

to a su víctima, como puede suceder en los casos en que ésta sea invidente o en otros supuestos de perjudicados minusválidos físicos o psíquicos.

#### 16. *Especial referencia al delito de estafa*

Desaparecen los diversos tipos de estafa contenidos en el extenso casuismo de los artículos 528 y 529, así como la cláusula genérica y residual del artículo 533, que quedan subsumidos en la definición del artículo 528 del nuevo texto. Por tanto, respecto de los hechos realizados con anterioridad a la entrada en vigor de los nuevos preceptos, el artículo 528, con sus modalidades agravadas contenidas en el siguiente precepto, únicamente tendrán aplicación cuando resulten ser más favorables para el reo.

Persisten como modalidades distintas de la figura genérica las recogidas en los artículos 531 y 532.

Esta Fiscalía General del Estado, reitera la urgencia en la práctica de las actuaciones procesales a que dé lugar la publicación de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, especialmente en aquellos procedimientos en que los posibles beneficiados se encuentran en situación de prisión preventiva o privados de libertad por hallarse cumpliendo su condena.

Cuantas cuestiones surjan sobre la interpretación de esta Ley en las Juntas de cada Fiscalía y que por su interés general o complejidad hagan aconsejable su conocimiento por la Fiscalía General del Estado, deben ser elevadas a la misma para que, previo el estudio de las propuestas que el reconocido celo de los señores Fiscales aconseje, puedan servir de base para la formulación de nuevas instrucciones que permitan una adecuada aplicación de la nueva Ley.

## **b) CONSULTA**

### CONSULTA NUMERO 1/1982

#### DESTINO QUE DEBA DARSE A LAS DENUNCIAS TRANSFORMADAS EN QUERELLAS POR EL MINISTERIO FISCAL

La formalización de la querella es, ciertamente, una de las actitudes procesales que debe seguir a la recepción de una denuncia por el Ministerio Fiscal. Pero no es la única actividad legalmente posible. Efectivamente, el Ministerio Fiscal puede abstenerse de tramitarla ante el órgano jurisdiccional acordando en su lugar el archivo; ello ocurrirá siempre que los hechos sean, en absoluto, ajenos a típicas estructuras penales (art. 5 del Estatuto del Ministerio Fiscal en relación con el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Otra postura distinta es remitir la denuncia al Juez competente, ya sea en su forma originaria si se estima completa, o con ex-

presión de las diligencias a practicar de inmediato, posibilidad que también se prevé en las normas citadas. Y, por último, como antes se apuntaba, es dable construir, con fundamento en los hechos y documentos constitutivos de la denuncia, la correspondiente querrela en la forma prevista por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ejercitando la acción penal al modo que establecen los artículos 105 y 271 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 3.4.º del Estatuto del Ministerio Fiscal. En el círculo del ejercicio de esta facultad sitúa V. I. el objeto central de su Consulta, referida al destino que deba darse a la denuncia proveniente de particulares, autoridades u organismos que el Ministerio Fiscal convierte en querrela. Expone las conductas a seguir en un plano teórico, rechazando, desde luego, la solución de devolver al tercero denunciante el escrito denuncia sobre el que se articuló la querrela. La exclusión de esta hipótesis es acertada. Pero prevé otra alternativa: remitir la denuncia junto a la querrela al Juez de Instrucción o archivarla, pero extendiendo, en este caso, diligencia acreditativa de que, con causa en ella, se ha formulado querrela. Eliminando la primera de estas soluciones, considera más correcta la segunda, aceptándola, en definitiva, como solución jurídico-procesal única. Mas no parece, sin embargo, que estas dos posibilidades que inciden sobre el destino final de la denuncia sean esencialmente contrapuestas. Ambas pueden ser válidas según las circunstancias concurrentes. Ello es así porque no siempre la denuncia hecha por escrito se limita a ser una manifestación de voluntad solemne y recepticia por la que se pone en conocimiento del Ministerio Fiscal la existencia de unos hechos presuntamente delictivos presenciados (art. 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) o no (arts. 262 y 264 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) por el denunciante; en muchas ocasiones y para determinados delitos sobre todo, los hechos denunciados *ex contextu* se complementan o ratifican con documentos o publicaciones, que aparecen así como la apoyatura real de la denuncia. Y no cabe duda de que, en estos supuestos, es mejor acompañar a la querrela la documentación justificativa de la antijuricidad de los hechos que referirse a ellos en la querrela *per relationem*, esto es, indicándolos. En tales hipótesis la denuncia transmitida al Ministerio Fiscal, en sí misma considerada, se reduce a un puro acto de remisión o comunicación sin específico contenido de hecho y por ello parece accesoria la decisión de su archivo o de remitirla con los demás documentos al Juez acompañando a la querrela. Y aun cuando se trate de denuncias o sin aportación documental, no presenta mayor rigor en la dinámica procesal la sustitución de la denuncia recibida por la querrela que la unión de la denuncia a la querrela estructurada sobre los hechos objeto de aquélla. Ambas soluciones son perfectamente viables y ajustadas al ordenamiento procesal.

