



Dictamen

Sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial

8



Jurisprudencia

Empresas de seguridad: derecho a dietas

16

sumario

■ Doctrina

Examen del Auto del Juzgado de Instrucción N.º 5 de la Audiencia Nacional por el que se acepta la competencia para investigar los crímenes contra la humanidad cometidos en la Guerra Civil y el franquismo

1

■ Dictamen

Instrucción 1/2008, de 1 de julio de 2008, de la Fiscalía General del Estado, sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial

8

■ Jurisprudencia

Responsabilidad patrimonial de un Ayuntamiento derivada de las lesiones sufridas por un menor tras pisar unas brasas ocultas en una playa

16

Empresas de seguridad: derecho a dietas por desplazamiento del trabajador del lugar de su residencia

16

LA LEY 40602/2008

Examen del Auto del Juzgado de Instrucción N.º 5 de la Audiencia Nacional

Por el que se acepta la competencia para investigar los crímenes contra la humanidad cometidos en la Guerra Civil y el franquismo

Javier CHINCHÓN ÁLVAREZ

Profesor de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Universidad Europea de Madrid

Este artículo tiene por objeto presentar un análisis del Auto de 16 de octubre de 2008, Diligencias Previas-Proc. Abreviado 399/2006 V, del Juzgado Central de Instrucción N.º 5 de la Audiencia Nacional, en el que se afirma la competencia de la Audiencia Nacional para entender de los crímenes, cometidos durante la Guerra Civil y el franquismo, de detención ilegal sin dar razón del paradero, o desaparición forzosa, en el contexto de crímenes contra la humanidad y en conexión con delitos contra la Constitución y los altos organismos de la nación.

importancia de las cuestiones jurídicas que plantean, pero también la enorme, aún en nuestros días, trascendencia política y social de cualquier decisión y/o iniciativa que aborde lo acontecido en aquel período histórico, hacen de este Auto un texto cuyo análisis detenido se torna una labor insoslayable.

Pero a todo lo anterior conviene agregar una singularidad de fondo de notable influencia y complejidad, en tanto que los mismos representantes de los denunciantes han manifestado en varias ocasiones que no es su pretensión la búsqueda o el establecimiento de responsabilidades penales individuales por los crímenes que hubieran podido cometerse. Así, a modo de ejemplo, en una de las primeras denuncias presentadas, la de la *Associació per a la Recuperació de la Memòria Històrica de Mallorca*, se subraya específicamente la que es la demanda básica de la gran mayoría de los denunciantes, esto es, que: «por todo ello, pedimos el auxilio de la justicia en la localización del paradero o destino final de las personas enumeradas» (2). De este modo, se presentará una primera cuestión de orden general, a saber, cómo y en qué medida un órgano de la naturaleza del Juzgado/Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional podría atender esta demanda fundamental. Particular que se mantendrá presente, directa o indirectamente, en muchos de los razonamientos del Auto, como iremos viendo.

Ahora bien, del otro lado, es necesario no olvidar que esta ciertamente atípica situación de partida no es otra cosa que una consecuencia más de la tan censurable como deficiente actuación de las autoridades españolas a la hora de enfrentar los crímenes cometidos durante la Guerra Civil y el fran-

I. CONSIDERACIONES INAUGURALES

El Auto que nos disponemos a examinar, Auto de 16 de octubre de 2008, Diligencias Previas-Procedimiento Abreviado 399/2006 V, del Juzgado Central de Instrucción N.º 5 de la Audiencia Nacional, se enmarca en un proceso iniciado a raíz de una serie de denuncias presentadas por distintas asociaciones y particulares a partir de mediados de diciembre de 2006 (1) y por, en líneas generales, la comisión de crímenes contra la humanidad a través de actos de desaparición forzada de personas durante la Guerra Civil y el franquismo. La terrible gravedad de los hechos denunciados, la expresa apuesta por pretender «olvidados» durante la transición política española, la



Y además en
DIARIOLALEY.es
noticias, legislación destacada,
repertorio del mes...

Audiencia Provincial de Barcelona la sentencia del día

Caso «Asesinato Metro Barcelona»

Ponente: Bach Fabrego, Roser

14



3652K07218

OPINIÓN

Como era de esperar, el Auto del Juzgado Central de Instrucción N.º 5 de la Audiencia Nacional, de 16 de octubre de 2008, ha despertado un enorme interés, no sólo entre los especialistas, sino en la sociedad en su conjunto. A mi juicio, más allá de su contenido o de las muy importantes medidas inmediatas que dispone, el motivo esencial es que a través de él, por vez primera después del fin del régimen franquista, y gracias al infatigable trabajo de diversas asociaciones de víctimas y grupos de la sociedad civil, se afronta directamente, en sede judicial, un amplio conjunto de gravísimos hechos cometidos durante la Guerra Civil y el franquismo; equiparables a cualquiera de los más atroces y repugnantes crímenes de Derecho internacional padecidos en la historia.

Pero junto a ello, el Auto presentaba también interés específico para los expertos. Entre otros particulares, porque los denunciantes no buscaban el establecimiento de responsabilidades penales individuales por los crímenes que hubieran podido cometerse; y junto a ello, porque a mi entender, tras la Sentencia del Supremo en el caso Scilingo, la «innovadora» solución adoptada por el Alto Tribunal planteaba un escenario jurídico de complejo manejo para el Magistrado-Juez.

El Auto, sin embargo, no se circunscribe a lo que podría considerarse como una posición más «clásica» sobre muchas de las cuestiones en juego y, así, construye un interesante, complejo y, quizás también, en alguna parte arriesgado, andamiaje jurídico. Sus bases fundamentales son dos: el elemento de contexto de crímenes contra la humanidad, de un lado, y una amplia interpretación de las reglas de conexidad y de lo dispuesto en el art. 65.1 a) de la LOPJ, del otro.

A partir de aquí, el planteamiento que hace respecto a ciertas características de los crímenes de Derecho internacional/crímenes contra la humanidad de desaparición forzada, es muy destacable, aunque es igualmente probable que choque con muchas de las posiciones más «clásicas» existentes sobre este particular.

quismo, y atender y dignificar a todas sus víctimas; resultando que tras un tan agotador como infructuoso tránsito entre autoridades e instancias políticas y judiciales, la Audiencia Nacional terminó por presentarse como el único y último recurso efectivo para los familiares-víctimas de los desaparecidos forzados (3). Sobre esta cuestión ya me he manifestado en otras ocasiones (4), con lo que en este punto baste, de un lado, reiterar que pese a lo que a menudo se ha venido afirmado, la popularmente conocida como «Ley de Memoria Histórica» no ha hecho más que mantener en manos de las víctimas-familiares de los desaparecidos lo que es un deber del Estado (5), sin perder de vista que, como el mismo Auto destaca, lo que en ella se prevé no impide de ningún modo el ejercicio de acciones y acceso a procedimientos judiciales (6); y del otro, señalar que la tan justa como cada día menos controvertida demanda de los familiares-víctimas de desaparición forzada bien pudiera ser, o haber sido, un nada desdeñable acicate en o para la resolución que debía enfrentar el Magistrado-Juez instructor en este Auto, teniendo frente a él en esta labor, a cierta interpretación de la normativa en liza que la colocaría entre unos márgenes singularmente estrechos.

En consecuencia, las peculiaridades esbozadas van a estar presentes a lo largo de todo el contenido del Auto que, de igual modo, y como no podría ser de otro modo, mantendrá un constante y complejo equilibrio entre los postulados del Derecho internacional y los del Derecho interno español.

II. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DEL AUTO DE 16 DE OCTUBRE DE 2008

1. Planteamiento inicial

Probablemente consciente de la enorme trascendencia, y quizás oposición, que a todos los niveles estaría llamada a tener su decisión, lo que apúntese al menos, difícilmente se concilia con cierta falta de precisión en algunos aspectos de su literal, el Auto comienza en su Razonamiento Jurídico Primero por señalar expresamente, por una parte, «que la acción de la justicia (...) se produce con el máximo respeto para todas las víctimas que padecieron actos violentos execrables, masacres y gravísimas violaciones de derechos durante la Guerra Civil y la posguerra, con independencia de su adscripción política, ideológica, religiosa o de cualquier otra clase, y, sin que se establezca razón de diferenciación alguna entre ellos por tales circunstancias» (7); y por otra, que «con este procedimiento no se trata de hacer una revisión en sede judicial de la Guerra Civil española; ni esa es la intención de los denunciantes ni puede serlo desde el punto de vista jurídico penal del instructor, ya que ello supondría la formación de una especie de causa general» (8). En similar línea interpre-

tativa habría de valorarse la mención que se hace en el Razonamiento Jurídico Decimoprimer a las «Diligencias Indeterminadas 70/1998», es decir, la desestimación, primero en 1998 y confirmada después en el año 2000, de la querella presentada por parte de la «Asociación de Familiares y Amigos de Víctimas del Genocidio de Paracuellos del Jarama» contra Santiago Carrillo, el Partido Comunista, el Partido Socialista Obrero Español, la Comunidad de Madrid y el Estado español por los delitos de genocidio, torturas y terrorismo que se sostenía que habían sido cometidos en la horrida masacre de Paracuellos del Jarama (9). Y así que, a tenor de los términos en los que se expresa el Auto en este punto, parece querer subrayar que no existe agravio comparativo posible entre la resolución sobre ese caso y la que se dará sobre los hechos que ahora está examinando (10); si bien, cabe preguntarse si la expresa consignación de esta poca conocida querella no terminará por producir efectos contrarios a los posiblemente pretendidos por el Magistrado-Juez.

El Auto destaca que «los hechos objeto de denuncia nunca han sido investigados penalmente por la Justicia española, por lo que hasta el día de la fecha, la impunidad ha sido la regla frente a unos acontecimientos que podrían revestir la calificación jurídica de crimen contra la humanidad»

Sea como fuere, el Auto destaca, de igual modo, que a diferencia de lo ocurrido con otros crímenes cometidos durante la Guerra Civil, «los hechos objeto de denuncia nunca han sido investigados penalmente por la Justicia española, por lo que hasta el día de la fecha, la impunidad ha sido la regla frente a unos acontecimientos que podrían revestir la calificación jurídica de crimen contra la humanidad (art. 607 bis del Código Penal actual)» (11).

A partir de estas pautas, el Auto ciertamente concreta la labor del órgano jurisdiccional en lo acaecido principalmente en un muy extenso espectro temporal; concordante con la amplitud de los hechos denunciados ante la Audiencia. Así, distingue específicamente tres períodos, a saber: «1.ª) La de represión masiva a través de los Bandos de Guerra y que comprende desde el 17 de julio de 1936 a febrero de 1937. 2.ª) La de los Consejos de Guerra sumarísimos de urgencia entre marzo de 1937 y los primeros meses de 1945. 3.ª) La acción represiva entre 1945 y 1952 marcada por la eliminación de guerrilleros y personas que les apoyaban» (12). Todo ello, sin perjuicio de ampliar estos límites temporales si aparecieran otros casos poste-

riores, siempre y cuando, aclara, se hallasen integrados en el plan sistemático de desaparición, objeto de investigación fundamental de la causa (13). Desde estos parámetros, el Auto valora y describe pormenorizadamente lo que parcialmente el ya célebre informe de Leo Brincat calificó como «deeply disturbing Franco's human rights record» (14); hecho, resulta evidente, de sobresaliente trascendencia y, desde luego, no ajeno a parte del reconocimiento debido buscado por muchos de los denunciantes, como el mismo Auto se encarga de destacar (15). En este sentido, son singularmente reveladoras las siguientes líneas: «... de los hechos que acontecieron posteriormente al 18 de julio de 1936, se constata que el alzamiento o insurrección armada que se materializó en esa fecha fue una decisión perfectamente planeada y dirigida a acabar con la forma de Gobierno de España, en ese momento, atacando y ordenando la detención e incluso la eliminación física de personas que ostentaban responsabilidades en los altos Organismos de la Nación y ello, como medio o al menos como paso indispensable para desarrollar y ejecutar las decisiones previamente adoptadas sobre la detención, tortura, desaparición forzada y eliminación física de miles de personas por motivos políticos e ideológicos, propiciando, asimismo, el desplazamiento y exilio de miles de personas, dentro y fuera del territorio nacional, situación que continuó, en mayor o menor medida, durante los años siguientes, una vez concluyó la Guerra Civil...» (16). Así, y aun en una primera aproximación eminentemente provisional, cifra el número de víctimas de desaparición forzada en estos períodos en 114.266 personas (17).

Ahora bien, el párrafo reproducido deja entrever ya lo que serán los dos pilares esenciales del razonamiento que se despliega en el Auto. Tal y como se expone, en primer lugar, lo relativo a la atribución competencial de la Audiencia Nacional; en segundo, lo que se refiere a la posibilidad de investigar y, en su caso, sancionar los crímenes cometidos. De este modo, el vínculo competencial aparece en estas líneas dirigido ya a lo dispuesto en el art. 65.1 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ, en adelante), como después se desarrollará en el Razonamiento Jurídico Decimosegundo; y la aplicación potencial de instituciones como la imprescriptibilidad, ciertas consecuencias del carácter permanente de los crímenes en cuestión, o la imposibilidad de amnistiar, se construyen a partir de su caracterización como crímenes de Derecho internacional, en este caso, crímenes contra la humanidad; naturaleza que el Auto valora como «clara» ya desde el Razonamiento Jurídico Segundo. Para ello, el mismo Auto se verá avocado a servirse de los singulares márgenes de la, en mi opinión, tan poco afortunada como con-

fusa decisión del Tribunal Supremo en el caso *Scilingo* (18).

En verdad, con independencia de la naturaleza de los crímenes denunciados, si acudimos al literal del Auto, el Magistrado-Juez nos comparte la existencia no de dos, sino de siete cuestiones clave que a su juicio podrían ser problemáticas para poder entender de los hechos denunciados; aspectos que él mismo califica a través del llamativo vocablo de «escollos», a saber: «el de la irretroactividad de la ley penal que recoge el delito citado con posterioridad a la comisión de los hechos y su conflicto con las normas consuetudinarias de derecho penal humanitario que han sido ratificadas por España y que forman parte del denominado “*ius Mogens*” y que ya han sido citadas. La cuestión de la permanencia o no permanencia delictiva de los hechos, esencialmente de detenciones ilegales (desaparición forzada de personas) en las cuales aún no se ha dado razón cierta del paradero de las víctimas y su incidencia sobre la prescripción. El de la posible aplicación de la amnistía a los hechos denunciados. La competencia de este Juzgado y de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en función del concurso de delitos que puede darse. Identificación de las personas posibles responsables de los mismos delitos a los que se refieren las denuncias presentadas. La protección de las víctimas de estos hechos» (19). Con todo, a efectos expositivos, nosotros agruparemos todas estas cuestiones bajo los dos pilares que hemos identificado; comenzado por el segundo de ellos, y destacando sus aspectos más relevantes.

2. La naturaleza de los crímenes denunciados y sus consecuencias

Tras lo que hemos ido apuntando, y como ya hemos advertido, el Auto no dedica grandes esfuerzos a la búsqueda de una figura penal en la que subsumir los hechos denunciados, y ya casi desde el comienzo determina su calificación como crímenes contra la humanidad; esto es, si atendemos al Código Penal español, estaríamos ante las conductas previstas en su art. 607 bis, y más en concreto en el 607 bis. 2.6):

«1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.

En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos: por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.

(...)

2. Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados:

(...)

6. Con la pena de prisión de 12 a 15 años cuando detuvieran a alguna persona y se negaran a reconocer dicha privación de libertad o a dar razón de la suerte o paradero de la persona detenida.»

