal: una exigencia de audiencia, lógica por otro lado en un proceso penal ya inspirado en los principios de audiencia y contradicción, y la posibilidad de aplicar dichas medidas con carácter cautelar.

d) El Código Penal de 1995.

El Código Penal de 1995 tuvo su génesis en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1994 ²⁰, que mantuvo la misma línea en la regulación de las consecuencias accesorias. El Proyecto de Ley Orgánica remitido por el Gobierno a las Cortes contenía la siguiente redacción:

«Art. 129:

1. El Juez o Tribunal en los supuestos previstos en este código, y previa audiencia a los titulares o representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

- a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.
- b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.
- c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

¹⁸ BACIGALUPO SAGGESE, *op. cit.*, p. 273.

¹⁹ BACIGALUPO SAGGESE, *op. cit.*, p. 274.

²⁰ Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley 1994-95, 77-79, núm 77-1.

d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.

e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores.

2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior podrán ser acordadas por el Juez instructor también durante la tramitación de la causa.

3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas, entre otras finalidades, a prevenir la continuidad en la actividad delictiva de las personas jurídicas o físicas.»

De las enmiendas al Proyecto de Ley presentadas durante la tramitación en el Congreso de los Diputados cuatro hacían referencia al artículo 129. El Grupo Parlamentario Popular presentó inicialmente tres enmiendas; las números 309, 310 y 311. Con la enmienda 309 propuso añadir tras la expresión «representantes legales» la expresión «de las personas jurídicas correspondientes». Se justificaba como una mejora técnica para precisar el alcance del precepto. La enmienda número 310 propuso añadir tras «disolución de la sociedad» la expresión «asociación de cualquier naturaleza». En su justificación argumentaba el Grupo Popular que al no determinarse en el artículo 129 del proyecto qué tipo de asociaciones podían ser disueltas era necesario determinar expresamente que se refería a cualquier tipo de asociación. La última de las enmiendas del Grupo Popular, la 311, proponía la supresión en el apartado tercero del inciso «entre otras finalidades». La cuarta de las enmiendas al artículo 129 fue la número 669, presentada por el Grupo Federal de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, que proponía la supresión en el apartado de la expresión «... de las personas físicas o jurídicas» en coherencia con el principio penal de que las sociedades no delinquen. De todas las enmiendas presentadas sin duda alguna la más interesante fue la 669, pues pretendía dejar claro que el nuevo Código Penal no admitía la capacidad delictiva de las personas jurídicas. Esta enmienda fue aceptada por la ponencia e incorporada al informe de la misma desde su inicio y aprobada. Así pues, del estudio de la tramitación inicial en el Congreso de los Diputados observamos que desde el inicio el Congreso tuvo clara la postura a adoptar en torno a la responsabilidad penal de la persona jurídica y dejó claro que no era su intención consagrar dicha responsabilidad con el artículo 129 del proyecto. Si la redacción del proyecto inicialmente abría la duda a la posible capacidad delictiva de las personas jurídicas, el congreso suprimió sin

cuestionarlo grupo parlamentario alguno ²¹ el inciso que hacía referencia a la actividad delictiva de las personas jurídicas. Del resto de enmiendas presentadas la 309 fue aprobada con una leve modificación incorporando al texto «o sus representantes legales»; la 310 y la 311 no fueron aceptadas por el Grupo Socialista, reservándose el señor Mohedano Fuertes el derecho de su grupo a aceptar la 311 hasta el momento del pleno ²². Posteriormente dicha enmienda fue aceptada y el texto remitido tras la aprobación del Congreso al Senado ²³ no contemplaba ya la referencia a «otras finalidades» para acordar las consecuencias accesorias.

Durante la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica en el Senado cuatro fueron también las enmiendas presentadas al texto del artículo 129. Las enmiendas 184 y 185 presentadas por el Grupo Parlamentario de Convergència i Unió, la enmienda 242 presentada por la señora Boneta Piedra del Grupo Parlamentario Mixto y la enmienda 533 presentada por el Grupo Parlamentario Popular ²⁴. La enmienda número 184 proponía modificar la letra e) del apartado primero para incluir como medida adoptable «la intervención de la empresa, bienes o derechos para salvaguardar.../... trabajadores, los intereses legítimos de terceros o de aquellos que sean acreedores de especial protección». La justificaba el Grupo Parlamentario catalán en el Senado de Convergència i Unió por considerar que la intervención de la empresa con objeto de salvaguardar los intereses resultaba insuficiente para proteger los derechos de los trabajadores y demás titulares de derechos dignos de especial protección. La enmienda número 185 presentada por el mismo grupo parlamentario proponía la modificación del apartado tercero del artículo 129 para hacer constar que las consecuencias accesorias estarían orientadas a prevenir la continuidad y los efectos de la actividad delictiva y al aseguramiento de las responsabilidades que de ella se pudieran derivar. La justificaba por la necesidad de precisar mejor la finalidad de las consecuencias accesorias. La enmienda número 242 proponía modificar igualmente el apartado tercero del precepto para hacer constar que la imposición de las consecuencias accesorias previstas en este artículo se fundamentarán en su necesidad para prevenir la continuidad en la actuación delictiva. Pretendía esta enmienda precisar el fundamento que debía motivar al Juez a decretar las medidas previstas a fin de que no se impusieran como mero castigo a añadir a la pena principal. La última de las enmiendas

²¹ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, V Legislatura, Comisiones 1995, 483-502, núm. 502, p. 15274.

²² *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, op. cit., p. 15274.

²³ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, V Legislatura, serie II Textos legislativos, 1995, 87-89, 87-a, p. 24.

²⁴ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, op. cit., 87-d, p. 352.

presentadas en el Senado, la 533, lo fue por el Grupo Parlamentario Popular y pretendía la sustitución en los apartados primero y tercero del término «consecuencia» por el de «medidas». La justificación escueta y lacónica fue «mejora técnica». Esta enmienda a pesar de la breve motivación que la acompañaba al ser presentaba en realidad podía esconder un cambio muy importante en la concepción de las consecuencias del artículo 129, pues *prima facie* parecía querer asimilarlas a las medidas de seguridad. La ponencia modificó el subapartado *e)* del apartado 1 del artículo 129 por mayoría incorporando así una enmienda transaccional, con base en la 184 del Grupo Parlamentario de Convergència y Unió, en el sentido de añadir «y de los acreedores», después de trabajadores. Se desestimaron las enmiendas 185, 242 y la 533 con lo cual no se incorporó al texto definitivo ese aparente intento de equiparar al menos nominativamente las consecuencias aplicables a las personas jurídicas con las medidas de seguridad postdelictuales. El texto aprobado por el Senado ²⁵ sería el definitivamente aprobado por el Congreso en la votación final y promulgado con la única salvedad de recuperar su posición como artículo 129 que durante la tramitación en el Senado había retrasado hasta el artículo 130.

El texto definitivo del Código Penal de 1995 supuso la introducción por primera vez en nuestro Derecho de un catálogo general de «consecuencias accesorias» aplicables a las personas jurídicas. El artículo 129 recoge el siguiente tenor literal ²⁶:

«Art. 129:

1. El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

- a)* Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.
- b)* Disolución de la sociedad, asociación o fundación.
- c)* Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d)* Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.

²⁵ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, *op. cit.*, 87-h, pp. 610 y 611.

²⁶ Código Penal, Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995.

e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores.

2. La cláusura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior podrán ser acordadas por el Juez instructor también durante la tramitación de la causa.

3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma.»

B) Naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal

Muy discutida y confusa es la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias recogidas en el artículo 129 del Código Penal. En realidad las distintas posturas mantenidas por los autores no son sino reflejo de su planteamiento dogmático sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Las posturas las podemos agrupar en dos grandes grupos. Un primer grupo integrado por todos aquellos autores que consideran que la naturaleza de las consecuencias accesorias es reconducible a alguna de las categorías jurídicas ya existentes de consecuencias jurídicas de una infracción y un segundo grupo formado por todos aquellos autores que piensan que el artículo 129 del Código Penal de 1995 ha venido a establecer una nueva categoría de consecuencia jurídico penal, lo que los autores llaman un *tertium genus* distinto de la pena y la medida de seguridad que vendría a situarse junto a éstas y la responsabilidad civil *ex delicto* como consecuencia jurídica del mismo.

Dentro del primer grupo encontramos, en primer lugar, algunos autores que niegan la naturaleza penal de las medidas del artículo 129 y consideran que se trata de medidas de carácter administrativo. En esta primera línea se encuentra Cerezo Mir ²⁷, para quien se trata sin duda de medidas de carácter administrativo que, aunque traten de prevenir la continuidad en la actuación delictiva y las consecuencias de la misma, no pueden ser consideradas medidas de seguridad del Derecho penal por cuanto la persona jurídica a la que se impone la medida no ha realizado ni, en opinión de este autor, puede realizar una acción u omisión típica y antijurídica. La postura

²⁷ CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español Parte General II*, Madrid, 1998, pp. 72-74.

de Cerezo Mir viene marcada por sus raíces finalistas que le llevan a una defensa y mantenimiento del *principio societas delinquere non potest* desmarcándose de otros autores que proponen la revisión de dicha tesis. En esta primera línea doctrinal también se encuentra Bajo Fernández ²⁸, el cual pone de relieve que hay que distinguir el plano dogmático, en el que se discute si las personas jurídicas tienen o no capacidad de acción, de culpabilidad y de pena y si las sanciones impuestas son penas, medidas de seguridad o sanciones administrativas, del plano político criminal. Para Bajo, en Derecho español rige el principio *societas delinquere non potest*, principio al que reconoce sólo valor político criminal y no ontológico, con lo que se salvan los principios irrenunciables de culpabilidad y personalidad de las penas. Por ello, las medidas aplicables a las personas jurídicas, en consonancia con esa opción político criminal, serán medidas de naturaleza administrativa.

La calificación por un sector de la doctrina de las medidas del artículo 129 del Código Penal como administrativas no deja de suscitar serios reparos, por cuanto no se corresponde ni con su regulación en el Código Penal ni con su aplicación por un Juez de la jurisdicción penal, ni con su orientación a los fines propios de una pena (art. 129.3 del Código Penal) y con su dependencia esencial de la comisión de un delito, pues tal y como las configura nuestro código son medidas accesorias y por tanto exigen, *prima facie*, la comisión de un delito por una persona física.

Dentro del primer grupo y frente a la postura de los autores que niegan la naturaleza penal se sitúa en el plano radicalmente contrario la de los autores que las consideran auténticas penas. Es la postura de Zugaldía Espinar ²⁹ a la que se une Bacigalupo Saggese ³⁰. Este autor considera que son auténticas penas por vía de exclusión. Así para Zugaldía en primer lugar no son instrumentos reparatorios civiles porque no tienden en absoluto a reequilibrar patrimonios y no pueden ser sanciones administrativas, pues, como se ha puesto de relieve *ut supra*, son reguladas en una ley penal,

²⁸ BAJO FERNÁNDEZ: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho administrativo español», en Mir Puig/Luzón Peña (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1996, pp. 17 a 34, pp. 20 y 21.

²⁹ ZUGALDÍA ESPINAR: «Las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal para las personas jurídicas», en *Poder Judicial* n.º 46/1999, Madrid, pp. 327 a 334, y «La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho Español (requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal)», en *Nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel del Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, pp. 885 a 905.

