

TRES PREGUNTAS SOBRE EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: EFICACIA ANTES DEL JUICIO, FRAUDES “CARRUSEL” DE IVA E IMPUTACIÓN DE AUTORÍA DENTRO DE ORGANIZACIONES EMPRESARIALES

Ismael Clemente Casas. *Abogado de Uría Menéndez.*

1. TRES PREGUNTAS DE TRES CLIENTES AL ABOGADO (“¿ACASO NO SOY INOCENTE HASTA QUE SE DEMUESTRE LO CONTRARIO?”)

Mi reflexión sobre el derecho a la presunción de inocencia no pretende ser teórica, ni académica, sino ofrecer la perspectiva de un abogado. Ahora bien, más que preguntarme cuándo he pensado yo, durante la práctica profesional, en el derecho a la presunción de inocencia, o en su vulneración, o en su puesta en peligro, he preferido preguntarme cuándo mis clientes me han expresado preocupación al respecto, o cuándo han invocado ese derecho de forma intuitiva, en nuestras reuniones o entrevistas en el despacho. En qué momentos, recientemente, los clientes me han preguntado: ¿pero no existe la presunción de inocencia? ¿Acaso uno no es inocente hasta que se demuestre lo contrario? Y he seleccionado tres de esos momentos, tres de esas preguntas, que demandan sendas reflexiones sobre el derecho a la presunción de inocencia:

- (i) En la primera situación, o supuesto práctico, nuestro cliente lee un auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado¹, y descubre

¹ Esto es, la resolución prevista en el art. 779.1.4^a LECr. por la que el Juez de Instrucción, tras apreciar indicios delictivos en lo actuado, da por terminada la fase de instrucción y encamina el procedimiento hacia el juicio, emplazando a las acusaciones personadas a que emitan sus escritos de calificación provisional. Esta resolución presenta una importancia capital para el imputado. Cuando se dicta este auto, el imputado ve desaparecer la mayor parte de sus posibilidades de que el procedimiento concluya con una decisión de sobreseimiento y archivo. En la práctica, es en este momento, al dictar (o no) el auto de transformación, cuando los Jueces de Instrucción hacen visible su posición con respecto a la existencia (o no) de indicios delictivos en las conductas investigadas. Resulta poco frecuente (insistimos, en la práctica) que el Juzgado que ha adoptado la decisión del art. 779.1.4^a LEC modifique su postura posteriormente, tras los escritos de acusación, y deje de apreciar indicios delictivos donde en su momento los apreció (dicho de otro modo, la decisión del art. 783.1 LECr. es, con mucha mayor frecuencia, la apertura del juicio oral que el sobreseimiento).

alarmado su nombre en él, sin que en la resolución se ofrezca ningún razonamiento o explicación sobre los indicios delictivos que concurren *específicamente* en la conducta del cliente para justificar que su nombre aparezca en el auto. Y el cliente nos pregunta, ¿acaso no soy inocente hasta que se demuestre lo contrario? ¿Acaso no está obligado el Juez de Instrucción, a fin de incluir mi nombre en este auto, a razonar por qué aprecia indicios delictivos en mi concreta conducta? ¿Qué responderemos? ¿Quizá que el derecho invocado por el cliente sólo despliega eficacia en el juicio, que sólo puede ser vulnerado por la sentencia? ¿O, por el contrario, la zozobra de nuestro cliente está justificada, y también las decisiones del Juez de Instrucción deben respetar este derecho? Esta primera pregunta de nuestro cliente nos conducirá a plantearnos la eventual *eficacia del derecho a la presunción de inocencia en las fases del procedimiento penal anteriores al juicio oral*. Este será el primer epígrafe de mi intervención.

- (ii) El segundo cliente está afectado por un procedimiento penal por delito contra la Hacienda Pública, relativo a un tipo de fraude de IVA que se ha dado en llamar “carrusel”, o fraude a través de empresas “trucha” (o “*missing trader*”). Nuestro cliente se dedicaba a comercializar teléfonos móviles, u ordenadores, o cualquier otro producto tecnológico. Compraba de un proveedor español esta mercancía y soportaba (entregaba al proveedor) el IVA correspondiente. Después vendía esa misma mercancía a otro estado miembro de la Unión Europea, o la exportaba fuera del territorio comunitario. En ambos casos, se trataba de operaciones exentas de IVA y por ello nuestro cliente solicitaba y obtenía, conforme a la Ley, la devolución del IVA soportado. La empresa proveedora de nuestro cliente, a la que la Agencia Tributaria llama “pantalla”, cumplió con sus obligaciones tributarias. Pero el proveedor del proveedor, a quien la Agencia Tributaria llama “trucha”, no lo hizo: no ingresó en Hacienda el IVA que repercutió a la “pantalla”. La “trucha” es, además, una empresa ficticia, sin estructura, regida por testaferros, etc. Ahora bien, ¿sabía o no sabía nuestro cliente, quien solicitó la devolución de IVA, a quien la Agencia Tributaria llama empresa “distribuidora”, que había un fraude en la cadena de comercialización, que el proveedor de su proveedor no ingresaría el IVA? El Ministerio Fiscal acusa a nuestro cliente de delito fiscal, entendiendo que conoció el fraude y quiso participar en él, sobre la base de prueba indiciaria. Señala indicios tales como la mera compra a