Con todo, es a lo largo de los Razonamientos Jurídicos Segundo y Tercero y, parcialmente, también del Cuarto al Sexto, cuando el Auto pasa a describir y valorar tanto los elementos materiales como el *mens rea* de los comportamientos denunciados, concluyendo que «... debe quedar claro, en esta fase inicial del procedimiento, y a los efectos de concretar cuál fue la acción desplegada (“alzamiento nacional” o insurrección armada el 18 de julio de 1936) que, con ésta, los rebeldes pretendieron alzarse contra el Gobierno legítimo y exterminar a los opositores, en forma sistemática. Quienes se alzaron o rebelaron contra el Gobierno legítimo y cometieron, por tanto, un delito contra la Constitución entonces vigente y contra los Altos Organismos de la Nación, indujeron y ordenaron las previas, simultáneas y posteriores matanzas, torturas y detenciones ilegales sistemáticas y generalizadas de los opositores políticos, y provocaron el exilio forzoso de miles de personas. A fecha de hoy se desconoce el paradero de miles de estos detenidos y, esa acción es precisamente la que determina que ahora se esté planteando la exigencia de responsabilidades en esta instancia» (20). A lo que añade posteriormente que el sistema de desaparición forzada fue utilizado sistemáticamente con la intención de imposibilitar o dificultar la identificación de las víctimas y así impedir cualquier acción de la justicia hasta el día de la fecha (21).

Sin atender expresamente a las diversas formas de autoría y participación en crímenes de esa naturaleza, más allá de la mención genérica a los arts. 28 y 29 del Código Penal, el Auto centra su atención inicial como presuntos responsables de los actos criminales considerados en los máximos responsables políticos y militares del momento, y así señala a los miembros de las sucesivas Juntas Militares en tiempo de guerra, y los gobiernos sucesivos, al menos en las estructuras estrictamente político-militares, sin olvidar la acción de estructuras paramilitares como la Falange (22). Si bien, lo hace, como específicamente indica en este momento, sin perjuicio de que existan otros posibles responsables no identificados aún, que junto con la estructura dirigente hubieran participado en la ideación y desarrollo del plan sistemático de exterminio, y de que puedan existir personas vivas que pudieran haber cometido hechos concretos que deban ser objeto de investigación separada en cada caso y según los datos de los que se disponga (23). Con todo, debe tenerse en cuenta que esta última precaución habrá de ser cuidadosamen-

te valorada atendiendo a lo también indicado en el Razonamiento Jurídico Decimotercero. En todo caso, dejemos aquí apuntado este potencial conflicto, al que volveremos en el apartado III de este trabajo.

Sentado lo anterior, desde un punto de vista teórico lo que puede ser verdaderamente complejo es determinar si en el momento de la comisión de los crímenes contra la humanidad en cuestión, tales actos eran igualmente criminales al menos según el Derecho internacional, en el sentido de generar la responsabilidad individual de sus autores; cuestión ésta, como es sabido, no exenta de polémica dentro de los especialistas, y cuyo estudio detallado excedería de las posibilidades y objeto del presente comentario. No obstante, en este punto el Auto, aunque de hecho hace suya la posición que aboga por el carácter criminal de esos actos sobre la base de la normativa internacional identificable ya desde finales del siglo XIX, principios del XX (24), parece no querer entrar de lleno en la polémica, quizá porque tiene ante sí un problema inmediato de notable envergadura: La interpretación dada del principio de legalidad penal-principio de irretroactividad en la ya referida Sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Scilingo*; teniendo en mente que, como es conocido, la incorporación del tipo penal de los crímenes contra la humanidad en España se dio a través de la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre. Así, frente a la figura que muchos hemos defendido (25), que habilita prescripciones como el art. 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que la misma Audiencia Nacional hizo suya en su Sentencia de 18 de abril de 2005 (26), y que ha sido admitida y aplicada por diversos Tribunales nacionales (27) e internacionales (28), esto es, frente a lo que a veces se ha venido a conocer como «aplicación retrospectiva del Derecho internacional penal», la decisión del Tribunal Supremo en el caso *Scilingo* oponía objeciones de compleja solución para el caso que nos ocupa. Pero precisamente, será sobre la discutible y «novedosa» interpretación que introdujo el Alto Tribunal, que el Magistrado-Juez construirá su argumentación en este punto; no sin, dicho sea de paso, dejar caer cierta disconformidad con parte de la Sentencia del Tribunal Supremo (29).

De este modo, el razonamiento del Auto se desplegará en los siguientes términos: «Pese a todo (...), el Tribunal Supremo reconoció en esta sentencia, y lo reconoció, precisamente, a los efectos de reafirmar la competencia de los tribunales españoles, en virtud del principio de jurisdicción universal, que el contexto de ataque generalizado y sistemático contra una parte de la población civil en el que se cometen determinados crímenes comunes, como los asesinatos, torturas, detenciones ilegales y otras, es válido para encuadrarlos en el ámbito de los crímenes contra la humanidad, aunque éstos no estuvieran tipificados como tales

en el momento de la comisión de los hechos. Esto es, cabalmente, lo que ha sucedido en los hechos objeto de este proceso penal. Aunque los crímenes contra la humanidad no estaban vigentes como tales en el momento del comienzo de la ejecución de los mismos, ya entonces formaban parte del contexto en el que se cometieron los delitos en particular, que, aunque estaban tipificados como tales hechos delictivos, no fueron cometidos como delitos aislados, sino como una parte de un plan de ataque generalizado y sistemático contra una parte de la población civil» (30). Dicho de otro modo, aunque se quiera defender que hasta la completa tipificación en el Derecho interno de los crímenes contra la humanidad éstos no podían perseguirse, y que cumplido este requisito, sólo puede hacerse de esa fecha en adelante, los hechos examinados en el Auto sí fueron cometidos en el contexto propio de los crímenes contra la humanidad, siendo que si en *Scilingo* esto le valió al Tribunal Supremo para, entre otras cosas, anclar la jurisdicción de los tribunales españoles, en esta ocasión, sostiene el Auto, permite igualmente la incorporación de (otras) características propias de los crímenes de Derecho internacional.

Ahora bien, aun con ello, seguiría completamente presente el problema del tipo penal a aplicar entonces, y para ello, el Magistrado-Juez acude al Código Penal vigente en el «momento inicial» de comisión de los crímenes, el Código Penal de 1932, e invoca los arts. 474 a 476, en los que se tipificaban las detenciones ilegales; figura penal que ha perdurado hasta el actual Código Penal español.

En consecuencia, es a través de esta compleja, discutible y si se quiere hasta arriesgada construcción jurídica, mas, no lo olvidemos, inspirada en la propia interpretación de referencia del Tribunal Supremo, como estaríamos finalmente ante una serie de delitos comunes, pero investidos de ciertas características propias de los crímenes de Derecho internacional, sobre la base del contexto de crímenes contra la humanidad en que fueron cometidos.

A este respecto, y con vistas a dar un paso más y concretar al tiempo algunas consecuencias de lo que hemos expuesto, conviene reproducir determinadas consideraciones del mismo Tribunal Supremo en el caso *Scilingo*. Así, señaló el Tribunal en aquella ocasión: «... las circunstancias descritas, muy similares a las contenidas en los instrumentos internacionales, superpuestas a hechos ya de por sí constitutivos de delitos, son las que convierten a éstos en crímenes contra la Humanidad, incrementando el contenido de injusto, lo que repercute en una mayor pena; planteando la cuestión de su imprescriptibilidad; y permitiendo afirmar que los Estados deben proceder a su persecución y castigo. Dicho con otras palabras, esas circunstancias añadidas al asesinato y a la detención ilegal, en el caso, aunque no permitan la aplicación de un tipo penal

contenido en un precepto posterior que no es más favorable ni autoricen por la misma razón una pena comprendida en límites de mayor extensión, pueden ser tenidas en cuenta para justificar su perseguibilidad universal. No es preciso examinar aquí la cuestión de la prescripción pues, en todo caso no transcurrieron veinte años desde los hechos hasta la querrela o hasta el acuerdo del Juez para citar como imputado al recurrente» (31). Pese a la puerta abierta por el Tribunal Supremo, Magistrado-Juez, en relación a lo posible prescripción de los presuntos delitos identificados, sólo de pasada esgrime la imprescriptibilidad apuntada por el Tribunal Supremo (32), centrandose sus argumentos en otro particular: El carácter permanente de los crímenes considerados.

La esencia del argumento del Auto sobre este particular puede condensarse en el siguiente párrafo: «los hechos descritos y acontecidos a partir del 18 de julio de 1936, además de inscribirse en la categoría de crímenes contra la humanidad, integran la figura de la detención ilegal, sin que las autoridades y responsables que propiciaron la desaparición de las víctimas hayan facilitado el lugar, o las claves para hallar la ubicación de los cuerpos, situación que permanece, en la gran mayoría de los casos, hasta el día de hoy. Es decir, sin haber dado razón del paradero de muchos de los detenidos, de modo que, si se facilitarían los listados y se encontrarían los cuerpos, dejaría de cometerse el delito. Se trata, por tanto, mediante esta investigación, entre otros objetivos, de poner fin a la comisión de un delito permanente» (33). No cabe duda de que si estuviéramos antes meros delitos comunes, tal valoración podría resultar problemática ante la interpretación dada sobre este extremo por los Altos Tribunales españoles, pero es probable que la respuesta fuera diferente si volviéramos la vista a la naturaleza, aun por *elemento de contexto*, internacional de los crímenes analizados según el razonamiento que hemos resumido.

Lo cierto es que el propio Auto no se detiene apenas en este particular, más allá de algunas referencias a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (34), con lo seremos nosotros quienes traeremos a colación la definición internacional universalmente aceptada de la desaparición forzada de personas, recientemente codificada en el art. 2 de la ya referida Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas: «se considera desaparición forzada el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, *sustrayéndola a la protección de la ley*» (35). A lo que



habrá que añadir que: «1. Todo Estado Parte que aplique un régimen de prescripción en lo que respecta a las desapariciones forzadas tomará las medidas necesarias para que el plazo de prescripción de la acción penal: (...) b) *Se cuente a partir del momento en que cesa el crimen de desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuo o permanente del crimen de desaparición forzada*» (36). Formulación que hay que leer en conjunción con el art. 24.2, es decir, «la obligación de continuar con la investigación *hasta establecer la suerte de la persona desaparecida*» (37), y similar a la contenida en el art. 17 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por consenso en la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la que se especifica que: «todo acto de desaparición forzada será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos» (38).

Aclarado lo anterior, consecuentemente y en la misma línea que se abrió en virtud de la caracterización de los hechos denunciados como crímenes de Derecho internacional, crímenes contra la humanidad, por razón del elemento de *contexto*, el Auto evalúa la validez de la Ley de Amnistía de octubre de 1977 (39). Aunque en este punto aparecen también algunas breves consideraciones respecto al carácter permanente de la detención ilegal/desaparición forzada, en el sentido de sostener que la permanencia delictiva evita la aplicabilidad de esa medida legislativa, ya que, por su naturaleza la acción se sigue produciendo hasta el día de la fecha de hoy (40), a mi modo de ver son otros argumentos los que requieren nuestra mayor atención. Así, al margen de otras menciones y de más que discutibles afirmaciones sobre la restricción de esta ley a los «delitos políticos», en el Auto se esgrime adecuadamente un conjunto de prescripciones y jurisprudencia internacionales que, fuera de toda duda, han proscrito las amnistías absolutas cuando estamos ante comportamientos como los crímenes contra la humanidad (41). En este sentido, conviene entonces so-

lamente recordar que más allá de la opinión de cada uno pueda tener sobre las bondades o defectos de esta medida legislativa en el momento en que se aprobó, los principios de identidad o continuidad del Estado, buena fe, y *pacta sunt servanda* conducen a la evidente conclusión de la necesidad de respeto de la normativa interna a las obligaciones internacionales contraídas por España (42). Sin perjuicio entonces de la validez de los argumentos del Auto, quizá sí hubiera sido de desear, en este punto, bien alguna referencia al Derecho internacional consuetudinario relevante en el momento de aprobación de esta ley, esto es, cuando se pretendió extinguir la responsabilidad penal por los crímenes cometidos, bien, si se quiere obviar este complejo debate, una mención más expresa al art. 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por España el 27 de abril de 1977 (entrada en vigor el 27 de julio de 1977), cuya oposición con el articulado pertinente de la Ley de Amnistía es, a mi juicio, evidente en lo que aquí nos ocupa.

Tras todo lo visto, el sin duda complejo andamiaje jurídico que hemos examinado, sostenido singularmente en la puerta entreabierta por la decisión del Tribunal Supremo en el caso *Scilingo*, permite al Magistrado-Juez encauzar *la serie de escollos* que él mismo se ha señalado, como dijimos al comienzo. No obstante, queda otra cuestión pendiente, otro *escollo* esencial: La competencia del órgano jurisdiccional; particular que nosotros abordaremos en el siguiente apartado.

3. La cuestión de la competencia de la Audiencia Nacional

La argumentación en este punto es notablemente breve; desarrollándose en los siguientes términos: los crímenes denunciados, como ya hemos señalado, básicamente desapariciones forzadas de personas, se sostiene en el Auto que fueron llevados a cabo como parte esencial, con la finalidad concreta, de acabar con el sistema de Gobierno y los Altos Organismos que lo representaban (43); de ahí, continúa el Magistrado-Juez, que «el de-

lito contra los altos organismos de la Nación vaya unido, en forma inseparable al producido, en conexión con él; en este caso, la muerte sistemática, la desaparición forzada (detención ilegal) de personas sin dar razón del paradero, la tortura y el exilio forzados, entre otros» (44). De este modo, y en virtud de una ciertamente arriesgada interpretación de la competencia por conexidad de delitos, se afirma la competencia de la Audiencia Nacional, como órgano encargado de conocer de los delitos contra el Titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, altos organismos de la Nación y forma de Gobierno, tal y como dispone el art. 65.1 a) de la LOPJ.

Sin ningún ánimo de especular sobre el porqué de esta articulación jurídica, lo cierto es que el mismo Auto parece invitarnos hacia la deficiente legislación existente en este punto. Así, si atendemos al art. 23.4 de la LOPJ, la conclusión obvia es la competencia de la Audiencia Nacional si estamos ante (ciertos) crímenes de Derecho internacional cometidos fuera de España, pero si esos mismos crímenes fueran cometidos en el territorio sometido a la jurisdicción española, podríamos preguntarnos: ¿cuál sería el órgano jurisdiccional competente? La respuesta inmediata que podría venirnos a la mente es el órgano jurisdiccional del lugar donde se hayan cometido los hechos, pero ¿sería adecuada la misma resolución al interrogante si a quien se pretende enjuiciar no es al autor material del crimen, sino a aquel o aquellos que planificaron y ordenaron su comisión en todo el territorio nacional? Dicho en términos más concretos, en este caso, en los de la Asociación Española para el Desarrollo y la Aplicación del Derecho Internacional de los Humanos: «¿Cómo no reconocer, *a fortiori*, su competencia (de la Audiencia Nacional) y proclamarla igualmente cuando los crímenes se han cometido *dentro* de ese ámbito, de forma sistemática o generalizada, en atención particularmente a la entidad, dimensión y efectos de crímenes internacionales que se proyectaron para todo el territorio del Estado bajo la cubierta de sucesivos bandos militares, decretos y leyes de los sublevados?» (45). Con todo, el estricto literal de la LOPJ muy probablemente nos llevaría a una respuesta que, a mi juicio, no sería precisamente la más ajustada para enfrentar estas formas de autoría en crímenes como los aquí considerados, teniendo además presentes excepciones como las previstas en los arts. 65.1 c) y d) de la LOPJ; pero posiblemente la defensa de una interpretación restrictiva de las reglas de atribución de la competencia de la Audiencia Nacional y, sobre todo, de la improrrogabilidad de la jurisdicción, en el sentido del art. 8 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no nos dejaría mucha más alternativa.