³⁰ BACIGALUPO SAGGESE: «Las consecuencias aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal de 1995», en Bacigalupo *Curso de Derecho penal económico*, Madrid, 1998, pp. 65 a 88, pp. 71 a 73, y *op. cit.*, p. 284.

con fines propios de una pena e impuestas por un Juez penal. También considera inadmisibles negar su naturaleza sancionatoria y considerarlas consecuencias jurídicas preventivas-reafirmativas, pues supondría privarlas de las garantías constitucionales del derecho sancionador o considerarlas meramente como consecuencias orientadas a privar a la persona física del instrumento peligroso. Así, por vía de exclusión, tras refutar otros posibles planteamientos, llega a la conclusión de que son medidas de carácter sancionador penal, por lo que o son medidas de seguridad o son penas, sin contemplar Zugaldía la posibilidad de una tercera opción. Y ante dicha opción piensa que son penas al considerar que la aplicación de las consecuencias accesorias tiene como presupuesto la propia culpabilidad de la persona jurídica, en el que esas consecuencias accesorias son penas. Todo ello sin dejar de entender que la construcción de la culpabilidad de la persona jurídica es distinta de la persona física. Esta conclusión sobre la naturaleza la refuerza este autor con otros argumentos. Entre éstos, señala que las consecuencias accesorias están reguladas junto al comiso del que nadie ha puesto en duda su tradicionalmente carácter de pena y el tenor literal del artículo 262 del Código Penal que habla de imponer una pena de inhabilitación especial a empresas. Considera Zugaldía que el carácter facultativo de la imposición de las consecuencias accesorias tampoco desvirtúa su consideración como penas, pues las penas cumplen finalidades preventivo-especiales y tampoco se ejecutan si no resultan necesarias desde un punto de vista preventivo especial. Como conclusión afirma Zugaldía Espinar que el Código Penal de 1995 ha derogado la fórmula *tradicional societas delinquere non postest* y ha consagrado la posición contraria³¹.

También defiende Bacigalupo Sagge³² la postura de considerar a las consecuencias accesorias previstas por el artículo 129 auténticas penas; para esta autora son verdaderas sanciones de carácter penal, en particular penas, aunque se las intente presentar como consecuencias accesorias. Considera que la clausura o disolución definitiva es una consecuencia paralela a la pena de muerte para el sujeto físico, con lo que la única diferencia estriba en la naturaleza del sujeto jurídico. Para Bacigalupo Sagge, con el Código Penal de 1995 se tomó por el legislador español la decisión política criminal de introducir, de alguna forma, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero la técnica legislativa utilizada ha sido deficiente, pues no hay ideas claras sobre la distinción entre el ámbito sancionatorio penal y administrativo, no se aclaran los presupuestos bajo los cuales una persona jurídica puede ser objeto de sanciones penales (principio de legali-

³¹ ZUGALDÍA ESPINAR, *op. cit.*, pp. 895 y 896.

³² BACIGALUPO SAGGESE, *op. cit.*, pp. 306 y 307.

dad y tipicidad) y tampoco se establece bajo qué condiciones la persona jurídica puede sufrir una sanción penal sin vulnerarse el principio de culpabilidad.

Dentro de este primer grupo de autores, aunque con una posición distinta, cabe citar a Conde-Pumpido Ferreiro³³. Este autor, en la disyuntiva ya planteada por Zugaldía en torno a considerarlas o penas o medidas de seguridad, se inclina por la opción contraria y afirma que su naturaleza es la propia de una medida de seguridad en cuanto su fin confesado es preventivo y su fundamento la peligrosidad de una actividad revelada por la comisión de un hecho delictivo, tal y como exige el artículo 6.1 del Código Penal. Señala Conde-Pumpido cómo en la parte especial el subconsciente del legislador se ve traicionado y al imponerlas como sanción de determinados delitos pasa a denominarlas medidas y no consecuencias (como en los arts. 288, 294, 298, 302, 327, 366 y 370). Con este planteamiento el autor extiende a las consecuencias accesorias las garantías previstas con carácter general en el artículo 6 del Código Penal para las medidas de seguridad.

El segundo grupo de autores intentan dar respuesta a la cuestión de la naturaleza jurídica con un planteamiento intermedio considerando que las consecuencias accesorias son consecuencias jurídicas que habrían venido a constituir una respuesta al ilícito distinta a las tradicionales, esto es, a la pena, la medida de seguridad y la sanción administrativa. En este grupo se enmarca, en primer lugar, Gracia Martín³⁴, autor que se ha dedicado en gran medida al estudio del tema de la responsabilidad de las personas jurídicas. La posición de este autor sobre el tema de la responsabilidad penal exigible a las personas jurídicas es la de negar dicha responsabilidad, pues es contrario, al igual que otros autores ya citados, como Cerezo Mir, al reconocimiento de la capacidad de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas. Ello le lleva, igual que a Cerezo Mir, a rechazar que se trate de auténticas penas o de medidas de seguridad, pero, a diferencia de Cerezo, cree que son medidas preventivo coercitivas de carácter asegurador y desprovistas de naturaleza sancionadora. Estas medidas estarían fundadas no en el poder punitivo del Estado, sino en el poder coercitivo y con una finalidad orientada a la prevención frente a un peligro para los bienes jurídicos. Para Gracia Martín, la reacción frente a la criminalidad de las personas jurídicas debe configurarse con consecuencias jurídicas en dos planos³⁵:

³³ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *op. cit.*, pp. 1563 y 1564.

³⁴ GRACIA MARTÍN: «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas», en Puig /Luzón Peña (Coord.) *op. cit.*, pp. 35 a 73.

³⁵ GRACIA MARTÍN, *op. cit.*, pp. 70 a 72.

primero la responsabilidad penal individual de las personas físicas y segundo las consecuencias para las personas jurídicas que, en opinión de Gracia, deben reconducirse a dos supuestos de hecho. Uno, el de los efectos económicos resultantes del delito que, en cuanto benefician a la persona jurídica, deben establecerse consecuencias de carácter civil cuyo fin ha de ser exclusivamente reparador y distributivo como la reparación del daño, la indemnización de perjuicios y la privación de las ganancias obtenidas a consecuencia del hecho ilícito. El otro, el de los efectos criminógenos, esto es, configuradores del contexto favorecedor de la realización de hechos delictivos para los cuales deben aplicarse medidas preventivas de carácter asegurativo, como cierre de establecimientos o locales, y medidas de carácter puramente coercitivo, como multas sin finalidad represiva, sino coercitiva, para vencer así la resistencia del obligado a modificar una situación jurídicamente indeseable.

Dentro de este segundo grupo de autores, y en una posición de gran semejanza con la de Gracia Martín, cabe situar a Hurtado Pozo ³⁶ para el cual, si bien las consecuencias del artículo 129 guardan semejanza con las medidas de seguridad, lo cierto es que ni son penas ni medidas de seguridad, sino que tienen una naturaleza *sui generis* que no permite calificarlas como tales, pues tienen un presupuesto autónomo, que es la peligrosidad de la organización o entidad que lleva a considerar que las mismas han de tener como finalidad fundamental evitar y prevenir dicho estado de cosas siempre antes de sancionar. En la misma línea de asimilarlas a las medidas de seguridad, pero como algo particular y no semejante, apunta García Arán ³⁷ que las consecuencias accesorias del artículo 129 son medidas de seguridad *sui generis* en el sentido de que pretenden evitar las condiciones materiales que propician, permiten o encubren el delito individualmente cometido.

En esta línea, pero considerándolas auténticas sanciones penales, constituyendo una tercera vía distinta de penas y medidas de seguridad porque así lo ha querido establecer el legislador, encontramos la opinión de Tamarit Sumalla ³⁸. También Martínez-Buján Pérez ³⁹ parece acogerse a la tesis

³⁶ HURTADO POZO: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y consecuencias accesorias en el Código Penal español», extraído de <http://www.tirantonline.com>

³⁷ GARCÍA ARÁN, «Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en CEREZO MIR y otros (ed.) *El Nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al profesor doctor don Ángel Torío López*, Granada, 1999, pp. 325 a 333, p. 327.

³⁸ TAMARIT SUMALLA: «Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal: un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Díez Ripollés y otros (ed.) *op. cit.*, pp. 1153 a 1171.

³⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ: *Derecho Penal Económico. Parte General*, Valencia, 1998, pp. 231 y 232.

de la tercera vía sancionatoria o *tertium genus* al afirmar que el Código Penal de 1995 ha clarificado la naturaleza jurídica de estas consecuencias accesorias desde el momento que ha empleado una terminología específica y las ha incardinado en un título independiente. De esta manera el legislador las desgaja acertadamente de las medidas de seguridad reguladas en el Título IV de forma que las consecuencias del artículo 129 no se pueden calificar en rigor de auténticas medidas de seguridad.

Dentro de este grupo de autores que consideran que las consecuencias accesorias no son ninguna de las consecuencias jurídicas del ilícito conocidas hasta ahora existe otro grupo de autores que mantienen un planteamiento distinto. Es el caso de Octavio de Toledo y Ubieta ⁴⁰, para quien las consecuencias del artículo 129 del Código Penal y las penas difieren en cuanto a sus antecedentes históricos y legislativos, su contexto, su finalidad y sus presupuestos, por lo que es imposible parificarlas. Lo que ha hecho el Código Penal de 1995 al introducir en nuestro derecho positivo dichas consecuencias es añadir nuevas consecuencias jurídicas del delito a las ya previamente establecidas (penas, medidas de seguridad y responsabilidad civil *ex delicto*). Así pues, las medidas aplicables según el artículo 129 son una nueva especie de las consecuencias accesorias de la pena (postura esta también defendida por otros autores como Prats Canut) ⁴¹.

En otras ocasiones los autores, tras afirmar la confusa naturaleza jurídica de las consecuencias, eluden mayores explicaciones al respecto ⁴².

De esta exposición podemos apreciar claramente la dispersión de criterios doctrinales sobre la naturaleza jurídica debido a la indecisión y la parquedad exhibida por el legislador ⁴³. Evidentemente los problemas surgen por cuanto el legislador rechazó con el texto legal de 1995 la posibilidad de abordar el tema de la responsabilidad penal de la persona jurídica y se limitó, en nuestra opinión, a recoger por motivos político criminales una serie de medidas aplicables a las personas jurídicas cuando se emplearan por una persona física para la comisión de un delito obviando de esta manera las innegables dificultades que se presentan para hacer extensiva a las personas jurídicas la responsabilidad penal, tanto en orden a poder afirmar que son capaces de realizar una conducta típica como que pueden ser objeto del juicio de culpabilidad como la doctrina ha puesto de relieve ⁴⁴. El legislador

⁴⁰ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *op. cit.*, p. 1133.

⁴¹ PRATS CANUT, José M.^a, en «Comentarios al nuevo Código Penal» y QUINTERO OLIVARES (director), Pamplona, 1996, p. 624.

⁴² GUINARTE CABADA, en Vives Antón T. S. (coord.), «Comentarios al Código Penal de 1995, Tomo I», Valencia, 1995, pp. 665 a 669, pp. 665 y 666.

⁴³ TAMARIT SUMALLA, *op. cit.*, p. 1161.