empresas “pantalla” o el precio al que se realizaban las operaciones. Nuestro cliente, quien defiende su desconocimiento de la trama, nos pregunta, ¿acaso son esos indicios suficientes para acreditar que he participado consciente y voluntariamente en un fraude fiscal? ¿Es esta prueba apta para enervar la presunción de inocencia? Sus preguntas nos conducen a nuestro segundo epígrafe, que trata de las relaciones entre *presunción de inocencia y prueba indiciaria (y elemento subjetivo del tipo de injusto)*.

- (iii) Nuestro tercer cliente es el consejero delegado de una sociedad, una empresa industrial, que cuenta con decenas de fábricas en todo el territorio nacional. En una de esas fábricas se produjo un accidente de trabajo en el que falleció un operario, empleado de la sociedad, y el consejero delegado, que declaró como imputado durante la fase de instrucción, en su condición de “representante legal” de la sociedad, está acusado por el delito de peligro del art. 316 CP y por homicidio imprudente (art. 142.1 CP), dado que no se había supervisado debidamente al trabajador para impedirle usar el montacargas donde se produjo el accidente, que sólo debía emplearse para elevar mercancías, no personas. Nuestro cliente nos pregunta, ¿si nada se dice en los escritos de acusación sobre mi concreta conducta, sino únicamente se referencia mi cargo, y se dice que “la empresa” omitió las medidas necesarias para evitar el accidente, me condenarán? ¿Acaso no soy inocente y las acusaciones deberían probar que mi conducta en concreto, como persona física, ha provocado el accidente? ¿Por qué soy yo el responsable y no otra de las decenas (o centenares) de personas que trabajan en la empresa? Esta tercera pregunta nos proporciona el tercer epígrafe: *presunción de inocencia e imputación de autoría en organizaciones empresariales*.

2. ¿ES EFICAZ EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA ANTES DEL JUICIO ORAL?

El primer cliente nos preguntaba acerca de la eficacia de la presunción de inocencia en las fases del procedimiento penal previas al juicio oral (por ejemplo, la fase de instrucción). ¿Sólo la sentencia definitiva tiene la *capacidad* de vulnerar el derecho a la presunción de inocencia? ¿O, por el contrario, el Juez de Instrucción puede vulnerar este derecho cuando dicta un auto de “transformación” (art. 779.1.4^a LECr.) con respecto a quien no constan indicios delictivos suficientes (o sin explicitar tales indicios)? ¿Y si, en el ámbito de las medidas cautelares, se acuerda una prisión provisional injustificada?

2.1. La respuesta negativa: el derecho a la presunción de inocencia como *regla de juicio*.

La jurisprudencia y la doctrina coinciden mayoritariamente en que la presunción de inocencia *es, sobre todo, una regla de juicio*. Si se acepta esta premisa teórica, la consecuencia será que este derecho no despliega verdadera eficacia en las fases previas del procedimiento penal.

Por ejemplo, según José Antonio Choclán Montalvo, *“La invocación del derecho a la presunción de inocencia alcanza verdaderamente su sentido cuando se ha formulado acusación por la parte acusadora [...]. Con anterioridad no es necesario afirmar el principio, porque la mera imputación, si bien permite actuar otros derechos del artículo 24 CE - señaladamente el de defensa-, no es más que la dirección subjetiva que toma la investigación; pero si la finalidad del sumario es precisamente determinar la existencia del hecho y de su posible responsable, antes de la conclusión del mismo no puede entenderse razonablemente que se ha afirmado la culpabilidad de una persona.”*²

Por su parte, la jurisprudencia constitucional tradicional negaba, con carácter general, que este derecho pudiera ser vulnerado por resoluciones distintas de la sentencia. En concreto por resoluciones dictadas por los Juzgados de Instrucción, tales como:

- (i) El auto de procesamiento, pues *“... Tratándose sólo de una resolución judicial de imputación formal y provisional que ha de ser objeto del correspondiente debate contradictorio y de la ulterior decisión, falta el presupuesto previo para poder considerar conculcado este derecho”* (STC 127/1998, entre otras).
- (ii) Las resoluciones por las que se acuerdan medidas cautelares personales o reales, en concreto por el auto acordando prisión provisional. Según el ATC 349/1988, *“Los autos de prisión no conculcan la presunción de inocencia, ya que ésta tan sólo puede*

² En *Derechos procesales fundamentales*, CGPJ, Madrid, 2005, pág. 631

verse comprometida por resoluciones que supongan el enjuiciamiento definitivo de una conducta”³.