Ahora bien, en la línea de los interrogantes que recogíamos, puede resultar llamativo que el Magistrado-Juez no acuda aquí de nuevo, directa o subsidia-

riamente, a la Sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Scilingo*. Y es que sobre este particular, también dejó otra puerta entreabierta del siguiente modo: «El art. 23.4 de la LOPJ no se refiere expresamente a los crímenes contra la Humanidad. Si lo hace al genocidio. Y por la vía del apartado h) es posible entender que es aplicable a los crímenes de guerra contemplados en los Convenios de Ginebra. Tampoco contiene una mención expresa al crimen de agresión, probablemente porque aún no existe un consenso internacional suficiente para su definición. En principio no parece razonable entender que la ley española excluye la jurisdicción de los Tribunales internos respecto de los crímenes contra la Humanidad cuando la acepta respecto del genocidio y de los crímenes de guerra, infracciones esencialmente idénticas en su naturaleza y gravedad, y pertenecientes, todas ellas, al núcleo de los ataques más graves a los Derechos Humanos básicos (...). 6. Finalmente, la prohibición de la analogía en el ámbito penal se refiere exclusivamente al marco sustantivo relativo a la descripción típica y a la punibilidad, sin que afecte a normas procesales u orgánicas. Y entre el delito de genocidio y los crímenes contra la Humanidad es apreciable una profunda similitud, no sólo en cuanto afecta a su naturaleza y gravedad, sino incluso en relación a su misma formulación típica en el Derecho interno español. (...) Nada impide, pues, una interpretación del art. 23.4 de la LOPJ, en el sentido de establecer la jurisdicción de los Tribunales españoles» (46).

De este modo, pese a ciertos problemas que esta senda adoptada por el Tribunal Supremo bien pudiera plantear, su apuesta por recurrir a la analogía en este punto es evidente, y quizá su argumentación también hubiera podido ser invocada, *mutatis mutandis*, por el Magistrado-Juez en el Auto que comentamos, para sostener la competencia de la Audiencia Nacional en atención a los motivos que hemos esbozado *supra*.

Cabría finalmente apuntar aquí otra cuestión que, si bien no es mencionada en el Auto, podría presentar algún interés en el futuro. En este sentido, conviene traer a colación el art. 102 de la Constitución, esto es, la previsión que establece que la responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno será exigible, llegado el caso, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Y es que, tal y como hemos señalado ya, el Auto centra su atención inicial como posibles responsables de los actos criminales a examen en varias personas que, en realidad, por su condición probablemente habrían de ser juzgados por el mismo Tribunal Supremo. Con todo, esta cuestión es realmente más bien teórica o formal, por los motivos que señalaremos en las próximas páginas.

Todo lo indicado permite concluir en este punto que ante el panorama legislativo existente, el Magistrado-Juez del

Juzgado Central de Instrucción n.º 5 termina por acudir a una solución, o construcción propia, que a través de una audaz interpretación de las reglas de conexidad y de lo dispuesto en el art. 65.1 a), le llevará a terminar por afirmar la competencia de la Audiencia Nacional sobre los hechos denunciados.

III. A PROPÓSITO DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

Los Razonamientos Jurídicos Decimotercero a Decimoquinto abordan algunos aspectos interesantes, que enlazan directamente con la cuestión de orden general que apuntamos al comienzo de este comentario. A este respecto, el inicio del Razonamiento Jurídico Decimotercero es singularmente iluminador: «De las tres finalidades fundamentales del proceso penal, averiguar si se ha cometido un delito, si éste ha sido ejecutado por una o varias personas y si las víctimas han visto resarcido su derecho, en el caso de autos, resulta evidente que existen presuntamente varios y graves delitos, que no excluyen la existencia aún de posibles responsables, aunque no en grado de alta responsabilidad, y que existen víctimas a las cuales debe resarcírseles en su derecho y hacer todo lo posible porque averigüen el lugar de inhumación de sus familiares, con el fin de constatar los delitos producidos y la cesación de los efectos del delito, hasta cuyo momento, éste se sigue cometiendo (...) la posible inexistencia de responsables directos o indirectos de estos crímenes, no impide la necesidad de contar con datos esenciales para la concreción de la calificación indiciaria de los hechos, así como la necesidad de otorgar protección a las víctimas, máxime cuando al día de hoy permanecen desaparecidas...».

La lectura de estas líneas podría llevar a la conclusión de que aunque no haya sujeto/s a los que exigir responsabilidad penal alguna, el proceso iniciado ante la Audiencia Nacional habría de continuar, y precisamente hacia esta senda parece llevarnos el Razonamiento Jurídico Decimocuarto, que se presenta bajo el ilustrativo título de «Sobre la protección de las víctimas de estos hechos».

Sin embargo, el Magistrado-Juez parece no decidirse realmente por fijar una posición definitiva sobre este complejo y polémico particular, ya que al tiempo de sostener lo indicado, advierte que habrá de ser él mismo el que «decida sobre el sobreseimiento por vía del art. 637.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el art. 130.1.º del CP (extinción de responsabilidad penal por fallecimiento), una vez certificada oficialmente, en su caso, la defunción de todos los altos responsables» (47). La pregunta que podemos hacernos entonces es inmediata: ¿Certificada oficialmente la defunción de todos los altos responsables se decidirá o no el sobreseimiento? Bien pudiéramos decir

que el texto del Auto nos ofrece evidencias o argumentos para defender cualquiera de las dos respuestas.

Iniciar la investigación de un delito que se sigue cometiendo a día de hoy y que nunca ha sido denunciado en sede judicial, no es más que cumplimiento estricto de la ley por encima del éxito o fracaso de la iniciativa y una forma de rehabilitación institucional, ante el silencio desplegado hasta la fecha

En todo caso, el Razonamiento Jurídico Decimocuarto ingresa completamente en el ámbito del Derecho internacional, y con cierto detalle recoge básicamente algunos puntos clave de los conocidos como Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (48). Sobre la base de lo en ellos previsto, concluye el Auto: «por tanto, optar por la no apertura del procedimiento sería una instrumentalización negativa de la justicia. En efecto, iniciar la investigación de un delito que se sigue cometiendo al día de hoy y que nunca ha sido, hasta ahora, denunciado en sede judicial, no es más que cumplimiento estricto de la ley por encima del éxito o fracaso de la iniciativa y una forma de rehabilitación institucional, ante el silencio desplegado hasta la fecha, que no sólo ha otorgado *de facto* la extinción de la responsabilidad penal sino la impunidad. Establecer la existencia y comisión del delito puede tener unas consecuencias civiles y patrimoniales importantes, además de permitir el ejercicio del derecho a la memoria, como derecho de ámbito y contenido internacional» (49). Puede llamar la atención la ausencia de menciones a la normativa interna pertinente sobre este particular, como de igual modo, quizá hubiera sido oportuna una exposición más específica de las disposiciones relevantes del ya citado Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como de las decisiones concordantes del Comité de Derechos Humanos (50); todo ello, es evidente, para dotar de contenido más preciso al mandato del art. 10.2 de la Constitución Española en relación con el 24.1.

IV. ALGUNAS MEDIDAS DE IMPORTANCIA: GRUPO DE EXPERTOS Y EXHUMACIONES

Aunque la parte dispositiva del Auto no se inicia hasta su página 66, en los Razonamientos Jurídicos Decimosexto a Decimoctavo se toman ya importantes decisiones concretas. Así, como conse-

cuencia de todo lo que hemos ido comentando, y tras reiterar las dificultades fácticas que la investigación de los hechos denunciados plantean, el Magistrado-Juez acuerda la creación de un grupo de expertos y otro de Policía Judicial con el fin de desarrollar las labores de búsqueda y localización para, en un plazo razonable, ofrecer a las víctimas una respuesta acorde con las peticiones señaladas (51). En lo que se refiere al grupo de la Policía Judicial, integrado por un jefe de grupo y nueve funcionarios, señalar que su misión será la localización y sistematización de víctimas, la obligación de averiguación de las circunstancias de su desaparición y muerte y específicamente de las personas que intervinieron en la misma y, asimismo deberán continuar, bajo la directriz de la autoridad judicial competente, la investigación hasta que se acredite suficientemente la comisión de los hechos denunciados; labor para la que se le confiere los poderes necesarios, y en la que actuará por delegación de la autoridad judicial competente en cada lugar. Por su parte, respecto al mucho más trascendente «Grupo de Expertos» indica el Auto: «El grupo de expertos, para cuya formación se solicitará a las partes que, de común acuerdo, designen el nombre de cinco personas, a las que se unirán otras dos que serán nombradas por este Juzgado, tendrá como misión en su pericia (...), estudiar, analizar y valorar y dictaminar sobre el número, lugar, situación e identificación de las víctimas en un solo informe que incluya el número total de víctimas en el período estudiado (17 de julio de 1936 hasta el 31 de diciembre de 1951), diferenciándolos, luego de estudiar todos los datos aportados y que se aporten a la causa, en tres grupos: 1) Personas detenidas y desaparecidas hasta el día de la fecha, con propuesta de localización y métodos de recuperación e identificación de restos. 2) Personas detenidas y desaparecidas cuyos cuerpos se recuperaron pero aún están sin identificar, con la misma propuesta del punto anterior sobre su identificación. 3) Personas detenidas desaparecidas y que han sido identificadas» (52).

Pese al expreso carácter de órgano pericial, resulta evidente que todo aquel habituado a lo que se ha venido a conocer con el neologismo de «Justicia Transicional», o «Justicia de Transición», podrá encontrar aquí ciertos ecos y/o consecuencias prácticas del denominado como «Derecho a la Verdad», cuya concreción más conocida son las llamadas «Comisiones de la Verdad» (53). Jurídicamente no cabe duda de que no estamos ante un órgano de esta naturaleza, pero de hecho, todo parece llevarnos hacia ese ámbito fundamental; cubriéndose así, dicho sea de paso, uno de los más vergonzantes vacíos de España en lo que refiere a las medidas básicas a adoptar dentro del escenario de

la «Justicia Transicional». En todo caso, mucho dependerá de la composición final del Grupo que se acuerde, y del modo en que sus miembros enfoquen y desarrollen su mandato.

En este sentido, y del otro lado, conviene también que apuntemos al menos la posibilidad de potenciales conflictos o problemas fácticos entre la futura labor de este Grupo de Trabajos y lo dispuesto en artículos como el 12 de la ya referida «Ley de Memoria Histórica» (54), así como con el desarrollo normativo previsible una vez España ratifique la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

El Razonamientos Jurídico Decimoséptimo, por su parte, aborda el examen de varias peticiones de exhumaciones deducidas de la causa (55) y, a este respecto, y en lo que ahora interesa, establece una serie de criterios básicos, tanto para las presentes como para futuras exhumaciones, con vistas a autorizar su inicio, desarrollo o continuación; a saber: «A) La certeza o información contrastada de la existencia en el lugar de que se trate, de una fosa en la que podrían existir restos de personas detenidas-desaparecidas. B) Su previa petición de los interesados, y caso de ausencia, deberá decidirse por la autoridad judicial que corresponda. C) La ubicación y titularidad del lugar, así como si existe conformidad o no por parte del mismo, cuya ausencia deberá ser suplida con la correspondiente autorización de la autoridad judicial que valorará todas las circunstancias concurrentes, atendiendo al interés más necesitado de protección que, en este caso, sería la del ha-

llazgo de la víctima». A ello habrá que agregar algunas indicaciones adicionales de gran importancia, como son que: «D) La exhumación deberá hacerse, en todo caso, bajo la supervisión y dirección de la autoridad judicial en cuya jurisdicción se encuentre el lugar, específicamente a la hora de proceder al levantamiento del cadáver, identificación, inhumación y registro de la víctima. E) La identificación de restos de las víctimas se hará mediante el auxilio de las técnicas que correspondan tanto en el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (Servicio de Biología) (art. 480 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), como en clínicas forenses, grupo de expertos o con el auxilio de los técnicos de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, Universidades o cualesquiera otros organismos nacionales o internacionales que puedan aportar ayuda. F) Se solicitará dictamen al grupo de expertos para la posible creación de un banco de ADN para la acumulación de las cepas que puedan ser necesarias para poder desarrollar las pruebas de este tipo que correspondan con el fin de identificación de las víctimas, y, para cuya concreción práctica se reclamará la cooperación del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (Servicio de Biología) citado. G) Las exhumaciones deberán realizarse procurando preservar las medidas de seguridad, privacidad, con cooperación del titular del lugar, así como garantizando la dignidad de las víctimas y familiares, evitando que pueda perjudicarse o deteriorarse la acción de la justicia».

Finalmente, y antes de abordar *strictu sensu* las decisiones del Auto, El Razonamientos Jurídico Decimoctavo evalúa

un conjunto de peticiones tendentes a garantizar, fomentar u ordenar, en su caso, la cooperación de diversas instituciones en la labor de investigación iniciada; desestimando sólo aquellas que a su juicio quedan fuera de la competencia propia del Juzgado Central de Instrucción n.º 5.

V. LA DECISIÓN FINAL DEL AUTO

Entrando entonces en la parte dispositiva final, tras todo lo visto el Auto evidentemente declara la competencia de la Audiencia Nacional para entender de los crímenes denunciados de detención ilegal sin dar razón del paradero o desaparición forzosa en el contexto de crímenes contra la humanidad y en conexión con delitos contra la Constitución y los altos organismos de la nación.

A renglón seguido cursa oficio a los correspondientes Registros Civiles para que aporten certificado de defunción de los sujetos que, *a priori*, ha identificado como máximos responsables de los crímenes en cuestión; todo ello con vistas a declarar la extinción de responsabilidad penal por fallecimiento. En concreto, nombra a: Francisco Franco Bahamonde, Miguel Cabanellas Ferrer, Andrés Saliquet Zumeta, Miguel Ponte Manso de Zúñiga, Emilio Mola Vidal, Fidel Dávila Arrondo, Federico Montaner Canet, Fernando Moreno Calderón, Francisco Moreno Fernández, Germán Gil y Yuste, Luis Orgaz Yoldi, Gonzalo Queipo de Llano y Sierra, Francisco Gómez-Jordana y Souza, Francisco Fermoso Blanco, Luis Valdés Cabanilla, Nicolás Franco Bahamonde, Francisco de Asís Serrat i Bonastre,

José Cortés López, Ramón Serrano Súñer, Severiano Martínez Anido, Tomás Domínguez Arévalo, Raimundo Fernández Cuesta y Merelo, Valentín Galarza Morante, Esteban Bilbao y Eguía, José Luis Arrese y Magra, Juan Yagüe Blanco, Salvador Moreno Fernández, Agustín Muñoz Grandes, José Enrique Varela Iglesias, Juan Vigón Suerodíaz, Blas Pérez González, Carlos Asensio Cabanillas, Eduardo Aunós Pérez, Eduardo González Gallarza, y Francisco Regalado Rodríguez. Para a continuación, en el punto tercero, reclamar al Ministerio del Interior los datos que identifiquen a los máximos dirigentes de la Falange Española, entre el 17 de julio de 1936 y 31 de diciembre de 1951, para una vez identificados, acordar lo necesario sobre la imputación y extinción, en caso de fallecimiento, de la responsabilidad penal. De este modo, y como ya hemos destacado, vuelve a dejarnos con el interrogante de qué ocurrirá si queda demostrado el fallecimiento de todos ellos.

Finalmente, en los puntos cuarto al octavo, dispone la formación del Grupo de Expertos y del grupo de Policía Judicial, autoriza las exhumaciones señaladas (algunas de ellas ya finalizadas), y ordena practicar las diligencias de fomento o cooperación de la actividad investigadora que hemos indicado en el apartado anterior.

