

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

NÚM. 2



JULIO-DICIEMBRE 1995

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

D i r e c t o r :
CARLOS GRANADOS PÉREZ

V o c a l e s :
FRANCISCO HERNÁNDEZ GIL
JUAN JOSÉ MARTÍNEZ ZATO
JOSÉ APARICIO CALVO RUBIO
CARLOS JIMÉNEZ VILLAREJO
ROBERTO GARCÍA CALVO
EDUARDO TORRES-DULCE LIFANTE
JOAQUÍN SÁNCHEZ-COVISA VILLA
ANTONIO VERCHER NOGUERA
JAIME MORENO VERDEJO

S e c r e t a r i o :
ANTONIO DEL MORAL GARCÍA

La Revista del Ministerio Fiscal no se identifica necesariamente con las opiniones de los autores de esta Revista.

**REVISTA
DEL
MINISTERIO FISCAL**



**MINISTERIO DE JUSTICIA E INTERIOR
SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA**

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

Periodicidad: Semestral.

Precios de suscripción:

España: 2.500 pesetas.

Extranjero: 3.000 pesetas.

Precios del número suelto:

España: 1.500 pesetas.

Extranjero: 2.000 pesetas.

Correspondencia:

Redacción: C/ Fortuny, 4. 28010 Madrid

Distribución, suscripciones y venta: Gran Vía, 76, 8.^o

28013 Madrid

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

NÚM. 2



JULIO-DICIEMBRE 1995

ALQUILER
DE
MATERIALES

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

NIPO: 060-95-001-9

I.S.S.N.: 1135-0628

Depósito Legal: M. 5.500-1995

Imprime: Gráficas Arias Montano, S. A.
Políg. Industrial n.º 6, Parcela 31-B
28935 MOSTOLES (Madrid)

REVISTA DE DERECHO CIVIL
Y COMERCIAL

REVISTA QUINQUENAL
Dedicada a la difusión de las novedades en el campo del Derecho Civil y Comercial.
Dirigida por un jurado de expertos en la materia.

AÑO XXXVII - NÚMERO 153 - MARZO 1990

SUMARIO

Págs.

I. ESTUDIOS

ANTONIO OCAÑA RODRÍGUEZ: <i>Un esquema para el estudio de la responsabilidad médica (1.ª Parte)</i>	9
LUIS JORDANA DE POZAS GONZÁLVEZ: <i>El proyecto de Ley de modificación del Código Penal en materia de delitos contra la Hacienda Pública</i>	55
FRANCISCO JAVIER CARCELLER FABREGAT: <i>El Derecho Penal Ambiental: su proyecto de futuro</i>	95
EMILIO DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA: <i>La inculpación en el proceso penal. Especial referencia al procedimiento abreviado</i>	147
LUIS FERNANDO REY HIDOBRO: <i>La entrega vigilada de drogas: el artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal</i>	185
JORGE BRIOSO DÍAZ: <i>El Fiscal ante la denegación en juicio de una prueba esencial para determinar la culpabilidad o inocencia de un acusado</i>	207
JOSÉ LORCA MARTÍNEZ: <i>La tutela del artículo 172.1 del Código Civil</i>	233
LUIS MARÍA DELGADO LÓPEZ: <i>El Fiscal ante el convenio de la suspensión de pagos: la cláusula liquidatoria y el régimen de mayorías</i>	267

II. NOTAS Y COMENTARIOS

ROGELIO GÓMEZ GUILLAMÓN: <i>Delitos monetarios. La sentencia del TJCEE de 23 de febrero de 1995</i>	287
JESÚS VICENTE CHAMORRO: <i>Sobre el recurso de casación en materia de incapacidad</i>	301

III. RESUMEN DE JURISPRUDENCIA

<i>Constitucional</i>	307
<i>Civil</i>	323
<i>Penal</i>	337
<i>Contencioso-Administrativa</i>	377
<i>Laboral</i>	387

(Véase el Índice de autores para las indicaciones sobre los autores de las distintas entradas)

Resumen de jurisprudencia elaborado por el Departamento de Estudios Jurídicos y Técnicos del Tribunal Supremo de Justicia de la Nación, con la colaboración de los jueces y magistrados que integran la Corte Suprema de Justicia y sus órganos auxiliares.

Este resumen no pretende ser una recopilación sistemática de la jurisprudencia, sino una síntesis de las principales decisiones dictadas por la Corte Suprema de Justicia.

Este resumen no pretende ser una recopilación sistemática de la jurisprudencia, sino una síntesis de las principales decisiones dictadas por la Corte Suprema de Justicia.

Este resumen no pretende ser una recopilación sistemática de la jurisprudencia, sino una síntesis de las principales decisiones dictadas por la Corte Suprema de Justicia.

Este resumen no pretende ser una recopilación sistemática de la jurisprudencia, sino una síntesis de las principales decisiones dictadas por la Corte Suprema de Justicia.

Este resumen no pretende ser una recopilación sistemática de la jurisprudencia, sino una síntesis de las principales decisiones dictadas por la Corte Suprema de Justicia.

Este resumen no pretende ser una recopilación sistemática de la jurisprudencia, sino una síntesis de las principales decisiones dictadas por la Corte Suprema de Justicia.

**REVISTA
DEL
MINISTERIO FISCAL**

I. Estudios

UN ESQUEMA PARA EL ESTUDIO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA (1.^a PARTE).

ANTONIO OCAÑA RODRÍGUEZ
Fiscal de la Audiencia Provincial de Sevilla

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—3. EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD PESE AL FRACASO. SUS CONDICIONES.—PRIMERA PARTE: LAS OBLIGACIONES DEL MÉDICO. LA *LEX ARTIS*.—1. *Momento en que comienza el ejercicio de la profesión médica y en que el médico asume la posición de garante*.—2. *Calificación civil de las obligaciones asumidas según su origen*.—3. *Naturaleza de las obligaciones asumidas y significado de la lex artis*.—4. *Tipo de responsabilidad. ¿Objetiva o por culpa?*—5. *¿Seguro obligatorio?*—6. *La prueba de la relación de causalidad y de la culpa del médico ante la presencia del «fracaso»*.—7. *Concurrencia de intervenientes en el acto médico*.—8. *La indemnización del daño causado. Cláusulas de exoneración o de limitación*.—9. *Conceptuación penal de los hechos*.—10. *Plano procesal y Jurisdicción competente*.

1. INTRODUCCIÓN*

En este trabajo sólo pretendemos proporcionar al jurista un esquema mental que le permita acercarse al caso concreto con un mínimo de capacidad de comprensión, disponiendo de un elenco de soluciones jurisprudenciales de interés. No hemos realizado una verdadera actividad investigadora: la selección de sentencias, casi todas recientes del TS, en materia sobre todo de causalidad y de culpa, es no poco arbitraria por haber dependido sobre todo de mis preferencias a la hora de valorar sus méritos doctrinales.

Sólo pretendo ofrecer, con un claro fin, más bien pedagógico, una visión global y sintética de los problemas que se suscitan en este campo, destacando sobre todo la interconexión entre los distintos aspectos de la responsabilidad médica, civil y penal. Dar una visión de conjunto sobre los problemas que se manejan a diario, siempre me ha parecido de gran utilidad, pues la contemplación unilateral, por muy honda que sea, de un aspecto parcial, siempre corre el peligro de ser también reduccionista.

No expongo «el tema» abordado con una sistemática muy ortodoxa ni según los cánones observados por los civilistas o penalistas, dada la imbricación, que tratamos de hacer ver, entre las cuestiones civiles, penales y constitucionales que se plantean, muchas de ellas con elementos comunes.

* La segunda parte de este trabajo, que lleva por título «El consentimiento informado del sujeto en cuanto persona capaz, consciente y libre», se publicará en el próximo número de esta Revista.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Hablar de *responsabilidad civil del médico*, derivada de un ilícito civil o de una infracción criminal (delito o falta) supone partir de un fracaso, al menos aparente, del arte de la medicina empleada con el paciente.

Suponemos que como consecuencia del fracaso de la intervención médica, de su acción u omisión, se ha producido un daño en la salud, integridad física o psíquica, si no ya la pérdida de la vida del enfermo, daño pues típico o en principio reprobable y antijurídico, y que existe un nexo causal aparente entre ambos extremos.

De inmediato surge entonces para el Derecho un problema de justificación: conocer las razones por las cuales puede considerarse lícita, permitida e incluso loable la intervención médica, pese al fracaso, y en qué condiciones el mismo es atribuible a los cursos causales de la naturaleza mortal y vulnerable del hombre, o por el contrario es achacable a una deficiente o incluso indebida actuación del médico.

Toda responsabilidad penal o civil (esta última exigible como consecuencia de un delito o de un mero ilícito civil, habida cuenta de que la distinción tiene más alcance procesal que sustancial, salvo casos claramente graves) supone una acción u omisión voluntaria y antijurídica en principio por el mero hecho de causar un daño (el daño presume la ilicitud) en relación de causalidad.

Desde el punto de vista penal, se discute en materia médica, y supuesto que se actúa con finalidad curativa (quien hiere a otro y sin embargo le salva la vida por descubrirle un absceso, que luego cura, comete el delito de lesiones), si las lesiones causadas en supuestos de fracaso del tratamiento o de la intervención, son típicas o formalmente antijurídicas o por el contrario, sólo son típicas cuando no se observó la *lex artis*.

Para Fernández Bermejo (*Actualidad de Aranzadi*, n.º 132), la nueva regulación de las lesiones en el artículo 420 (que habla de menoscabo de la integridad o salud versus tratamiento médico o quirúrgico) abona la tesis de la atipicidad. Para gran parte de la doctrina alemana (según Albin Eser, en *Avances de la Medicina y D. Penal*, Barcelona 1988, pág. 7 y ss.) hay tipicidad y se ha de buscar una causa de justificación.

Incluso si no se consideran típicas estas lesiones derivadas del tratamiento médico, toda intromisión en bienes y derechos

fundamentales del sujeto (*vida, integridad, salud, libertad*), exigen la búsqueda de una causa de justificación. En Alemania no es delito de aborto la destrucción del huevo antes de anidar; pero se exige legitimación o justificación para ello, aunque no exista protección penal.

El tema no creo tenga excesiva relevancia pues, al menos desde el punto de vista de la prueba procesal, como veremos, no se supone que existe lesión típica (de modo que el médico haya de probar las condiciones de justificación), sino que es precisamente la acusación o el actor en vía civil quienes deben probar el incumplimiento de las obligaciones profesionales médicas como causantes de la lesión o del menoscabo producido en la salud. Aquí no funciona al menos con rigor el principio de la regla-excepción (1).

3. EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD PESE AL FRACASO. SUS CONDICIONES

A) Pese a la constatación del fracaso, es decir, del daño producido o del aparente resultado delictivo, la antijuridicidad o ilicitud de la conducta *está excluida desde un punto de vista formal*, cuando se obra a virtud (en lo que ahora nos interesa) del ejercicio «legítimo» de una profesión como la médica ex artículo 8.11 del Código Penal.

B) *Desde un punto de vista material, el comportamiento del médico es «legítimo» y esta «legitimidad» justifica o hace inocuo el daño ocasionado* (cuando exista nexo causal aparente sin que haya interferido la conducta de la víctima o de terceros a veces también culpables en concurrencia de culpas), si concurren estos requisitos o extremos fundamentales:

1.º El consentimiento informado del enfermo (o al menos de sus familiares como dice la Ley General de Sanidad en ciertos casos). De este modo el paciente asume los riesgos inevitables, sobre

(1) En el Derecho austriaco (cfr. HEINZ ZIPF, en *Avances de la Medicina y D. Penal*, cit., pág. 149 y ss.), el artículo 88, párrafo 2.2, establece expresamente la impunidad del médico que en el ejercicio de su profesión cause «lesiones por imprudencia» si la lesión o incapacidad no duran más de 14 días. Ningún otro grupo profesional dispone de un precepto semejante. Su fundamento reside en el riesgo a que están los médicos expuestos por su profesión. Tiene poco alcance práctico, pues pocas veces se denuncian estos leves hechos.

todo inherentes a una intervención quirúrgica o a un tratamiento determinado de carácter peligroso (2).

2.º El *empleo de la llamada lex artis ad hoc por parte del médico*; o lo que es igual cumplimiento de los deberes propios de la profesión, ciertamente rigurosos. El médico ha de haber procedido con «pericia» y «diligencia» en el caso concreto.

La *lex artis* no comporta un deber de resultados favorables: hay un margen de error tolerable o un «riesgo permitido», cubierto precisamente a mi juicio por el consentimiento o el estado de necesidad.

Lo imprevisible o difícilmente previsible, según el estado actual de la ciencia médica y de los medios al alcance del médico en el caso concreto (por más que «la conducta ideal del médico a haber adoptado», hubiera quizás evitado o paliado el resultado); lo previsible pero inevitable por depender de factores imponderables y no dominables, no es imputable al médico desde el punto de vista causal (imputación objetiva) ni desde el punto de vista de la culpabilidad (3).

PRIMERA PARTE

LAS OBLIGACIONES DEL MÉDICO. LA *LEX ARTIS*

1. *Momento en que comienza el ejercicio de la profesión médica y en que el médico asume la posición de garante, en orden a los posibles delitos de comisión por omisión culposa*

A) Se ha discutido si el médico tiene un deber jurídico de asistencia permanente al modo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad;

(2) Por excepción, como veremos, no se requiere este consentimiento cuando el paciente se encuentra en estado de necesidad (y ello bien entendido, es decir, sin solapar su anterior oposición emitida con plena capacidad de obrar y de modo consciente y libre) y cuando existe un riesgo para la salud pública general, lo cual no es sino una especie del estado de necesidad a favor de terceros y no ya del enfermo mismo (auxilio necesario).

(3) Suele decir el TS que siempre existen riesgos indudables en el ejercicio de la profesión médica y factores múltiples inaprehensibles. Los riesgos quedan fuera de responsabilidad si la conducta del médico se desarrolló conforme a la *lex artis*; es atípica cuando obedezca a un error de diagnóstico salvo que la equivocación por su magnitud sea inexcusable (cfr. Sentencia de 28-10-83).

el tema interesa sobre todo a los médicos rurales que atiendan núcleos aislados de población, situación hoy poco frecuente «de monopolio de ayuda» según terminología alemana. Nos preguntamos en qué condiciones y en qué momento temporal el médico se constituye en garante de la salud, en la medida de lo posible, del enfermo.

Se trata de ver, pues, en qué tipo de responsabilidad penal incurre el médico si no presta la asistencia a que le compromete el Código Deontológico. En teoría *cabe considerarle, cuando no acepte o rehúse la asistencia urgente*,

- como autor de un delito de omisión del deber de socorro (omisión propia),
- o por el contrario como autor de las lesiones o de la muerte finalmente sobrevenidas al enfermo, en comisión por omisión (omisión impropia).

La falta de asistencia requerida o necesaria en casos urgentes puede dar lugar a responsabilidad civil. La STS de la Sala 1.^a de 6-7-90, RA 5780 consideró existía un evidente daño moral indemnizable e incardinable en el artículo 1.902 del CC ante la infracción (culposa) del deber fundamental de asistencia en un caso de urgencia. Existe una mayor responsabilidad si no se asiste al enfermo que si no se emplean los medios adecuados, a lo que obliga la profesión médica. Es significativo que esta sentencia se basase en el daño moral sin imputar al culpable el resultado del fallecimiento.

Para parte de la doctrina habría un deber profesional genérico o «compromiso genérico de protección», de carácter también jurídico, derivado del Código Deontológico, de asistir a todo paciente que acuda al mismo o se encuentre desamparado: el médico tendría una posición permanente de garantía y debe incurrir en delito de comisión por omisión si no asiste al enfermo.

Observa Silva Sánchez (en *Avances de la Medicina y D. Penal*, pág. 125 y ss.) que esto no es justo. Se precisa para ser garante, que el médico *haya asumido efectivamente el tratamiento del paciente*, aunque sea por teléfono o modo verbal (4).

(4) Están muy discutidos en la doctrina el fundamento y la construcción de los delitos de comisión por omisión, al faltar el substrato naturalista de la relación de cau-

Para Silva Sánchez (*eod. loco*), el fundamento del deber de garantía reside en la *confianza que la asunción voluntaria de los deberes concretos de protección despierta en el paciente, en base a lo cual éste no adopta las pertinentes medidas* o abandona otras medidas de precaución adicionales aumentando así su propio riesgo. De este modo el garante pasa a hacerse dueño del proceso causal. Ello se demuestra porque,

- los deberes éticos no siempre pasan a ser deberes jurídicos;

salidad existente en la acción (en el plano ontológico «de la nada, nada sale»). La ausencia de la relación de causalidad se compensa con la posición de garantía del sujeto derivada de distintas fuentes o con la técnica de una cláusula general de equiparación entre el hacer y el no hacer, tal y como exigen los párrafos 13 del STGB alemán y 2 del STGB austriaco.

Con la simple teoría de la posición de garante ya se opera una restricción en este campo, pues la fuente del deber de actuar del médico sólo puede derivar, en nuestro caso, de un deber de protección del bien jurídico, basado en la asunción voluntaria del mismo. Los autores modernos, basados en la necesidad de que exista una correspondencia típica entre el hacer y el no hacer, por lo general no se contentan con la aplicación de la teoría del garante.

En la concepción de LUZÓN PEÑA (quien prescinde no poco de la teoría de la posición de garante), la omisión debe determinar la creación o el aumento del peligro para el bien jurídico; el sujeto, al cumplir los deberes que le impone el desempeño de su función social o habitual, conjura y controla el peligro existente, de modo que al omitir sus deberes lo desencadena; o si el riesgo estaba bajo su control, lo descontrola y lo aumenta. No hay comisión por omisión, aunque exista posición de garantía, si el sujeto se limita a dejar que el peligro ya existente y no sometido a su control, siga el curso natural que le corresponde.

Para SILVA SÁNCHEZ, el sujeto ha debido asumir efectivamente un compromiso específico de protección, una posición de garantía, a modo de barrera de contención de un riesgo concreto, de modo que se comete delito de comisión por omisión cuando, incumpliendo aquel compromiso, retira esta barrera y hace desbordar el riesgo que amenazaba realizarse. Es indiferente que el peligro se desencadene de este modo o que el descontrol consiguiente lo haga aumentar. Se tiene de este modo el dominio del riesgo y el control del proceso lesivo, normativamente idéntico al que tiene quien activamente por vía causal crea o aumenta el riesgo que luego se concreta en el resultado.

Para MIR PUIG, la posición de garante se ha de referir a la situación concreta sin que baste un cierto estatus personal, de modo que la omisión cree o aumente el peligro, siempre que el bien jurídico esté en dependencia personal respecto de quien causa el peligro, sin que baste una genérica posibilidad de salvación.

Para GARCÍA MARTÍN, la comisión por omisión supone que la situación de peligro concreto está «organizada» al entrar en la esfera de influencia del sujeto. Éste ha de realizar un acto personal de asunción del dominio sobre tal situación y mediante un acto voluntario ha de establecer la relación de dominio social. De este modo adquiere la posición de garante específica: puede acelerar el resultado mediante su acción o dejar correr el curso causal. No basta la función de protección del bien jurídico antes incluso del peligro concreto.

- el «compromiso genérico de protección», que asume el médico, no le puede hacer responsable de los resultados finales, pues carece del dominio de la causa, no llega a tomar en sus manos el riesgo hipotético de que el resultado se produzca. *Existe ya un proceso causal en marcha que él no agrava por su mera inasistencia.* «No equivalen hacer y no hacer en definitiva» a efectos de la aplicación del tipo penal;
- se llegaría al extremo de exigir al médico que estableciera por sí mismo un sustituto permanente o que estuviera día y noche de servicio... (5).

Gran parte de la doctrina alemana considera garante al *médico de guardia* en servicios de urgencia, dada la confianza en él depositada por los enfermos en general que se saben atendidos y por los restantes médicos. Sin embargo,

- en estos casos sigue faltando el dominio sobre el proceso causal; como el proceso causal perturbador estaba en marcha, falta la «barrera de contención» interpuesta ante el peligro, cuya retirada lo desencadene o lo agrave. Falta la equivalencia en suma entre el hacer y el no hacer;
- se llegaría al absurdo por este camino de considerar autor de delito en comisión por omisión, al único médico cuya exclusiva ciencia o medios técnicos puedan salvar al enfermo.

Para estos casos propone Silva Sánchez la creación de una figura cualificada en el delito de omisión de deber de socorro al modo del 489 bis, párrafo 3.^º «omisión o rechazo de la cualidad de garante».

Creo que en nuestro derecho existirá en su caso, tratándose de médicos de la Seguridad Social o vinculados a la Administración pública, un delito de denegación de auxilio del párrafo 3.^º del artículo 371 del Código Penal que castiga el hecho con pena de inhabilitación especial y multa.

(5) En frase de JESCHECK, «todos los deberes de evitación del resultado se basan en la idea fundamental de que la protección del bien jurídico en peligro depende de una prestación positiva de una determinada persona y los interesados confían y pueden confiar en la intervención activa de la misma» (*Tratado de D. Penal. Parte General*. 1993, pág. 250).