- (iii) Las resoluciones acordando la práctica de determinadas diligencias de investigación sobre una persona (en concreto, una pericia ginecológica en la STC 37/1989).
- (iv) Acceder a un requerimiento de extradición (ATC 103/1987).

Según la tesis que se desprende de estas sentencias, nuestra respuesta a la inquietud del cliente que descubre su nombre en el auto de transformación, sin razonamiento alguno del Juez de Instrucción que lo justifique, debería ser: la presunción de inocencia sólo despliega verdadera eficacia en el juicio oral. A pesar de que, en su caso, el Juez de Instrucción no haya motivado debidamente el auto de transformación, a pesar de que no haya individualizado la conducta de cada uno de los imputados, no por ello está vulnerando el derecho a la presunción de inocencia. Nuestro cliente debe soportar la resolución. O, al menos, no podrá esgrimir en su defensa (por ejemplo, en el seno de un eventual recurso de reforma o apelación contra el auto) el derecho que analizamos.

Sin embargo, considerando nuestra realidad forense procesal penal, esta respuesta puede resultar, y creo que resulta, poco satisfactoria. Sobre todo para el imputado, como es obvio. Es frecuente, especialmente en asuntos de Derecho penal económico, que el imputado/acusado transite durante años (a veces durante años y años) por la fase de instrucción y la fase intermedia y, sólo tras ese largo periodo de tiempo, obtenga una sentencia absolutoria tras la celebración del juicio oral. Indudablemente, antes de alcanzar la fase de juicio, los distintos escalones del proceso penal, en los que se realizan juicios indiciarios de culpabilidad (en el procedimiento abreviado, por ejemplo: la declaración como imputado, la adopción de medidas cautelares personales o reales, el auto de transformación, el auto de apertura del juicio oral), causan sufrimiento al imputado/acusado; implican, en la práctica, lo que se ha dado en llamar una “pena de proceso” o “pena de banquillo”. Y en cada uno de esos escalones el cliente nos

³ Vid. en el mismo sentido la STC 107/1997 (“*Precisamente, aun soportando la medida cautelar de prisión provisional, al no haber sido declarado culpable de los hechos delictivos que se le imputan, sigue gozando de la presunción de inocencia*”).

vuelve a preguntar, ¿no existe la presunción de inocencia? ¿No debe la acusación o el órgano jurisdiccional al menos razonar y explicar cuáles son los indicios en mi contra para acordar mi declaración como imputado, ordenar medidas cautelares, incluirme en el auto de transformación...? ¿Qué debemos contestar como abogados? ¿Que la presunción de inocencia es sólo es una regla de juicio y no proyecta ningún efecto sobre la fase de instrucción o la fase intermedia?

2.2. Hacia la respuesta positiva: el derecho a la presunción de inocencia como *regla de tratamiento del imputado*.

Junto a las sentencias antes citadas, han recaído otras que, desde la misma creación del Tribunal Constitucional, han aceptado *alguna* eficacia del derecho a la presunción de inocencia antes del juicio oral. Empezando por la STC 109/86, que reconoció incluso cierta eficacia *extraprocesal* a este derecho⁴.

Esta línea doctrinal y jurisprudencial menos estricta reconoce que la presunción de inocencia tiene dos aspectos: (i) es sobre todo una regla de juicio, como se ha visto; pero (ii) *también una regla de tratamiento del imputado*. Y, derivada de esta segunda naturaleza, se ha reconocido alguna eficacia al derecho en las fases procesales previas al juicio.

Así, la STC 135/1989 aceptó la posibilidad de que una falta notoria de motivación del auto de procesamiento atentase contra la presunción de inocencia. Sostuvo entonces el Tribunal Constitucional que “*Únicamente en los casos en que el auto aparezca notoriamente infundado, por carecer de base fáctica o de indicios racionales de cargo, o por estar apoyado en fundamentos arbitrarios, puede suscitar la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia*”.

⁴ En efecto, según la citada STC 109/1986, este derecho “... opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo o análogos a estos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo”. Posteriormente, esta interpretación se ha visto suavizada por la STC 166/1995, la STC 219/1992 y la STC 244/2007, que han entendido que, si bien la presunción de inocencia tiene una dimensión extraprocesal, esta dimensión no constituye un derecho fundamental autónomo, sino que se relaciona, o emana, de los derechos contenidos en el art. 18 CE, especialmente del derecho al honor. Vid. el comentario de Manuel Pulido Quecedo, *La dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia (A propósito del caso Kiruli)*, en Aranzadi Tribunal Constitucional. Revista de Actualización, 2008, n° 19, págs. 9-12.