⁴⁴ MAPELLI CAFFARENA, *op. cit.*, p. 47.

las configuró con carácter accesorio a la responsabilidad penal de la persona física. Ahora bien, creo con Tamarit Sumalla ⁴⁵ que algunas soluciones aportadas por la doctrina incurren en exceso de creatividad pues hacen decir al texto legal lo que realmente no dice. Evidentemente las consecuencias accesorias no son sanciones administrativas, pues están reguladas en el Código Penal, se imponen en un proceso penal por un Juez penal y exigen la previa afirmación de la comisión de un delito pero, y en contra de la opinión de Zugaldía en este punto, las consecuencias accesorias tampoco son penas, pues el Código Penal de 1995 no contiene elementos para defender la responsabilidad penal de la persona jurídica, no es admisible que el legislador de modo tácito o encubierto haya querido adoptar una decisión de tal alcance como es la de atribuir responsabilidad a las personas jurídicas y ni la doctrina ha alcanzado un nivel de desarrollo dogmático que permita construir las bases dogmáticas de dicha responsabilidad. Como ha puesto de relieve Mapelli Caffarena ⁴⁶, si realmente hubiera sido esa la *voluntas legislatoris*, no hubiera esperado al Libro II. Semejante declaración es una cuestión que, en opinión de este autor, debe ubicarse entre los principios generales del sistema penal. No debemos olvidar, por otro lado, que el Congreso de los Diputados aceptó la enmienda número 699 del Grupo Federal de Izquierda Unida para suprimir el inciso final del apartado tercero en el cual el texto del proyecto de ley hablaba de la responsabilidad penal de las personas físicas o jurídicas. Sí que estamos de acuerdo con Zugaldía en que se trata de sanciones de carácter penal, lo que obliga a su interpretación y aplicación conforme a los principios del Derecho penal en la medida en que ello sea posible. Creemos, como ya se ha afirmado en la doctrina ⁴⁷, que con las consecuencias accesorias se ha consagrado una tercera forma de sanciones penales, que la ley ha establecido con plena autonomía de penas y de medidas de seguridad y que, por lo tanto, no son automáticamente aplicables los criterios legalmente previstos para estas dos formas de reacción penal. Cuatro serían, pues, las consecuencias jurídicas del delito, sin que necesariamente en todo caso deban estar presentes, la pena, la medida de seguridad, la consecuencia accesorio y la responsabilidad civil ⁴⁸. Así pues, las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal son en mi opinión medidas de naturaleza penal accesorias de la comisión de un delito cometido por una persona física y dirigidas a privar a esa persona física, única responsable del delito, de la persona jurídica que ha utilizado

⁴⁵ TAMARIT SUMALLA, *op. cit.*, pp. 1161 a 1164.

⁴⁶ MAPELLI CAFFARENA, *op. cit.*, p. 48.

⁴⁷ TAMARIT SUMALLA, *op. cit.*, p. 1163.

⁴⁸ MAPELLI CAFFARENA, *op. cit.*, p. 49.

como instrumento para la comisión y a través de la cual ha cometido, favorecido o encubierto el delito. Por lo tanto en la aplicación de dichas consecuencias deberán respetarse, como decíamos *ut supra*, las exigencias del Derecho penal y procesal penal en la medida en que les sean aplicables.

C) Presupuestos y fines de su aplicación

Las consecuencias accesorias precisan para su aplicación de una serie de presupuestos y del cumplimiento de unos requisitos. Sobre los presupuestos la doctrina ha criticado su regulación por considerar que el legislador no tiene claros los que quiere exigir, pues no se ha hecho en ningún caso una regulación al menos coherente ⁴⁹.

En primer lugar, se suscita la cuestión en torno a si el juzgador puede aplicar las consecuencias a su libre arbitrio o sólo cuando lo autorice expresamente la parte especial del Código Penal. Es decir, si las consecuencias accesorias constituyen un *numerus clausus* y sólo se pueden aplicar en los supuestos en que así está previsto en la parte especial o si por el contrario el artículo 129 es una cláusula general que permite al Juez una aplicación en cualquier supuesto. Esta segunda interpretación parece impuesta por el texto legal del artículo 129 al referirse «a los supuestos previstos en este código» y así ha sido asumido por la mayoría de autores ⁵⁰. Es cuestionable el adelantamiento del catálogo de medidas a la parte general del Código Penal en vez de haber optado por el sistema del texto anterior de prescindir del mismo y hacer sólo referencia a las medidas concretas en los artículos de la parte especial. Cabe señalar que el único sentido que hoy tiene ese catálogo general lo dan los tres únicos artículos de la parte especial que remiten a las medidas del artículo 129 y permiten por tanto imponer cualquiera de ellas. Así, salvo en los artículos 288, 294.2 y 520, en los demás supuestos se mencionan expresamente las medidas sin referencia alguna al artículo 129. Así pues, el primer presupuesto para la aplicación de las consecuencias a las personas jurídicas es que un precepto de la parte especial así lo admita expresamente. Éste es el criterio también admitido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo ⁵¹.

El segundo de los presupuestos de la aplicación de las consecuencias es la previa comisión de un delito por una persona física. Nuestro Código Penal no consagra la responsabilidad penal de la persona jurídica, pues así

⁴⁹ BACIGALUPO SAGGESE, *op. cit.*, p. 74.

⁵⁰ BACIGALUPO SAGGESE, *op. cit.*, pp. 286 a 288; CONDE PUMPIDO FERREIRO, *op. cit.* p. 1564 y GUINARTE CABADA, *op. cit.*, p. 666

⁵¹ TS 2.^a, S 07-07-2001, núm. 1345/2001, rec. 2469/1999. Pte: Jiménez Villarejo, José.

se quiso dejar claro tal y como dijimos durante la tramitación parlamentaria. Su regulación no hace sino permitir la imposición de ciertas medidas para la persona jurídica cuando ésta haya sido utilizada por una o varias personas físicas para la comisión de un delito. Medidas, insistimos, dirigidas a privar a la persona física del instrumento empleado, la persona jurídica, para cometer el delito o favorecerlo y que serán aplicables siempre y cuando se pueda deducir que existe el riesgo de que se volverá a usar el mismo instrumento y con la finalidad de impedirlo. Es presupuesto necesario e ineludible que la sentencia que imponga las consecuencias para la persona jurídica condene por un delito a una persona física. Una vez afirmado este presupuesto se plantea la duda de si sólo lo satisface el autor en sentido estricto o también los partícipes del delito pueden motivar la aplicación de alguna de las consecuencias accesorias. La doctrina⁵² excluye los encubridores por cuanto el encubrimiento ya no es contemplado por el Código Penal de 1995 como una forma de participación en el delito, sino como una conducta delictiva autónoma contra la administración de justicia (arts. 451 a 454 del Código Penal) y dichos artículos no remiten al artículo 129 ni prevén consecuencias similares a las contenidas en éste. Por lo demás nada obsta para extender la aplicación del artículo 129 no sólo ante la condena de un autor en sentido estricto, sino también de un partícipe por cuanto son formas de intervención en el mismo delito de la parte especial de igual manera que nada obsta para aplicar el artículo 129 aunque las conductas delictivas no alcanzaran el grado de consumación. En todos estos casos existiría una condena por el correspondiente tipo de la parte especial presupuesto para la entrada en juego de las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal. Ahora bien, una cosa es la posibilidad teórica, que creemos existe, y otra cuestión su conveniencia práctica. Conforme a las exigencias derivadas del principio de intervención mínima y del principio de proporcionalidad que deben guiar la aplicación de las consecuencias accesorias, si como estimamos aunque no penas sí son auténticas sanciones penales, su aplicación debe reservarse para los supuestos especialmente graves de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos en los que la medida devenga necesaria para conjurar el riesgo de reiteración delictiva. Ello generalmente no ocurrirá sino respecto al autor en sentido estricto y respecto a conductas que alcancen la consumación.

Todo ello nos introduce en otra controvertida cuestión cual es la relación que debe unir a la persona física autora del delito con la persona jurídica. Tal y como parece deducirse del tenor literal del artículo 129, la per-

⁵² OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *op. cit.*, p. 1141.

sona física debe haber empleado a la persona jurídica para cometer el delito, favorecerlo o encubrirlo, pero no aclara con ello la cuestión. Parece lógico que para acordar una medida que prive a la persona física de la persona jurídica utilizada como instrumento exigirá para poder aplicarla que la persona física tenga una posición de dominio sobre la persona jurídica, sus estructuras o capacidad de actuación, sólo así, creemos, puede fundamentarse la aplicación de alguna de las consecuencias accesorias.

Con relación a este segundo presupuesto, la previa condena de una persona física se plantea si es necesario afirmar la existencia de una conducta típicamente antijurídica, culpable y punible o basta con la realización por la persona física de una conducta antijurídica. Octavio de Toledo ⁵³, al defender que las consecuencias accesorias del artículo 129 lo son de la pena y no del delito o de la conducta antijurídica, considera que su aplicación exige siempre la previa realización de un delito en sentido completo (conducta típicamente antijurídica culpable y punible). Este autor asimila las consecuencias accesorias del artículo 129 al comiso en cuanto ambos están regulados en el mismo título y bajo la misma rúbrica («De las consecuencias accesorias») y en la medida que en el Código Penal de 1995 el comiso se ha regulado como consecuencia accesoria de la pena y no como hacía el texto derogado como pena accesoria. Por ello considera que el comiso y las consecuencias accesorias comparten la misma naturaleza. Frente a esta postura, Conde-Pumpido Ferreiro ⁵⁴ entiende que comiso y medidas del artículo 129 sólo tienen en común el título en que están reguladas, pero cada una tiene su naturaleza propia. Estima Conde-Pumpido que el comiso sí que está vinculado por expresa disposición legal (art. 127: «Toda pena que se imponga por delito o falta...») a la imposición de una pena, pero no así las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica, por lo que no es preciso para su aplicación que la sentencia que las imponga establezca una pena, sino que puede absolver al acusado por aplicación de una causa de inculpabilidad. Así, bastaría con afirmar la presencia de una acción típicamente antijurídica para motivar su aplicación y ello a pesar del artículo 194 del Código Penal que permite su imposición en la «sentencia condenatoria». Parece seguir este criterio Guinarte Cabada ⁵⁵ al afirmar que las consecuencias accesorias previstas sólo podrán decretarse en caso de una sentencia en la que se imponga a una persona natural alguna pena o medida de seguridad de las previstas en el Código.

⁵³ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *op. cit.*, p. 1131.

⁵⁴ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *op. cit.*, p. 1564.

⁵⁵ GUINARTE CABADA, *op. cit.*, p. 666. De igual parecer, MAPELLI CAFFARENA, *op. cit.*, p. 53.

Por nuestra parte y discrepando de Conde-Pumpido en cuanto al punto de partida, pues con la postura que mantenemos sobre la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias no se alejan radicalmente del comiso, lo cierto es que la regulación del Código Penal no las une en su imposición a una pena y nada obsta a que se puedan aplicar ante una conducta antijurídica e inculpable. Si lo que se persigue con las mismas es impedir que se utilicen para la comisión o para favorecer la comisión de un ilícito penal por las personas físicas cuando existe un lógico riesgo de reiteración en ello por esa o por otra persona física porque al utilizarlas se dificulta la persecución de la conducta y se favorece la impunidad, no sólo no hay obstáculo alguno a su imposición ante una conducta inculpable, sino que es lógica la misma, pues la persona jurídica puede ser utilizada de nuevo para realizar una conducta antijurídica que lesione intereses de la comunidad sin que nada obste a que en el caso concreto a la persona física no se la sancione por ser inculpable, por ejemplo, por una enajenación mental. Así pues, nos parece que no hay obstáculo alguno a que se apliquen las consecuencias jurídicas del artículo 129 ante una conducta antijurídica pero inculpable.