B) *Respecto al comienzo del deber de garantía*, a veces se ha situado la asunción de deberes, en el «inicio del tratamiento». Sin embargo,

- puede haberse producido antes de tal comienzo en sentido estricto, si el enfermo ha confiado ya en el médico y recibido sus indicaciones;
- se daría el siguiente absurdo: el médico que reanima en la playa a un semiahogado y que abandona acto seguido las medidas adoptadas, muriendo el paciente, sería autor de homicidio; en cambio «él mismo» u otro médico que decidiera no socorrer en absoluto sería autor de omisión del deber de socorro.

En realidad habría que exigir, según Silva Sánchez, para ser autor del homicidio, que hubiera impedido otros auxilios, que lo huiese dejado en peor estado por incremento del riesgo, etc.

a) Por tanto el comienzo del tratamiento, hay que fijarlo cuando se especifica la enfermedad a tratar y la terapia a seguir por el paciente, para que la asunción de garantía se entienda realizada.

b) También asume una posición de garantía el médico que a virtud de «un actuar precedente peligroso», ha empeorado la situación del enfermo (tratamiento que conlleva un empeoramiento transitorio, operación quirúrgica comenzada...). En tales casos se ha de poner fin del mejor modo a la situación creada.

c) *Tal relación de garantía no es indefinida*: el paciente puede cambiar de médico; el médico puede prescindir del paciente dejándolo, eso sí, en una situación de protección análoga.

De lo anterior se deduce que *no existe posición de garante en contra de la voluntad y mediando oposición del garantizado*, lo cual tiene enorme alcance en tema de suicidio y eutanasia. De nuevo nos topamos con la necesidad de consentimiento del paciente, expreso o tácito (estado de necesidad) unido a la necesidad de la asunción por parte del médico del ejercicio de su profesión.

2. *Calificación civil de las obligaciones asumidas según su origen*

Suponemos asumidas voluntariamente por el médico sus correspondientes obligaciones. Éstas, *calificadas desde el punto de vista del Derecho civil*, han podido originarse:

1.^º A virtud del contrato directo que une al médico con el paciente, expreso o tácito, calificable de arrendamiento de servicios y no de obra, por haber existido elección precisamente de tal facultativo. Sólo en contadas ocasiones estamos ante un contrato de obra (*v.gr.*: factura de prótesis).

El médico que se vale de ayudantes o auxiliares responde *in vigilando* o *in eligendo* de su conducta conforme al artículo 1.903 del Código Civil (STS de 18-10-60), pues debe velar por el adecuado cumplimiento de sus órdenes, sin descuido alguno por su parte y elegir personal competente.

Si el Centro (bien sea elegido por el médico, bien sea elegido por el enfermo) donde tiene lugar la intervención no dispone de los medios necesarios o existe alguna imprudencia de sus empleados, puede incurrir tal Centro en la responsabilidad derivada sea del artículo 1.902, sea del 1.903 del Código Civil.

2.^º A virtud del cumplimiento del contrato que une al paciente con el Centro médico oficial, al que sirve el facultativo como funcionario, en régimen estatutario o laboral; o con un Centro privado al que sirve sin ser funcionario, en régimen laboral exclusivamente.

Se habla de contrato total de hospital (contrato de servicios) si se facilita al paciente alojamiento, cuidados y tratamiento médico; y de contrato desdoblado de asistencia en hospital si el paciente concierta dos contratos, uno con el médico para el tratamiento y otro con el Centro para el alojamiento y los cuidados (Santos Briz, *op. cit.*, pág. 400).

En este caso puede actuar el artículo 1.903 del Código Civil que consagra una responsabilidad directa del Centro de carácter quasi objetivo por culpa *in eligendo* o *in vigilando*. Puede ocurrir que tal Centro intervenga a virtud de un convenio con la Compañía de Seguros del paciente o por estar afiliado a la Seguridad Social.

3.^º Al intervenir en casos de estado de necesidad y de urgencia (lo cual desborda el marco del arrendamiento, según S de 7-2-90, RA 668), al prestar el debido auxilio cuya omisión está sancionada por normas penales (6).

(6) SANTOS BRIZ («Profesiones liberales: actuaciones generadoras de responsabilidad. Responsabilidad civil derivada de asistencia médica», trabajo publicado por el Consejo General del Poder Judicial en *Recopilación de ponencias y comunicaciones*,

De todos modos la naturaleza contractual o no de la relación no es demasiado importante. Si según las circunstancias no estamos ante un contrato ni un *cuasi* contrato, se aplicarán los preceptos de la responsabilidad extracontractual o aquiliana contenidos en el artículo 1.902 y siguientes del Código Civil. Para Santos Briz (*op. cit.*, pág. 399) en caso de gravedad el incumplimiento del contrato de servicios lleva consigo la lesión de los derechos de la personalidad del paciente, lo que justifica la aplicación de normas contractuales (*op. cit.*, pág. 399).

No interesa excesivamente entrar en el plano técnico de cuándo estamos ante una responsabilidad contractual del médico (si se contratan sus servicios directamente, elija éste después la clínica o no para operar) o una responsabilidad extracontractual (si se contrata con el Centro al que presta sus servicios o simplemente se utilizan los medios del Centro en que se está asegurado, voluntaria u obligatoriamente; o cuándo se está ante un estado de necesidad, en que la no asistencia puede aparecer cuando menos como omisión del deber de socorro).

En ambos casos es responsable el médico que incumpla sus obligaciones profesionales y ello basta. Tanto responsabilidad contractual como no, se rigen por los mismos principios de resarcimiento de daños morales y materiales. Es bastante indiferente la calificación de la culpa (7).

Año 1993, T. I, Madrid, 1994, págs. 398-399) califica esta situación, cuando tras accidente se asiste espontáneamente a persona inconsciente, como gestión de negocios sin mandato, regido por los artículos 1.888 y siguientes del Código Civil, lo cual no me parece completamente seguro, pues la salud del enfermo no es un negocio civil.

(7) El TS mantiene modernamente un sistema muy flexible en sede de concurrencia de acciones y de normas. Como dice SANTOS BRIZ, cuando el mismo hecho constituya incumplimiento de una obligación y sea acto ilícito, el perjudicado podrá elegir entre invocar el artículo 1.902 o las normas contractuales infringidas.

La Sentencia de 27-9-94 condena a los facultativos demandados por conducta negligente pues se anestesió al paciente, pese a padecer infección en vías respiratorias altas. También se condena a la Cruz Roja de quienes dependían laboralmente los facultativos, los cuales no fueron elegidos por el perjudicado y sí por la entidad, no existiendo contrato directo con los mismos. Se absuelve, sin embargo, a la aseguradora Asissa, de quienes no dependían los médicos, y que sólo tenía un concierto de asistencia en este Centro para sus asegurados. Y ello en base al artículo 1.903 del Código Civil.

No importa se trate de un supuesto de responsabilidad contractual o no pues, como han declarado las SSTS entre otras de 6-10-92, RA 7529, y 15-2-93, RA 7711, «aún cuando un hecho dañoso sea violación de una obligación contractual, y al mismo tiempo del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades

3. Naturaleza de las obligaciones asumidas y significado de la lex artis

Se nos muestran dos situaciones diferentes:

1.^a Por lo general, *el médico no asume una obligación de resultado (es decir, de curar al enfermo, haciendo que recupere la plena salud) sino una obligación de medios o servicios*: prestar y proporcionar al paciente todos los medios y cuidados dirigidos a curar, según el estado de la ciencia médica y la *lex artis ad hoc* en cada caso concreto (cfr. v.gr. STS, Sala 1.^a de 12-7-88, 7-2- y 12-2-90, 11-3-91, 8-10-92, 13-10-92, 4-3-93, 15-11-93). En esta materia nuestra Jurisprudencia, según Santos Briz, ha estado muy influida por la francesa (*op. cit.*, pág. 404).

En cuanto a la elección de medios, Silva Sánchez (en *Avances...*, pág. 144 y ss.) pone de relieve la necesidad de estar al caso concreto y de tener en cuenta *frente al «principio de terapia más eficaz»* conforme a la práctica médica usual (dentro de todos los medios disponibles, remitiendo al enfermo a otro médico en caso de insuficiencia), *«el principio de libertad de terapia»*, con la debida información del paciente que consienta en el tratamiento, incluso dándolo por supuesto si tal terapia «propia» es más eficaz que la de costumbre, sobre todo en casos de urgencia.

2.^a Sin embargo, *cuando no esté ya desencadenado un proceso causal en marcha, es decir, no existe una previa enfermedad que se trata de remediar, de paliar o de curar (es decir, no está presente*

contractuales y extracontractuales, que da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente, u optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a aquéllos», y ello en favor del más completo resarcimiento del daño; siempre que en algún supuesto concreto no se revele «alguna incompatibilidad, como por ejemplo en materia de prescripción» (?).

También la STS de la Sala 1.^a de 22-2-91, RA 1587 nos dice que «en el supuesto de responsabilidad médica por asistencia prestada al enfermo concurren conjuntamente los aspectos contractual y extracontractual Sentencia de esta Sala de 7-2-90, RA 668». La STS de la Sala 1.^a de 15-3-93, RA 2276...

Precisamente la materia de la prescripción es la más conflictiva en este aspecto y por ello la propuesta de Directiva Europea de 1991 sobre responsabilidad del prestador de servicios propugna la unificación de los plazos de prescripción, los cuales reduce. No hay que olvidar que la acción por responsabilidad contractual prescribe a los quince años, plazo sumamente largo y la derivada de culpa prescribe al año. El cálculo del *dies a quo* ha acarreado numerosas dificultades.

un acto de asistencia «necesaria» para el sujeto, asumida por el mismo con fines curativos), las obligaciones del médico, sin asegurar el resultado, se aproximan más a garantizarlo.

Tal sucederá en presencia de actos o intervenciones tales como:

- la experimentación no terapéutica, la cirugía estética,
- los trasplantes de órganos desde el punto de vista del donante, la cirugía transexual y las esterilizaciones, objeto de regulación por el artículo 428 del Código Penal.

Adquiere entonces *mayor relevancia e importancia «el consentimiento informado»* del paciente, emitido por y como persona *capaz, consciente y libre*.

Son obligaciones del médico según la STS de la Sala 1.^a de 25-4-94, RA 3073 (un caso de vasectomía):

- utilizar los remedios conocidos que tenga a su disposición según las circunstancias de cada caso y la *lex artis* (la técnica normal requerida e imperante cuando ocurrió el hecho), con la diligencia propia de las «obligaciones de mayor esfuerzo» (Derecho sajón), por la trascendencia del acto (hemos de comparar la conducta del médico con la que otro profesional, en iguales circunstancias, hubiera observado, dada su titulación profesional y deber de pericia);
- informar al paciente o a sus familiares, siendo posible, del diagnóstico y del pronóstico y de los riesgos que comporta sobre todo la intervención quirúrgica; de los medios a su alcance (para facilitar la opción por otro Centro).
- continuar el tratamiento hasta el alta, advirtiendo los riesgos de su abandono;
- caso de dolencias crónicas, recurrentes o evolutivas, advertir de los análisis y cuidados necesarios para evitar agravación o recidiva. Se basa el TS en los niveles de la ciencia, insuficientes para curar ciertas enfermedades, y las imprevisibles reacciones del organismo de cada enfermo, aunque el tratamiento sea apto para curar en general.