En cuanto a la prisión preventiva, o a las medidas cautelares en general, cabe citar el ATC 214/1998, según el cual una “... consecuencia de este derecho consiste en que no permite una condena anticipada, lo que se relaciona con la dimensión del mismo consistente en ser una regla de tratamiento del acusado, imputado o procesado. De acuerdo con esta perspectiva, las medidas cautelares en el proceso penal y, en particular la prisión preventiva, no pueden ser impuestas ni con finalidad retributiva ni como un castigo prematuro, dado que el afectado sigue gozando de la consideración de inocente en tanto en cuanto no se ha producido una declaración definitiva de culpabilidad...”.

Por tanto, el Tribunal Constitucional ha reconocido *alguna* eficacia al derecho a la presunción de inocencia antes del juicio. Se trata de un efecto limitado, atenuado. Y un efecto que se reconoce en resoluciones aisladas, que no ha dado lugar a una doctrina sistemática. Por tanto, se podría avanzar mucho más. En mi opinión, o en mi propuesta, no resultaría descabellado exigir que, a la hora de ascender cada uno de los peldaños que conforman la escalera del proceso penal (y que suponen juicios indiciarios de culpabilidad), el órgano judicial (i) verifique que concurren indicios delictivos suficientes para continuar hacia la siguiente fase del proceso; y (ii) explicité dichos indicios mediante una motivación adecuada de la resolución que se trate.

Podría verse la última reforma del art. 779.1.4ª LECr. como un paso hacia adelante en ese sentido, al exigir que el auto de transformación contenga “*la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan*”. En la práctica forense, incluso tras esta reforma legislativa, si bien es cierto que en ocasiones se dictan autos de “transformación” largos y fundados, especialmente respetuosos con el derecho a la presunción de inocencia, probablemente sigue siendo más frecuente encontrar resoluciones estandarizadas, que se limitan a señalar nombres de imputados y el delito que se imputa. Y este último tipo de resoluciones suelen considerarse suficientemente motivadas por los tribunales superiores. Desde luego, si se interpreta el art. 779.1.4ª a la luz del derecho fundamental que analizamos, debería exigirse, creo, mucho más a esas resoluciones. Por ejemplo, la precisa individualización de las conductas de cada uno de los imputados cuyos nombres se identifican en el auto de transformación. Cuáles son los concretos hechos -las concretas acciones u omisiones- que se les imputan.

En resumen, la quiebra de los requisitos citados (suficientes indicios y suficiente motivación en las resoluciones dictadas en la fase de instrucción e intermedia) podría verse no sólo como una vulneración del derecho de defensa (art. 24.1 CE) sino también como una conculcación del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Si en la sentencia el vacío probatorio absoluto viola este derecho, en -por ejemplo- el auto de transformación el vacío indiciario absoluto también podría vulnerarlo. Bien es cierto que tal ataque al derecho fundamental no tendrá, probablemente, remedio en el amparo constitucional, al tratarse de resoluciones que no agotan la vía judicial ordinaria. Sin embargo, podrá acudir, en su caso, a soluciones como los recursos ordinarios (de reforma y apelación), la petición de declaración de nulidad de oficio si se produjo indefensión o, incluso, el planteamiento de una cuestión previa al juicio por violación de derecho fundamental.

3. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y PRUEBA INDICIARIA (Y ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO). ESPECIAL REFERENCIA A LOS FRAUDES “CARRUSEL” DE IVA.

3.1. La *praesumptio hominis* y sus requisitos.

El estudio de la presunción de inocencia en la doctrina suele derivar en el estudio de los medios probatorios aptos para enervarla. Los parámetros esenciales que maneja el Tribunal Constitucional al respecto son, simplificando, que sólo vulnera el derecho: (i) el vacío probatorio absoluto; o (ii) las pruebas ilícitas, obtenidas con violación de derechos fundamentales. Al margen de estos vicios, el Tribunal Constitucional no puede entrar a revisar la valoración de la prueba realizada por el tribunal ordinario, se trata de una cuestión de mera legalidad.

Uno de los tipos de pruebas que pueden enervar la presunción de inocencia es la prueba indiciaria, o *praesumptio hominis*, o presunción humana, o presunción con prueba indiciaria, o *praesumptio facti*, o presunción judicial. El artículo 386.1 LEC la define y enumera sus requisitos: “A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”.

En general, los requisitos que exige la jurisprudencia del Tribunal Supremo (y del Tribunal Constitucional) a la prueba indiciaria para que resulte eficaz para enervar la presunción de inocencia son (vid. AATS 2 de febrero y 2 de marzo de 1994, entre muchos otros):

- (i) La pluralidad de indicios, deben ser dos o más.
- (ii) Todos ellos deben señalar en la misma dirección.
- (iii) No deben estar desvirtuados por otros de signo contrario.
- (iv) Los hechos base generadores de la inferencia deben estar acreditados por prueba directa.
- (v) La inferencia ha de ser racional, según el buen sentido y la lógica.
- (vi) Enlace preciso y directo entre el hecho base probado y el hecho presunto que se pretende probar (expresamente citado por el art. 386.1 LEC).
- (vii) La inferencia del Juzgador no debe ser absurda, desatinada o arbitraria.
- (viii) El órgano judicial debe exponer los hitos principales del razonamiento.