Respecto a los requisitos que exige la aplicación del artículo 129 debemos comenzar señalando que la imposición de las consecuencias se ha de hacer siempre y en todo caso en una resolución motivada. Esta motivación la doctrina ⁵⁶ entiende que debe expresar el fundamento y finalidad que debe orientar su imposición, es decir, sobre la finalidad de prevenir la continuidad criminal y los efectos de la misma. La exigencia de motivación se puede satisfacer con una resolución en forma de auto, excluyéndose sólo la forma de providencia. Creo, no obstante, que deberán aplicarse en todo caso en una sentencia. Si la aplicación de las consecuencias tiene como presupuesto ineludible la constatación de una conducta antijurídica cometida por la persona física y la resolución ha de ser motivada debiendo extenderse esa motivación a la existencia del delito cometido por la persona física, a la relación de la persona física con la persona jurídica expresando de qué manera la persona jurídica ha sido instrumentalizada para cometer el delito y, sobre todo, la finalidad que se pretende conseguir, esto es, cómo con la medida que se impone se va a prevenir la actividad delictiva y los efectos de la misma sólo la sentencia puede recoger dichas exigencias con un mínimo de coherencia. Sin que en ningún caso puedan imponerse en fase de ejecución de sentencia, ya que las sentencias deben ser ejecutadas en sus términos sin que sea lícito ampliarlas ⁵⁷.

⁵⁶ GUINARTE CABADA, *op. cit.*, p. 667, y *Comentarios al nuevo Código Penal*, PRATS CANUT, Pamplona, 1996, p. 628

⁵⁷ ZUGALDÍA ESPINAR, *op. cit.*, 898.

Constatada la existencia de una conducta antijurídica cometida por medio de una persona jurídica, la imposición de alguna de las consecuencias jurídicas del artículo 129 no deviene necesaria en todo caso. La imposición de las mismas tiene carácter facultativo. Así parece expresarlo el tenor literal del artículo al decir que el Juez o Tribunal «podrá imponer alguna de las siguientes consecuencias». Con esta expresión se podría pensar que el legislador le está recordando al Juez que no podrá imponer una consecuencia jurídica si no se da el supuesto de hecho contemplado por la ley, pero con ello no se entiende por qué no lo hace también en todos los demás preceptos del código y además es evidente que nunca se puede aplicar ningún tipo de medida, consecuencia o sanción sino se da el supuesto de hecho previsto por el tipo penal en cuestión ⁵⁸. Así, la única interpretación lógica es que, aun concurriendo el supuesto de hecho que permite su imposición, ésta es potestativa para el juzgador, el cual, apreciando la gravedad y circunstancias de la conducta, deberá decidir sobre su imposición.

Procesalmente la aplicación de las consecuencias accesorias exige la previa audiencia a los titulares o representantes legales. Es una exigencia lógica en un proceso penal como el nuestro, plenamente respetuoso con los principios de audiencia, contradicción y con el derecho de defensa. No puede imponerse una consecuencia jurídica de naturaleza penal sin haber sido oída o al menos ofrecida la posibilidad de ello ⁵⁹ a la persona, en este caso jurídica, afectada por la medida. Sobre la manera en que los titulares o representantes de la persona jurídica deberán ser llamados al proceso penal entendemos que, por asimilación con los terceros responsables civiles del delito, deberán seguir el mismo camino, por lo que un adecuado respeto al derecho de defensa constitucionalmente consagrado en nuestra Carta Magna debe llevar a dar traslado del escrito de acusación del Fiscal y demás partes acusadoras a los representantes legales de la persona jurídica y a permitir formular escrito de defensa e intervenir como auténtica parte en el juicio, solicitando y debiendo admitirse la práctica de las diligencias de prueba que soliciten que sean oportunas, pertinentes y válidas respecto a su posición procesal. Los autores ⁶⁰ que reconocen capacidad delictiva a las personas jurídicas y que consideran a las consecuencias accesorias auténticas penas entienden en lógica correspondencia que dicha audiencia no bastaría sin que sea preciso que la persona jurídica haya sido parte en el proceso penal con todas las garan-

⁵⁸ BACIGALUPO SAGGESE, *op. cit.*, p. 289.

⁵⁹ GUINARTE CABADA, *op. cit.*, p. 666.

⁶⁰ ZUGALDÍA ESPINAR, *op. cit.*, p. 898.

tías de un imputado. No obstante, el legislador ni ha dicho tal cosa ni por tanto debemos entender que lo haya querido por lo que creemos que la redacción de dicha exigencia es otro argumento más que refuta la postura de estos autores.

Otro requisito procesal que no exige expresamente el artículo 129 es que la imposición de una consecuencia accesoria ha de ser pedida por alguna de las partes acusadoras ⁶¹. Esta exigencia viene impuesta, por un lado, por el respeto al principio acusatorio, esencial en nuestro proceso penal, e incluido en el derecho a un proceso con todas las garantías consagrado por el artículo 24.2 de nuestra Constitución y, por otro lado, por el carácter facultativo de la imposición de las consecuencias. Así, la jurisprudencia ha venido sentando, en relación con el comiso, hoy también regulado como consecuencia accesoria, el criterio de sólo permitir al Tribunal su imposición cuando sea expresamente pedido por alguna de las partes acusadoras ⁶². Bien es cierto que sobre las penas accesorias del artículo 56 la jurisprudencia ha mantenido el criterio contrario ⁶³, permitiendo al Tribunal su imposición en la sentencia aunque no hayan sido pedidas por ninguna parte acusadora. Ello no obsta a la conclusión que defendemos, pues las penas accesorias del artículo 56 están previstas legalmente para que se aplique siempre y en todo caso alguna de ellas sin que exijan la prueba de presupuesto alguno. Distinto es lo que ocurre con el comiso. El comiso debe ser impuesto con toda pena del delito para privar al delincuente de los efectos, instrumentos del delito y de las ganancias, pero en este caso estos elementos sí que exigen una prueba. Debe probarse que han sido éstos los efectos e instrumentos utilizados para la comisión del delito y que éstas son las ganancias. Por ello, al exigir una prueba, el Tribunal Supremo exige las lógicas garantías procesales para su imposición, como son la previa petición de parte, prueba de los presupuestos y contradicción. Las consecuencias accesorias del artículo 129 cuentan con unos presupuestos que exigen una prueba que deberá aportar la parte acusadora y, dado que su imposición es facultativa, deberá su régimen asimilarse procesalmente al del comiso y exigirse por tanto la petición de parte acusadora.

⁶¹ De este parecer ZUGALDÍA ESPINAR, *op. cit.*, p. 898.

⁶² TS 2.^a, S 11-03-1999, núm. 398/1999, rec. 1648/1998. Pte.: Vega Ruiz, José Augusto de.

⁶³ TS 2.^a, S 26-01-1999, núm. 69/1999, rec. 969/1998. Pte.: Jiménez Villarejo, José.

D) Análisis de cada consecuencia particular

a) Clausura de la empresa sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo.

La primera de las consecuencias accesorias que menciona el artículo 129 es la que los preceptos de la parte especial contemplan con mayor frecuencia, como ha destacado la doctrina ⁶⁴. Así, se encuentra prevista en numerosos preceptos, como el artículo 194 en sede de delitos contra la libertad sexual, en el artículo 221.3 en los delitos contra las relaciones familiares, en el artículo 271.b) en los delitos contra la propiedad intelectual, en el artículo 276.2 en los delitos contra la propiedad industrial, artículo 294.2 en sede de delitos societarios, en los artículos 298.2, 299.2 y 302.b) en la regulación del delito de receptación y conductas afines, en el artículo 327 en los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, en el artículo 366 en la regulación de delitos contra la salud pública, en el artículo 430 en los delitos contra la administración pública y, finalmente, en el artículo 520 en la regulación de las asociaciones ilícitas. En algunos de estos preceptos la referencia a los establecimientos cambia nominalmente, adaptándose a las particularidades de cada delito. Así, por ejemplo, en el artículo 366 en los delitos contra la salud pública se habla de fábrica o laboratorio mientras que en los artículos 271 y 276.2 se habla de industria. A pesar de dichas variaciones, en realidad se trata de la misma medida contemplada por el artículo 129 con carácter general ⁶⁵.

Se trata de una medida mucho menos gravosa que las previstas en las letras b) y c); y, desde nuestro punto de vista, es la medida, junto con las previstas en las letras d) y e), que debe ser de aplicación preferente sobre las restantes. Y ello porque la medida que recoge la letra a) va dirigida exclusivamente a privar a la persona jurídica, no de su existencia ni de la posibilidad de ejercer su actividad, sino sólo de los medios, referidos éstos a sedes o establecimientos, con los cuales se ha visto favorecida o realizada la actividad delictiva, lo que le permitirá, si es una persona jurídica que desarrolla su actividad en varias sedes (pensemos el caso de una gran empresa o incluso una multinacional), continuar desarrollando la misma con otros locales que en modo alguno se hayan visto implicados en la actividad delictiva. Es una medida mucho menos gravosa que la clausura de todos los locales de la persona jurídica. De esta forma entendemos que debe aplicarse en principio para privar a la persona jurídica de parte de sus

⁶⁴ BACIGALUPO SAGGESE, *op. cit.*, p. 300.

⁶⁵ BACIGALUPO SAGGESE, *op. cit.*, p. 302.

medios, pues si con ella se privara a la persona de todos sus locales o establecimientos estaríamos privándola de todas sus actividades y eso se correspondería con la medida prevista en la letra c) con lo cual ambas medidas se solaparían. Esta interpretación viene avalada por la parte especial. Así, el artículo 298.2 en el caso de un delito de receptación cometido utilizando un establecimiento o local comercial o industrial prevé la posibilidad de acordar la clausura de ese concreto establecimiento o local.

El Código Penal deja al arbitrio del Tribunal la elección por la clausura temporal o definitiva. Se ha apuntado ⁶⁶ como criterio rector de una u otra posibilidad el hecho de que la actividad delictiva se realice desde el principio, en cuyo caso procedería la clausura definitiva, y cuando la persona jurídica ejerciera desde el inicio una actividad lícita pero en el curso de la cual de forma episódica se realizara algún hecho delictivo en el que procedería la clausura temporal. Discrepamos con parte de la doctrina ⁶⁷ de dicha solución, pues no tiene, como se ha señalado, apoyo alguno en el texto legal. El artículo 366 establece de forma expresa, en sede de delitos contra la salud pública, que la medida de clausura del establecimiento, fábrica, laboratorio o local podrá decretarse con carácter definitivo en los supuestos de extrema gravedad. Igualmente, el artículo 298.2 en la regulación de la receptación dice que atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente se podrá acordar la clausura temporal o definitiva. Así pues, creo que la medida debe aplicarse meramente con carácter temporal y sólo para los casos más graves (gravedad que podrá venir determinada por el hecho en sí o por la reiteración en la conducta delictiva tras alzarse una clausura temporal) debería aplicarse la clausura con carácter definitivo. Esta solución es la única que se nos presenta respetuosa con los principios de lesividad y proporcionalidad

b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.

La consecuencia accesoria recogida por el artículo 129 en segundo lugar es sin lugar a dudas la más gravosa de todas. Supone la disolución con carácter definitivo de la persona jurídica, sea sociedad, asociación o fundación y, por tanto, la muerte jurídica de la misma. Viene a ser el equivalente a la pena de muerte para la persona física. Su utilización al igual que la clausura definitiva debe reservarse para casos de extrema gravedad, lo cual se dará en casos de organizaciones cuya única actividad sea ilícita ⁶⁸. La adop-

⁶⁶ GRACIA MARTÍN, L.; BOLDOVA PASAMAR, M. A., y ALASTUEY DOBÓN, M. C., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, p. 462.

⁶⁷ BACIGALUPO SAGGESE, *op. cit.*, p. 302.