Sin embargo, parece evidente que, siendo la denuncia el factor determinante de la actuación del Ministerio Fiscal, en cuanto que por medio de ella conoce el hecho presuntamente delictivo objeto de la querrela, en la casi totalidad de los casos la prudencia aconsejara remitir aquélla junto con ésta al órgano judicial competente como un elemento de prueba (la manifestación de un testigo de excepción) que apoyará la tesis sustentada

en el escrito en que se ejercitó la acción penal, si como debe procederse en todo caso, la denuncia ha sido ratificada en presencia del Fiscal, dada la calidad de auténticas que el último párrafo del artículo 5.º del Estatuto Orgánico otorga a las diligencias practicadas por nuestro Ministerio.

Madrid, 11 de noviembre de 1982.

#### CONSULTA NUMERO 2/1982

#### DETENCIONES PREVENTIVAS O URGENTES REALIZADAS EN EL PROCEDIMIENTO DE EXTRADICION PASIVA

Desde su creación, por el Real Decreto-Ley de 4 de enero de 1977, a la Audiencia Nacional se le asignó con exclusividad la competencia para conocer del procedimiento de extradición pasiva regulado en la Ley de 26 de diciembre de 1958, «sea cual fuere el lugar de residencia o en que hubiere tenido lugar el arresto del presunto extradicto» (art. 4.º, 3 a). De esta manera, desaparecieron como órganos de la fase judicial de extradición los Juzgados de Instrucción y las Audiencias Provinciales (arts. 15-20 de la Ley de 26 de diciembre de 1958), sustituidos ahora por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y los Juzgados Centrales. Sin embargo, continúa manteniéndose en su regulación primitiva la fase prejudicial o gubernativa durante la cual aquella Ley autoriza detenciones excedentes en su duración del plazo legal previsto en el artículo 17.2 de la Constitución. Precisamente sobre estas detenciones urgentes preventivas o anteriores a la formalización de las solicitudes de extradición, reconocidas en los artículos 13 y 14 de la citada Ley de 1958, se desenvuelve la Consulta de V. E., hechas a instancias de la autoridad gubernativa no conforme con algunas resoluciones judiciales que han cuestionado la constitucionalidad de aquellos preceptos por entender que de ser así se harían virtualmente ineficaces las demandas de extradición. En síntesis, los términos de la Consulta son éstos: Conducta a seguir ante las detenciones preventivas practicadas con fines de extradición y, en particular, si deben limitarse necesariamente al plazo de setenta y dos horas o si pueden prolongarse hasta la presentación oficial de la solicitud de extradición por el Estado requirente al modo que se previene en la Ley de 26 de diciembre de 1958 (arts. 13 y 14).