En esta materia existe un fuerte entronque entre deontología médica y responsabilidad jurídica: el médico debe conocer las técnicas usuales y actuar con diligencia en cada caso al aplicarlas. El «in-

cumplimiento de los deberes de su profesión» es lo que marca la infracción de las normas de cuidado objetivo y la culpa o imprudencia, civil o penal en el plano del Derecho sustantivo. Sin duda serán sumamente significativos y útiles los Códigos de Deontología médica vigentes en los Colegios profesionales (8).

4. *Tipo de responsabilidad. ¿Objetiva o por culpa?*

A) En materia de culpa civil, la Sala Primera del TS, sostiene como *doctrina general* que, mediando un nexo causal aparente, o al menos *no excluido el nexo causal*,

— *se presume la culpa del causante del daño; se invierte la carga de la prueba a favor del perjudicado*: no le basta al demandado o causante del perjuicio con acreditar el cumplimiento de las medidas reglamentarias o legales si se revelan insuficientes, faltando algo por prevenir en el caso concreto (cfr. STS de la Sala 1.^a de 6-4-91, 12-12-93, 4-10-94).

Siempre puede probar el demandado el caso fortuito o la fuerza mayor.

— aparte de ello, el TS *está objetivando cada vez más la culpa civil fundándose en la teoría del riesgo, inherente al uso de determinados objetos o al ejercicio de ciertas actividades*, aunque no ha prescindido del todo del factor psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente (art. 3 del Código Civil).

(8) La STS de la Sala 2.^a de 10-3-59 (corte del pene) califica a *lex artis* como el conjunto de las reglas más elementales de la deontología médica, pues cuando al practicarla se aparte alguien de la observancia del deber, puede desembocar en verdaderos delitos contra las personas y en inequívocas formas de la imprudencia punible.

Para la STS de la Sala 1.^a de 23-2-94, RA 1257 (ATS que incide en el nervio ciático), si la responsabilidad en el ámbito sanitario no está en función del resultado, dada la especial naturaleza del organismo humano, sino de la adecuación de medios a emplear en el caso concreto, en tal aplicación se exige una especial atención, la cual ha de extremarse en respeto de la deontología profesional y obediencia a la *lex artis*. Hubo una negligente introducción de la aguja hipodérmica y falta de la debida atención ante el riesgo conocido de incidir en el nervio, fácilmente previsible.

La STS de la Sala 1.^a de 20-2-92, RA 1326 absolvío en cambio al demandado, pues efectuada la punción en sitio correcto, resultó que el nervio ciático estaba situado fuera del lugar en que anatómicamente es previsible su ubicación, anomalía que no fue advertida por el demandante al profesional.

Además hay casos tasados por la ley (energía nuclear, conducción de automóviles, etc.), en que sólo cabe al demandado —causante del perjuicio— probar la fuerza mayor extraña a la empresa o a la estructura del instrumento, o la culpa exclusiva de la víctima. No se exime de responder por caso fortuito ni por fuerza mayor «interna» (9).

(9) Tal y como se desprende de la STS de 26-3-94, RA 2537 «la tendencia a objetivar la responsabilidad extracontractual no ha revestido en nuestro Derecho caracteres absolutos que excluyan el principio básico de responsabilidad por culpa...». La responsabilidad por riesgo «exige que los daños generados sean consecuencia de actividades de suyo peligrosas o verdaderamente creadoras de riesgos de los que se beneficie su titular».

Según la Sentencia de 29-4-94, RA 2944 se sigue en nuestro Derecho un criterio culpabilista moderado por la doctrina del riesgo y la inversión de la carga de la prueba, sin carácter exclusivo. Se ha de seguir un criterio casuista en orden a la diligencia requerida. Para la STS de 20-6-94, RA 6026, la diligencia exigible supone que el autor del daño ha de justificar que en el ejercicio de su actividad obró con toda prudencia y diligencia, de modo a evitarlo. Existe en nuestro Derecho una moderada recepción del principio de responsabilidad objetiva, basada en el riesgo o peligro, presumiéndose la culpa del agente *iuris tantum*...

Con mayor precisión y cita de precedentes jurisprudenciales, la STS de 6-5-94, RA 3888, insiste en que,

- la responsabilidad por riesgo debe tener lugar en los casos de avance de la técnica, lo cual no puede predicarse en un supuesto todavía clásico como el de incendio propagado a propiedades colindantes, cuya causa se desconoce, sin que conste negligencia alguna por parte del propietario del local incendiado;
 - tampoco opera el principio de inversión de la carga de la prueba en todos los supuestos de daño extracontractual, aparte de que este principio tampoco excluye totalmente el de la culpa. Tal en los casos en que el demandado no realiza una actividad arriesgada o peligrosa *per se* (riesgos especiales) ni ilícita.
- Estamos ante un hecho imprevisible.

Para la STS de 9-7-94, RA 6302 (acción de subrogación de una compañía de seguros contra la titular del local desde donde se propagó el incendio y contra su aseguradora), la teoría del riesgo, mecanismo que junto con la inversión de la carga de la prueba atenúan, aunque no excluyen, el elemento culpabilístico, «es aplicable solamente a los supuestos de daños generados como consecuencia del desarrollo o ejercicio de actividades peligrosas» pero carece de aplicación «cuando se trate del ejercicio de una actividad inocua y totalmente desprovista de peligrosidad alguna...». En todo caso, atenuada o no la exigencia de la culpa, siempre es «requisito ineludible la exigencia de una relación de causalidad entre la conducta activa o pasiva (acción u omisión) del demandado y el resultado dañoso producido».

Nos dice la STS de 12-7-94, RA 6390, cómo la jurisprudencia ha conectado la inversión de la carga de la prueba con el riesgo o peligro que desarrolle la actividad del agente. (Cfr. el interesante trabajo del Magistrado Pedreira Andrade sobre el curso seguido por la doctrina del TS en «Evolución de la responsabilidad. Ampliación J. de la responsabilidad. Responsabilidad profesional. Vías Alternativas...», en *Recopilación de Ponencias y comunicaciones*. Consejo General del Poder Judicial del año 1993, Madrid, 1944.)

Sin embargo, *en materia de responsabilidad de médicos en vía civil, la Sala 1.^a del TS sigue anclada en el concepto tradicional de culpa en sentido subjetivo (STS de 13-7-87, 12-2-88)* y estima que no existe:

- ni inversión de la carga de la prueba (STS, Sala 1.^a de 26-5-86, 7-2-90, 28-2-90, 8-10-92, 13-10-92, 2-2-93, 15-3-93, 15-11-93), de modo que el demandante ha de probar el nexo causal y la culpa del médico, extremos íntimamente relacionados entonces;
- ni responsabilidad objetiva por el resultado dañoso, a virtud de la teoría del riesgo.

En materia penal con mayor razón se imponen estas mismas consideraciones.

Sin embargo, cuando es seguro que no ha intervenido otra causa externa o que no han mediado complicaciones imprevistas en una operación quirúrgica, puede presumirse un leve descuido, pese a la carga general del perjudicado de probar la culpa (cfr. STS, Sala 1.^a de 12-2-90).

Desde luego, cuando ha podido intervenir y se prueba *prima facie* la culpa en su sentido subjetivo, la misma ha de medirse y valorarse con criterios objetivos, pues esta medida es la que impone la «exigibilidad» de una conducta diferente (art. 1.104 del Código Civil), se ha de comparar la conducta del médico con la que en las mismas circunstancias hubiera tenido un profesional diligente y del mismo nivel de preparación requerido (STS de 9-4-63); no es exigible vencer dificultades rayanas en la imposibilidad de superarlas (STS de 9-11-49) (10).

Con un sentido de gran generalidad la STS de 26-9-94 nos dice que «desde la conocida sentencia del año 1943, se ha evidenciado la necesidad de matizar el artículo 1902... Se ha introducido la doctrina del riesgo, en base a la cual se desarrolla a su vez el criterio de la responsabilidad objetiva, pero dicho criterio no ha llevado a la doctrina jurisprudencial a la conclusión de que exista responsabilidad sin culpa». Debe haber negligencia siquiera sea mínima. «Esa doctrina del riesgo y de la responsabilidad objetiva ha servido para invertir la carga de la prueba... pero en nuestro ordenamiento no es admisible la responsabilidad extracontractual sin culpa.» En parecido sentido la STS de 5-10-94, RA 7453, para la cual si bien la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad, tal cambio se ha hecho moderadamente, sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir ni excluir de modo absoluto el principio de responsabilidad por culpa.

(10) Estamos ante un largo debate, no totalmente resuelto como dice el Magistrado PEDREIRA ANDRADE: «en los siglos XVIII y XIX existía una fuerte tendencia a man-

Expresa la STS de 29-3-94, Sala 1.^a, RA 2305: «en la conducta de los profesionales sanitarios no sólo queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva según doctrina constante de la Sala, sino que tampoco, conforme a criterios jurisprudenciales, opera la inversión de la carga de la prueba admitida para los daños de otro origen, estando por tanto a cargo del paciente la prueba de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa ya que a la relación material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico... que puede manifestarse a través de la negligencia omisiva de la aplicación de un medio (Sentencia de 7-6-88) o más generalmente en una omisión culposa (Sentencia de 22-6-88)...».

En parecido sentido la Sentencia de 1-6-94, RA 4507. La de 7-6-94, RA 4897, absuelve al médico y a la clínica por ser riesgo previsible pero inevitable la infección postoperatoria, producida en la paciente por la bacteria *clostreidium perfringens*. No existen técnicas profilácticas capaces de erradicar el riesgo de su nociva acción y la clínica, a diferencia del caso resuelto por Sentencia de 15-2-93 disponía de «toda clase de medidas asépticas e higiénicas».

La STS de 22-7-94, RA 6581, estudia ampliamente el artículo 28, 1 y 2 de la Ley 26/84 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (el párrafo 2 menciona los servicios sani-

tener la irresponsabilidad del médico (todavía Marañón en el siglo XX pretende proponer esta tesis). Sin embargo se ha evolucionado a una creciente admisibilidad de la responsabilidad civil derivada de la asistencia sanitaria, sobre todo en el Derecho judicial norteamericano, que aplica la regla *res ipsa loquitur* y establece deber de diligencia y consentimiento informado» (*op. cit.*, pág. 446).