⁶⁸ GRACIA MARTÍN, L.; BOLDOVA PASAMAR, M. A., y ALASTUEY DOBÓN, M. C., *op. cit.*, p. 463.

ción de esta medida deberá conllevar la apertura de un proceso de disolución y liquidación con arreglo a la normativa reguladora de la misma donde su causa determinante será la adopción de la medida en la sentencia por el juez penal, el cual deberá supervisar y controlar dicho proceso y adoptar las decisiones oportunas para la debida constancia en el registro mercantil.

c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

La tercera de las consecuencias accesorias del artículo 129 es, por su propia redacción y aunque no se diga expresamente otra cosa, una medida de carácter meramente temporal a diferencia de su antecesora que es necesariamente de carácter definitivo. Ello se deduce, en primer lugar, del mismo término suspensión, pues una suspensión por su propia esencia es meramente temporal, y, en segundo lugar, por cuanto sólo permite la medida por un plazo de cinco años. De ser definitiva la suspensión, constituiría una disolución de la persona jurídica⁶⁹. La adopción de esta medida supondrá privar a la persona jurídica durante el plazo que se le marque de la posibilidad de ejercer cualquier tipo de actividad, con lo cual la persona jurídica queda en un estado latente, manteniendo su existencia, pero no pudiendo realizar ningún tipo de actividad. Es una modalidad agravada, en realidad, de la misma medida de la letra *d*), por cuanto en dicha letra se priva a la persona jurídica de parte de su actividad negocial y en la letra *c*) se la priva de toda ella. Si la letra *d*) prevé privar a la persona jurídica de aquella parte de sus actividades con las cuales se ha cometido, favorecido o encubierto el delito una lógica interpretación integradora y armónica de ambas debe llevar a aplicar la medida de la letra *c*) cuando toda la actividad de la sociedad, asociación o fundación ha sido empleada en su conjunto para cometer, favorecer o encubrir el delito. Es, pues, una medida, en cuanto paraliza toda la actividad de la sociedad, de especial gravedad y, por lo tanto, debe reservarse su aplicación para casos que siendo de gravedad que no requieran la disolución completa de la persona jurídica.

d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

La cuarta medida aplicable a las personas jurídicas es, como ya hemos adelantado, la encaminada a privar a la misma de la posibilidad de realizar

⁶⁹ BACIGALUPO SAGGESE, *op. cit.*, p. 303.

aquellas actividades, operaciones o negocios con los cuales se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Es una de las medidas menos gravosas y, por tanto, debe ser de aplicación general. Ello porque, cometido un delito o favorecido con la actividad de una sociedad, bastará para cumplir la finalidad que pretende el artículo 129.3 con privar inicialmente a la sociedad de la posibilidad de realizar ese tipo concreto de operaciones, sin necesidad de acudir a soluciones más gravosas, como privarle del uso de parte de sus medios (locales o establecimientos), suspender todas sus actividades o incluso acordar su disolución. Es, por lo tanto, una medida que en nuestra opinión debe ser, con la prevista en la letra *e*), de aplicación general, si bien al conllevar menos complejidad parece lógico que en la práctica los tribunales opten por aplicar ésta. La prohibición de las actividades puede tener carácter temporal o definitivo. De nuevo aquí abogamos por el mismo criterio rector de una u otra posibilidad que expusimos *ut supra* al hablar de la medida prevista en la letra *a*). La prohibición debe acordarse con carácter temporal o definitivo en función de la gravedad que podrá venir expresada por el hecho mismo o la reiteración en la actividad delictiva con dicha actividad social.

En relación con esta medida ha afirmado la doctrina ⁷⁰ que el legislador debía haber contemplado en su redacción la pena de inhabilitación que aparece mencionada en el artículo 262, ya que encaja perfectamente como prohibición de realizar una determinada actividad. Quizá el legislador podría haber utilizado dicho término en la redacción, pero, en ningún caso, puede verse la similitud de esta medida con una teórica pena de inhabilitación como un argumento con el que defender una posible admisión del legislador español de 1995 a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.

La última de las consecuencias accesorias del artículo 129 prevé la intervención judicial de la actividad societaria por un plazo máximo posible de cinco años. Es una medida que, en todo caso, debe ser temporal, pues es absurdo que un órgano judicial se convierta indefinidamente en administrador indirecto de una sociedad; cuando la gravedad de los hechos exceda de esta medida deberá optarse por soluciones más gravosas como la clausura de parte de la sociedad o incluso su disolución. Esta medida de intervención es compatible según se ha dicho con las restantes medidas, pero por nuestra

⁷⁰ BACIGALUPO SAGGESE, *op. cit.*, p. 304.

parte, consideramos que con la misma se pueden cumplir suficientemente las finalidades perseguidas sin que sea necesario conjugarla con otras, pues con la intervención judicial de la totalidad de las actividades de la persona jurídica ya puede evitarse la posibilidad de reiteración en la actividad delictiva sin necesidad de cerrar parte de los locales o prohibir actividades que de por sí estarían ya bajo control judicial ⁷¹. La aplicación de esta medida requerirá el nombramiento de uno o varios administradores judiciales de la persona jurídica, debiendo tenerse en cuenta para ello la normativa sobre administración judicial de empresas embargadas de los artículos 605 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, una vez derogado el Decreto-ley 18/1969, de 20 de octubre ⁷², por el número 17 del apartado segundo de la disposición derogatoria única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, habrá de estarse a los artículos 630 a 633 de ésta.

Esta medida tiene, además de la finalidad común a las restantes expresada en el apartado tercero del artículo 129, una fundamentación específica que no es sino su adopción en los casos en que con la actividad delictiva se haya puesto en peligro los derechos de los trabajadores o de los acreedores. La inclusión de dicha finalidad es loable, pues con una persona jurídica puede cometerse un delito que perjudique directamente a los trabajadores y, si se aplicara como medida la suspensión de la actividad o la clausura de la empresa, conllevaría un perjuicio añadido para los mismos. Por ello, en dicho supuesto será idónea la aplicación de dicha medida, con lo que se evitaría que los directivos puedan seguir cometiendo el delito que perjudicaría a los trabajadores sin que éstos sufran ningún perjuicio. Es precisamente porque es la medida menos gravosa para la sociedad y para terceras personas implicadas en la misma (como pueden ser trabajadores de la sociedad ajenos por completo a la actividad delictiva) lo que la convierte en idónea para su aplicación con carácter general aunque no lo ha contemplado así el legislador. Sumamente criticable resulta, en cambio, que no se haya previsto su adopción como medida cautelar (*vid.* epígrafe siguiente).

E) Las consecuencias accesorias como medidas cautelares

a) El concepto de medida cautelar.

El propio artículo 129 acoge la posibilidad de que el juez instructor acuerde alguna de las consecuencias accesorias como medida cautelar

⁷¹ BACIGALUPO SAGGESE, *op. cit.*, p. 305.

⁷² GUINARTE CABADA, *op. cit.*, p. 669.

durante la instrucción de la causa. Por medida cautelar se entiende, con carácter general, las resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional competente que se adoptan contra el presunto responsable de una acción delictiva como consecuencia, por un lado, del surgimiento de su calidad de imputado, y, por otro lado, de la posible ocultación personal o patrimonial en el curso de un procedimiento penal, con las que provisionalmente se limita la libertad personal o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos personales y civiles de la sentencia ⁷³. Así concebida, la medida cautelar está dirigida a garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia condenatoria que se dicte al finalizar el juicio, dado que la celebración del mismo requiere una cierta dilación en el tiempo por muy rápido que el legislador la pretenda en algunos casos (Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre procedimiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado). Con este concepto, la finalidad de las medidas cautelares no es sino asegurar la efectividad de la sentencia futura que pueda dictarse, con lo que se pueden adoptar medidas de carácter personal para asegurar la sujeción del presunto delincuente al resultado del juicio, y medidas de carácter real para asegurar la ejecución de los pronunciamientos de índole patrimonial que puedan acordarse en la sentencia como pena de multa, responsabilidad civil, etc... Ahora bien, con esta concepción difícilmente pueden tener encaje o aplicación las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal como medidas cautelares. Si partimos de la base que en nuestro Derecho Positivo sólo contempla la responsabilidad penal de la persona física, adoptar medidas contra la persona jurídica interpuesta para la comisión del delito ni va a contribuir a asegurar la sujeción de la persona física al procedimiento penal y facilitar la eventual ejecución de una pena como la de prisión (como ocurriría con la prisión provisional o la libertad provisional con obligación de comparecer ante el órgano judicial), ni tampoco contribuye a asegurar la sujeción de su patrimonio al juicio penal por cuanto es el patrimonio de la persona física y no el de la jurídica el que deberá responder.

Consideramos que la concepción expuesta restringe en demasía los márgenes de la medida cautelar. Las jurisprudencia del Tribunal Constitucional en doctrina referida a la prisión provisional ⁷⁴ ha venido señalando

⁷³ GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, ALMAGRO NOSETE, y CORTÉS DOMINGUEZ, *Derecho procesal*, Tomo II proceso penal, Valencia, 1991, p. 353.

⁷⁴ Véase en este punto la trascendental STC Pleno de 17 de febrero de 2000, núm. 47/2000, Fecha «BOE» 17 de marzo de 2000. Pte: Vives Antón, que acordó el auto planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad de los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

con reiteración ⁷⁵ que *la legitimidad constitucional de la prisión provisional exige que su configuración y su aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; y, como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida*, fines éstos que el Tribunal Constitucional centra en la pretensión de prevenir ciertos riesgos relevantes para el desarrollo normal del proceso y, en concreto, el Alto Tribunal habla de tres; el riesgo de sustracción a la acción de la administración de justicia, el riesgo de obstrucción a la justicia penal y el riesgo de delinquir nuevamente esto es el riesgo de reiteración delictiva.

Así visto y aplicando dicha concepción a la medida cautelar del proceso penal, los fines que justificarían la adopción serían más amplios, pues los constituirían la necesidad de asegurar la presencia personal del presunto delincuente al proceso, de evitar la reiteración en el delito por el mismo y de evitar la obstrucción de cualquier otra forma al proceso penal distinta de la sustracción del propio imputado (pensemos por ejemplo, posibles presiones a testigos para que cambien su testimonio, hacer desaparecer documentos de prueba...). Esta visión más amplia de los fines ha sido acogida, no sin posturas críticas, por la doctrina ⁷⁶. Desde este punto de vista sí que cabría en nuestra opinión la adopción de alguna de las consecuencias accesorias del artículo 129 durante la instrucción por cuanto con ellas se trataría de evitar durante la instrucción de la causa que el presunto responsable criminal pueda reiterar su conducta delictiva empleando de nuevo la estructura social de la persona jurídica para su comisión o favorecimiento o incluso que pudiera hacer desaparecer pruebas materiales del delito si, por ejemplo, se trata de un administrador de la sociedad y continúa ejerciendo su cargo. El fin que persiguen las consecuencias accesorias según el apartado tercero del artículo 129 es evitar la reiteración delictiva y, si la propia concepción de la medida cautelar del tribunal constitucional lo admite, no hay obstáculo alguno para su adopción durante la instrucción.

b) Presupuestos de la adopción.

Toda medida cautelar tiene dos presupuestos: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* ⁷⁷. El *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho que

⁷⁵ Entre otras TC 2.^a, S 29-10-2001, núm. 217/2001. Pte.: Mendizábal Allende, Rafael, así como SSTC 128/1995, STC 207/2000, STC 62/1996).