Cuando el artículo 13.3 de la Constitución declara que la extradición se concederá en cumplimiento de un Tratado o de una Ley, se está refiriendo a la extradición pasiva, esto es, a aquella por la que el Estado español se compromete a entregar personas inculpadas o condenadas en país extranjero a fin de que en el Estado requirente sean juzgadas o se ejecute la pena ya impuesta. La entrega no se produce de plano, sino que el acto de asistencia jurídica internacional en que consiste la extradición requiere para su efectividad la actuación de órganos jurisdiccionales que puede terminar con el cumplimiento del deber jurídico de entrega del *extraditurus*, último de los actos debidos integradores del procedimiento de extradición. Pero a la entrega del extradicto preceden trámites complejos de diversa

naturaleza, cuya iniciación puede no coincidir con la solicitud formal de extradición, puesto que es medio hábil para la apertura del proceso la detención preventiva de la persona a entregar; tal detención o arresto preventivo urgente está prevista en las fuentes típicas ordenadoras de la extradición pasiva (Tratados, Leyes), y si su duración ciertamente cuenta con límites, éstos superan con mucho plazo legal del artículo 17.2 de nuestra norma fundamental. De ahí que esté justificada la cuestión objeto central de la Consulta: ¿Los detenidos gubernativamente, con fines de extradición, deben ser puestos en libertad o a disposición de la autoridad judicial en el plazo de setenta y dos horas? ¿O puede extenderse este tipo de detención gubernativa durante el término más amplio fijado en los tratados y leyes de extradición anteriores a la vigencia de la Constitución? A lo que habría que añadir otra pregunta: ¿Cabe sustituir la competencia de la autoridad gubernativa que es la prevista en la Ley de 1958, por la de la autoridad judicial?

Fundamentales, en trance expositivo, son en esta materia, aparte los Tratados bilaterales, dos disposiciones. Una es el Convenio Europeo de Extradición hecho en París el 13 de diciembre de 1957, ratificado por España el 21 de abril de 1982 y con vigencia desde el 5 de agosto de 1982. Y otra la Ley española de extradición de 26 de diciembre de 1958.

En el Convenio, la detención de la persona a extraditar normalmente es un efecto que sigue a la aceptación de la extradición (arts. 12, 13, 18); sin embargo, en casos de urgencia se autoriza la solicitud de detención preventiva antes de que se formalice la petición de extradición (art. 16.1), siempre que se notifique la intención de cursarla (art. 16.2); tal solicitud de detención se remitirá a las autoridades competentes de la parte requerida (art. 16.3) y el único límite es que en ningún caso la detención excederá de cuarenta días (art. 16.4).

La Ley de 26 de diciembre de 1958 acoge para el procedimiento de extradición pasiva un sistema mixto, gubernativo-judicial, precediendo la intervención de las autoridades administrativas (arts. 10-15) a la actividad propia de las judiciales (arts. 16-20). En la primera fase aparece el Poder ejecutivo como único destinatario de las solicitudes de extradición, reservándose la facultad de autorizar o no la continuación del procedimiento. Si la opción concedida es resuelta positivamente y conforme, por tanto, con la solicitud, se ordenará a la Dirección General de Seguridad que proceda a la detención de la persona reclamada (art. 12) sin fijarse ninguna especialidad en orden a su duración; pero en casos especiales, la detención no es un hecho posterior a la recepción de la solicitud de extradición (artículos 13-14), sino que el llamado arresto urgente se convierte en la primera medida a practicar: antecede a la solicitud formal de extradición y su duración puede alcanzar treinta días. La otra fase del procedimiento de extradición pasiva, la judicial, comienza con la entrega del detenido a disposición del Juez competente (art. 15), quien en el plazo de setenta y dos horas puede ordenar la libertad o elevar la detención a prisión (art. 16).