La propuesta de Directiva de la Comunidad Europea («B.O. de las Comunidades» de 19-1-91) sobre responsabilidad del prestador de servicios afecta a la responsabilidad médica; impone la responsabilidad por culpa como irrenunciable, pero propugna la inversión de la carga de la prueba, lo cual ha sido objeto de numerosas críticas.

Para PEREIRA ANDRADE, la responsabilidad médica tiende a ensancharse pues, aun reconociendo los riesgos que entraña el ejercicio de la medicina, es preciso proteger al perjudicado «cuando se opera el resultado lesivo sin ninguna justificación razonable» (pág. 449). Para este autor la jurisprudencia española resulta excesivamente conservadora pues cuando «se opera un daño no razonable y se demuestra la existencia de nexo causal, no resulta equitativo jurídicamente pretender imputar la carga de la prueba y la exigencia de demostración de concurrencia de culpa exclusivamente a la víctima o perjudicado» (pág. 455).

Sin embargo, establecer que un daño «no está razonablemente justificado» supone un juicio de valor ya de por sí necesitado de prueba a cargo del actor. En la práctica además, el profesional sanitario demandado, aunque esté favorecido por la «presunción de caso fortuito», sin duda propondrá, frente a la imputación de culpa, las pruebas o contrapruebas conducentes a excluirla de cualquier sospecha.

(artículo 27). Califica esta normativa de ley marco fundamentalmente administrativa y sancionadora, que se ha de poner en relación con las restantes normas sustantivas y en especial con el artículo 27. No cabe admitir que se consagre un principio de responsabilidad institucional hospitalaria de carácter objetivo. En este campo ha de concurrir el factor culposo o negligente prevenido en los artículos 1.101 y 1.902 del Código Civil.

La Sentencia de 29-7-94, RA 6937, descarta la aplicación de un criterio objetivo, en relación a los médicos, fundado en la Ley citada 26/84 : se ha de acreditar una clara negligencia por parte de quien presta los servicios médicos, que originan una obligación de medios y no de resultados por ser arrendamiento de servicios. Muy claras al respecto son las SSTS de 12-7-94, RA 6730, la de 24-9-94, RA 7313, y la de 26-9-94, RA 7303.

Para la STS de 10-10-94, RA 7475, el contrato médico-hospitalario no es de resultado sino de medios..., la culpa no se desconecta de su subjetividad...«los médicos no cuentan en su disponibilidad científica la facultad y menos el poder de curar con absoluta exactitud y seguridad», sin perjuicio de exigir con el mayor rigor su propia diligencia, preparación y atención continua. No se ha probado el incorrecto funcionamiento del Centro médico.

En similar sentido se expresa la STS de la Sala 2.^a de 31-5-94, RA 4408 ante una embolia pulmonar sobrevenida tras una intervención quirúrgica, debida a complicaciones habidas en la interrupción voluntaria del embarazo. Se trata de un evento previsible y temido en todas las operaciones, sobre todo las abdominales. Aplicados todos los medios y utilizada la *lex artis*, no existe responsabilidad médica. Ni el resultado es efecto directo de la acción médica ni estamos ante un supuesto de causalidad acumulativa.

Parte de la doctrina (cfr. O'Callaghan, *Revista Colex de Estudios de Jurisprudencia*, año, I, núm. 3) ha criticado esta posición del TS como discriminatoria. Me parece, sin embargo, que la misma está justificada por poderosas razones.

1.^º Si ha precedido un verdadero contrato entre médico y paciente, no creo que pueda tratarse el caso como en las obligaciones bilaterales de dar o de obtener un resultado, como efecto de lo que se está obligado a hacer; es muy parecido al de compraventa el contrato de obra, cuando el contratista pone los materiales.

En estos contratos, de resultado en realidad, si el mismo no se proporciona por el obligado a la otra parte, se presume *iuris tantum*

incumplida la obligación, se presume la culpa (la actuación humana es voluntaria, como dice O'Callaghan en *op. cit.*) y a veces hasta se presume el daño en nexo causal, salvo prueba contraria del caso fortuito (Así, Bueres y Santos Briz, *op. cit.*, pág. 415).

En estos supuestos, *el incumplimiento de la obligación, extremo a probar por todo demandante, es objetivamente detectable al faltar el resultado prometido y por tanto, faltando el resultado se presume incumplida la obligación*: la cosa no se entrega o no se entrega el precio en la compraventa; la obra contratada no se entrega o está mal hecha...

En cambio (y por contra de lo que opina el antes citado autor), *en las obligaciones de hacer o de prestar un servicio, sin garantizar (por completo al menos) el resultado, todo demandante ha de probar que se incumplieron las obligaciones en que el servicio consistía*. Este incumplimiento no puede detectarse, en el caso de los médicos, «*ante los riesgos siempre inherentes a toda enfermedad y a la constitución corporal*», exclusivamente por los resultados finales. Tales riesgos son *los que cubre precisamente el consentimiento del paciente o de sus familiares, o el estado de necesidad y de urgencia para evitar males mayores*. Existe un factor de inseguridad mayor que en otras actividades (11).

Este razonamiento tiene su excepción para cuando se haya contratado con el profesional sanitario un contrato de obra: caso de colocación de prótesis, realización de análisis clínicos, y en menor medida —según creo— de cirugía estética, casos en los cuales, a falta de la obra prometida, o siendo sumamente defectuosa, no sólo no hay obligación de pagar honorarios sino que puede darse lugar a indemnización de daños.

2.^º En la culpa *extracontractual* se *infringe el principio general de alterum non laedere*: a daño causado, culpa presumida, salvo que pruebe el demandado el caso fortuito, la fuerza mayor o la culpa exclusiva de la víctima, no bastando probar la observancia de precauciones reglamentarias si se han revelado insuficientes.

En cambio, en materia de responsabilidad sanitaria:

(11) Curiosamente, respecto de otro profesional como el Abogado, la STS de la Sala 1.^a de 5-7-91 no aplica la inversión de la carga de la prueba a la conducción de un pleito que perdió.

a) No debe presumirse la culpa del médico, invirtiendo la carga de la prueba.

Quien causa daño a otro suele incumplir obligaciones legales preexistentes, establecidas en los reglamentos, v.gr.: de la conducción, de la seguridad e higiene en el trabajo, etc., o derivadas del sentido común; la actuación conforme a reglamento o sentido común evita los riesgos con una cierta seguridad; por ello, en beneficio del perjudicado se presume la culpa, salvo caso fortuito a probar.

Tales obligaciones preexistentes derivan de que se está regulando una actividad peligrosa para los demás, cuyo ejercicio se permite o tolera en interés general, pero que se desarrolla en interés sobre todo particular.

Pero, aparte de que no es precisamente peligrosa en beneficio propio la actividad médica, *el ejercicio de la profesión no garantiza resultados objetivos* y su actividad es socialmente útil y necesaria; luego es preciso probar el incumplimiento de las obligaciones profesionales de médico, *ante el factor de riesgo siempre existente* (a virtud de la inexactitud e inabordabilidad total de la ciencia médica y la naturaleza de las cosas), asumido en cualquier caso por el enfermo.

Es el paciente quien ha de probar el exceso sobre el riesgo permitido. Es preciso demostrar el incumplimiento de las obligaciones médicas y la relación de causalidad precisamente existente entre la muerte, agravación de la enfermedad o contracción de otra derivada.

Desde otro punto de vista, es preciso demostrar que el médico actuó con impericia o negligencia y que el mal resultado fue previsible y evitable, es decir, que no fue efecto del riesgo inherente o inseparable al curso de cualquier enfermedad o intervención necesaria. Es preciso probar una deficiente actividad médica o la omisión causal de actuaciones necesarias y capaces de haber evitado el resultado lesivo.

Incluso cuando se actúa (en relación extracontractual), *en supuestos de estado de necesidad o de urgencia donde el paciente no preste su consentimiento*, o cuando se trata de un médico de la SS o de una entidad privada de seguro, éstos sólo asumen las obligaciones derivadas de su profesión y en cierto modo preestablecidas. *Nemo ad impossibilia tenetur.*

Aparte lo dicho, desde el punto de vista procesal, *invertir la carga de la prueba supondría para el médico decirle*: «pruebe usted, que utilizó todos los medios necesarios para evitar el resultado producido y que cumplió con todas sus obligaciones», *prueba diabólica* en verdad y denegación de justicia.

La postura contraria comportaría *infracción del principio de presunción de inocencia en el proceso penal*. También, *creo, en el proceso civil*, al estar ausente la teoría del riesgo (fundamento de la inversión según STS de 30-6-93). Tal postura sería contraria al artículo 24 de la CE.; las obligaciones médicas no dejan de ser bastante difusas en gran número de casos.

b) En los casos de responsabilidad propia y verdaderamente objetiva por riesgo, no es que se presuma la culpa, sino que sólo excluye la responsabilidad civil la prueba de la fuerza mayor o la culpa exclusiva de la víctima, dada la magnitud del peligro puesto en marcha, por más que los controles reglamentarios traten de evitar el riesgo.

Pero *el médico al curar o un profesional al actuar, no ponen en marcha actividades peligrosas en su beneficio* (aparte la estricta remuneración debida), sino que, al contrario, actúan *en beneficio del enfermo o para evitar un mal mayor* cuando una intervención quirúrgica arriesgada está indicada. La actividad del médico no sólo es *social o económicamente útil* (al modo de la actividad automovilística, la energía nuclear en discusión, etc., por lo cual se permite el riesgo controlado que conlleva), sino *necesaria para evitar males mayores; el riesgo que comporta deriva en último extremo de lo inevitable: la fatal mortalidad del hombre*.

No podemos a mi juicio estar ante algún tipo de responsabilidad objetiva, basada en el principio del riesgo, pues el médico no ejerce una actividad empresarial, ni pone en juego actividades o instrumentos peligrosos (aunque el riesgo esté en cierto modo controlado y permitido) que le produzcan un beneficio con riesgo para los demás; por tanto no debe pechar con los perjuicios que ocasione, aun sin culpa suya, asumiendo como «coste empresarial» los efectos del riesgo.

Cuando la actividad médica no parece como necesaria, puesto que no existe un proceso causal de enfermedad en marcha (caso de la cirugía estética, experimentación no terapéutica, trasplantes, etc.), el consentimiento informado del paciente, capaz, consciente de los

riesgos que corre al alterar los mecanismos corporales, y libre, cubre el peligro y el posible fracaso inherente siempre a la naturaleza humana, aunque en este aspecto la exigencia de responsabilidad es mayor como veremos.

El paciente es quien suele elegir a tal médico y no a otro diferente: es el enfermo quien elige médico y no viceversa. Si no tiene la opción de elegir, es el Centro u Organismo público quien ha de responder por «su» deficiente elección o vigilancia.

5. ¿Seguro obligatorio?