Éste es, a mi juicio, uno de los casos de máximo riesgo para la presunción de inocencia. Desde luego, creo que lo es en el supuesto de nuestro segundo cliente, antes citado, acusado de participar en un fraude “carrusel” de IVA. ¿Conocía nuestro cliente que al comprar a una empresa “pantalla” estaba participando en un fraude IVA? ¿Quería participar en ese fraude? ¿Concurre el elemento subjetivo del tipo? En nuestro ejemplo el Ministerio Fiscal apoya su acusación en prueba de indicios, en *praesumptio hominis* del art. 386.1 LEC. En concreto, los indicios o hechos base probados -a través de prueba directa- son la compra a una empresa “pantalla” y el precio supuestamente bajo al que se compró la mercancía. El hecho que se pretende probar es el conocimiento y voluntad de la empresa “distribuidora” de participar en un fraude “carrusel” de IVA. ¿Serán suficientes estos indicios para enervar la presunción de inocencia?

Antes incluso de responder a esa pregunta, surge un interrogante previo, ¿es el dolo un hecho, que debe ser probado, o es más bien una cuestión jurídica? ¿Comprende el derecho a la presunción de inocencia el elemento subjetivo del tipo?

3.2. ¿Abarca el derecho a la presunción de inocencia también el *elemento subjetivo del tipo de injusto*? (¿Es el dolo un hecho o una cuestión jurídica?)

En nuestro ejemplo -el del comerciante que compra una mercancía a quienes participan de un fraude “carrusel” de IVA- encontramos un problema específico. Lo que el Fiscal pretende probar a través de prueba indiciaria es *el dolo* de nuestro cliente, la concurrencia del elemento subjetivo del tipo. Y nuestro cliente plantea que los indicios presentados por el Fiscal pueden ser, quizá, insuficientes; y por ello una condena sobre esa base podría vulnerar el derecho a la presunción de inocencia. Ahora bien, ¿comprende el derecho a la presunción de inocencia también el elemento subjetivo del tipo? ¿O ese extremo es, tal vez, una cuestión *jurídica*, no fáctica, y por tanto queda fuera de la protección de ese derecho?

Numerosas sentencias tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional han acogido esta última posibilidad (el dolo como cuestión de Derecho, no de hecho). Así, se ha dicho: “*Los juicios de valor sobre intenciones no pueden someterse a las exigencias de la presunción de inocencia por ser circunstancias inaprehensibles por los sentidos, razón por la cual sólo los hechos en sí, sobre los que se base la inducción, pueden ser objeto de prueba...*” (STS de 17 de febrero de 1995). Y también: “*Tales juicios de valor sobre intenciones o juicios de inferencia sobre pensamientos, quereres o deseos escondidos en el intelecto humano, no son hechos en sentido estricto porque no constituyen datos aprehensibles, por ello no pueden ser objeto de prueba propiamente dicha y quedan fuera de la garantía constitucional...*” (STC 195/1993). Y por último: “*... Alcanzando la presunción de inocencia a la existencia del hecho y a la participación del acusado, una vez que esto se acredita, la apreciación de los elementos subjetivos y las deducciones que el juzgador realice son de su competencia con la sola limitación de los puntos referentes a la verificación de la existencia de prueba respecto a los extremos en que las inferencias se fundan y la corrección lógica del proceso deductivo seguido al efecto*” (STS de 9 de julio de 1998).

Esta última sentencia del Tribunal Supremo, más matizada, puede darnos la pista de que, quizá, estamos ante un problema terminológico. No se trata de que las intenciones humanas

no sean hechos, o sean inaprehensibles, o no sean susceptibles de prueba. Lo que sucede es que no suelen ser susceptibles, por lo común, de prueba *directa*, sino que debe recurrirse, como el Fiscal en nuestro ejemplo, a prueba indirecta, *a prueba de indicios*. Ahora bien, si esa prueba de indicios no reúne los requisitos legales y jurisprudenciales (si, por ejemplo, la inferencia es arbitraria, o los hechos base no están probados por prueba directa), no parece que exista ningún problema dogmático para aceptar que se ha producido una quiebra del derecho a la presunción de inocencia.

En todo caso, en la reciente y relevante STC 340/2006, dictada precisamente en un supuesto de presunto delito fiscal, el Tribunal Constitucional afirma expresamente que no se han probado -por prueba indiciaria- los elementos *subjetivos* del tipo, y por ello considera la condena atentatoria contra el derecho a la presunción de inocencia. Por tanto, según la doctrina constitucional que se desprende de esta sentencia, el derecho a la presunción de inocencia *también abarca el elemento subjetivo del tipo*. Quedaría, por tanto, despejada una de las dudas planteadas.