Acabemos señalando que, en el momento de redacción de este breve análisis, no existe aún notificación formal a los denunciados por parte de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, aunque diversas fuentes adelantan la interposición de un duro recurso ante el contenido del Auto que hemos comentado en este trabajo. ■

NOTAS

(1) Tal y como se recoge al inicio del Auto, si bien con alguna errata en cuanto a su denominación oficial, los denunciantes ante la Audiencia Nacional son, en relación a la fecha de denuncia: «14 de diciembre de 2006, denuncia presentada por D. Marcial Muñoz Sánchez, en nombre propio y de la asociación "NUESTRA MEMORIA, Sierra de Gredos y Toledo"»; 14 de diciembre de 2006, denuncia de la «Associació per a la recuperació de la Memòria Històrica de Catalunya»; 14 de diciembre de 2006, denuncia de la «Asociación por la Recuperación de la Memoria Histórica en Aragón»; 14 de diciembre de 2006, denuncia de la «Comisión pola Memoria Histórica do 36 en Ponteareas»; 14 de diciembre de 2006, denuncia de la «Asociación por la Recuperación de la Memoria Histórica de Arúcas»; 15 de diciembre de 2006, denuncia de la «Associació per a la recuperació de la Memòria Històrica de Mallorca»; 15 de diciembre de 2006, denuncia de D.ª Carmen Dorado Ortiz; 4 de junio de 2007, denuncia de D. Teófilo Goldaracena Rodríguez; 18 de julio de 2007, denuncia de la «Asociación Andaluza Memoria Histórica y Justicia»; 14 de septiembre de 2007, denuncia de «Politeia, asociación para la defensa y progreso de los intereses ciudadanos»; 24 de diciembre de 2007, denuncia de la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica de Valladolid; 19 de mayo de 2008, denuncia de D. Francisco Javier Jiménez Corcho; denuncia de D. Juan Pérez

Silva y de D.ª Francisca Maqueda Fernández; 28 de julio de 2008, denuncia de la Asociación «Fòrum per la Memòria del País Valencià»; 31 de julio de 2008, denuncia de la «Confederación General del Trabajo»; 12 de septiembre de 2008, denuncia de la «Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica de Granada» y de D.ª Nieves García Catalán; 12 de septiembre de 2008, denuncia de D. José Luis Cerdeira Villegas; 12 de septiembre de 2008, denuncia de D. Crispulo Nieto Cicuéndez; 22 de Septiembre de 2008, denuncia de la «Asociación de Familiares de Fusilados y Desaparecidos de Navarra», «Asociación de Héroes de la República y la Libertad», «Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica en El Bierzo, León, Burgos y Zamora», «Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica de Soría»; 26 de septiembre, denuncia de la «Asociación Todos los Nombres de Asturias»; 3 de octubre, denuncia de D.ª María Nieves Galindo Arroyo; 6 de octubre, denuncia de «Grup per la Recerca de la Memòria Històrica de Castelló», de «Izquierda Republicana de Castilla y León», de D.ª Julia Maroto Velasco y de D. Julián de la Morena López».

(2) Vid. Denuncia destinada al Juzgado de Instrucción Central de Guardia de la Associació per a la Recuperació de la Memoria Històrica de Mallorca, 14 de diciembre de 2006, pág. 31. Original en poder del autor.

(3) Como es bien sabido, en atención a la regulación internacional de la figura de la

desaparición forzada, son víctimas de este crimen tanto la persona desaparecida como «toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada» (véase, por ejemplo, art. 24.1 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas). Junto a ello, debe tenerse en cuenta que, como en varias ocasiones ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en determinadas circunstancias, el familiar-víctima de una desaparición forzada es también víctima de un acto de tortura, trato inhumano, cruel o degradante (consúltense, entre otros, TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Kurt c. Turquía, sentencia de 25 de mayo de 1998, en Reports 1998-III, párrs. 130-134; Çakici c. Turquía, sentencia de 8 de julio de 1999, n.º 23657/94, párrs. 88-99, en especial 98; Orhan c. Turquía, sentencia de 18 de junio de 2002, n.º 25656/94, en especial párr. 358; Ipek c. Turquía, sentencia de 17 de febrero de 2004, n.º 25760/94, párrs. 178-183, en especial párrs. 181-183; Osmanoglu c. Turquía, sentencia de 24 de enero de 2008, n.º 48804/99, en especial párrs. 96-97).

(4) Así, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: «El viaje a ninguna parte: memoria, leyes, historia y olvido sobre la Guerra Civil y el pasado autoritario en España. Un examen desde el derecho internacional», en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, núm. 45, enero-junio de 2007; CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: «Transición

española y Justicia Transicional: ¿qué papel juega el ordenamiento jurídico internacional en un proceso de transición? A propósito de la coherencia, buena fe y otros principios de derecho internacional postergados en la transición política española», en GÁLVEZ BIESCA, S. (coord.): La memoria como conflicto. Memoria e historia de la Guerra Civil y el Franquismo, Número monográfico de Entelequia, Revista Interdisciplinar, núm. 7, septiembre de 2008; CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: «La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas: Nunca es tarde si la dicha es buena? Examen general y perspectivas en España tras la aprobación de la "Ley de Memoria Histórica"», en Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Foro, Nueva Época, núm. 7/2008, (en prensa).

(5) Cfr. CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: «El viaje a ninguna parte...», op. cit., en especial págs. 196 y ss.; así como el más específico, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: «La Convención Internacional...», op. cit., en especial págs. 51-55.

(6) Cfr. Auto de 16 de octubre de 2008, doc. cit., Razonamiento Jurídico Decimoquinto.

(7) Vid. Auto de 16 de octubre de 2008, doc. cit., Razonamiento Jurídico Primero, párr. 2.

(8) Vid. Ibid., párr. 3.

(9) Sobre este particular, puede consultarse GIL GIL, A.: «Justicia Transicional en España», Proyecto 2008 del Grupo latinoamericano de Estudios sobre Derecho

Penal Internacional: La justicia de transición en América Latina, págs. 45-46. Original en poder del autor.

- (10) Cfr. Auto de 16 de octubre de 2008, doc. cit., Razonamiento Jurídico Decimoprimer.
- (11) Vid. Ibid., Razonamiento Jurídico Primero, párr. 1. En sentido similar, véase el Razonamiento Jurídico Decimocuarto.
- (12) Vid. Ibid., párr. 6.
- (13) Cfr. Ibid., Razonamiento Jurídico Sexto.

(14) CONSEJO DE EUROPA: Need for international condemnation of the Franco regime, Doc. 10078, Ref. 2926, de 2 de marzo de 2004, adoptado por unanimidad el 4 de octubre de 2005.

- (15) Cfr. Auto de 16 de octubre de 2008, doc. cit., Razonamiento Jurídico Decimocuarto.
- (16) Vid. Auto de 16 de octubre de 2008, doc. cit., Razonamiento Jurídico Tercero.
- (17) Cfr. Ibid., Razonamiento Jurídico Sexto.

(18) Sentencia del Tribunal Supremo N.º: 798/2007, de 1 de octubre de 2007. En lo que aquí interesa, sobre esta sentencia puede acudirse a OLLÉ SESÉ, M.: Justicia universal para crímenes internacionales, LA LEY, Madrid, 2008, págs. 64-67, 161-183, cuya posición y conclusiones comparto en este extremo. Para una perspectiva parcialmente divergente, véase GIL GIL, A.: «Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo», en Nuevos Desafíos del Derecho penal internacional (en prensa, original en poder del autor).

- (19) Vid. Auto de 16 de octubre de 2008, doc. cit., Razonamiento Jurídico Séptimo.
- (20) Vid. Auto de 16 de octubre de 2008, doc. cit., Razonamiento Jurídico Tercero.
- (21) Cfr. Ibid., Razonamiento Jurídico Sexto.
- (22) Cfr. Idem.
- (23) Cfr. Idem.
- (24) Cfr. Ibid., en especial Razonamiento Jurídico Segundo.

(25) A este respecto, además del completo trabajo ya referido OLLÉ SESÉ, M.: Justicia universal..., op. cit., 161-183, puede acudirse a CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz. Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana, Parthenon, Madrid, 2007, págs. 176-180, así como a la abundante bibliografía que se recoge.

(26) Sobre la misma, puede verse GALÁN MARTÍN, J. L.: «El Caso Scilingo: breve crónica judicial», en Revista La Ley Penal, n.º 25, año III, 2006; así como CAPELLÀ i ROIG, M.: «Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo», en Revista Electrónica de Estudios Internacionales, N.º 10, 2005; y OLLÉ SESÉ, M.: Justicia universal..., op. cit., págs. 64-66, cuyas posiciones comparto. Para una valoración contraria, puede acudirse a GIL GIL, A.: «La Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo», en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n.º 7, 2005.

- (27) Para algunas de estas decisiones, puede verse CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: Derecho internacional y..., op. cit., págs. 178-179.
- (28) Véase, a modo de ejemplo, TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: «Decision as to the admissibility of Application no. 23052/04 by August Kolik and Application no. 24018/04 by Petr Kislyiy against Estonia», 17 de enero de 2006, disponible en <http://cmiskp.echr.coe.int/TheLaw>.
- (29) Cfr. Auto de 16 de octubre de 2008, doc. cit., Razonamiento Jurídico Noveno.
- (30) Vid. Idem.

(31) Vid. Sentencia del Tribunal Supremo N.º: 798/2007, de 1 de octubre de 2007, Fundamento Sexto, párr. 9.

(32) Cfr. Auto de 16 de octubre de 2008, doc. cit., Razonamientos Jurídicos Decimoprimer y Duodécimo.

- (33) Vid. Ibid., Razonamiento Jurídico Noveno.
- (34) Cfr. Ibid., Razonamiento Jurídico Décimo.
- (35) La cursiva es mía.
- (36) Vid., art. 8.1 de la Convención. La cursiva es mía.
- (37) La cursiva es mía.

(38) Sobre toda esta cuestión puede acudirse a CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: «La Convención Internacional...», op. cit., así como a la amplia bibliografía que se recoge.

(39) BOE, número 248, de 17 de octubre de 1977.

(40) Cfr. Auto de 16 de octubre de 2008, doc. cit., Decimoprimer.

(41) Cfr. Idem.

(42) Para una primera aproximación sobre este particular, puede consultarse CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: Transición española y Justicia Transicional..., op. cit.

- (43) Cfr. Auto de 16 de octubre de 2008, doc. cit., Razonamiento Jurídico Decimosegundo.
- (44) Vid. Idem.

(45) Vid. ASOCIACIÓN ESPAÑOLA PARA EL DESARROLLO Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS HUMANOS: «Informe sobre el derecho a un recurso efectivo y a obtener una reparación justa y adecuada que corresponde a las víctimas de desapariciones forzadas, crímenes contra la humanidad y otras violaciones de los derechos humanos cometidas en España durante al Guerra Civil y la Dictadura», DP 399/2006-E, 30 de abril de 2008, pág. 55. Original en poder del autor.

- (46) Vid. Sentencia del Tribunal Supremo n.º 798/2007, de 1 de octubre de 2007, Fundamento Séptimo, párrs. 4 y 6.
- (47) Vid. Auto de 16 de octubre de 2008, doc. cit., Razonamiento Jurídico Decimotercero.

(48) COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: «Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones», Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/2005/L.10/Add.11, 19 de abril de 2005.

- (49) Vid. Auto de 16 de octubre de 2008, doc. cit., Razonamiento Jurídico Decimocuarto.
- (50) Sobre esta cuestión en lo que ahora ocupa, puede verse ASOCIACIÓN ESPAÑOLA PARA EL DESARROLLO Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS HUMANOS: Informe sobre el derecho..., doc. cit., págs. 11-21.
- (51) Cfr. Auto de 16 de octubre de 2008, doc. cit., Razonamiento Jurídico Decimosexto.
- (52) Vid. Idem.
- (53) Sobre ellas, a mi juicio el trabajo ya clásico de referencia es el de HAYNER, P. B.: Unspeakable Truths. Confronting Terror and Atrocity, Routledge, Nueva York, 2001.
- (54) «Artículo 12. Medidas para la identificación y localización de víctimas. 1. El Gobierno, en colaboración con todas las Administraciones Públicas, elaborará un protocolo de actuación científica y multidisciplinar que asegure la colaboración institucional y una adecuada intervención

en las exhumaciones. Asimismo, celebrará los oportunos convenios de colaboración para subvencionar a las entidades sociales que participen en los trabajos. 2. Las Administraciones Públicas elaborarán y pondrán a disposición de todos los interesados, dentro de su respectivo ámbito territorial, mapas en los que consten los terrenos en que se localicen los restos de las personas a que se refiere el artículo anterior, incluyendo toda la información complementaria disponible sobre los mismos.

El Gobierno determinará el procedimiento y confeccionará un mapa integrado que comprenda todo el territorio español, que será accesible para todos los ciudadanos interesados y al que se incorporarán los datos que deberán ser remitidos por las distintas Administraciones Públicas competentes. Las áreas incluidas en los mapas serán objeto de especial preservación por sus titulares, en los términos que reglamentariamente se establezcan. Asimismo, los poderes públicos competentes adoptarán medidas orientadas a su adecuada preservación».

(55) En concreto, y aunque no da razón de por qué se refiere sólo a éstas y no a otras: «1. El 5 de mayo de 2008, de la Asociación "Nuestra Memoria, Sierra de Gredos y Toledo", participando la que se va a llevar a cabo en el término municipal de Parrillas (Toledo). 2. El 28 de agosto, por la misma asociación y ocho más, comunicando las que se van a practicar o se han practicado en los términos municipales de Adrada de Haza, San Juan del Monte, ambos en la provincia de Burgos; La Robla, Ponferrada, Balboa, Dehesas, Camponaraya, Magaz de Abajo, Tejedo del Sil y Carucedo, todos ellos en la provincia de León. 3. El 8 de septiembre, por D.ª Carmen Dorado Ortiz, comunicando exhumación en el término municipal de Córdoba. 4. El 12 de septiembre, por la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica de Granada y D.ª Nieves García Catalán, comunicando la exhumación de los restos humanos de Dióscoro Galindo y Francisco Baladí Melgar, entre los términos municipales de Viznar y Alfajar (Granada). 5. El 22 de septiembre, por D.ª Juana Bort Padilla, para que ordene la apertura de las fosas comunes existentes en las localidades de La Palma del Condado, Bonares y Niebla, en la provincia de Huelva, entre otras diligencias. 6. El 6 de octubre, por la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica y otras, comunicando exhumaciones en Valdenoceda (Burgos), Fuerte San Cristóbal (Navarra) y La Serna (Madrid)».

Diario LA LEY
READER
único en Europa

El primero en en Europa utilizando el novedoso soporte de lectura READER de Microsoft.

El texto se adapta a la pantalla sin desperdicios de espacio, haciendo innecesario el uso de barras de desplazamiento.

Pueden personalizarse varias opciones de lectura para adaptarlas a su gusto en función del tipo de ordenador.

Permite la descarga de contenidos al disco duro para su consulta off-line, sin la necesidad de una conexión a Internet.

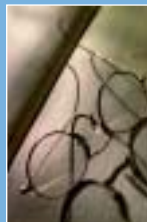
Posibilita el almacenamiento de varios números en el ordenador y lanzar búsquedas en los contenidos, permitiendo el trabajo colaborativo al poder enviarlos a los distintos miembros del despacho, así como anotar comentarios personales en los mismos.

- Simplifica el trabajo del documentalista del despacho.
- Aproveche mejor el tiempo en su viajes y desplazamientos.
- Sin claves ni inconvenientes de conexión.
- Aumente el trabajo colaborativo de los miembros de su despacho.
- Con la comodidad de lectura del papel y sin limitaciones de espacio.



Descárguese
Microsoft Reader y lea
el Diario con Reader

www.diariolaley.es



Dictamen

Sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial

LA LEY 620/2008

Dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial

Instrucción 1/2008, de 1 de julio de 2008 de la Fiscalía General del Estado

POLICÍA JUDICIAL. Dependencia funcional del Ministerio Fiscal. Criterios de preferente investigación, modos de actuación, coordinación de investigaciones y otros extremos análogos. Establecimiento de cauces para una comunicación ágil y fluida con los responsables de las investigaciones criminales, cualquiera que sea la fase procesal en que las mismas se encuentren.

I. LA POLICÍA JUDICIAL EN LOS SISTEMAS DEMOCRÁTICOS

El origen del concepto de Policía Judicial está unido al desarrollo del Estado de Derecho. En la medida en que la Justicia se convierte en un Poder independiente aparece la distinción entre una función policial de seguridad y orden público, dirigida por el Poder Ejecutivo, y otra de investigación criminal, dependiente del Poder Judicial.

La existencia de una estructura de Policía Judicial no sólo refuerza la independencia del Poder Judicial, sino que permite realizar la actividad policial con la denominada «neutralidad del investigador» —STS 1207/95, de 1 de diciembre— y con la necesaria proyección jurídica para alcanzar validez en el proceso penal; proporcionando, además, en virtud de su especialización, mayor eficacia en la labor policial en el orden criminal.