Desde las anteriores consideraciones, es dudosa la necesidad y aun la conveniencia de presunto seguro «obligatorio». El artículo 75 de la Ley del Contrato de Seguro encomienda al Gobierno la implantación de seguros obligatorios para determinadas actividades. Un vez implantado, la Administración no la debe autorizar sin que el interesado acredite haberlo contratado y la falta de seguro en el ejercicio de tal actividad es sancionable administrativamente.

Pues bien, el seguro obligatorio tiene sentido y se ha implantando, en los casos en que el agente ha de responder civilmente por caso fortuito o fuerza mayor (energía nuclear, transporte aéreo, caza, automóvil por lo que respecta a daños personales) o incluso aquellos casos en que se presume procesalmente la culpa salvo prueba del caso fortuito (daños materiales producidos en la conducción de automóviles).

No sucede lo mismo tratándose de la actividad médica pues ni se presume la culpa del médico ni está invertida la carga de la prueba, ni menos se responde por caso fortuito o fuerza mayor que hemos llamado interna. Es el enfermo quien en las debidas condiciones de información siempre asume ciertos riesgos «derivados del azar», no imputables al médico ni a la ciencia médica, incluso en los casos de verdadero estado de necesidad, y máxime cuando no está presente una finalidad curativa.

Desde este punto de vista mi opinión personal es que no hace falta la implantación de un seguro obligatorio médico. Aparte de que tal implantación podría acarrear un *cambio de mentalidad* en la actitud *de los pacientes*, más inclinados a demandar ante la existencia del seguro; incluso en la actitud *de los jueces* quizás más inclinados,

inconscientemente al menos, a «dar la razón» a los enfermos con tal de que compensen de algún modo los perjuicios aducidos.

Es significativo al respecto que sólo en materia de ensayos clínicos no terapéuticos (cfr. art. 62 de la Ley 25/90 del Medicamento sobre «aseguramiento del ensayo»), se exija la contratación de un seguro a favor del que se somete al experimento. Se presume que los perjuicios derivados incluso en el año siguiente se deben al ensayo.

También la disposición final segunda de la Ley de Productos defectuosos, ha modificado el artículo 30 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, permitiendo al Gobierno la implantación de un sistema de seguro obligatorio y de un fondo de garantía que cubra los daños consistentes en muerte, intoxicación o lesiones personales, derivados de productos o servicios defectuosos (12).

Cuando exista un *seguro de responsabilidad civil*, el perjudicado puede dirigirse directamente contra la Compañía de seguros, ex artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro. El asegurado está obligado a manifestar al perjudicado la existencia del contrato y su contenido (13).

(12) Nos dice PEREIRA ANDRADE cómo «la Administración pública hospitalaria española ha optado por un sistema de seguro de responsabilidad civil de los profesionales sanitarios, en el que incluso se otorga cobertura a la responsabilidad objetiva. Con ello se consigue una mayor flexibilidad y rapidez...» a la hora de cobrar la indemnización, dado el anquilosamiento de la Administración y la lentitud de la Justicia (*op. cit.*, pág. 453).

(13) Se han producido interesantes pleitos, a propósito de ciertas cláusulas oscuras y pretendidamente exoneradoras de la responsabilidad, contenidas en los seguros colectivos que realizan los Colegios Médicos o los hospitalares. Tales cláusulas han de ser miradas con gran cautela, según se desprende del artículo 3.^º de la Ley del Contrato de Seguro de 1980, siempre que no estemos ante supuestos de clara exclusión y delimitación del riesgo.

Las SSTS de la Sala 1.^a de 20-3-91 y 23-4-92, como dice Santos Briz, han establecido la responsabilidad de la aseguradora en el supuesto de conocerse los efectos del siniestro después de concluido el plazo de vigencia de la póliza. No podía ser eficaz la cláusula mediante la cual se pretendía que la reclamación se hiciese a la Compañía dentro del período de vigencia de la póliza pues nadie se obliga a hechos imposibles y puede que los efectos del siniestro se conocieran después del período de vigencia de la póliza. Estamos ante una cláusula lesiva para el asegurado quien ha pagado la prima correspondiente.

Lo mismo se diga de un siniestro acaecido y comunicado en el plazo de la póliza, habiéndose producido la reclamación con posterioridad (*op. cit.*, pág. 421 y 422).

6. *La prueba de la relación de causalidad y de la culpa del médico ante la presencia del «fracaso»*

Como dice Santos Briz, «la responsabilidad médica sólo llegará hasta donde el curso causal pueda ser dirigido y dominado por la voluntad» (*op. cit.*, pág. 408), si bien es lo inevitable más que lo imprevisible lo que descarta cualquier responsabilización, ya que previsible puede ser cualquier eventualidad, la cual es forzoso por demás tener en cuenta para evitarla en la medida de lo posible. El nexo causal se rompe *v.gr.* por procesos infecciosos sobrevenidos casualmente, sin conexión con la operación o tratamiento realizados (STS de 25-1-65 y 21-3-50).

En esta materia, *relación de causalidad y culpa están estrechamente unidas*, a virtud de lo expuesto, pues es la imprudencia médica, el incumplimiento de las obligaciones profesionales y de la *lex artis*, lo que debe desencadenar el curso causal determinante de la producción (en casos de cirugía estética y asimilados) o agravación de la lesión (en supuestos de previa enfermedad).

Sin embargo ante la existencia de lo que llamamos al principio fracaso médico aparente, y que en realidad supone un nexo causal *prima facie* desvelado, todo investigador a posteriori de la relación de causalidad (perito médico, Juez o Fiscal), ha de proceder al revés: ha de partir del resultado final para conocer las causas determinantes del mismo.

Ha de separarse con cuidado, fuera de los casos de clara ruptura del nexo causal:

- lo que es atribuible al curso «fatal o lesionante» de muchos procesos corporales ya desencadenados o que desencadena, de modo inevitable (más que imprevisible), la intervención necesaria o requerida del médico,
- de lo que es achacable, como se dijo al principio a indebida actuación del médico o a su indebida omisión.

La mera intervención del médico no puede ser considerada como es obvio causa de la agravación de la enfermedad, cuando precisamente se tendía a restablecer la salud o a realizar una obra en todo caso humanitaria. También puede haber concurrido a la causación del daño, como dice Santos Briz, «el mal estado de los elementos empleados, la falta de mantenimiento adecuado...». También tiene a veces parte la culpa del enfermo o la intervención de terceros, lo

cual puede que rompa total o parcialmente el nexo causal (*op. cit.*, pág. 408). Todos estos factores habrán de ser considerados por el perito médico.

1) En casos difíciles y problemáticos, la teoría de la equivalencia de las condiciones se revela insuficiente: no es posible afirmar en muchos casos con completa seguridad que «prescindiendo *in mente* de cierta y determinada intervención médica, tal y como tuvo lugar, el resultado no se hubiera producido»; o lo que es igual, que «habiéndose realizado la intervención del modo que ahora se propone, el resultado no se hubiera producido».

No es posible descartar del todo otras múltiples posibles causas. Es muy difícil establecer con criterios de ciencia médica (inexacta e insegura, máxime aplicada a hechos históricos no bien conocidos), que no intervinieron otras causas o factores, además de la actuación médica, como desencadenantes del resultado y que este sólo se debió a la deficiente actuación médica (14).

Para la famosa STS de la Sala 2.^a de 22-4-92 (Aceite de colza), cuando la existencia de una ley causal natural no es aceptada de manera general o no se estima probada por todos los científicos ¿bajo qué condiciones puede tener el Juez por probada la causalidad? Se invoca la decisión sobre la Talidomida del Tribunal de Aquisgrán y la Sentencia del B.G.H alemán de 6-7-90. Lo que importa es que quede probado que el producto es el causante del daño, aunque no se conozca el mecanismo causal y el fundamento último de la causalidad.

Lo importante es que sea posible descartar (comprobado un hecho en número considerable de casos similares) que haya podido ser causado por otras causas diversas de la acción de los acusados. La STS de la Sala 2.^a de 1-3-93, RA 1884, se remite a la sentencia de la colza para decir que en la verificación de los cursos causales, basta con criterio lógico «la exclusión racional de otras posibilidades para establecer la imputación objetiva». No es posible determinar qué condiciones (negativas, infinitas), estando presentes, hubieran evitado el resultado...

(14) Estamos ante el eterno problema de la causa necesaria y suficiente, o relativamente suficiente en un contexto en que el complejo de condiciones en su conjunto apareció como necesario en el caso concreto. Basta este tipo de condición para ser considerada como causa natural (cfr. trabajo de DANIEL GONZALEZ LAGIER en *Revista Poder Judicial* de marzo de 1994, pág. 83 y ss. Son de interés para el jurista las aportaciones del filósofo finlandés Von Wright...).

Desde esta panorámica, las dificultades del informe pericial son enormes.

Desde un punto de vista subjetivo, por el riesgo siempre presente de corporativismo; desde el punto de vista objetivo, porque se ha de reconstruir un proceso histórico, partiendo de unos hechos (que el perito ha de considerar como hipótesis de trabajo), a fin de inferir a partir de ello otros hechos y establecer ciertas conclusiones (por ejemplo, el caso fortuito o la culpa activa u omisiva del médico), teniendo en cuenta la multiplicidad de causas que han podido intervenir en el resultado final, eligiendo o descartando precisamente la culpa médica como causa principal o eficiente.

A veces la misma interpretación de los hechos iniciales e indiciarios, propiamente históricos, depende de la apreciación pericial (lectura o significado del diagnóstico o del pronóstico, de los cuidados empleados, etc.). Es difícil en ocasiones determinar el resultado producido *a posteriori*, cuando *v.gr.* la autopsia es tardía. Aparte de ello, aun cuando nos conste «el mal hacer» del médico, puede haber ocurrido que la agravación, de la muerte o del daño final en definitiva, se haya debido de todos modos a causas inevitables, radicantes en la constitución corporal del enfermo.

Cuando ha precedido una indebida acción médica según la lex artis de modo comprobado (un «aumento del riesgo permitido» de modo jurídicamente desaprobado o «un actuar precedente peligroso»), habrá un alto grado de probabilidad al menos de que el resultado se deba a su actuación y ello es suficiente para imputar objetivamente el resultado. En estos casos creo que la carga de la prueba del caso fortuito corresponde al médico acusado o demandado.

Tal comprobación previa será lo difícil en muchas ocasiones de establecer a través del dictamen pericial. Dados unos resultados, éstos han podido deberse a múltiples causas que no sean precisamente el mal hacer o la omisión del médico... Si estas otras causas son poco probables o muy raras, estaría fundada la condena en la alta probabilidad de la indebida actuación médica. Si estas causas se limitan a concurrir junto con el «mal quehacer médico» influyente en el resultado, tampoco hay exención de culpa desde luego.