3.3. ¿Qué indicios son suficientes? (el supuesto de los fraudes “carrusel” de IVA)

Regresando a nuestro ejemplo, ¿son suficientes los indicios que presenta el Fiscal (compra a empresa “pantalla”, precio bajo, etc.) para entender probado que nuestro cliente, la empresa “distribuidora”, que compra una mercancía soportando el IVA correspondiente y después la exporta -o realiza una entrega intracomunitaria- y obtiene la devolución del IVA, conocía y quería participar en un fraude “carrusel”? ¿Es suficiente esa prueba indiciaria para enervar la presunción de inocencia?

Las sentencias sobre este tipo de casos (frecuentes actualmente en los Juzgados de Instrucción) aún no son muy abundantes. Sin embargo, sí puede identificarse, en las decisiones de las Audiencias Provinciales, una tendencia mayoritaria que acoge un criterio restrictivo, exigente, riguroso, a la hora de valorar los indicios que aporta la acusación. Una tendencia respetuosa con las exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia. No cualquier dato es un indicio a estos efectos. No cualquier característica de la operación comercial está anudada lógicamente al hecho presunto que se pretende probar, esto es, el conocimiento y voluntad de participar en un fraude tributario. Son claro exponente de esta

tendencia la SAP Barcelona nº 45/2006 (Secc. 2ª), de 22 de febrero; la SAP Segovia nº 57/2006, de 18 de diciembre; y la SAP Vizcaya nº 739/2006 (Secc. 2ª), de 7 de noviembre.

De especial interés resulta, en cuanto al análisis de los requisitos de la prueba indiciaria, la última de las sentencias citadas, la SAP Vizcaya de 7-11-2006, dictada con relación a una empresa llamada “AMPSA”. Como sucedía en el ejemplo de nuestro cliente, AMPSA había comprado mercancías (níquel y estaño) a un proveedor español y las había vendido a determinados clientes italianos (había realizado, por tanto, supuestamente, entregas intracomunitarias, exentas de IVA, y había obtenido las correspondientes devoluciones de la AEAT). Se consideró probado que el transporte de las mercancías no se había realizado. Los documentos que supuestamente acreditaban el transporte (llamados “CMR”) eran falsos. Ahora bien, la cuestión esencial consistía en determinar si AMPSA conocía esa circunstancia. Para acreditar el dolo, la acusación recurrió a la prueba indiciaria. Aportó determinados indicios que el órgano *a quo* consideró suficientes para enervar la presunción de inocencia, y dictar una sentencia condenatoria. Algunos de tales indicios eran la inexistencia del transporte de mercancías, la liviana infraestructura de las empresas “pantalla” o “trucha” proveedoras de AMPSA (o proveedoras de su proveedora), la falta de inspección de la calidad del género, que el producto fuera puesto a disposición del cliente final sin pasar por los almacenes de la “distribuidora”, etc. Pese a ello, la Audiencia Provincial de Vizcaya no aprecia que estos indicios sean aptos para destruir la presunción de inocencia de los responsables de la empresa “distribuidora”. Si bien la Audiencia no lo explicita, lo que niega es que los indicios citados conduzcan a una única conclusión lógica. Quizá son compatibles con la tesis acusadora, pero también con la tesis de la defensa, por tanto no concurre ese “*enlace preciso y directo*” requerido por el art. 386.1 LEC y por la Jurisprudencia⁵. Por ello, la Audiencia de Vizcaya revoca la condena y absuelve a los responsables de la empresa “distribuidora”, al no haberse destruido en este caso la presunción de inocencia que ampara al acusado.

⁵ En palabras de la citada SAP Vizcaya de 7-11-2006: “*Ahora bien, todos estos datos no enervan la explicación que ofrece la parte apelante, según la cual [la empresa “distribuidora”] simplemente tuvo noticia de que [la empresa “trucha”] ofrecía estos materiales en el mercado, le interesó el precio y le hizo los correspondientes pedidos...*”; “*No hay razón particular para tachar de absurda esta explicación, que, por lo demás, parece ajustarse al uso del comercio internacional de materias primas...*”; etc.

A la misma conclusión llegan las otras dos sentencias citadas. En especial, la SAP Segovia de 18-12-2006 señala que *“Para llegar a una condena penal no bastan sospechas, no caben suposiciones o presunciones, pues la única presunción que cabe en el proceso penal es la inocencia que favorece al acusado, que exige la prueba de los hechos objeto de acusación, y si, como en el presente caso, la prueba practicada no desvirtúa la referida presunción de inocencia, lo procedente es la libre absolución”*⁶.