El modelo español de Policía Judicial es fruto de la evolución histórica iniciada a finales del siglo XIX con la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (LECRIM), en el contexto histórico marcado por el régimen democrático instaurado con la Constitución de 30 de junio de 1876, pero es a partir de la promulgación de la Constitución de 1978 (CE) cuando se realiza el impulso legislativo que ha culminado en su configuración actual.

El Título III del Libro II de la LECRIM se dedica a la regulación de la Policía Judicial, describiendo sus funciones en el art. 282 y sus componentes en el art. 283. Ni las posibilidades económicas, ni la configuración del Estado en el momento de su promulgación, permitieron la creación de un cuerpo específico de Policía Judicial,

por lo que para su constitución hubo de acudirse a la conversión en agentes de la Policía Judicial de una mezcla de autoridades no policiales y funcionarios administrativos (art. 283, 3º, 5º, 6º, 7º, 8º y 9º), junto con otros profesionales de la seguridad (art. 283, 1º, 2º y 4º), con dependencias orgánicas muy diversas, unidos por el nexo establecido en el art. 283 LECRIM de ser *auxiliares de los Jueces y Tribunales competentes en materia penal y del Ministerio Fiscal, quedando obligados a seguir las instrucciones que de aquellas autoridades reciban a efectos de la investigación de los delitos y persecución de los delincuentes*. El Tribunal Supremo viene entendiendo que la enumeración que se efectúa en el art. 283 LECRIM tiene carácter enunciativo, no exhaustivo, y está en vigor, aunque requiera de una interpretación actualizada de conformidad con los principios constitucionales —STS 51/2004, de 23 de enero; 942/2004 de 22 de julio; 202/2006 de 2 de marzo; 506/2006 de 10 de mayo; 562/2007, de 22 de junio; 831/2007, de 5 de octubre, entre otras—.

En el mismo sentido, la Consulta 2/99 de la Fiscalía General del Estado expresa que: *el marco legal de referencia al que remite el art. 126 CE como definidor de los términos en que se debe mover el desempeño de la función de Policía judicial comprende, no excluye, al precedente art. 283 LECR cuya vigencia no se ve comprometida en este punto por la entrada en vigor de la CE y de la LOPJ*.

No obstante, si bien la regulación de la Policía Judicial contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 no ha sido derogada, sí ha quedado superada, de un lado, por el desarrollo social, económico y tecnológico, y de otro, por el modelo establecido por la Constitución de 1978 y por el desarrollo legislativo posterior.

II. EL SISTEMA ESPAÑOL DE POLICÍA JUDICIAL

El art. 126 CE establece que *la policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca*.

El texto constitucional no establece un modelo de Policía Judicial sino que tan sólo señala dos únicas exigencias al legislador: una, la necesidad de crear y regular la Policía Judicial y, dos, que la misma tenga una dependencia funcional de Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal. Dicho con los términos de la Consulta 2/1999 de la Fiscalía General del Estado, *la Constitución enuncia la tarea que incumbe a la Policía judicial, pero no atribuye la función a ningún órgano, ni efectúa la distribución material y geográfica de la competencia. En rigor, tampoco predetermina si ha de constituirse como cuerpo específico o como mera función ejercitable por los Cuerpos de Seguridad, ni si su régimen de dependencia de Jueces y Fiscales debe ser orgánico o funcional, por lo que deja en manos del legislador un extenso margen de libre configuración*.

El indicado mandato constitucional no ha sido desarrollado con una legislación integral sobre Policía Judicial. Su regulación se encuentra dispersa en diversos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en otras disposiciones de variado objeto y rango normativo, principalmente en la LO 6/1985, de 1 de julio, *del Poder Judicial (LOPJ)* —modificada a estos efectos por LO 19/2003, de 23 de diciembre—, cuyo Título III de su Libro VII —arts. 547 a 550— se dedica a la regulación de la Policía Judicial; en la LO 2/1986, de 13 de marzo, *de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LOFCS)*, que, en el capítulo V de su Título II, configura las denominadas «Unidades de Policía Judicial», así como en el RD 769/1987, de 19 de junio, *sobre regulación de Policía Judicial*, modificado por RD 54/2002, de 18 de febrero, para incorporar a las Comisiones de Coordinación de Policía Judicial, a aquellas Comunidades Autónomas con competencia estatutaria en esta materia: País Vasco por Ley 4/92, de 17 de julio; Cataluña por Ley 10/94, de 11 de julio; y Navarra por Ley Foral 8/2006, de 20 de junio.

El resultado de la evolución legislativa a partir de la estructuración jurídico-política establecida por la CE, ha determinado la configuración de un sistema de Policía Judicial que se caracteriza por su complejidad, en el que coexisten dos modelos: uno, de Policía Judicial Genérica y, otro, de Policía Judicial Específica:

A) El modelo de *Policía Judicial Genérica o de primer grado*, enraizado con la obligación general de auxiliar a la Justicia que compete a todos —art. 118 CE—, encuentra su origen en el art. 283 LECRIM que, como se ha expresado *ut supra*, sigue en vigor, dando lugar a una Policía Judicial de carácter colaborador, al cual

se refiere la LOPJ de 1985, al expresar en su Exposición de Motivos que *la Policía Judicial (...) es una (...) institución que coopera y auxilia a la Administración de Justicia*. Así, el art. 547 LOPJ establece que *la función de la Policía Judicial comprende el auxilio a los juzgados y tribunales y al Ministerio Fiscal en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes. Esta función competirá, cuando fueren requeridos para prestarla, a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto si dependen del Gobierno central como de las comunidades autónomas o de los entes locales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias*.

Dentro de este modelo de Policía Judicial Genérica, se pueden distinguir unos colaboradores específicos, como el Servicio de Vigilancia Aduanera —en la actualidad Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera—, conforme establece la disposición adicional primera de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, *sobre Represión del Contrabando*, en el ámbito competencial de los delitos contemplados en la misma y que se ejerce en coordinación con otros cuerpos policiales; y, por otra parte, unos colaboradores genéricos integrados por las Policías Locales y las Policías Autonómicas de aquellas Comunidades Autónomas en cuyos Estatutos no existe previsión de creación de cuerpos policiales en los términos del art. 37-3º LOFCS.

Últimamente, el párrafo q) del art. 6 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, *de Montes*, modificado por la Ley 10/2006, de 28 de abril, ha atribuido la condición de Policía Judicial en sentido genérico a los agentes forestales.

B) El modelo policial concentrado que da lugar a una *Policía Judicial Específica o en sentido estricto*, a la que se refieren los 548 y siguientes de la LOPJ y 29 y siguientes LOFCS.

Este modelo responde a un concepto de Policía Judicial moderno que se basa en los principios de unidad de dirección y especialización, por ello el RD 769/1987, que así lo proclama, centra su regulación alrededor de lo que el art. 30.1 LOFCS, denomina *Unidades Orgánicas de Policía Judicial*, integradas por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía y por miembros de la Guardia Civil —art. 7 RD citado— cuyos principios rectores son los de permanencia, estabilidad y especialización, con estricta sujeción o dependencia funcional respecto de Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal en la ejecución de cometidos relativos a la averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente.

Si bien la LOFCS establece que las Policías Autonómicas y Locales se constituyen en colaboradores o partícipes —arts. 29.2, 38.2.b, 46 y 53.1.e) LOFCS— de la función de Policía Judicial, cuyo ejercicio se atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado —art. 11.1.g) LOFCS— que ejercitan su competencia mediante

unidades constituidas sobre criterios de especialidad y exclusividad —art. 30.1 LOFCS—, nada se opone a su coexistencia con la indicada legalidad autonómica, fruto de la cual en la actualidad la Ertzaintza, los Mossos d' Escuadra y la Policía Foral de Navarra cuentan con Unidades Orgánicas de Policía Judicial.

En virtud del expresado sistema, lejos de crearse un cuerpo específico y diferenciado de Policía Judicial, coexisten los dos citados modelos: genérico y específico, con la única diferencia entre ambos de la especialización en técnicas de investigación con que cuentan los miembros de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial. Los miembros pertenecientes a éstas han de contar con la *adecuada formación especializada* —art. 30 LOFCS—, cursada en los correspondientes Centros de Formación y Perfeccionamiento o en el Centro de Estudio Jurídicos, que se acredita mediante la *posesión del diploma correspondiente* que constituye el *requisito necesario para ocupar puestos en las mencionadas Unidades* —art. 32 LOFCS—.

Los funcionarios policiales especializados que integran las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, pueden compatibilizar sus funciones de Policía Judicial con otras orientadas a la prevención de la delincuencia o con aquéllas que se les encomiende como miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en virtud del mayor o menor grado de exclusividad que les otorgue el Ministerio del Interior, como Departamento que tiene atribuida la organización de las mencionadas Unidades, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas en su ámbito territorial. En determinados casos, debido al alto grado de especialización técnica y profesional que han alcanzado algunas Unidades, se les ha otorgado el reconocimiento jurídico de Policía Científica, que les atribuye la condición procesal de peritos en lugar de testigos en las materias de su especialidad.

El principio de unidad de dirección tiene por objeto la armonización de las directrices requeridas para la eficacia en la actuación de las fuerzas policiales adscritas a la investigación criminal, particularmente en aquellos supuestos en que las conductas delictivas desborden el ámbito territorial de un solo órgano judicial y sean objeto de procedimientos tramitados por diversos Juzgados. Con tal finalidad, el RD 769/1987, de 19 de junio, *sobre regulación de Policía Judicial*, creó las Comisiones Nacional y Provinciales de Coordinación de Policía Judicial.

III. EXTENSIÓN Y LÍMITES DE ACTUACIÓN DE LA POLICÍA JUDICIAL «GENÉRICA» Y «ESPECÍFICA»

No ofrece dudas cuáles son las actuaciones que puede realizar la Policía Judicial especializada, pues el art. 29.1 LOFCS establece que: *las funciones de*

Policía Judicial que se mencionan en el artículo 126 de la Constitución —averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente— *serán ejercidas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, a través de las Unidades que se regulan en el presente Capítulo*. Dichas actuaciones deben realizarse en todo caso con absoluto respeto a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y a las demás formalidades legalmente establecidas. Sin embargo, se suelen plantear dudas acerca de la extensión de las actuaciones de investigación que puede realizar la denominada Policía Judicial Genérica, produciéndose situaciones de incertidumbre en los agentes policiales y de desconcierto en la percepción social, insostenibles en el ámbito de la investigación criminal, provocadas por resoluciones judiciales que otorgan distinta valoración jurídica a las actuaciones realizadas por cuerpos encuadrados en este modelo de Policía Judicial.

Ante la indicada situación, cobra especial trascendencia la contribución del Ministerio Fiscal en aras de la unificación real de la interpretación y aplicación del Derecho, buscando la certeza del ordenamiento jurídico, a cuyo efecto es procedente establecer los criterios que deberán regir la actuación de los Sres. Fiscales en su función de dirección de la Policía Judicial, con el objeto de determinar la extensión y el límite de la actuación investigadora de la denominada Policía Judicial Genérica.

Ya ha quedado expresado anteriormente que el concepto de *Policía Judicial Genérica o de primer grado* guarda íntima relación con la obligación general de auxiliar a la Justicia que compete a todos —art. 118 CE—, y que el art. 283 LECRIM concreta para las autoridades, funcionarios y profesionales que enumera —algunos inexistentes en la actualidad— en la *de seguir las instrucciones que reciban de jueces y fiscales a efectos de la investigación de los delitos y persecución de los delincuentes*.

Esta concepción genérica de la Policía Judicial afecta a todos aquellos agentes administrativos con funciones policiales constituidos en colaboradores sin facultades investigadoras de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, en virtud de lo dispuesto en los arts. 29.2, 38.2.b, 46 y 53.1.e) LOFCS. Su actuación está limitada a la realización de las diligencias indispensables o urgentes —comprobación de la comisión del hecho, constatación de las circunstancias inmediatas e identificación de los presuntos responsables, intervención de efectos o instrumentos, salvo que para ello se requiera la aplicación de técnicas o conocimientos científicos, en cuyo caso su actuación deberá reducirse a la protección del lugar—, de forma similar a la que se especifica en los arts. 770 y 771 LECRIM, debiendo remitir sus actuaciones inmediatamente a la Unidad de Policía Judicial Específica que territorialmente corresponda.

No obstante, hay que resaltar el régimen especial que como Policía Judicial Genérica tiene en la actualidad la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera, toda vez que la citada *ut supra* disposición adicional primera de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, *sobre Represión del Contrabando*, le otorga facultades de investigación, persecución y represión en todo el territorio nacional, aguas jurisdiccionales y espacio aéreo español de los actos e infracciones de contrabando, en coordinación con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, teniendo a todos los efectos legales, carácter de colaborador de los mismos.

Al respecto debe recordarse el contenido del Acuerdo no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 14 de noviembre de 2003, según el cual:

«(...) 2º. - *El Servicio de Vigilancia Aduanera no constituye policía judicial en sentido estricto, pero sí en sentido genérico del art. 283.1 LECRIM, que sigue vigente conforme establece la disposición adicional primera de la LO 12/95, de 12 de diciembre sobre represión del contrabando. En el ámbito de los delitos contemplados en el mismo tiene encomendadas funciones propias de policía judicial, que debe ejercer en coordinación con otros cuerpos policiales y bajo la dependencia de los jueces de instrucción y del Ministerio Fiscal.*

3º. - *Las actuaciones realizadas por el servicio de vigilancia aduanera en el referido ámbito de competencia son procesalmente válidas.»*

Igualmente, debido al alto nivel de capacitación profesional y preparación técnica que están alcanzando las Policías Locales, especialmente en los grandes núcleos urbanos, existe la posibilidad de que los cuerpos policiales de los Municipios que se adhieran al Convenio Marco de Colaboración, Cooperación y Coordinación, suscrito el 20 de febrero de 2007 entre el Ministerio del Interior y la Federación Española de Municipios y Provincias, siempre que el correspondiente convenio específico que suscriba cada Municipio así lo prevea, puedan colaborar en el ejercicio de las funciones de Policía Judicial, tanto en lo que se refiere a la recepción de denuncias como a la investigación de los hechos, en relación con las infracciones penales que en dicho Convenio se especifican, cuando constituyan falta o delito menos grave.

Dicho Convenio Marco ha sido suscrito al amparo legal de lo dispuesto en la LOFCS y en el RD 1571/2007, de 30 de noviembre, y se concreta en las infracciones siguientes:

- a) *Faltas penales.*
- b) *Lesiones, que no requieran hospitalización.*
- c) *Violencia doméstica y de género.*
- d) *Delitos contra las relaciones familiares.*

e) *Quebrantamientos de condena; de localización permanente; órdenes de alejamiento y privaciones del permiso de conducir.*

f) *Hurtos.*

g) *Denuncias por recuperación de vehículos, siempre que estos no estuvieran considerados de interés policial.*

h) *Patrimonio histórico municipal.*

i) *Actividades de carácter comercial o con ánimo de lucro realizadas en la vía pública o mercadillos y que constituyan delitos contra la propiedad intelectual o industrial.*

j) *Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas.*

k) *Delitos contra la seguridad del tráfico.*

l) *Amenazas y coacciones.*

m) *Omisión del deber de socorro.*

n) *Daños en general y, en especial, los causados al mobiliario urbano*

IV. LA DEPENDENCIA DE LA POLICÍA JUDICIAL DEL MINISTERIO FISCAL

El art. 126 CE ha optado por la denominada *dependencia funcional*, que supone que la Policía Judicial está dirigida por el Ministerio Fiscal, así como por Jueces y Tribunales, en «*sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente*», toda vez que a tenor de lo dispuesto en los arts. 104.1º, 148.1.28º y 149.1.29º CE, los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad dependen *orgánicamente* del Gobierno de la Nación —Cuerpo Nacional de Policía y Guardia Civil—, de las Comunidades Autónomas —Policías Autonómicas— o de los correspondientes municipios —Policías Locales—.