⁷⁶ MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, ORTELLS RAMOS Y MONTÓN REDONDO, *Derecho jurisdiccional*, Tomo III Proceso penal, Barcelona, 1991, pp. 541 y 542

⁷⁷ MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, ORTELLS RAMOS Y MONTÓN REDONDO, *op. cit.*, p. 539.

en el proceso civil no es sino la titularidad de un derecho subjetivo acreditada al menos inicialmente por un documento justificativo del mismo (un principio de prueba por escrito) tiene en el proceso penal una configuración distinta. El *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho no es sino el primero de los presupuestos de adopción de la prisión al que aludía *ut supra* el propio Tribunal Constitucional, esto es, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva en una persona. En palabras de nuestra doctrina⁷⁸ el *fumus boni iuris* en el proceso penal es un juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal del sujeto pasivo de la medida o sobre la responsabilidad civil (en nuestro caso *ex delicto*) del mismo. Este presupuesto, conlleva pues en nuestro derecho penal la adquisición de la condición de imputado, condición que se adquiere cuando ante la existencia de dichos indicios el juez instructor toma declaración previa la lectura de derechos del artículo 520 de la ley de enjuiciamiento criminal y en presencia de letrado siempre y en todo caso (art. 767 de la ley de enjuiciamiento criminal tras la redacción operada por la ley 38/2002). No creemos necesario para adoptar alguna medida cautelar que dichos indicios de criminalidad hayan quedado plasmados en un auto de procesamiento en el proceso ordinario para delitos más graves pues el retraso del juez en dictar dicha resolución en modo alguno debe motivar la imposibilidad de adoptar medidas cautelares, máxime cuando en la práctica es desde mucho antes cuando se aprecian indicios de comisión de un delito en la causa.

El segundo de los presupuestos de adopción de la medida cautelar es el *periculum in mora* o daño jurídico derivado del retardo del procedimiento. Este requisito, que la doctrina centra como expusimos en el peligro de fuga del delincuente o de ocultación de su patrimonio, puede, en nuestra opinión, entenderse con la doctrina más amplia ya expuesta *ut supra*, de modo que el *periculum in mora* lo constituiría el riesgo que el retraso, o mejor dicho el tiempo que el proceso penal exige en su tramitación, genere ciertos riesgos que provocarían la ineficacia de la propia decisión jurisdiccional final del proceso y que centraríamos en la necesidad de asegurar la presencia personal del presunto delincuente al proceso y de evitar la obstrucción de cualquier otra forma al proceso penal.

Vistos los presupuestos para la adopción de la medida cautelar en el proceso penal se ha planteado en la doctrina la cuestión relativa a la posibilidad de que las medidas cautelares puedan ser impuestas independientemente de la existencia de una persona física imputada⁷⁹. Entiendo que no.

⁷⁸ MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, ORTELLS RAMOS Y MONTÓN REDONDO, *op. cit.*, pp. 539 y 540.

⁷⁹ BACIGALUPO SAGGESE, *op. cit.*, p. 295.

La adopción de la medida cautelar sobre la persona jurídica exige siempre y en todo caso la concurrencia de los dos presupuestos expuestos, *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, respecto a la persona física presunta autora del delito. En el fondo no debemos olvidar que aunque las medidas cautelares que analizamos en el presente epígrafe afectan a la persona jurídica, en la concepción de las mismas que defendemos, no son sino medidas que se aplican en el fondo a la persona física, pues lo que se quiere evitar con ellas es que la persona física pueda emplear a la persona jurídica durante la tramitación de la causa para cometer nuevos delitos como ya ha hecho o para obstruir la instrucción, por ejemplo dificultando la obtención de pruebas. Si la imposición de alguna de las consecuencias accesorias en la sentencia exige, siempre y en todo caso, la condena de una persona física autora de un delito (o la absolución en su caso por una causa de inculpabilidad) por que las consecuencias son, como su propio nombre indica accesorias, la misma concepción debe mantenerse sobre su adopción como medida cautelar. Así pues, debe exigirse la existencia de indicios de comisión de un delito por una persona física utilizando para su comisión o para favorecerla una persona jurídica y la existencia de riesgos de obstrucción a la justicia para que así, y siempre de manera accesoria a la responsabilidad de la persona física, se pueda *mutatis mutandi* acordar alguna medida que afecte a la persona jurídica pero que, como decimos, en el fondo se adopta para limitar a la persona física la utilización de un medio, cual es la estructura social de la persona jurídica, empleado para la comisión y que podría seguir utilizando para cometer nuevos delitos o para obstaculizar el proceso penal. Si nuestro derecho no admite una responsabilidad penal propia y sustantiva para la misma persona jurídica difícilmente se puede admitir que se puedan adoptar medidas cautelares exclusivamente sobre presupuestos de actuación de la persona jurídica. A la persona jurídica nada se le va a exigir en el proceso penal por lo que nada hay que asegurar respecto a ella. Lo único que hay que asegurar es que la persona física que la ha utilizado no lo pueda volver a hacer o no la utilice para dificultar el avance de la instrucción penal.

c) Características de las medidas cautelares.

En primer lugar toda medida cautelar se encuentra sometida al principio de jurisdiccionalidad conforme al cual sólo puede acordarlas un órgano jurisdiccional y en concreto el órgano competente. Ello se deduce de la prohibición constitucional que tiene la administración de imponer medidas restrictivas de derechos (art. 25.3 CE), de la vigencia del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) y de la exclusividad

jurisdiccional en la imposición de penas art. 117.3)⁸⁰. Nada obsta por tanto a mantener dicha característica respecto a la imposición de las medidas cautelares que afectan a la persona jurídica.

Las medidas cautelares son, en todo caso, instrumentales del proceso penal concreto en el que se adoptan por cuanto van dirigidas a garantizar la pretensión ejercitada en el mismo y sólo tienen sentido mientras se siga dicho procedimiento⁸¹.

Por la misma razón, las medidas cautelares son siempre provisionales y sólo pueden durar el tiempo que dure el procedimiento en el que se adoptan⁸². Ello no obliga a que, una vez adoptadas, se mantengan durante toda la vida del mismo, pues se pueden dejar sin efecto con anterioridad por desaparición de los presupuestos que dieron lugar a su adopción (*fumus boni iuris o periculum in mora*). La variabilidad de las medidas cautelares durante el proceso es otra de sus notas características⁸³. Así, imputadas varias personas y una de ellas por cometer un delito por medio de una persona jurídica, si avanzada la instrucción desaparecen los indicios sobre la misma al acordarse el sobreseimiento respecto a ella, deben alzarse todas las medidas cautelares que se adoptaron sobre la misma, y entre ellas la que «colateralmente» afectó a la persona jurídica sin perjuicio que la causa siga en su tramitación para los restantes imputados que no emplearon persona jurídica alguna para la comisión del delito. De igual manera si la medida cautelar va dirigida a asegurar el resultado del proceso, una vez recaída sentencia firme deben alzarse las mismas y, en su caso, ser sustituidas por las penas, medidas o consecuencias definitivas acordadas en la misma.

Las medidas cautelares son también por ello temporales⁸⁴. Al igual que el legislador limita la duración de alguna medida cautelar como la prisión preventiva (art. 504 ley de enjuiciamiento criminal) la doctrina⁸⁵ ha estimado que las medidas cautelares derivadas de las consecuencias accesorias también tienen un plazo máximo de cinco años y ello porque si el artículo 129 sólo permite adoptarlas en sentencia con carácter temporal

⁸⁰ GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA; ALMAGRO NOSETE, y CORTÉS DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 355.

⁸¹ GIMENO SENDRA V.; MORENO CATENA; ALMAGRO NOSETE, y CORTÉS DOMINGUEZ, *op. cit.*, p. 355 y MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, ORTELLS RAMOS Y MONTÓN REDONDO, *op. cit.*, p. 538.

⁸² *Derecho procesal*, Tomo II proceso penal, GIMENO SENDRA V.; MORENO CATENA; ALMAGRO NOSETE, y CORTÉS DOMINGUEZ, 1991, p. 355.

⁸³ MONTERO AROCA; GÓMEZ COLOMER; ORTELLS RAMOS, y MONTÓN REDONDO, *op. cit.*, p. 544.

⁸⁴ GIMENO SENDRA V.; MORENO CATENA; ALMAGRO NOSETE, y CORTÉS DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 356.

⁸⁵ BACIGALUPO SAGGESE, *op. cit.*, p. 297

por un plazo de cinco años no debe durante la instrucción hacerse la situación de peor condición.

Por último las medidas cautelares son homogéneas ⁸⁶ aunque no necesariamente idénticas de las medidas ejecutivas a las que tienden a preordenar. Así en la medida que están destinadas a garantizar los futuros efectos de la sentencia, su naturaleza participa de las medidas ejecutivas cuando no es la misma como ocurre con la prisión provisional y la pena de prisión. Lo mismo ocurre con las medidas cautelares del artículo 129.2 del Código Penal que son similares a las consecuencias accesorias del artículo 129.1. En estos casos de coincidencia entre medida cautelar y consecuencia jurídica definitiva la duración de la medida cautelar se descuenta de la consecuencia jurídica definitiva. Así ocurre con la duración de la prisión provisional que posteriormente y en caso de condena a una pena de prisión se descuenta de la misma. Nada obsta, en opinión de la doctrina, para mantener la misma postura sobre las medidas cautelares que afectan a la persona jurídica ⁸⁷.

d) Medidas cautelares que se pueden adoptar.

El tenor literal del apartado segundo del artículo 129 permite al juez instructor acordar, como medidas cautelares en el proceso penal, alguna de las consecuencias accesorias previstas en las letras a) y c) del apartado primero del mismo, esto es, la clausura de alguno de los locales o establecimientos de la empresa o la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, asociación o fundación. Dichas medidas no podrán ser acordadas con carácter general, sino sólo y en la medida que se siga un proceso penal contra una persona física por un delito que permita su imposición en sentencia pues, como expusimos con anterioridad, no cabe la imposición de las medidas sino en los concretos casos que la parte especial del código así lo autoriza. Ello, unido a los caracteres ya expuestos de toda medida cautelar, lleva a permitir su adopción sólo cuando se puedan imponer también en sentencia. En dicho sentido se ha pronunciado Guinarte Cabada ⁸⁸ considerando la referencia del artículo 194 del Código Penal a la posible aplicación como medida cautelar de la clausura temporal como superflua. En contra de dicha postura, Bacigalupo Sagesse considera que el artículo 129 no tiene aplicación con carácter general y su aplicación debe estar expresamente

⁸⁶ GIMENO SENDRA V.; MORENO CATENA; ALMAGRO NOSETE, y CORTÉS DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 356.

⁸⁷ BACIGALUPO SAGGESE, *op. cit.*, p. 297 y CONDE PUMPIDO FERREIRO, *op. cit.*, pp. 1567 y 1568.

⁸⁸ GUINARTE CABADA, *op. cit.*, p. 669.

prevista en la parte especial, por lo que la adopción de las consecuencias accesorias con carácter de medida cautelar sólo podrá llevarse a cabo en los casos de la parte especial que remiten con carácter general al artículo 129, es decir, los artículos 288, 294 y 520 y en los demás artículos en que se admita expresamente, que no es sino el artículo 194. No creemos que dicho argumento permita llegar a una solución distinta a la que anticipábamos. Debe tenerse en cuenta que sólo en el apartado primero del artículo 129 el legislador dispuso que *«El juez o tribunal en los supuestos previstos en este código (...) podrá imponer las siguientes consecuencias»* pero que en el apartado segundo al regular las medidas cautelares no dice nada de supuestos previstos en el presente código. El legislador pudo haber incluido en la redacción junto a *«podrán ser acordadas por el instructor también durante la tramitación de la causa»* la referencia a *«en los supuestos previstos en el presente código»* y no lo hizo por lo que debemos entender que no lo quiso así. E igualmente, de la lectura de todo el artículo 129, se observa que cuando el legislador ha querido restringir una aplicación lo ha hecho expresamente y con claridad. Así lo hizo en los supuestos en que se pueden imponer las consecuencias accesorias o en las consecuencias concretas que se pueden imponer como medida cautelar. En consecuencia, no vemos obstáculo legal alguno para acordar las medidas cautelares con carácter general en todo delito que prevea su posible aplicación en sentencia como consecuencia accesoria definitiva.