Vemos, pues, que cuando las personas a extraditar hayan sido detenidas después de presentada la demanda de extradición y se decida la continua-

ción del procedimiento en el área judicial (arts. 12 y 15 de la Ley de 26 de diciembre de 1958), está claro que deberán entregarse al Juez dentro del plazo legal, que incluso queda reducido al de veinticuatro horas en el caso del artículo 15. Pero pueden existir supuestos en que a la solicitud de extradición haya precedido la detención urgente. Esto es posible en dos casos: cuando el acto de apertura se deba a una comunicación por vía diplomática con ofrecimiento de formular a *posteriori* la solicitud de extradición (artículo 13), y cuando provenga de Tribunales extranjeros a través de reclamaciones publicadas en Boletines oficiales o de requerimientos directos a las autoridades gubernativas (art. 14); en estas dos hipótesis, efectuado el arresto como medida preventiva urgente, puede extenderse en plazos que exceden al de setenta y dos horas —diez, quince o treinta días, según los casos— en espera de que se formule la demanda de extradición.

Llegados a este punto surgen tres cuestiones: una se concreta en precisar cuál es la autoridad judicial competente para recibir al detenido; otra, si la puesta a disposición del Juez en el plazo legal comprende también las personas sujetas a detenciones urgentes que, según las normas de la Ley de extradición pasiva, se prolongan más allá del término *ex lege*, y la tercera, si la autoridad judicial puede en esta fase preprocesal sustituir, en los términos de los artículos 13 y 14 de la Ley de 1958, a la autoridad gubernativa a efectos de mantener la detención preventiva dentro de los plazos de aquellos artículos que exceden del límite de las setenta y dos horas.

a) Si en el Real Decreto-Ley de 4 de enero de 1977 desaparecen como órganos del proceso de extradición los Juzgados de Instrucción, ocupando su lugar los Juzgados Centrales, ha de concluirse que en todo lo relacionado con la extradición serán estos últimos los únicos competentes, con lo que la puesta a disposición judicial del detenido (arts. 15-16 de la Ley de 26 de diciembre de 1958), cuando se decida continuar el procedimiento de extradición, debe entenderse referida a los Jueces Centrales, quienes serán también competentes para resolver cualquier otra incidencia que afecte a los procesos de extradición.

b) El principio, aquellos arrestos preventivos o urgentes cuyo tiempo desborda de modo notable el *ius commune* para las detenciones sólo afectarán a los extranjeros, dado el principio en vigor de la no entrega de los nacionales, por lo que podría pensarse que es lícito someter su detención a un régimen excepcional diferente al propio de los nacionales. Pero como, por un lado, el artículo 17 de la Constitución establece que nadie será privado de libertad sino en los casos previstos en la Ley y que la detención preventiva no durará más de setenta y dos horas, y por otro, el artículo 13.1 de la norma fundamental señala que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título, el tema a cuestionar es el de si contradicen o no al orden constitucional los plazos de detención a disposición de las autoridades gubernativas autorizados por la Ley de 26 de diciembre de 1958 a efectos del procedimiento de extradición, afecten o no a los nacionales. En definitiva, ¿el delincuente extranjero refugiado en España, cuya extradición solicita el Estado competente para juzgar-

le, se beneficiará de la limitada detención preventiva del artículo 17.2 de la Constitución?

Hay que dar primacía a la Constitución. Si el artículo 17 dice que *nadie* puede ser privado de su libertad sino con observancia de lo establecido en él (plazo, forma, supuestos legales), y el pronombre indeterminado *nadie* es equivalente a *ninguna persona*, hay que llegar a la conclusión de que el artículo 17 alcanza a los extranjeros, incluso sobre los que gravite un procedimiento de extradición, tesis que se conforma con el artículo 13.1 de la Constitución, a cuyo tenor los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título (y en un orden sistemático, los artículos 13 y 17 se encuadran en el mismo título). En suma, atendido el artículo 17.2 de la Constitución, el extranjero detenido, cualesquiera sea la causa, deberá ser puesto en el plazo máximo de setenta y dos horas en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

Concluyendo: en cuanto suponen una desviación de la normativa constitucional, los plazos de los artículos 13 y 14 de la Ley de 26 de diciembre de 1958 han de entenderse derogados en el orden gubernativo y deberá procederse como señala el artículo 17 de la Constitución, que debe primar sobre la normativa de la Ley de 1958.