Tal dependencia funcional del Ministerio Fiscal no tiene un carácter absoluto. En primer lugar, porque importantes campos de investigación se desarrollan o surgen en el curso de actividades realizadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el cumplimiento de la misión que les encomienda el art. 104 CE de *proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana*, y, en segundo lugar, porque la responsabilidad sobre la eficacia de la política criminal excede de las misiones que atribuye el art. 124 CE al Ministerio Fiscal, estando reservadas al Poder Ejecutivo en virtud de lo dispuesto en los arts. 97 y 104 CE.

La Policía Judicial tiene un importante ámbito de actuación autónoma y, además, la organización del funcionamiento interno de sus servicios, de sus medios personales y materiales, entre otras materias de similares características, son también ajenas a la dirección del Fiscal



—y de Jueces y Tribunales—. Como expresaba la Circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado, *tanto la dirección de la investigación policial, como la delegación en ella de la práctica de diligencias concretas no puede representar ni que el Fiscal se convierta en un «Jefe» de la Policía, ni que aquella delegación constituya una autorización para la libre acción de la misma, de forma que el Fiscal pase a ser un mero homologador de las actuaciones policiales. Por ello, tanto en un caso como en otro, las instrucciones del Fiscal deben ser lo más precisas posibles, marcando los límites de la actuación y subrayando la titularidad del Ministerio Fiscal como director o promotor de la investigación pero dejando siempre a salvo el contenido de los respectivos campos: a la Policía Judicial corresponde la actividad investigadora en el terreno, utilizando las técnicas de investigación científica y práctica en la que son expertos; al Fiscal la determinación jurídica de los elementos y extremos que pueden constituir fuentes y medios de prueba y los requisitos para su validez, formal y procesal, cuyo cumplimiento para la investigación policial deberá promover y hasta imponer.*

V. MARCO LEGAL DE LA DIRECCIÓN POR EL MINISTERIO FISCAL DE LAS ACTUACIONES DE LA POLICÍA JUDICIAL

En nuestro derecho tradicional, el Fiscal —salvo en asuntos graves o atribuidos a las Fiscalías de la Audiencia Nacional o Especiales— ha venido teniendo conocimiento de los hechos delictivos a través de la copia del atestado, frecuentemente entregado al Juez junto con el original, o en el momento de la recepción del parte de incoación del correspondiente procedimiento judicial, del que el Fiscal encargado del asunto ha tenido conocimiento real cuando se ha trasladado la causa a la Fiscalía para proceder a su correspondiente despacho.

La evolución del proceso penal hacia fórmulas estrictamente basadas en los principios acusatorio y de contradicción, característicos del proceso penal moderno, así como el desarrollo legislativo del artículo 124 de la Constitución, han deter-

minado una presencia e intervención mucho mayor del Fiscal en dicho ámbito procesal.

Las sucesivas reformas legislativas, cuyo hito inicial fue la LO 7/1988, de 28 de diciembre, que introdujo el procedimiento abreviado en la LECRIM, seguida de posteriores modificaciones de la ley procesal penal y de la introducción de nuevos procedimientos penales, han ido consolidando progresivamente la posición activa del Ministerio Fiscal, produciendo el consecuente efecto de incrementar sus relaciones de dirección-coordinación respecto de la Policía Judicial y desterrar su anterior distanciamiento histórico.

Así, en el caso de los procesos tramitados al amparo de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor (LORPM), el Fiscal recibe directamente el atestado y decide las diligencias que han de practicarse, ordenando directamente a la Policía Judicial las que corresponda.

Por otro lado, en los procesos de la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (LOTJ), a tenor de lo dispuesto en los arts. 25, 26 y 28, cualquier acto de instrucción exige una previa imputación, para la que el Juez no tiene competencia, por lo que la función del Fiscal en relación con la formulación de la misma, su ampliación o la petición de las diligencias concretas que deben practicarse, determina la necesidad de una relación continuada de dirección-coordinación con los funcionarios policiales encargados de la investigación.

Igualmente en el ámbito de los delitos tramitados en virtud de las normas sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, en virtud de la reforma parcial de la LECRIM operada por Ley 38/2002, de 24 de octubre, el legislador ha atribuido al Ministerio Fiscal un destacado protagonismo, determinante de un necesario contacto directo con las actuaciones de la Policía Judicial.

En los procedimientos ordinario y abreviado, el Fiscal recibe copia del atestado y, una vez incoado el que corresponda, propone al Instructor la práctica de las

diligencias procedentes, conviviendo así las adoptadas a su instancia con las acordadas de oficio por el Juez. No obstante, nada impide que los Sres. Fiscales, particularmente en los casos que revistan cierta gravedad o complejidad, hagan comparecer a los funcionarios policiales para pedirles explicaciones y aclaraciones e incluso para darles las instrucciones que sean procedentes, en la forma que se expone *infra*.

En definitiva, correspondiendo al Ministerio Fiscal facultades de dirección de la Policía Judicial en los términos antes indicados, los Sres. Fiscales procurarán establecer cauces para una comunicación ágil y fluida con los responsables de las distintas investigaciones criminales, cualquiera que sea la fase procesal en que las mismas se encuentren.

La Instrucción 2/1988 y la Circular 1/1989 profundizaron en el desarrollo del modelo de Policía Judicial diseñado por la Constitución y por el resto del Ordenamiento Jurídico, estableciendo pautas de actuación del Ministerio Fiscal para la asunción de la dirección de la investigación policial, referida a la *determinación jurídica de los elementos y extremos que pueden constituir fuentes y medios de prueba y los requisitos para su validez, formal y procesal, cuyo cumplimiento para la investigación policial deberá promover y hasta imponer* —*vid.* Circular 1/1989—.

En este ámbito de dirección de la Policía Judicial por el Ministerio Fiscal, también es conveniente recordar que el art. 773.1 LECRIM establece que corresponden al Fiscal (...) *dar a la Policía Judicial instrucciones generales o particulares para el más eficaz cumplimiento de sus funciones* (...), y en la misma línea, el art. 35 LOFCS señala que *los Jueces y Tribunales de lo Penal y el Ministerio Fiscal tendrán, respecto a los funcionarios integrantes de Unidades de Policía Judicial que le sean adscritas* (...), entre otras facultades, la de *dar órdenes e instrucciones que sean necesarias, en ejecución de lo dispuesto en las normas de Enjuiciamiento Criminal y Estatuto del Ministerio Fiscal*, así como el determinar en dichas órdenes *el contenido y circunstancias de las actuaciones que interesan a dichas Unidades*. Concretando el alcance de dichas disposiciones, la Circular 1/1989 señala que *el contenido de las facultades del Fiscal* (tras la LO 7/1988, de 28 de diciembre) *en orden a la dependencia respecto de él, de la Policía Judicial, aparece (...) ampliado respecto al inicial contenido del artículo 4.4º del Estatuto Orgánico, que sólo preveía dar órdenes e instrucciones en cada caso concreto. Ahora se puede también impartir instrucciones generales, sobre los modos de actuación de la Policía en la investigación criminal en orden a prioridades dentro de la actividad investigadora, coordinación con otras Policías* (...).

El RD 769/1987 establece en el art. 20 que *cuando los funcionarios integrantes de las unidades orgánicas de la Policía Ju-*

dicial realicen diligencias de investigación criminal formalmente concretadas a un supuesto presuntamente delictivo, pero con carácter previo a la apertura de la correspondiente actuación judicial, actuarán bajo la dependencia del Ministerio Fiscal. A tal efecto, darán cuenta de sus investigaciones a la Fiscalía correspondiente que, en cualquier momento, podrá hacerse cargo de la dirección de aquéllas, en cuyo caso los miembros de la Policía Judicial actuarán bajo su dependencia directa y practicarán sin demora las diligencias que el fiscal les encomiende para la averiguación del delito y el descubrimiento y aseguramiento del delincuente. Y el art. 21 que una vez iniciado el procedimiento penal, (...) el fiscal encargado de las actuaciones (...) podrá (...) ordenar que comparezcan ante su presencia (...) los concretos funcionarios policiales (...) con el fin de impartir las instrucciones que estime pertinentes, indicar las líneas de actuación y controlar el cumplimiento de sus cometidos o la evolución de sus investigaciones.

Sin embargo, no se encuentra legalmente definido cuál ha de ser el ámbito competencial ni el contenido de dichas instrucciones generales, particulares u órdenes, por lo que se estima procedente establecer las pautas de actuación en relación con las atribuciones de cada órgano del Ministerio Fiscal en lo relativo a la potestad de impartirlas.

Sin perjuicio del régimen especial de dirección que tienen determinados órganos del Ministerio Fiscal en relación con las Unidades de Policía Judicial que les estén específicamente adscritas, el resto de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial se encuentran estructuradas con arreglo a criterios de distribución territorial sobre una base provincial, salvo que por razones de especialización delictual o técnicas de investigación se establezcan unidades con ámbito de actuación más amplio (art. 9 del RD 769/1987). En adecuación de tal estructura a la del Ministerio Fiscal, deberá entenderse que las instrucciones generales son aquellas que impartan los Sres. Fiscales Jefes que cuenten con Unidad de Policía Judicial Adscrita o los Sres. Fiscales Jefes Provinciales dirigidas a todos los miembros de la Policía Judicial dependiente de su correspondiente ámbito competencial, referidas a criterios y prioridades de la actividad investigadora, modos de actuación, coordinación u otras cuestiones similares, para su aplicación en asuntos de análoga naturaleza.

Los Sres. Fiscales Superiores también podrán impartir instrucciones generales a las distintas Unidades de Policía Judicial de una Comunidad Autónoma, en asuntos de análoga naturaleza que afecten a varias provincias de su territorio.

En los supuestos en que dichas instrucciones generales se refieran a delitos enmarcados en el ámbito de una especialidad, serán coordinadas por el Fiscal de Sala correspondiente.

Las instrucciones particulares y las órdenes serán aquéllas que cobren virtualidad en el marco de una investigación concreta, las cuales podrán ser impartidas por los Sres. Fiscales encargados de los asuntos específicos, sin perjuicio, en su caso, de la dación de cuenta al Fiscal Jefe en virtud de las facultades de dirección de la Fiscalía que a éste corresponden y a tenor de lo dispuesto en el art. 25 EOMF.

Como orientación sobre el modo de impartir las instrucciones referidas, tanto las generales como las particulares sobre casos concretos, las expresadas Instrucción 2/1988 y Circular 1/1989 apuntaban una serie de pautas de actuación que deben seguir siendo observadas por los Sres. Fiscales, adaptándolas a la legalidad actual, particularmente al desarrollo de las normas emanadas de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas y al marco legal generado mediante las reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operadas por L 38/2002, de 24 de octubre —que introduce los llamados *juicios rápidos*—; LO 5/1995, de 22 de mayo —*Tribunal del Jurado*—; y LO 5/2000, de 12 de enero —*responsabilidad penal del menor*—, así como por la nueva estructura del Ministerio Fiscal tras la modificación de su Estatuto efectuada por Ley 24/2007, de 9 de octubre, lo que hace preciso actua-

lizar y ampliar las pautas por las que deben regirse los Sres. Fiscales en su función de dirección jurídica y coordinación de las actuaciones de la Policía Judicial referidas a la averiguación del delito y el descubrimiento y aseguramiento del delincuente.

VI. LAS DISTINTAS FASES DE ACTUACIÓN DE LA POLICÍA JUDICIAL

La posición del Ministerio Fiscal en su función de dirección de la Policía Judicial, así como el contenido de las instrucciones —generales o particulares— u órdenes que deba impartir, será diferente en cada una de las fases procesales.

A) La investigación preprocesal.

El Fiscal puede asumir la dirección jurídica de las actuaciones de la Policía Judicial en cualquier momento de la fase de investigación preprocesal. Durante dicha fase, esto es, antes de que existan actuaciones judiciales en trámite, el Fiscal podrá impartir instrucciones generales a las Unidades de Policía Judicial sobre criterios de preferente investigación, modos de actuación, coordinación de investigaciones y otros extremos análogos, las cuales serán impartidas por los Sres. los Fiscales Jefes que cuenten

con Unidad de Policía Judicial Adscrita o los Sres. Fiscales Jefes Provinciales, a través de los Jefes de las distintas Unidades policiales.

Cuando dichas instrucciones generales afecten a Unidades de varias provincias de una Comunidad Autónoma, serán impartidas por los respectivos Sres. Fiscales Superiores.

Obviamente, será imposible que el Fiscal asuma la dirección de todos los asuntos pero, en todo caso, para que pueda decidir lo procedente, será preciso que la Policía le haya informado suficientemente de los hechos más graves o complejos y de sus circunstancias, así como de las diligencias practicadas y del resultado de las mismas. Por ello, con la finalidad de *profundizar en el desarrollo del modelo de Policía Judicial diseñado por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico*, en la Instrucción 2/1988 se consideró necesario que *los Fiscales Jefes de las Audiencias respectivas, despachen, al menos semanalmente, con los Jefes de las Unidades Orgánicas Provinciales de Policía Judicial (...), aquellos asuntos que deba conocer el Ministerio Fiscal en virtud de lo dispuesto en el art. 20 del RD 769/1987.*

Habiéndose puesto de manifiesto en numerosas ocasiones la imposibilidad y en

otras la ineficacia de realizar con una periodicidad tan estricta el referido despacho de asuntos entre los Sres. Fiscales Jefes Provinciales y los responsables de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, se estima procedente su flexibilización, debiendo establecerse con la frecuencia que se precise para el puntual traslado de la información que corresponda, de forma que permita a los Sres. Fiscales impartir las instrucciones precisas para el correcto desarrollo jurídico de la investigación. Los Sres. Fiscales Superiores constatarán a través de sus facultades inspectoras el efectivo despacho periódico expresado.

Cuando los Sres. Fiscales tengan *noticia de un hecho aparentemente delictivo*, bien a través de su propia actividad investigadora, bien a través de la investigación policial, deben utilizar las facultades que les confiere el art. 5 EOMF y el art. 773.2 LECRIM, practicando por sí mismo u ordenando a la *Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo*. Es decir, impartirán las correspondientes instrucciones particulares, promoviendo y coordinando jurídicamente la investigación de la Policía Judicial en los términos previstos en el citado art. 20 del RD 769/1987.

www.laleylaboral.com

BASES DE DATOS MEJORADAS:

- Mejora del sistema de búsqueda.
- Nuevas funcionalidades para exportar e imprimir textos.
- Mejora de la visualización de los textos normativos y jurisprudenciales.
- Incremento de documentos, con más de 300.000 resoluciones jurisprudenciales, casi 5.000 reseñas bibliográficas y artículos en la base de datos de bibliografía y más de 6.000 disposiciones legales.
- Mayor interrelación entre distintos tipos de documentos y entre diferentes bases de datos.

UTILIDADES MEJORADAS:

- Innovadora herramienta de cálculo de salarios e indemnizaciones.
- Nuevos Códigos LA LEY: Laboral, Seguridad Social, Relaciones Laborales y Sindical.
- Más información práctica: formularios, tablas de cotización, tipos de contratos.
- Diccionario de términos jurídicos laborales: con jurisprudencia, legislación y bibliografía relacionada.
- Revistas Actualidad Laboral y Relaciones Laborales.
- Boletín Laboral.

Ha descubierto
la nueva
web laboral
de LA LEY



LA LEY
grupo Wolters Kluwer

Un paso por delante

INFÓRMESE: Servicio de Atención al Cliente: 902 42 00 10 tel. / www.laley.es

Si el Fiscal asume la dirección de la investigación, deberá incoar Diligencias de Investigación de conformidad con los arts. 5 EOMF y 773.2 LECRIM. Si decide no intervenir, la Policía Judicial deberá finalizar sus investigaciones confeccionando un atestado del que hará entrega al Juez de Instrucción de conformidad con lo dispuesto en los arts. 292 y sgtes. y 772.2 LECRIM.