La limitación legal del apartado segundo del artículo 129 del Código Penal, en cuanto a las medidas cautelares adoptables, es taxativa, de modo que, sólo las de los apartados *a)* y *c)* podrán adoptarse. Esta exclusión del resto de medidas es lógica en cierto modo respecto a la disolución de la sociedad, asociación o fundación del apartado *b)* pero no se comprende por qué no se puede acordar la prohibición cautelar de realizar determinadas operaciones, mercantiles o negocios o la intervención temporal de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores. Así se han elevados voces críticas en la doctrina ⁸⁹. Especialmente criticada ha sido la exclusión de la posibilidad de adoptar con carácter cautelar la intervención de la empresa. Como ya pusimos de relieve esta medida es de todas las consecuencias accesorias la menos perjudicial para terceros que puedan ser ajenos al delito (por ejemplo accionistas que puedan perder dividendos al ver como los beneficios caen al verse privada la sociedad de parte de sus locales o establecimientos) y además, es la menos gravosa en sí para la sociedad y va dirigida a garantizar los derechos de terceros como acreedo-

⁸⁹ BACIGALUPO SAGGESE, *op. cit.*, p. 291.

res y trabajadores que pueden haberse visto perjudicados por el delito y serlo de nuevo por la medida. Tal sería el caso de una sociedad que contratara trabajadores y que en su actividad ordinaria cometiera con habitualidad un delito de receptación. Si sólo se permite como medida cautelar el cierre de los locales o establecimientos con los que se ha realizado el delito, evidentemente privará a los trabajadores de su trabajo. En casos así, una medida cautelar de intervención judicial de la empresa, permitiría a la sociedad continuar con su actividad normal y ordinaria, y a los trabajadores o terceros acreedores les garantizaría sus derechos y simplemente se impediría que se siguiera con la actividad delictiva o se eliminaran pruebas de la misma que puedan quedar en los locales o establecimientos de la sociedad. Así pues la medida cautelar idónea es precisamente la que el legislador no permite lo cual representa un contrasentido y que debería subsanarse con la oportuna reforma.

Podría pensarse en la posibilidad de imponer alguna de las medidas cautelares que el artículo 129.2 excluye en especial la intervención de los derechos de los trabajadores con un apoyo legal distinto. El artículo 13 de la ley de enjuiciamiento criminal permite adoptar como primeras diligencias (las llamadas diligencias a prevención): las de dar protección a los perjudicados, consignar pruebas del delito que puedan desaparecer, recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente y detener en su caso a los presuntos reos. Una primera y somera lectura del precepto podría dar apoyo legal a adoptar la medida cautelar de intervención de la empresa. Sin embargo dicha solución nos parece inadmisibles. En primer lugar por el propio origen del precepto que no es sino expresar las primeras diligencias urgentes e iniciales a practicar ante la comisión de un delito. Regula lo que el actual artículo 770 de la ley de enjuiciamiento criminal (tras la redacción dada por la ley 38/2002) dispone que la policía judicial realice inmediatamente, esto es, diligencias como recoger huellas o vestigios del delito, proteger a los perjudicados en un sentido inicial y primario como ser atendidos por facultativo, o tomar datos de testigos. La pretensión del precepto no va más allá y sería forzar en extremo acudir a dicho precepto para acordar con carácter genérico e indiscriminado medidas cautelares indeterminadas en el proceso penal, máxime cuando dichas medidas son restrictivas de derechos y de gran trascendencia como una intervención judicial de una empresa o sociedad. Por otro lado hay que tener en cuenta que ante la ausencia de regulación podrían surgir dudas sobre si la falta de regulación permite integrar el vacío legal con otros preceptos, pero existiendo una regulación que, aunque concisa, es clara y terminante al respecto, en el artículo 129.2 del Código Penal en modo alguno cabe apoyarse en dicho precepto para

acordar otras medidas. De igual manera hay que tener en cuenta que el artículo 129.2 del Código Penal tiene rango de ley orgánica, no así el artículo 13 de la ley de enjuiciamiento criminal, y además es ley posterior con lo cual derogarí­a toda la regulaci3n anterior que se le opusiera. En conclusi3n no cabe adoptar m1s medidas cautelares respecto a una persona jur1dica que la clausura de sus locales o establecimientos o la suspensi3n de sus actividades sin que, y a pesar de ser deseable *de lege ferenda*, se pueda acordar judicialmente durante la instrucci3n una intervenci3n judicial de la empresa o persona jur1dica, ni mucho menos un cambio de administradores o puestos directivos.

e) Las consecuencias accesorias como medidas cautelares en la pr1ctica judicial.

Escasa es la aplicaci3n que hacen nuestros tribunales de las consecuencias accesorias del art1culo 129, y m1s a1n de su aplicaci3n como medida cautelar, sin que ello suponga cr1tica alguna por nuestra parte pues la medida cautelar como restrictiva de derechos contra una persona sobre la base de unos indicios debe ser excepcional y de restrictiva aplicaci3n. Especial inter1s tiene el auto de 26 de julio de 1999, recurso 55/1999 dictado por la secci3n 4.ª de la Audiencia Nacional (Pte.: L3pez Ortega, Juan Jos1) por cuanto entr3 a resolver un recurso de queja presentado contra un auto del juzgado central de instrucci3n que hab1a acordado cautelarmente la medida de clausura de las empresas titulares del diario Egin y la emisora de radio Egin Erratia y la suspensi3n de sus actividades. En este auto se expuso la doctrina del tribunal sobre los requisitos y finalidad de la medida cautelar adoptada en base al art1culo 129 del C3digo Penal.

Señala el auto que tres son los factores a ponderar para decidir si la medida cautelar es v1lida y se encuentra justificada. En primer lugar la medida ha de ser adecuada al fin perseguido, y en este punto considera el tribunal que la 1nica finalidad que puede justificar la adopci3n o mantenimiento de una medida cautelar adoptada en base al art1culo 129 es prevenir la continuidad en la actividad delictiva porque as1 lo marca el art1culo 129.3 que la Audiencia Nacional extiende en su interpretaci3n a toda consecuencia accesoria bien sea medida cautelar bien sea medida definitiva. Con relaci3n a este requisito el tribunal lo estim3 concurrente por cuanto las medidas de clausura y suspensi3n de las actividades se adoptaron de las empresas titulares de dos medios de comunicaci3n integrados en una organizaci3n terrorista y por tanto las medidas adoptadas no pretend1an sino tratar de impedir que la organizaci3n terrorista continuara manteniendo dichos medios integrados en la misma para la consecuci3n de sus fines.

En segundo lugar la medida cautelar adoptada debe, según la Audiencia Nacional, respetar el principio de mínima intervención. Este principio, informador del derecho penal en su conjunto, conlleva que el poder punitivo del estado sólo puede emplearse para proteger intereses no minoritarios y necesarios para el funcionamiento de un estado de derecho, y sólo puede ser adecuado recurrir al derecho penal cuando dichos intereses no sean susceptibles de tutela con otros instrumentos jurídicos no penales ⁹⁰. En relación con este requisito señala el tribunal que *«resulta evidente que la intervención ha de ser la mínima posible en los derechos de los particulares y en los intereses de la generalidad y, por esta razón, deben elegirse siempre las medidas menos graves frente a las más graves cuando aquéllas resulten suficientes para la realización del fin.»* Para añadir acto seguido que *«a pesar de constituir una injerencia grave en un derecho fundamental, resultan necesarias en una sociedad democrática para la tutela del orden de valores establecido en la Constitución»* Así pues, la Audiencia también estimó adecuadas al principio de mínima intervención las medidas cautelares adoptadas por cuanto reconoce que no existían por el momento medidas menos gravosas para satisfacer la finalidad perseguida y, si bien la medida cautelar podía afectar a un derecho fundamental como el derecho a comunicar o recibir libremente informaciones y opiniones, lo eran para la tutela en una sociedad democrática como la nuestra del orden de valores establecidos en la Constitución.

El tercero de los requisitos a que alude el auto de la Audiencia no es sino la exigencia de proporcionalidad de la medida. Declara el tribunal que *«el hecho de que una medida sea adecuada y suponga el menor menoscabo posible para los derechos de los particulares y los intereses de la generalidad no significa que se encuentre indefectiblemente justificada. En efecto, también es preciso que la eventual lesión sobre los derechos afectados no se encuentre fuera de toda proporción con relación a los beneficios derivados de la efectiva realización del fin puesto en peligro y a cuya protección se atiende.»* En el presente caso no ofrece duda al tribunal la importancia de los bienes afectados por la medida cuestionada pero dicha injerencia la considera proporcionada en relación con los bienes jurídicos afectados por la actividad delictiva (terrorismo) cuya reiteración con la medida se trata de evitar. La Audiencia Nacional desestimó en consecuencia el recurso de queja presentado y mantuvo las medidas cautelares.

Las medidas cautelares que mantuvo el auto de la Audiencia Nacional se adoptaron en una causa seguida por delitos de terrorismo. De una atenta

⁹⁰ QUINTERO OLIVARES, *Manual de derecho penal Parte General*, Pamplona, 2000, p. 95.

lectura de la sección 2.^a del capítulo V del título XXII del libro II del Código Penal que aborda su regulación, observamos que no contemplan de manera específica la posibilidad de adoptar alguna de las medidas cautelares reguladas en el artículo 129 lo que en principio debería impedir la adopción de consecuencia accesoria alguna como medida cautelar. Sólo en la medida que los delitos de terrorismo contengan agravaciones respecto a otros tipos básicos (arts. 571, 574, 575) y dichos tipos básicos contemplen dichas medidas (como el art. 569) se podrían aplicar dichas medidas cautelares. Dicho aspecto en modo alguno fue cuestionado por la defensa de las sociedades afectadas y en consecuencia no sometido a debate a través del recurso.

Por otro lado, el auto de la Audiencia Nacional aborda la cuestión centrando la medida en la persona jurídica. No contempla el verdadero carácter y sentido de la medida. El presupuesto esencial de la adopción de la medida no debe olvidarse es la actividad delictiva de terrorismo presuntamente realizada por los directivos, gestores o empleados de los dos medios de comunicación afectados empleando dichos medios para la consecución o favorecimiento del delito. Sobre la base de dicho presupuesto (*fumus boni iuris*) surge un evidente riesgo de reiteración delictiva (empleo de nuevo de las mismas sociedades titulares de los medios para seguir con la actividad de colaboración terrorista) que contempla la Audiencia en su resolución y un riesgo de obstrucción a la justicia (riesgo de ocultación de pruebas) que la Audiencia Nacional no contempla. Dichos riesgos (*periculum in mora*) justifican la adopción de las medidas cautelares que el instructor acordó y la Audiencia Nacional posteriormente mantuvo, pero siempre centradas en medidas para impedir que las personas físicas concretamente imputadas por delitos de terrorismo continúen empleando a las empresas para la comisión o encubrimiento de dichos delitos. Este aspecto no se contempla en la resolución quizá porque el recurso presentado por la defensa tampoco no cuestionó dichos aspectos sino que se centró en negar la posibilidad de reiteración delictiva y en la existencia de medios alternativos menos gravosos. Respecto a las exigencias de intervención mínima y de proporcionalidad a que alude el auto de la Audiencia Nacional en realidad son comunes a toda medida cautelar y lo que hace la Audiencia no es sino referirlas y exigir las a la medida cautelar concretamente cuestionada con el recurso de queja. El auto de la Audiencia Nacional analiza el cumplimiento del fin que debe perseguir la medida cautelar y las garantías para su imposición, comunes éstas a toda consecuencia de naturaleza penal. Es obvio, y se ha venido defendiendo por nuestra parte, que siempre en la aplicación del artículo 129 debe optarse entre las consecuencias accesorias menos gravosas y en proporción al fin que se quiere satisfacer reservando siempre las alternativas

más gravosas para los casos de extrema gravedad. El auto de la Audiencia Nacional no aporta ningún elemento novedoso al respecto de los presupuestos y requisitos de las consecuencias accesorias como medida cautelar. Sobre la finalidad el tribunal mantiene una concepción estricta de la que discrepamos, y se limita, sin más, a examinar si las medidas adoptadas en el caso concreto satisfacían las exigencias generales a toda medida cautelar de mínima intervención y de proporcionalidad.