En consecuencia, la autoridad gubernativa deberá proceder, en el plazo de setenta y dos horas, a poner al detenido en libertad o a disposición de la autoridad judicial competente, que, como hemos dicho, es el Juez Central. Y en este último caso, una vez puesto el detenido a disposición del Juez Central, éste sí puede, tras acordar el arresto, como medida preventiva, mantenerlo durante aquellos plazos. No se funda esta solución en el artículo 16 de la Ley de 26 de diciembre de 1958, porque se refiere a procedimientos de extradición que han llegado a la fase judicial, etapa que no se ha alcanzado en las setenta y dos horas que siguen a la detención gubernativa urgente. Pero, en cambio, militan en favor de ella los siguientes argumentos:

— Conforme al artículo 13.3 de la Constitución, la concesión de extradición tiene su fundamento en los Tratados o en la Ley, naturaleza que ostentan el Convenio de 13 de diciembre de 1957 y la Ley española de 26 de diciembre de 1958. El Convenio, a raíz de la fecha que se indica en el acto de publicación (5 de agosto de 1982), ha pasado a formar parte del ordenamiento jurídico interno español (art. 96.1 de la Constitución), por lo que habrá de tenerse en cuenta en las cuestiones que se susciten con motivo de las detenciones preventivas urgentes que tal Convenio prevé en su artículo 16, ya que por el Estado español no se hizo reserva alguna sobre tales extremos, y admitir la existencia de tales detenciones.

— Por otra parte, esta detención urgente es contemplada por el Convenio de Extradición en dos aspectos. El artículo 16 expresa que las Autoridades competentes del Estado requerido resolverán acerca de la solicitud de detención preventiva, mas nada dice sobre que esa competencia se conceda a las autoridades gubernativas, sino que se remite a las normas competenciales del Estado requerido, y en el artículo 22 se observa que la Ley del Estado requerido es la única aplicable al procedimiento de ex-

tradición, así como al de las detenciones preventivas, con lo que existe una remisión a la Ley española sobre el procedimiento de detención preventiva o urgente, y en él, como antes se expuso, en etapa pre-judicial se resuelve la solicitud de detención urgente, en la que intervienen los Ministerios de Justicia y Asuntos Exteriores, y otra en la que se toma conocimiento de la detención practicada por la autoridad gubernativa. Mas las normas de la Ley española de Extradición, remitida por el Convenio, referentes a la autoridad competente para acordar esa medida cautelar, han de entenderse parcialmente derogadas por la Constitución, como dijimos. Es claro que en estas hipótesis de vacío legislativo de las normas específicas del procedimiento de extradición habrá que buscar una solución en base al ordenamiento general español, ya que lo que no puede el Estado español es incumplir sus compromisos internacionales ni dejar de prestar el auxilio internacional para la entrega de los delincuentes justamente reclamados por los países signatarios de los Tratados de extradición. En conclusión, se deben arbitrar los medios para que las detenciones preventivas urgentes previstas en los Tratados y la Ley puedan llevarse a cabo.

Para ello hay que partir, pues, de la doble premisa de que el Estado español viene obligado a adoptar las medidas cautelares preventivas que le sean interesadas por los otros Estados respecto a aquellas personas sobre las que se va a formalizar petición de extradición y de que tales medidas habrán de ser acordadas respetando las garantías constitucionales en orden a la materia, esto es, dando intervención a la autoridad judicial, *que es la competente conforme al derecho interno* para acordar las medidas provisionales de privación de libertad por plazo superior a setenta y dos horas.

c) Lo anterior nos lleva a la última de las cuestiones planteadas, esto es, cuál sea la autoridad competente para acordar la prolongación del arresto cautelar urgente más allá de las setenta y dos horas, cuestión que, por lo que queda dicho, no puede tener otra respuesta, a partir de la Constitución, que esa autoridad es necesariamente la autoridad judicial.