B) *La dirección de la Policía Judicial en el curso del proceso judicial.*

Esta cuestión ya fue abordada en la citada Circular 1/89 en los siguientes términos: *la cesación de las diligencias de investigación plantea la cuestión de si el Fiscal, en curso un procedimiento judicial, puede o no practicar u ordenar a la Policía Judicial que practique algún género de diligencia de investigación o aportación de fuentes de prueba. La respuesta a esa cuestión ha de ser que el Fiscal no podrá iniciar una nueva investigación general sobre el hecho, pero sí proceder a la práctica extrajudicial de diligencias concretas, puesto que de las propias Leyes, tanto las generales sobre las atribuciones del Fiscal, como las que regulan el procedimiento abreviado, se infiere tal facultad.* Llegando a la conclusión de que *es evidente que el Fiscal para poder aportar esas pruebas ha de obtenerlas previamente y que para ello ha de recurrir a algún mecanismo de averiguación y obtención de las mismas, mecanismo que no puede ser otro que su propia actividad o el auxilio de la Policía Judicial, que constitucional y legalmente de él depende.*

Las instrucciones generales a las Unidades de Policía Judicial sobre criterios de investigación, coordinación, modos de actuación y otros extremos análogos durante la fase procesal, esto es, existiendo actuaciones judiciales, se impartirán por los Sres. Fiscales Jefes cuando existan unidades específicamente adscritas a órganos del Ministerio Fiscal, o, en otro caso, por los Sres. Fiscales Jefes Provinciales a través de las Comisiones Provinciales de Coordinación de la Policía Judicial, tal como se expresaba en la Circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado, sin perjuicio de que en supuestos de urgencia, los Sres. Fiscales Jefes puedan indicar a las correspondiente Unidades de Policía Judicial las pautas generales de actuación que correspondan, trasladándolas posteriormente a las expresadas Comisiones Provinciales.

En la actualidad, el art. 3.5 EOMF permite al Fiscal *intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos o instruyendo directamente el procedimiento en el ámbito de lo dispuesto en la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, pudiendo ordenar a la Policía Judicial*

aquellas diligencias que estime oportunas. En igual sentido el párrafo 2º del art. 773.1 se establece que (...) *corresponde al Ministerio Fiscal, de manera especial, impulsar y simplificar su tramitación sin merma del derecho de defensa de las partes y del carácter contradictorio del mismo, dando a la Policía Judicial instrucciones generales o particulares para el más eficaz cumplimiento de sus funciones, interviniendo en las actuaciones, aportando los medios de prueba de que pueda disponer o solicitando del Juez de Instrucción la práctica de los mismos (...).*

En definitiva, incluso durante la tramitación del procedimiento judicial, el Fiscal puede ordenar a la Policía Judicial la práctica de diligencias concretas referidas a aspectos puntuales de la investigación. Ahora bien, el necesario respeto al principio de imparcialidad que debe presidir la actuación del Ministerio Fiscal, así como el respeto a los de contradicción y defensa requieren que, una vez ordenadas estas diligencias, sea absolutamente necesario aportar su resultado a la causa cualquiera que éste haya sido. Lo contrario podría interpretarse como una forma de soslayar la función instructora que corresponde al órgano judicial en nuestro sistema actual.

C) *Fase intermedia y Juicio oral.*

La labor de la Policía Judicial no puede quedar reducida a la mera investigación de los delitos, reunión del material probatorio y descubrimiento de los delincuentes, culminando su función con la detención y puesta a disposición de los detenidos. La labor de la Policía Judicial ha de prolongarse durante toda la fase de instrucción y, sobre todo, trascender al juicio oral.

Por ello, cuando el Fiscal decida solicitar la apertura del juicio oral deberá conocer los elementos en que basará la inculminación a cuyo efecto, en el caso de que en la causa no quede suficientemente clarificado algún extremo de la investigación, deberá cursar las correspondientes instrucciones a los Jefes de las Unidades Orgánicas Policía Judicial para que se le informe sobre los mismos.

Igualmente, los Sres. Fiscales encargados de redactar el correspondiente extracto y escrito de acusación/calificación provisional deberán conocer la concreta participación en la investigación de cada uno de los funcionarios policiales que serán citados al acto del juicio oral en calidad de testigos o peritos, desechando aquellos que, aún consignados en el atestado, hayan tenido una actuación irrelevante en la misma. Deberá desterrarse la práctica de citar a juicio de modo indiscriminado a todos los agentes cuyos números de identificación profesional figuren en el atestado.

Tanto en las instrucciones generales como en las particulares que los Sres. Fiscales cursen en su función de dirección de la Policía Judicial, deberá recordarse a los funcionarios policiales la importante función que les corresponde en el acto del juicio oral, debiendo evitarse la ratificaciones genéricas del atestado policial, o las vaguedades en la contestación a las preguntas articuladas, toda vez que el atestado ha de ser introducido en el juicio oral bajo los principios de oralidad, intermediación y contradicción.

VII. CONCLUSIONES

1ª. Los Sres. Fiscales, en el ejercicio de sus facultades de dirección de la Policía Judicial, procurarán establecer cauces para una comunicación ágil y fluida con los responsables de las distintas investigaciones criminales, cualquiera que sea la fase procesal en que las mismas se encuentren.

2ª. Antes de iniciarse las actuaciones judiciales, las Instrucciones generales a las Unidades de Policía Judicial sobre criterios de preferente investigación, modos de actuación, coordinación de investigaciones y otros extremos análogos, se impartirán por los Sres. Fiscales Jefes de las Fiscalías que cuenten con Unidad de Policía Judicial Adscrita o por los Sres. Fiscales Jefes Provinciales, a través de la jefatura de las correspondientes Unidades.

3ª. Durante dicha fase pre-procesal, las Instrucciones generales a las Unidades de Policía Judicial de tenor análogo a las del apartado anterior y que afecten a diversas provincias de una Comunidad Autónoma, se realizarán por el Sr. Fiscal Superior de la misma.

4ª. En los supuestos en que las instrucciones generales se refieran a delitos enmarcados en el ámbito de una especialidad, serán coordinadas por el Fiscal de Sala correspondiente.

5ª. Cuando existan actuaciones judiciales o cuando las mismas afecten a distintos Cuerpos policiales, las instrucciones generales a las que se refieren los apartados anteriores se impartirán por los Sres. Fiscales Jefes de los órganos del Ministerio Fiscal que cuenten con Unidades específicamente adscritas, a través de los responsables de las mismas. En otro caso, serán impartidas por los Sres. Fiscales Jefes Provinciales a través de las Comisiones Provinciales de Coordinación de la Policía Judicial, sin perjuicio de que en supuestos de urgencia, los Sres. Fiscales Jefes puedan indicar a las correspondiente Unidades de Policía Judicial las pautas generales de actuación que correspondan, trasladándolas posteriormente a las expresadas Comisiones Provinciales.

6ª. Las instrucciones particulares o las ordenes a las Unidades de Policía Judicial sobre criterios o modos de actuación en investigaciones concretadas en supuestos determinados, se impartirán por el Fiscal encargado de asunto a través del Jefe de la Unidad o directamente a los funcionarios que practiquen la investigación, con la dación de cuenta inmediata y documentada al Fiscal Jefe en los casos de importancia o trascendencia, en virtud de lo dispuesto en el art. 25 EOMF. Cuando se trate de investigaciones relativas a delitos enmarcados en una especialidad, los Sres. Fiscales también informarán al Sr. Fiscal de Sala Coordinador o Delegado que corresponda.

7ª. Los Sres. Fiscales Jefes Provinciales despacharán con los Jefes de las Unidades Orgánicas Provinciales de Policía Judicial, con la frecuencia necesaria para el puntual traslado de la información que corresponda, aquellos asuntos concretados en supuestos presuntamente delictivos respecto de los que no se hayan incoado diligencias judiciales, e impartirán las instrucciones que sean precisas para el correcto desarrollo jurídico de la investigación.

8ª. Los Sres. Fiscales están facultados legalmente para continuar en sus funciones de dirección de la Policía Judicial aunque exista un procedimiento judicial en curso, por lo que aún en estos supuestos podrán ordenar a la Policía Judicial la práctica de diligencias concretas referidas a aspectos puntuales de la investigación, con el objeto y con la obligación de aportarlas a la causa cualquiera que fuera su resultado, en virtud de principio de imparcialidad que preside su actuación.

9ª. Los Sres. Fiscales promoverán las vías de comunicación precisas con las Unidades de Policía Judicial que hayan intervenido en asuntos concretos, a los efectos de realizar las aclaraciones o ampliaciones de la información obrante en la causa que fueran necesarias, así como para determinar los agentes policiales cuya participación pueda ser relevante en relación con la pretensión punitiva, con el objeto de desterrar la práctica de citaciones generalizadas de agentes policiales y, por parte de éstos, las repuestas genéricas o evasivas en el acto del juicio oral.

En razón de todo lo expuesto, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Instrucción.

Madrid, a 7 de marzo de 2008

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

EXCMOS. E ILMOS. SRES./SRAS. FISCAL-LES SUPERIORES Y FISCAL-LES JEFES PROVINCIALES. ■

ALLANAMIENTO DE MORADA_

Encontrar

‘...por causa del **allanamiento** del terreno de la casa **morada** resultó aplastada por hallarse en el camino de...’

www.exactamenteloquenecesitas.com

Nuestra base de datos, al contrario que otros buscadores, SÍ SABE lo que busca. Porque **laleydigital.es** ha creado un nuevo sistema de búsqueda que incluye sinónimos, agrupa términos, salva erratas y hace de la precisión un hecho. No es que te ofrezcamos este nuevo sistema de búsqueda, es que somos los únicos que te lo podemos ofrecer.

Prueba a encontrar tu concepto. Decídete y juega con nosotros en **www.exactamenteloquenecesitas.com** y comprueba cómo funciona la nueva versión de **laleydigital.es**. Además, si aciertas las preguntas del juego, puedes ganar **1.000 euros en productos de LA LEY**.

Expansión semántica – Agrupación semántica – Reconocimiento de erratas – Extracto dinámico – Afinar resultados – Función ‘Quiso usted decir’ - Clasificación de resultados
Planteamiento de conceptos complejos – Adaptación y traducción a distintos idiomas.

Contenidos adicionales gratuitos: D.G.T., Convenios Colectivos, Formularios básicos



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

laleydigital.es

exactamente lo que necesitas.

Audiencia Provincial
de Barcelona

la sentenciadel día

APB Secc. 1, S 07 Oct. 2008

Ponente: Bach Fabrego, Roser.

LA LEY 137697/2008

Consulte los textos íntegros en
www.diariolaley.es

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el acto del juicio oral se ha practicado prueba de cargo hábil y suficiente para enervar la presunción de inocencia acreditativa de los hechos imputados que el Jurado ha declarado probados y de la participación del acusado en los mismos.

En el acta del veredicto, el Jurado ha expresado de forma razonada los elementos probatorios que le han llevado a la determinación de declarar probadas las premisas fácticas que en el mismo se expresan, exposición que satisface las exigencias de motivación que impone el artículo 63 LOTJ, lo cual, en definitiva, determinó la no devolución del acta.

Esta justificación suficiente impone que el mandato de motivación del artículo 70 LOTJ al magistrado presidente quede limitado a la constatación de la aptitud de la prueba de cargo a los efectos de enervar la presunción de inocencia, y asimismo que la valoración de la misma efectuada por el Jurado sea la única que deba incorporarse a la presente resolución.

Efectivamente, el Jurado ha declarado probado que el día 21 de febrero de 2007 sobre las 15 horas Joaquín A. O. se encontraba en el andén de la estación de Metro de la línea 1 sita en Navas de Tolosa de esta ciudad, cuando el acusado DAVID Z. G. le empujó con fuerza por la espalda hacia la vía en el momento en que el tren entraba en la estación. Como consecuencia del empujón Joaquín A. cayó a la vía y fue arrollado por el tren, sufriendo múltiples lesiones que le ocasionaron la muerte por insuficiencia respiratoria.

El Jurado ha declarado probada la acción sobre la víctima por la prueba documental consistente en la filmación de la estación del metro que fue visionada en el acto del juicio oral y su muerte como consecuencia del empujón al caer a la vía a través de los informes de los médicos forenses que practicaron la autopsia y que depusieron en el acto del juicio oral.

Asimismo el Jurado ha declarado probada la autoría del acusado respecto de los hechos anteriormente referidos. Las pruebas que los miembros del Jurado han considerado para estimar acreditado que fue el acusado de los hechos que ocasionaron la muerte a la víctima son fundamentalmente las declaraciones de los testigos que declararon en el acto del plenario. Se señala en el acta de votación que los testigos que se encontraban en el andén observaron como fue el acusado el que empujó al Sr. A. lanzándolo a la vía, y uno de los dos testigos (Francesc A. y José Alberto M.) que lo retuvieron ya en el exterior de la estación en ningún momento lo perdió de vista. Por otra parte a tenor de la declaración del funcionario de los Mossos d'Esquadra número 2162, que declaró en el acto del juicio y ratificó el atestado en el que se hacen constar las secuencias de los fotogramas correspondientes a la filmación de la estación, se desprende con claridad el intervalo de tiempo transcurrido desde que se produce el empujón hasta la retención del acusado, que pone de manifiesto la imposibilidad de la versión del acusado.

SEGUNDO: Los hechos que se han declarado probados son constitutivos de un delito de asesinato previsto en el artículo 139.1 del Código Penal.

En efecto, las premisas acreditadas según el veredicto del Jurado evidencian la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que reclama la concurrencia del tipo penal.

No existe duda alguna sobre la concurrencia del elemento subjetivo del injusto, la intención de matar, sobre el cual no se efectuó proposición alguna en el objeto del veredicto aún cuando en el escrito de calificación del Ministerio Público se hacía referencia a la concurrencia de dolo directo o eventual, al tratarse de un elemento a inferir en las premisas fácticas que se declaran probadas (SSTS de 1 octubre de 2002 y 28 de febrero de 2003).

La jurisprudencia ha identificado diversos signos externos de los que cabe inferir el animus necandi, siendo los más significativos, entre otros: a) los antecedentes de hecho y las relaciones entre el autor y la víctima; b) la clase de arma utilizada; c) la zona o zonas del cuerpo a que se dirige la agresión; d) el número de golpes inferidos; y f) las condiciones de lugar y tiempo y circunstancias conexas o concomitantes con la acción (SSTS de 22 marzo de 2000 y de 28 de enero de 2005).

Asimismo la Sala Segunda ha establecido que el dolo homicida tiene dos modalidades, el dolo directo o de primer grado constituido por el deseo y la voluntad del agente de matar, a cuyo concreto objetivo se proyecta la acción agresiva, y el dolo eventual que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad de que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque ese resultado no sea el deseado, a pesar de lo cuál persiste en dicha acción que obra como causa del resultado producido (SSTS de 8 de marzo y 10 de diciembre de 2004).

En el supuesto examinado no ofrece duda alguna la concurrencia del dolo requerido por el tipo de homicidio al menos en su carácter de eventual. El acusado empujó con

Caso «Asesinato Metro Barcelona»: apreciación de atenuante analógica de alteración psíquica y agravante de disfraz al condenado que arrojó a un hombre a las vías del metro

RESUMEN DEL FALLO:

La Audiencia Provincial de Barcelona condena al acusado como autor de un delito de asesinato concurriendo la circunstancia agravante de disfraz y la atenuante analógica de anomalía psíquica.

DISPOSICIONES APLICADAS:

Arts. 20.1, 21.1.6 y 22.2 CP 1995 (LA LEY 3996/1995).

sumario

ASESINATO ALEVOSO.—Empujón a la víctima hacia la vía del metro en el momento en que el tren entraba en la estación, con resultado mortal.—Acción sorpresiva sin posibilidad de defensa.—Existencia de dolo, al menos eventual en la acción del acusado.—Agravante de disfraz y atenuante analógica de alteración psíquica por esquizofrenia.