III. EL PRINCIPIO *SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST A LA LUZ DEL ARTÍCULO 129 DEL CÓDIGO PENAL: CONSIDERACIÓN CRÍTICA Y PROPUESTAS DE LEGERENDA*

El camino iniciado por el legislador de 1995 con la introducción de las particulares medidas penales del artículo 129 del Código Penal ha sido objeto de innumerables críticas. Muchas son las deficiencias que presenta la regulación, algunas de las cuales han tratado de ser aclaradas o despejadas en el presente trabajo. Entre ellas señala Octavio de Toledo ⁹¹ las siguientes:

— No aclara quién puede ser —si sólo el autor o también los partícipes de los delitos— y qué papel ha de desempeñar la persona física autora del delito respecto al ente societario al que cabe imponer la consecuencia accesoria.

— Hace dudosa la responsabilidad civil en tales casos a los efectos del artículo 116 del propio Código Penal.

— Existen importantes lagunas legales en relación por ejemplo: con el descuento de la duración de las consecuencias adoptadas cautelarmente, respecto de la duración definitivamente establecida para éstas, en relación con las consecuencias del incumplimiento, plazo de prescripción de las consecuencias y de cancelación y anotación de tales antecedentes que los autores que las consideran auténticas penas resuelven por aplicación analógica de las soluciones previstas para éstas ⁹².

— En el plano de la legislación procesal la regulación debería haber ido acompañada de una regulación que despejara cuestiones tales como el sometimiento indudable a los principios acusatorio y de contradicción, en relación con el rol procesal «*de los titulares*» o de los «*representantes lega-*

⁹¹ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *op. cit.*, pp. 1141 y 1142.

⁹² ZUGADÍA ESPINAR, *op. cit.*, p. 899.

les de las entidades sociales» —a quienes el artículo 129.1 tan sólo prevé que el juzgador dé «*audiencia previa*» a la imposible imposición de las consecuencias jurídicas que a continuación relaciona— y por otra parte en relación con la exigencia de tener que imponer estas consecuencias en el fallo condenatorio.

— Así mismo, son criticables para Octavio de Toledo: la parquedad del elenco de consecuencias contenidas en el artículo 129, la ausencia de toda regla expresa para su determinación, la falta de claridad sobre si pueden imponerse o no cumulativamente y el que, a la vista de los importantes efectos secundarios que su aplicación puede suponer, no se haya priorizado —como hemos defendido en el presente trabajo— las menos graves y la más claramente paliativa (la intervención) y no haya considerado como última ratio la disolución, estimada como la «pena de muerte» de la entidad social. También otros autores como Zugaldía Espinar critica acertadamente la pobreza del catálogo de sanciones del artículo 129 echando de menos sanciones efectivas en la lucha contra la delincuencia económica como la pérdida de subvenciones, beneficios fiscales o de seguridad social, la amonestación pública o privada, la caución de conducta, la aplicación de beneficios a fines sociales, la publicación de la sentencia o la prohibición de contratar con empresas públicas ⁹³.

Como conclusión a toda esta exposición nos parece evidente como a la mayoría de nuestra doctrina ⁹⁴ que las consecuencias accesorias tanto por sus orígenes, el lugar sistemático que ocupa su regulación, los términos de la misma, los presupuestos que se exigen para la imposición, la finalidad que tienen asignada y el carácter que tienen (el de consecuencia accesoria de la realización por una persona física de una conducta antijurídica dirigida a privar a la misma de ese instrumento utilizado para la comisión o favorecimiento) no han supuesto en modo alguno una derogación del principio *societas delinquere non potest*.

No obstante, ello no supone que la regulación del artículo 129 no haya supuesto un primer e importante paso en la búsqueda de una solución al problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Las actuales medidas aplicables a las personas jurídicas son un cuerpo extraño en nuestro sistema penal y con importantes deficiencias pero creemos, con Tamarit Sumalla ⁹⁵, que son un primer paso legislativo para abordar el pro-

⁹³ ZUGALDÍA ESPINAR, *op. cit.*, p. 897.

⁹⁴ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *op. cit.*, p. 1143. TAMARIT SUMALLA, *op. cit.*, pp. 1168 a 1171.

⁹⁵ TAMARIT SUMALLA, *op. cit.*, pp. 1168 a 1171.

blema formulado en nuestra introducción sobre la exigencia de responsabilidad penal en delitos cometidos por personas jurídicas. Estas deficiencias deben llevar a defender la necesidad de una evolución hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas sin que ello pueda suponer una transferencia automática de los contenidos del derecho penal de las personas físicas. Necesariamente habrá que proceder a una reelaboración de los contenidos sustantivos y de las consecuencias de orden procesal. El sector doctrinal partidario de la conveniencia político criminal del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha comenzado a establecer los fundamentos dogmáticos para poder dar este paso ⁹⁶: capacidad de acción u omisión de la propia persona jurídica, ya sea como consecuencia de la normativización del concepto o incluso sobre las bases «ontológicas», capacidad de culpabilidad del colectivo al lado de la culpabilidad de sus representantes (en general en torno al concepto formulado por Tiedemann de «defecto de organización»), y por último, capacidad de pena basada en la sensibilidad de las organizaciones a los efectos preventivo-generales y preventivo-especiales de las penas y no vulneración del principio *non bis in idem* en caso de acumulación de sanciones al ente y a su representante. La formulación de criterios propios de imputación de las personas jurídicas no pueden ser idénticos a los de las personas físicas por su propia diferencia ontológica. Para evitar el riesgo de «contaminación conceptual» que conllevaría la integración de la responsabilidad de las personas jurídicas en el sistema penal debe optarse por un dualismo no disgregador del sistema que mantenga para el derecho penal de las personas jurídicas las garantías del derecho penal elaborado para las personas físicas ⁹⁷.

Así pues, las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal deben ser el germen del sistema de responsabilidad penal de los colectivos organizados de personas. La regulación legal de los presupuestos materiales y de la forma de imposición de las sanciones deberá en el futuro preverse como una ampliación de las mismas. La creación de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, dotado por supuesto del necesario arsenal garantista, se presenta en nuestra opinión ⁹⁸ como la solución más eficaz desde un punto de vista político criminal frente a la criminalidad de empresa, y también más honesta y consecuente con las garantías y respeto a los principios del

⁹⁶ Un interesante intento en este sentido en nuestra doctrina puede verse en ZUÑIGA RODRÍGUEZ, *op. cit.*

⁹⁷ En este sentido se pronuncia también GARCÍA ARÁN en «*Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*» en «*El Nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos Libro Homenaje al profesor doctor don Ángel Torío López*», pp. 325 a 333.

⁹⁸ En este punto también de nuevo siguiendo a TAMARIT SUMALLA, *op. cit.*, pp. 1168 a 1171.

Derecho penal. Creo, sinceramente, que debe ser ésta la tendencia futura, en la línea que ya adelantó la recomendación 18/88, de 20 de octubre, del Comité de ministros de estados miembros del Consejo de Europa en la que se propuso *«la aplicación de la responsabilidad y de sanciones penales a las empresas cuando la naturaleza de la infracción y, la gravedad de la culpabilidad de empresa y la necesidad de prevenir otras infracciones así lo exijan»*

BIBLIOGRAFÍA

ACHENBACH: «Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el derecho alemán» Silva Sánchez (ed): Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin. Barcelona, Bosch 1995.

BACIGALUPO SILVINA:

— La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Barcelona Bosch 1998.

— «Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal de 1995» en Bacigalupo Zapater, E (Director) Curso de derecho penal económico. Marcial Pons, 1998.

BAJO FERNÁNDEZ:

— «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho administrativo sancionador» en Mir Puig/Luzón Peña (coords.) Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos y responsabilidad por el producto. Barcelona, JM, Bosch, 1996.

BOTTKE, WILFRIED: «Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica» en Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos en Mir Puig/Luzón Peña (coords.) Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos y responsabilidad por el producto. Barcelona, JM, Bosch, 1996.

CEREZO MIR: Curso de derecho penal español. Introducción I, Madrid, Tecnos, 1996.

CONDE PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO: «Comentario al artículo 129 Código Penal» en Código Penal doctrina y jurisprudencia, Conde Pumpido Ferreriro, Tomo I, Trivium, Madrid, 1997.

FRISCH: «Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ambito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo» en Mir Puig/Luzón Peña: Resp. penal de las empresas y sus organos y responsabilidad por el producto. Barcelona, JM, Bosch, 1996.

GARCÍA ARÁN, MERCEDES: «Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas» en el Nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al profesor Doctor don Ángel Torío Lopez. Comares, Granada, 1999.

- GUINARTE CABADA, G: Comentario al artículo 129 Código Penal, en Vives Antón, TS (coord.) Comentarios al Código Penal de 1995, Tomo I, Valencia, 1995.
- JAKOBS, GUNTHER: «Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos» en Mir Puig/Luzón Peña (coords.) Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos y responsabilidad por el producto. Barcelona, JM, Bosch, 1996.
- KHULEN: «Cuestiones fundamentales de la responsabilidad por el producto» en Mir Puig/Luzón Peña (coords.) Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos y responsabilidad por el producto. Barcelona, JM, Bosch, 1996.
- MARTINEZ BUJAN: *Derecho Penal Económico*, PG, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1997.
- MILITELLO: «La responsabilidad jurídico penal de la empresa y sus órganos en Italia» en Silva Sanchez (ed.): Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, JM, Bosch, 1995.
- MIR PUIG: Derecho Penal, Parte General, Barcelona, PPU, 1996.
- MIR PUIG/LUZÓN PEÑA: Responsabilidad Penal de las empresas y sus órganos. Barcelona, JM, Bosch, 1996.
- PÉREZ MANZANO: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas» en Act penal, núm. 2, 1995.
- PUPPE: «Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto» en Mir Puig/Luzón Peña (coords.) Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos y responsabilidad por el producto. Barcelona, JM, Bosch, 1996.
- QUINTERO OLIVARES Y OTROS: Comentarios al Código Penal, Aranzadi, 1996.
- ROXIN, CLAU: Derecho Penal Parte General Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid, Civitas, 1997.
- SILVA SANCHEZ:
- «Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español» en Silva Sanchez (ed.) Libro homenaje a Claus Roxin (obra citada).
 - «Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas» en Empresa y delito en el nuevo Código Penal, CGPJ, Madrid, 1997.
- TIEDEMANN:
- Lecciones de derecho penal económico, Barcelona, PPU, 1993.
- ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL: «La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español (requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal español» en Nuevo derecho penal Español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel del Valle Muñiz. Aranzadi, 2001.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA:
- Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Aranzadi, 2000.
 - «Criminalidad organizada, criminalidad de empresa y modelos de imputación penal» en Ferré/Anarte (eds): Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos. Univ. de Huelva-Fundación El Monte, 1999.



ISSN 1135-0628

00012



9 771135 062003