Para llegar a esa solución conviene también tener presente la naturaleza de ese arresto o detención urgente. Tanto por su propia finalidad como por la dicción de la Ley (art. 13) y del Convenio (art. 16), trátase de una medida preventiva o cautelar destinada a asegurar que podrá cumplirse sobre la persona cuya extradición va a interesarse el acuerdo de entrega al país requirente, en el caso de que sea esa la resolución que ponga fin al proceso especial de extradición. Pues bien, tal medida cautelar, preparatoria y aseguratoria de un proceso, es al Juez competente acordarla, por ser esa una de sus misiones constitucionalmente establecidas, en cumplimiento de su función de aplicación de la Ley.

Al margen de todo lo anterior, otro punto que conviene tener presente es que, tanto en el supuesto del artículo 13 de la Ley de 1958, paralelo a la previsión del artículo 16 del Convenio Europeo de 1957, como en los casos del artículo 14 de aquella Ley, la autoridad española lo que está realizando es la prestación de auxilio judicial internacional, dando cumplimiento a una decisión que no es propia, sino que proviene de la autoridad competente dentro del Estado requirente. En efecto, es ésta quien adopta la de-

cisión de que la detención preventiva se lleve a cabo y acude a la autoridad del país en que el sometido a la medida se encuentra para que le auxilie ejecutándola en uso de su «imperium» en el ámbito de un territorio a donde no llega el de la autoridad requirente, lo que, además de llevarnos al terreno judicial, dentro del que ha de prestarse tal clase de auxilio, ayuda a comprender mejor cuál es la posición del Juez español, limitada a comprobar si se dan los presupuestos necesarios, conforme a la normativa de la Ley y los Tratados, para acordar la medida y a asegurar que los derechos del detenido son respetados, así como que la detención no extravase la duración que la Ley interna señale, para lo cual es evidente que ha de tener competencia para decidir sobre el mantenimiento de la medida más allá de las setenta y dos horas, límite constitucional a toda detención extrajudicial, así como para levantar esa medida y acordar la liberación del detenido cuando estime que no se dan los presupuestos legales para ello o ha transcurrido el plazo legal de su máxima duración.

De acuerdo con la anterior doctrina, deberá V. E.:

1.º Considerar que los artículos 13 y 14 de la Ley de 26 de diciembre de 1958 sobre extradición han de entenderse modificados por la Constitución, en el sentido de que si bien continúa la autoridad gubernativa conservando la iniciativa para acordar la detención preventiva urgente de los reclamados, ya que no puede mantener esa medida más allá de las setenta y dos horas previstas en el artículo 17.2 de la Constitución, debiendo, dentro de ese plazo, poner al detenido en libertad o a disposición de la Autoridad judicial.

2.º Mantener que la autoridad judicial puede, dentro de los límites temporales de aquellos artículos, acordar com medida preventiva urgente el arresto del reclamado, siempre que se den las condiciones previstas en los mismos y los Convenios o Tratados de extradición, cuidando de que así se haga e interesando de las Autoridades gubernativas el fiel cumplimiento del mandato constitucional.

3.º Tener en cuenta que las Autoridades judiciales competentes para acordar tal medida preventiva urgente son los Juzgados Centrales o aquel Juzgado Central a quien, por reparto, venga señalado el conocimiento de los procesos de extradición, debiendo en todo caso mantener tal competencia en cumplimiento de lo prevenido en el apartado 8.º del artículo 3.º del vigente Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

4.º Vigilar que tanto las previsiones sobre los requisitos para el arresto preventivo urgente de los reclamados, como los plazos legales de su duración, sean cumplidos u observados en todo caso.

Madrid, 19 de noviembre de 1982.