El problema en estos supuestos, en los que la empresa “distribuidora” resulta finalmente absuelta, enlaza con lo ya expuesto: antes de llegar al juicio oral, y resultar absuelta, la empresa “distribuidora” ha debido sufrir, probablemente durante años, medidas cautelares reales excepcionalmente gravosas (el embargo de *todo* el patrimonio de la sociedad, con la mera presentación de la denuncia del Fiscal y el informe de la AEAT, es frecuente, y suele ser la primera noticia del procedimiento), o incluso personales, y peticiones de condena muy elevadas, todo ello debido a la magnitud del fraude, globalmente considerado, en el que se estima presuntamente participe a la “distribuidora”. La absolución final, en muchos casos, no repara los perjuicios sufridos por el acusado, ni hace desaparecer la inevitable e indiscutible “pena de proceso”.

4. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA IMPUTACIÓN DE AUTORÍA EN ORGANIZACIONES EMPRESARIALES COMPLEJAS (ESPECIALMENTE, EN PROCEDIMIENTOS PENALES POR ACCIDENTES DE TRABAJO).

Nuestro cliente, en este caso, había sido imputado, o acusado, o condenado, por el mero hecho -podría decirse- de ostentar un cargo, consejero delegado, en la organización empresarial donde se había producido el accidente laboral mortal (no se había supervisado al empleado para evitar que se introdujera dentro de un montacargas). No se había razonado en el auto de transformación, o en el escrito de acusación, o en la sentencia de condena, sobre su concreta

⁶ Como es lógico, también puede encontrarse en los repertorios alguna sentencia condenatoria, es decir, supuestos donde se ha considerado probado que la empresa “distribuidora” conocía y quería participar en un fraude tributario. Es el caso, por ejemplo, de la SAP Valencia (Secc. 5ª) nº 182/2008, de 6 de junio, y la SAP Barcelona (Secc. 6ª), nº 244/2008, de 17 de marzo. Ahora bien, en estos supuestos quedaron acreditados por prueba directa hechos base, indicios, mucho más intensos que los señalados en nuestro ejemplo. Así, en la SAP Barcelona de 17-03-2008, el administrador y socio de la empresa “distribuidora” también había constituido y administraba las sociedades “trucha” y “pantalla”. En el caso de la SAP Valencia de 06-06-2008, se acreditó que la “distribuidora” fingió, consciente y voluntariamente, comprar y pagar a determinados proveedores cuando en realidad adquiría la mercancía a otros proveedores diferentes.

conducta, sobre su concreto círculo de competencias, sobre sus específicas acciones u omisiones. Y, de nuevo, el cliente nos pregunta, ¿acaso no soy inocente hasta que no se demuestre mi culpabilidad, la mía en concreto, como persona física, no la de la empresa, una organización dentro de la que prestan servicios y actúan cientos de personas?

La imputación, acusación o condena, en estos supuestos, en casos de accidentes de trabajo criminalizados, suele tener la siguiente estructura:

- (i) Se aprecia, en primer lugar, la comisión de un delito de riesgo del art. 316 CP (o art. 317 CP, en su versión imprudente), por no haber facilitado las medidas de seguridad debidas al empleado poniéndolo en peligro. Se imputa el delito al consejero delegado - en nuestro ejemplo- en aplicación del art. 318 CP, una regla similar a la del art. 31 CP, se transfiere la condición subjetiva de “empleador” (obligado a facilitar medidas de seguridad) exigida por el tipo, que concurre en la persona jurídica, a la persona física “administrador o encargado del servicio”.
- (ii) Además, se aprecia también, normalmente en concurso, un delito de lesión. En el ejemplo, un delito de homicidio imprudente. Frecuentemente, se imputa en comisión por omisión, y se aprecia una posición de garante en el consejero delegado del ejemplo, por el desempeño de tal cargo. No es aquí aplicable, en rigor, el art. 31 CP al no tratarse de un delito especial propio.

El problema en estos casos, el riesgo para el derecho a la presunción de inocencia, consiste en que el mero desempeño de un determinado cargo en una organización empresarial (ya sea administrador único, consejero delegado, director general, director de fábrica, jefe de taller, técnico de prevención, jefe de recursos humanos, etc.) se torna en *una suerte de presunción de culpabilidad*. En un criterio, que muchas veces es el único, que maneja el órgano judicial para imputar responsabilidad penal por el resultado dañoso -ya sea de riesgo o de lesión-. Comprobado el cargo del sujeto, se presume que a él competía actuar donde omitió, que sobre él pesaba la posición de garante y debía evitar el resultado dañoso (delito de lesión) o debía facilitar la medida de seguridad preceptiva legalmente pero omitida (art. 316 CP). Ello unido a razonamientos *ex post facto*, también frecuentes, del tipo “si el accidente sucedió es porque alguna medida de seguridad se omitió” desembocan, en ocasiones, no sólo en la violación de

la presunción de inocencia sino en la objetivación de la responsabilidad -proscrita en Derecho penal-, o poco menos.