En este sentido creo que deben interpretarse ciertas declaraciones, inquietantes si se las aísla de los hechos probados, con-

tenidas en la STS de la Sala 1.^a de 27-9-94 (complicaciones postoperatorias, debidas a la anestesia por haberse realizado en paciente con infección en vías respiratorias altas). Dice así: «si los demandados quieren eludir su responsabilidad alegando que ocurrió un caso fortuito desfavorable, es evidente conforme al precepto legal invocado (art. 1.214 del Código Civil, carga de la prueba) que ellos han de probar ese hecho que impidió el éxito de la operación». La conducta de los demandados fue negligente, «y ello tanto dentro de un concepto clásico de la culpa, como la concibe el artículo 1.104 del Código Civil, como dentro de un concepto más moderno que atiende al efecto social o repercusión sobre derechos ajenos protegidos por normas frente a conductas, que aun sin ser culposas en sentido clásico (omisión de las diligencias exigibles según las circunstancias), lo son en sentido de conductas antijurídicas lesivas de intereses y derechos ajenos».

Según STS de la Sala 2.^a de 13-10-93, RA 7380, «el juicio de imputación objetiva exige dos elementos: la existencia de relación de causalidad natural entre acción y resultado; y que el resultado sea expresión del riesgo creado y del fin de protección de la norma, de suerte que es objetivamente imputable *un resultado que está dentro del ámbito de protección de la norma penal, que el autor ha vulnerado mediante una acción creadora de riesgo o peligro jurídicamente desaprobado*». En los cursos causales acumulados, hipotéticos, irregulares o complejos, sólo las causas sobrevenidas (generalmente una acción u omisión ilícita dolosa o culpa de tercero o de la víctima) excluyen la causalidad.

Según STS de la Sala 2.^a de 21-12-93, RA 9589, no sólo se ha de acreditar la relación de causalidad según las leyes naturales sino que la realización de la acción constituye un peligro jurídicamente desaprobado (ha superado el límite de riesgo permitido), y que el resultado es la concreción de tal peligro. La previsibilidad no es criterio adecuado para establecer el límite del peligro permitido, pues casi todos los resultados son previsibles respecto de un quehacer peligroso permitido.

La acción constituye un peligro desaprobado, cuando el autor es garante de un riesgo especial y eleva el riesgo de un modo relevante (guardia civil que hace una demostración de como utilizó antes la pistola estando cargada, etc.).

2) La dificultad sube de punto cuando se ha de determinar si la prestación de ciertos cuidados (omitidos indebidamente por el facultativo) hubiera evitado el resultado o desenlace dañoso.

— Bastará para ello que la omisión haya sido relevante, que haya producido un aumento o agravación del riesgo y que con alta probabilidad, los cuidados hubieran evitado el resultado para serle «objetivamente imputable», cuando queden descartadas otras posibles causas al menos con un fuerte grado de probabilidad.

Basta que la acción debida fuera capaz de evitar con toda probabilidad (probabilidad rayana a la certeza) el resultado; no se exige plena seguridad al respecto sin renunciar a exigir responsabilidad en muchos casos, cuando existe un claro incumplimiento de deberes profesionales.

— La dificultad estriba en situar *a posteriori* la relevancia de la omisión, pues nunca se pueden descartar otras posibles causas tanto en un mal hacer como en una omisión. Bastará a su vez con descartar con un alto grado de probabilidad, rayana a la certeza, estas otras posibles causas.

De todos modos, cuando ha precedido una omisión, por lo general culposa, el tema de la relación de causalidad se complica hasta límites insospechados. Siempre será precisa la posibilidad objetiva de que la acción debida, concreta y específica o individualizada, hubiera evitado el resultado prohibido. No parece sea aplicable a la comisión por omisión la teoría de la equivalencia de las condiciones, por tratarse de condiciones negativas, imposibles de calibrar con certeza y prácticamente infinitas; pero en todo caso es preciso que la acción hipotéticamente imaginada y exigible hubiera evitado el resultado con probabilidad próxima a la certeza. Al menos se requiere que la acción debida «por lo general y según la experiencia cotidiana» hubiera atajado el peligro y hubiera producido el resultado salvador a modo de contrafuerza (García Martín).

También se exige la capacidad individual o subjetiva de la acción, es decir, que tuviera el sujeto la real posibilidad de intervenir en el proceso causal evitando o disminuyendo el resultado. Dominio funcional del hecho.

3) *En los casos de verdadera duda (no se ha llegado a descubrir el mal quehacer médico o la indebida omisión de cuidados relevantes) se ha de absolver por el principio in dubio pro reo.*

De todos modos el dictamen pericial entra en libre valoración judicial, razonada y razonable. Para la «sentencia de la colza», antes citada, la valoración de la prueba es tarea del Juzgador de ins-

tancia y sólo accede a la casación en cuanto se infrinjan las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos. Frente a la tesis negativa o negativa matizada, se dice que el Tribunal puede aceptar el dictamen pericial más convincente de entre los discrepantes.

7. Concurrencia de intervenientes en el acto médico

Puede darse el caso de que además de la intervención del médico hayan interferido otros factores como coacusantes, o que haya sido decisivo y determinante como único factor causal la intervención de la víctima o de un tercero ajeno al médico.

A) La STS de la Sala 1.^a de 21-9-88 condena sólo al Insalud (único demandado) si hubo negligencia médica de sus *dependientes*.

— En igual caso puede encontrarse la persona física o jurídica que sea titular de cualquier Centro, público o privado, al que haya acudido el paciente, siempre que el médico o los facultativos dependan laboral o estatutariamente de aquél. Se aplica el artículo 1.903 del Código Civil basado «prácticamente» en una responsabilidad de carácter objetivo, pues es muy difícil probar que no se incurrió en culpa *in eligendo* o *in vigilando*. El Centro que haya pagado puede repetir lo que haya satisfecho del dependiente causante del daño ex artículo 1.904 del Código Civil.

Estamos en el caso de una responsabilidad solidaria principal y directa en la vía civil (STS de la Sala 1.^a de 22-2-91, RA 1597, para la cual el médico fue designado por la clínica y ésta participa, pues, de la responsabilidad contractual).

En cambio, en la vía penal, la responsabilidad del Centro, de carácter quasi objetivo, a tenor del artículo 22 del Código Penal es subsidiaria y mucho más peligrosa pues para el médico, cuyos bienes han de ser objeto de excusión y agotamiento (STS de la Sala 2.^a de 20-3-92 y 16-9-92). La relación de dependencia en vía penal se ha interpretado de modo flexible en beneficio de los perjudicados.

Creo que cuando se pretenda actuar en vía civil, en base al artículo 1.903, no parece, sin embargo, que sea demasiado procedente —en ejercicio del *ius variandi*— demandar sólo al responsable «principal», sin hacerlo también en relación al «dependiente», al

efecto de fijar la culpabilidad del mismo, base del artículo 1.903 en unión de la relación de dependencia. Se corre el riesgo de fijar una determinada culpabilidad sin audiencia del autor directo del daño. Aunque el TS, en vía civil, sabemos que no exige en estos casos el litisconsorcio pasivo necesario.

Si es el médico especialista el que ha sido contratado por el enfermo y éste elige la clínica o el Centro que le parece más adecuado, en principio el Centro no es responsable de los daños que se causen.

— No puede olvidarse tampoco que es indudable la responsabilidad del médico por los actos de sus auxiliares o dependientes, si no vigiló el cumplimiento de las órdenes dadas (*culpa propia*) o se sirvió de personal incompetente o negligente por él elegido (*culpa por actos de terceros* del art. 1.903 del Código Civil o 22 del Código). Si lo que ha existido es un contrato o acuerdo de colaboración con otro médico, habrá responsabilidad solidaria, en beneficio del perjudicado, cuando no sea posible individualizar el daño ni determinar su exacto origen.

Este tipo de responsabilidad en cadena se estima aplicable a los casos en que exista contrato previo, dada la insuficiente y defecuosa normativa de nuestro Código Civil en materia contractual (Santos Briz, *op. cit.*, pág. 417) (15).

— Todo ello, claro está, para cuando no se atribuya a la persona titular del Centro o a su Director Médico la responsabilidad o culpa exclusiva del daño. Pues puede ocurrir que *la culpa (contractual o no) resida enteramente en el Centro u Organismo público* por no tener los medios adecuados, siempre que estemos ante

(15) La STS de la Sala 1.^a de 29-6-90 establece la responsabilidad del médico, Rassa y Tesorería General de la Seguridad Social, pues la responsabilidad del empresario por culpa *in eligendo* o *in vigilando* es directa en vía civil y solidaria. La STS de la Sala 1.^a de 21-9-93 condena a dos médicos por culpa profesional, y al Insalud, a cuyo servicio estaban por culpa *in eligendo* o *in vigilando* ex artículo 1.903, 4, del Código Civil.

La STS de la Sala 1.^a de 27-9-94 condena a los facultativos demandados por conducta negligente pues se anestesió, pese a padecer el enfermo infección en vías respiratorias altas. También se condena a la Cruz Roja de la cual dependían laboralmente los facultativos, quienes no fueron elegidos por el perjudicado y sí por la entidad, no existiendo contrato directo con los mismos. Se absuelve, sin embargo, a la aseguradora Assisa, de quienes no dependían los médicos, y que sólo tenía un concierto de asistencia en este Centro para sus asegurados. En parecido sentido se había mostrado la Sentencia de 16-9-92.

operaciones de urgencia vital y exista escaso o nulo margen de elección y de disposición por parte del médico; o que el Centro le venga impuesto por el paciente o su compañía de seguros, que ya han realizado el correspondiente contrato con el Centro.

El titular del Centro a su vez puede haber contratado la actividad del médico mediante locación de servicios, aunque lo normal es que exista una dependencia estatutaria o laboral del médico en relación al Centro (16).

El médico en todo caso debe evitar el uso de instrumentos o aparatos que le consten deficientes; y, salvo urgencia vital, debe negarse a operar en condiciones o con medios inadecuados. Otra cosa haría incurrir en culpa no sólo al Centro sino al propio médico.

Si éste ignora excusablemente la defectuosa constitución o funcionamiento del instrumental, del cual hiciera un uso correcto, se rompe el nexo causal o mejor aún deriva la responsabilidad al fabricante o importador del producto y a quienes lo hayan mantenido como apto para ser usado, sin realizar los controles necesarios para verificar su conservación en buen estado. Santos Briz propone al respecto, la aplicación al propietario del aparato por analogía de lo dispuesto en el artículo 1.908 del Código Civil que establece una responsabilidad basada en gran medida en el principio del riesgo (*op. cit.*, pág. 419) (17).