En el caso, el acusado empujó con fuerza a la víctima hacia la vía en el momento en que el tren entraba en la estación, lo que pone de manifiesto que debió necesariamente representarse que su acción desencadenaba un altísimo riesgo de producción del resultado mortal que finalmente se produjo, de forma que existió dolo, al menos eventual, en la acción que tuvo como resultado la muerte de la víctima. Concorre la circunstancia cualificativa del delito de asesinato de alevosía ya que el empujón cogió por sorpresa a la víctima, teniendo en cuenta que el acusado se colocó a su espalda y le empujó con las dos manos, dejándole totalmente indefenso. En tales condiciones parece evidente que la acción fue para la víctima absolutamente sorpresiva lo que determina que le colocara en una posición de total indefensión frente al ataque, careciendo de posibilidad alguna de mantener oposición o de reaccionar defensivamente frente al mismo. Concorre también la circunstancia agravante de disfraz del art. 22.2 CP 1995 ya que el acusado portaba desde que entró en la estación del metro su rostro parcialmente cubierto con la capucha del abrigo, lo que le impedía que los rasgos físicos de su cara fueran perceptibles, buscando con esta ocultación evitar ser identificado. Finalmente se aprecia la circunstancia atenuante analógica de alteración psíquica del art. 21.6 en relación con los arts. 20.1 y 21.1 CP 1995 ya que el acusado, en el momento de realizar los hechos padecía esquizofrenia y presentaba una moderada alteración de sus facultades intelectivas y volitivas debido a la referida enfermedad.

(...)

fuerza a la víctima hacia la vía en el momento en que el tren entraba en la estación, lo que pone de manifiesto que debió necesariamente representarse que su acción desencadenaba un altísimo riesgo de producción del resultado mortal que finalmente se produjo, de forma que, como anteriormente se ha avanzado, debe apreciarse que existió dolo, al menos eventual, en la acción que tuvo como resultado la muerte de la víctima.

En los hechos referidos ha concurrido la circunstancia cualificativa del delito de asesinato de alevosía. En efecto, el Jurado, en la proposición tercera del objeto del veredicto declaró probado que el ataque a la víctima se produjo de súbita y sorpresiva de forma que ésta no tuvo oportunidad alguna de defenderse. El Jurado fundó su convicción en este punto en las imágenes de la grabación de la acción del acusado, en las que se ve de forma clara que el empujón cogió por sorpresa al Sr. A., teniendo en cuenta además que el acusado se colocó a su espalda y le empujó con las dos manos, dejándole totalmente indefenso.

Conforme a reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo para apreciar la alevosía es necesario, en primer lugar, un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas; en segundo lugar, que el autor utilice, precisamente en la ejecución, medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad; en tercer lugar, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su utilización tendente a asegurar la ejecución y a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél; y en cuarto lugar, como consecuencia, que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del *modus operandi*, conscientemente orientado a aquellas finalidades.

En este sentido la STS de 7 de noviembre de 2002 señala que la esencia de la alevosía se encuentra en el desarrollo de una conducta agresora que, objetivamente, puede ser valorada como orientada al aseguramiento de la ejecución en cuanto tiende a la eliminación de la defensa, y correlativamente a la supresión de eventuales riesgos para el actor procedentes del agredido, lo que debe ser apreciado en los medios, los modos o formas empleados. La misma resolución señala que una de las modalidades del ataque alevoso es el realizado por sorpresa, de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión, es decir, la acción a traición, lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible.

En el supuesto ahora examinado, a la vista del *factum* declarado probado, no ofrece duda alguna la concurrencia de la agravante referida. En efecto el acusado se colocó detrás del Sr. A. y sin mediar palabra le propinó un fuerte empujón hacia la vía. En tales condiciones parece evidente que la acción fue para la víctima absolutamente sorpresiva lo que determina que le colocara en una posición de total indefensión frente al ataque, careciendo de posibilidad alguna de mantener oposición o de reaccionar defensivamente frente al mismo.

TERCERO: De la infracción criminal referida es responsable en concepto de autor el acusado conforme a lo dispuesto en el artículo 28 del Código Penal.

CUARTO: En la realización del delito de homicidio ha concurrido la circunstancia agravante de disfraz del número segundo del artículo 22 del Código Penal.

El Jurado declaró probada la proposición primera del apartado de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que contenía la proposición fáctica que integra la circunstancia referida.

Conforme a reiterada jurisprudencia, el disfraz ha sido entendido como el empleo de un medio apto para ocultar o desfigurar el rostro o la apariencia externa de una persona. Los requisitos necesarios para su apreciación son: a) objetivo, consistente en la utilización de un medio apto para cubrir o desfigurar el rostro o la apariencia habitual de una persona; b) subjetivo o propósito de evitar la propia identificación para eludir sus responsabilidades; y c) cronológico, porque ha de usarse al tiempo de la comisión del hecho delictivo, careciendo de aptitud a efectos agravatorios cuando se utilizara antes o después de tal momento. Procederá la aplicación de la agravante cuando en abstracto el medio empleado sea objetivamente válido para impedir la identificación, aunque en el supuesto concreto no se alcance tal finalidad (SSTS de 20 de febrero de 2006 y 7 de marzo de 2007).

El Jurado estimó acreditada la concurrencia de los expresados requisitos configuradores de la circunstancia agravatoria referida. En efecto, el acusado portaba desde que entró en la estación del metro su rostro parcialmente cubierto con la capucha del abrigo, lo que le impedía que los rasgos físicos de su cara fueran imperceptibles,

y así se mantuvo hasta después de cometer los hechos; y asimismo, el acusado buscaba con esta ocultación evitar ser identificado, y lo cierto es que los testigos únicamente pudieron concretar esa identificación por las prendas de vestir y la mochila que portaba.

QUINTO: En la realización del hecho típico ha concurrido asimismo la circunstancia atenuante analógica de alteración psíquica del número 6 del artículo 21 en relación con los artículos 20.1 y 21.1 todos ellos del Código Penal.

El Jurado declaró probada la proposición segunda del apartado de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal del objeto del veredicto en la que se afirmaba que el acusado en el momento de realizar los hechos padecía esquizofrenia. Asimismo declaró probada la proposición quinta del mismo apartado en la que se afirmaba que el acusado en el momento de realizar los hechos presentaba una moderada alteración de sus facultades intelectivas y volitivas debido a la referida enfermedad.

Señaló el Jurado en su veredicto que conforme a los informes de los médicos forenses Dra. Idiaquez y Dr. Borrás el acusado tiene diagnosticada una esquizofrenia desde el año 1998, y en el momento de los hechos, conforme informaron los citados médicos, sus facultades intelectivas y volitivas estaban alteradas en un grado que situaron entre moderado y leve. En este punto debe precisarse que el Jurado estimó no probadas las proposiciones tercera y cuarta en las que se proponía, respectivamente una anulación total y una afectación grave de sus facultades mentales.

En relación a la apreciación de atenuaciones de la responsabilidad por afectaciones mentales con reflejo en la capacidad de culpabilidad, ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que en el sistema del Código Penal vigente, el artículo 20.1ª, y en relación con el 21.1ª y el 21.6ª, exige no solo la existencia de un diagnóstico que aprecie una anomalía o alteración psíquica como elemento biopatológico, sino que a él debe añadirse la comprobación de que tal déficit impide al sujeto, o le dificulta en mayor o menor medida, la comprensión de la ilicitud de la conducta o bien la actuación conforme a esa comprensión. La jurisprudencia anterior al vigente Código ya había declarado que no era suficiente con un diagnóstico clínico, pues era precisa una relación entre la enfermedad y la conducta delictiva, «ya que la enfermedad es condición necesaria pero no suficiente para establecer una relación causal entre la enfermedad mental y el acto delictivo» (STS de 29 de mayo de 2007). Y en relación con la esquizofrenia la jurisprudencia señala que se puede llegar a las siguientes conclusiones en lo que se refiere a la imputabilidad: 1) Si el hecho se ha producido bajo los efectos del brote esquizofrénico habrá de aplicarse la eximente completa del artículo 20.1 del Código Penal; 2) Si el sujeto no obró bajo dicho brote pero las circunstancias concretas del hecho revelan un comportamiento anómalo del sujeto que puede atribuirse a dicha enfermedad, habrá de aplicarse la eximente incompleta del número 1 del artículo 21 del Código Penal; y 3) Si no existió el brote esquizofrénico ni tampoco ese comportamiento anómalo en el supuesto concreto nos encontraremos ante una atenuante analógica del número 6 del artículo 21 como consecuencia del residuo patológico, llamado efecto esquizofrénico, que conserva quien padece tal enfermedad.

SEXTO: Conforme a lo dispuesto en el artículo 66.7 del Código Penal cuando concurren circunstancias atenuantes y agravantes, se valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena; y en caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación se aplicará la pena inferior en grado, y se mantiene un fundamento cualificado de agravación se aplicará la pena en su mitad superior.

En el caso examinado se considera que las circunstancias apreciadas no permiten estimar la existencia de un fundamento atenuatorio ni agravatorio, de forma que no resulta procedente hacer uso de las facultades que el precepto citado permite en el sentido de imponer la pena inferior en grado ni en su mitad superior.

No obstante, sí se valora que la enfermedad mental que presentaba el acusado, aún como se ha indicado, no presenta las características necesarias para dar lugar a una eximente incompleta, sí tiene una entidad considerable, a la vista del historial médico que obra en las actuaciones, de forma que se estima procedente imponer la pena en su mitad inferior. Se estima que la pena adecuada debe situarse en quince años y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

SÉPTIMO: De conformidad a lo dispuesto en el artículo 116 CP, toda persona criminalmente responsable lo es también civilmente.

En este sentido se estima adecuada la cantidad peticionada por el Ministerio Fiscal de 120.000 euros en favor de Ester A. U., hija del finado, por el dolor por la pérdida de su padre en circunstancias de muerte violenta, siendo por otra parte las cantidades que de forma habitual se vienen concediendo en estos casos.

OCTAVO: Procede imponer al acusado el pago de las costas procesales. (...) ■

Tribunal Supremo

TS Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6, S 24 Jun. 2008

Ponente: Herrero Pina, Octavio Juan.

LA LEY 86491/2008

Consulte los textos íntegros en
www.diariolaley.es

Tribunal Supremo

TS Sala Cuarta, de lo Social, S 12 Jun. 2008

Ponente: Varela Autrán, Benigno.

LA LEY 86593/2008

Consulte los textos íntegros en
www.diariolaley.es

Responsabilidad patrimonial de un Ayuntamiento derivada de las lesiones sufridas por un menor tras pisar unas brasas ocultas en una playa

RESUMEN DEL FALLO:

El Tribunal Supremo casa sentencia del TSJ Galicia, y en su lugar estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto, y declara la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento demandado derivada de las lesiones sufridas por un menor en una playa.

DISPOSICIONES APLICADAS:

Arts. 25, 26 y 115 LRBRL (LA LEY 847/1985).

sumario

RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.—Administración local.—Lesiones sufridas por un menor al pisar unas brasas ocultas en una playa.—Relación de causalidad.—Deficiente funcionamiento de los servicios municipales de control y limpieza de la playa.

En el caso, en contra de lo que sostuvo el órgano a quo, cabe apreciar la existencia de una relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido a un menor —quemaduras de diverso grado en ambos pies— tras pisar unas brasas ocultas en una playa. En efecto, teniendo en cuenta los hechos ocurridos, las lesiones se produjeron cuando, a las 15:00 h de un domingo, esto es, en plena jornada de playa, el menor de 3 años pisó la arena de la playa. La presencia de las brasas en estas circunstancias revela el deficiente funcionamiento de los servicios municipales de control y limpieza de la playa, en cuanto las brasas no fueron correctamente eliminadas si se encontraban allí al momento de la limpieza o no se controló el ejercicio de una actividad peligrosa para los usuarios en un momento posterior, como es el encendido de hogueras, sin que pueda exonerarse la responsabilidad por la sola justificación de la limpieza diaria, cuando ello no ha impedido la situación de riesgo para la salud de los usuarios, para lo cual sería preciso que la Administración, que tiene la facilidad de la prueba, acreditase de manera concreta el correcto funcionamiento de tales servicios en dicha jornada, lo que los hechos ponen en cuestión.

Empresas de seguridad: derecho a dietas por desplazamiento del trabajador del lugar de su residencia

RESUMEN DEL FALLO:

El Tribunal Supremo desestima recurso de casación para unificación de doctrina promovido contra sentencia del TSJ Cataluña en recurso de suplicación correspondiente a autos del Juzgado de lo Social núm. 1 de Tarrasa cuya sentencia se confirma, en tanto declara el derecho del trabajador a percibir las dietas reclamadas.

sumario

SALARIOS.—Dietas de viajes.—Sector de empresas de seguridad.—Cualquier desplazamiento origina unos gastos de manutención que debe resarcir la empresa, salvo que acredite que había asumido la manutención del trabajador por razones de la actividad laboral.

En el caso, se denuncia la infracción del art. 36 del Convenio Colectivo de empresas de Seguridad. El mismo, prevé que: «Cuando un trabajador tenga que desplazarse por necesidades de servicio fuera de la localidad, entendida en los términos del artículo 35 donde habitualmente presta sus servicios o cuando salga de la localidad para la que haya sido contratado, tendrá derecho al percibo de dietas, salvo que dicho desplazamiento no tenga perjuicios económicos para el trabajador». Su redacción no es muy afortunada, porque parece dar por supuestos los mencionados perjuicios para luego eximir del pago de dietas cuando tales perjuicios no resulten existentes. Pese a ello, el art. 37 del Convenio pormenoriza el importe de la dieta como algo inherente a cualquier desplazamiento del trabajador del lugar de su residencia, y es lógico pensar que cualquier desplazamiento origina unos gastos de manutención que debe resarcir la empresa, salvo que acredite que había asumido la manutención del trabajador por razones de la actividad laboral. Por tanto, el trabajador tiene derecho a las dietas que reclama, sin que, al respecto, quepa argumentar que se produce un anómalo desplazamiento de la carga de la prueba a la empresa, porque el sentido lógico de dichos preceptos convencionales llevan a la convicción de la realidad de los perjuicios que ocasiona cualquier desplazamiento del trabajador, y de la cuantía de tales perjuicios, según sea la duración del desplazamiento.

PUBLICIDAD

Maria Dolores Marín Prada

C/ Collado Mediano, 9. Las Rozas (Madrid)
Tel.: 91 602 00 08. Ext.: 10274
e-mail: mdmarin@laley.wke.es

SERVICIO DE ATENCIÓN AL CLIENTE

Tel.: 902 420 010 / Fax: 902 420 012
e-mail: clientes@laley.es

REDACCIÓN: Collado Mediano, 9. 28230 Las Rozas (Madrid)
Tel.: 91 602 00 00 / e-mail: diariolaley@laley.es

JEFE DE PUBLICACIONES: Mercedes Rey García

COORDINADORA: M.ª Socorro Pérez Ralero

EQUIPO DE REDACCIÓN: Patricia Gorga Cabada, Belén Arranz Fernández, Yolanda Ballesteros García-Asenjo, Lourdes Bernal Rioboo, Cristina de Andrés y de Irazazábal, Patricia Esteban López, M.ª José Hierro Romero, Pilar Muñoz Mendo

ANÁLISIS DE LA DOCUMENTACIÓN: Centro de Análisis Documental LA LEY

DISEÑO GRÁFICO: Fran Vizuete González

EQUIPO DE DESARROLLO: Juan José García Lozano, Nieves García Cruz, Fernando González Serrano, Beatriz Pérez-Olleros Arias, Carlos Ruiz-Capillas, Estefanía Medina García, Esther Montero García, Emérita Cerro Durán, Álvaro González Gómez, Olga López Yepes, Javier Docasar, José Medina García, Ramón Zapata Juliá

PRODUCCIÓN GRÁFICA: Eva Arroyo Fraiz, M.ª Antonia Castedo Cotrina, Gloria Lozano Serradilla, Diana Moya Rodríguez

IMPRENTA: Grefol, S.L. Polígono 2 - La Fuensanta 28936 Móstoles (Madrid)

© WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. Todos los derechos reservados. El contenido de esta publicación no podrá utilizarse con fines comerciales sin su expresa autorización, incluyendo reproducción, modificación, o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato.

El texto de las resoluciones judiciales contenido en esta publicación es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial.

Publicación adherida a la Asociación de Prensa Profesional (APP).

WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. no se identifica necesariamente con las opiniones y criterios vertidos en los trabajos publicados.

ISSN: 1138-9907

D.L. BI. 1223 1981