Dado el contexto descrito, frecuente en la práctica forense, *¿qué exige, a mi juicio, el respeto al derecho a la presunción de inocencia en este tipo de supuestos?:*

- (i) En primer lugar, la aplicación del art. 318 CP (y del art. 31 CP, que, como se ha dicho, si bien no resulta aplicable a este tipo de delitos, los tribunales suelen recurrir a él de forma extensiva) sólo en los casos previstos y con los requisitos descritos por la Ley y la jurisprudencia. El mecanismo de aplicación *no es*: verificado que se ha producido un accidente en la empresa, y verificada la violación de normas de seguridad y salud, se imputa la responsabilidad penal de forma automática al administrador o representante persona física. Tal automatismo no es de recibo; conduce, como se dijo, a la objetivación de la responsabilidad penal. Para que la persona física sea responsable penalmente *debe ser autor del delito*, debe haber realizado él mismo la conducta típica, con una acción u omisión propia. Y, si habiendo realizado él o ella la conducta típica, no concurre en él o ella el requisito de ser “empleador” del accidentado (obligado a facilitar las medidas de seguridad), tal requisito se transferirá a la persona física en virtud del art. 318 CP⁷.
- (ii) Debe analizarse con rigor, debe ser objeto de prueba, *cuál es el concreto círculo de competencias de la persona física y su concreta conducta* -su concreta acción u omisión-. Ese análisis permitirá discernir si esa persona física en concreto tenía entre su círculo de competencias y obligaciones proporcionar la medida de seguridad omitida (art. 316 CP), si recaía en él o ella la posición de garante (homicidio o lesiones imprudentes).

⁷ La reciente SAP Barcelona nº 469/2008 (Secc. 5ª), de 30 de junio, destaca que ni el art. 31 CP ni el art. 318 CP pueden representar “... una responsabilidad objetiva del administrador o encargado del servicio, -ni una presunción de autoría-, lo que sería inconstitucional [...]”. Y expresa con singular acierto cómo interpretar el precepto: “No todos los administradores serán penados, sino sólo los que hayan sido responsables precisamente de no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas. El precepto no dice que serán responsables los administradores o encargados del servicio, sino que se castigará a aquéllos de ellos que hayan sido responsables de los hechos.”

- (iii) Debe estudiarse especialmente si se había producido una *delegación de funciones* a favor de algún subordinado (lo que otros explican a la luz del principio de confianza). La jurisprudencia ha establecido que no cualquier delegación hace desaparecer o limita la responsabilidad del delegante, sino sólo aquella que cumpla los siguientes requisitos: (1) el delegado debe ser una persona capaz de desempeñar las funciones delegadas, debe contar con la formación y pericia suficientes, no debe ser una mera pantalla para alejar al delegante de la responsabilidad; (2) deben proporcionarse medios y recursos materiales suficientes al delegado; y (3) el delegante mantiene cierto deber de vigilancia y supervisión sobre la labor del delegado (bien es cierto que los márgenes de este último requisito son especialmente imprecisos)⁸.
- (iv) Y, por fin, todos estos análisis y razonamientos deben explicitarse en una motivación adecuada de la resolución judicial de que se trate.

Lo anterior es, a mi juicio, exigencia del respeto al derecho a la presunción de inocencia: no aplicar el art. 318 CP (ni 31 CP) de forma expansiva, analizar la conducta de la persona física en concreto, estudiar los efectos de una eventual delegación de funciones (imprescindible en cualquier organización empresarial, especialmente en las de mayor envergadura) y explicitar los razonamientos del órgano judicial. Si estos requisitos no se cumplen con respecto a la concreta persona física imputada o acusada (el consejero delegado del ejemplo), por mucho que la empresa haya sido sancionada en el ámbito administrativo laboral por incumplimiento de sus obligaciones en materia de seguridad, por mucho que se haya constatado la falta de medidas de seguridad en el centro de trabajo, no se podrá imputar el resultado a esa concreta

⁸ Puede citarse, entre muchas otras, la SAP Guipúzcoa nº 30/2005 (Secc. 1ª), de 21 de febrero, que recuerda que “... el delegante no se exonera de su deber de garantía -sigue ostentando la obligación de tutelar los bienes jurídicos de las personas que trabajan en la empresa frente a las fuentes de peligro provenientes del propio funcionamiento de la empresa-, sino que el mismo se mantiene sufriendo una transformación cualitativa. El contenido material de la garantía no se centra en el control personal de la fuente de peligro, sino en el control de la persona a quien se ha conferido el dominio de la fuente de peligro. La norma de cuidado en el campo de la delegación se construye en torno a tres premisas: -Deber de elección -la culpa in eligendo-, exigiendo que la delegación se realice en una persona con capacidad suficiente para controlar la fuente de peligro. -Deber de instrumentalización, facilitando al delegado los medios adecuados para controlar la fuente de peligro. -Deber de control -la culpa in vigilando-, implementando las medidas de cautela específica para verificar que la delegación se desenvuelve dentro de las premisas de la delegación.”

persona física acusada, existirá el vacío probatorio a que se refiere el Tribunal Constitucional cuando aprecia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.