B) Si la víctima o el perjudicado con su comportamiento tuvo parte en el daño habrá exención de responsabilidad o menor res-

(16) La STS de la Sala 1.^a de 12-7-88 absuelve a los médicos demandados, pero condena a la Seguridad Social por el conjunto de posibles deficiencias asistenciales. No se estima la excepción de falta de Jurisdicción pues se le demandó junto con otras personas. La STS de la Sala 1.^a de 15-2-93 condenó a la clínica (tras absolver al médico) por infección bacteriana sobrevenida a la operación, al no probar todo el cuidado necesario para evitarlo. Se dice que se ha desbordado el marco contractual y que entran en juego los artículos 1.902 y ss. del Código Civil.

(17) La STS de la Sala 1.^a de 22-2-91 incluye dentro de los deberes más elementales profesionales del médico el cerciorarse previamente del buen estado de conservación del instrumental que utiliza, aparte del adecuado uso del mismo. La STS de la Sala 1.^a de 5-5-88 declara la responsabilidad extracontractual de la entidad por permitir el uso de un aparato de oxígeno deteriorado y sin garantías, conducta ciertamente culposa. La STS de la Sala 1.^a de 12-5-88 declara la responsabilidad civil del médico director de la clínica por consentir se utilizara hilo de sutura que ya con anterioridad había provocado una infección tetánica.

ponsabilidad. Se tratará de supuestos por lo general de alta voluntaria o abandono del tratamiento tras ser informado del riesgo que ello conlleva. La culpa a *compensar* ha de interferir el nexo causal sin romperlo, siendo irrelevante la culpa previa antecedente de terceros (STS de la Sala 1.^a de 24-11-89 y 29-11-93) (18).

Sin duda puede en su caso (no es seguro, pues dependerá de otras circunstancias) disminuir la culpa del médico, la concurrencia de *condiciones en el Centro* «al cual sirve, sin haber sido elegido por él», cuando éste no disponga de los medios necesarios, o su organización no sea la más adecuada.

Pudiera haber por parte del médico deficiente elección del Centro; también un retraso culpable en el traslado a otro más adecuado cuando surja la complicación, siempre que el Centro no lo haya elegido o impuesto el paciente o su compañía de seguros.

Me parece injusto en estos casos establecer un principio de solidaridad sin fijación de cuotas-partes definidas, siempre que ello sea posible. Debería procederse al igual que en el proceso penal artículo 107, aunque no es la tónica habitual de la jurisprudencia.

C) La responsabilidad es solidaria en caso de *concurrencia de culpas*. Estas culpas pueden ser de distinto grado o equivalentes; o alguna de ellas ser tan grave que absorba y anule a las demás.

Cabe dirigir la acción contra el equipo médico, auxiliares, analistas, etc. Si se ha pedido la condena subsidiaria del Insalud ante un fallo del anestesista condenado, no cabe la condena solidaria (STS de la Sala 1.^a de 20-6-94, RA 6025) por deber de congruencia.

Aunque creo que siempre se ha de hacer lo posible por distinguir e individualizar las responsabilidades, máxime en el campo penal: para la STS de la Sala 1.^a de 23-3-93, hubo culpa del anestesista, no

(18) La STS de la Sala 1.^a de 30-7-91 redujo la indemnización impuesta al Centro y a una de las enfermeras, pues ante las imprevisibles reacciones del enfermo, los familiares (entre ellos se encontraba el perjudicado), se habían encargado de la vigilancia del mismo y no la observaron. No fue prudente tampoco delegar esta función en terceros.

La STS de 18-7-94, RA 6446, nos habla de la moderación de la responsabilidad, sea contractual o no, por culpa concurrente del perjudicado, como tema apreciable de oficio.

del cirujano ni de la clínica que eligió el propio cirujano, provista de medios y de la cual no dependía este último (19).

Las situaciones pueden ser muy variadas y no creo que sea demasiado útil tratar de sistematizarlas y agotarlas. Basta con la claridad de ciertos principios generales.

8. *La indemnización del daño causado.*

Cláusulas de exoneración o de limitación

A) Los daños a indemnizar son los realmente ocasionados, de tipo material y moral. El primero comprende el daño emergente y el lucro cesante (STS de 30-10-91). El daño moral unas veces se presenta en forma pura por afectar a los bienes inmateriales de la salud, honor, libertad y otros análogos, a modo de compensación de los sufrimientos del perjudicado (STS de 22-4-83) y en ocasiones se trata de daños morales indirectamente patrimoniales, como la perdida de ingresos del perjudicado por incapacidad (STS de 25-6-84 y 6-7-90).

En orden a la determinación del *quantum* no hay inconveniente en tomar como criterio orientativo las pautas establecidas por la Orden Ministerial de 5-3-91, aunque está referida a la valoración de los daños personales en el ámbito del seguro obligatorio de los vehículos de motor. Se han actualizado las tablas, por estar en función del salario mínimo interprofesional, por Resoluciones de 10-2-92, 1-2-93 y 20-1-94.

Las bases o conceptos de la indemnización, establecidas en la instancia son revisables en los recursos, incluido el de casación. También el *quantum* de la indemnización es revisable en el recurso de apelación. La cuantía concreta de la indemnización entra en libre valoración judicial de las instancias, siempre con respeto a las

(19) La STS de 6-10-94, RA 7465, condena solidariamente a cirujano, anestesista, dueño de la clínica donde tuvo lugar la intervención en concierto con el Insalud (pertenecía el paciente a la Seguridad Social como beneficiario) y al Insalud mismo. El Centro médico estaba escaso de medios adecuados y organizativos y se le aplica el artículo 1.902, aparte del 1.903, por la actuación de los profesionales de él dependientes, responsabilidad directa y no subsidiaria. Al Insalud que realiza una actividad privada se le condena por el hecho de actuar de modo concertado y por la actuación de los facultativos a su servicio.

bases de determinación, sin que ello sea revisable en casación (STS de 8-5-87, 22-12-90, 25-3-91, 9-1-91, 186-91, etc.) (20).

B) Dado que el bien jurídico de la salud, protegido en el artículo 43 de la CE, está conectado con los derechos fundamentales a la vida e integridad física (art. 15), y éstos tienen el carácter de irrenunciables de modo que en ningún caso permiten o legitiman actuaciones «positivamente lesionantes» de un tercero culpable, la doctrina estima contrarias a la moral y al orden público (art. 1.255 del Código Civil) aquellas cláusulas por las cuales se renuncie anticipadamente a la acción para hacer efectiva la responsabilidad, no sólo procedente del dolo (art. 1.102 del Código Civil), sino también de la culpa. Lo mismo se diga de las cláusulas que exoneren o limiten la responsabilidad, contenidas en los contratos que se realicen con los Centros públicos o privados.

Por otra parte, la situación de necesidad en que suelen encontrarse los enfermos, hace sumamente sospechosas este tipo de cláusulas, desde el punto de vista de la libertad del consentimiento, por lo cual generalmente estaríamos ante cláusulas viciadas por el dolo. Desde luego es preferible acudir a la nulidad de pleno derecho y considerar estas cláusulas como no puestas.

En parejo sentido se muestra la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios de 19-7-84, la cual, en su artículo 10,4, declara nulas de pleno derecho y no puestas, las condiciones y cláusulas de carácter general que no cumplan los requisitos que preceden. Están tachadas de ilicitud las cláusulas abusivas, las limitacio-

(20) Sobre esta materia puede verse el interesante trabajo del Magistrado Casero Alonso («La reparación del daño: criterios de valoración») en la publicación del Consejo General del Poder Judicial *Recopilación de Ponencias y Comunicaciones del año 1993* (Tomo I, Madrid, 1994, págs. 531 y ss.). Propone este autor una reducción progresiva de las indemnizaciones por daño moral en caso de incapacidad temporal antes de la consolidación de las secuelas, para tener en cuenta la mejoría del enfermo. Así se hace en Derecho anglosajón. En la actualidad se suele fijar una cantidad igual por día de curación.

Se muestra contrario a la actual compatibilidad entre responsabilidad civil y laboral, proponiendo el descuento de las prestaciones de la Seguridad Social, para evitar un enriquecimiento injusto (si bien el tema sea discutible, habida cuenta de que las prestaciones de la Seguridad Social derivan de un seguro que paga en parte el afectado). Resalta las ventajas e inconvenientes del sistema de capitalización o de renta periódica, la dificultad de valorar los perjuicios estéticos, y estudia especialmente la indemnización como deuda de valor, con las dificultades que representa su fijación tanto en la demanda como en la fase de ejecución de sentencia, ante la necesidad de contar con el principio de congruencia.

nes absolutas de responsabilidad, la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario y la imposición de renuncias a los derechos del consumidor o usuario (art. 10, 1, c) n.º 3.º, 6.º, 8.º y 10).

Por su parte el artículo 14 de la Ley de productos defectuosos de 6-6-94 declara la ineeficacia frente al perjudicado de las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad civil prevista en esta ley, tema que interesa desde el punto de vista del instrumental médico o de los aparatos utilizados.

Nada de ello impide que, una vez surgido en el patrimonio del afectado el derecho concreto a ser indemnizado, se renuncie al mismo: se renuncia a un derecho patrimonial, a diferencia de una renuncia anticipada que comportaría la abdicación de un derecho de la personalidad.

9. *Conceptuación penal de los hechos*

A) El delito de imprudencia temeraria es perseguible de oficio. Se castiga con prisión menor en relación con el menoscabo producido, lo que puede hacer disminuir la culpa (cfr. art. 565 del Código Penal).

La Sentencia de 6-4-93 estudia de modo completo con un sentido moderno la relación de causalidad, antecedente del juicio de imputación objetiva (basado en que el resultado está dentro del ámbito de protección de la norma penal vulnerada mediante una acción creadora de riesgo o peligro jurídicamente desaprobado, siendo el resultado la concreción de tal peligro), relación o nexo que no se rompe en los cursos causales complejos por causas preexistentes o precedentes.

Además se infringió, de modo antijurídico, el deber objetivo de cuidado (juicio normativo entre la conducta observada y la del hombre medio integrado por dos elementos: intelectual o de previsibilidad y valorativo cuando la acción está por debajo de la media socialmente adecuada) por no representarse el peligro que se genera con la actuación dolosa.

También se infringió de modo culpable el deber subjetivo de cuidado, referido a la capacidad personal de prever el resultado por su profesión, nivel de educación y circunstancias concurrentes en los hechos. *Idem* Sentencia de 13-10-93, RA 7380, la cual contiene un amplio estudio de la imputación objetiva y del deber

de cuidado. Condena por aborto a la mujer que de modo imprudente se incorporó al dar a luz y produjo la muerte del feto por choque contra el suelo.

Para la Sentencia de 28-1-94, RA 125, el dolo (Sentencia de 30-6-88, RA 5387), en los delitos de omisión consiste en tener conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar, y de la propia capacidad para realizar la acción, y en tomar la decisión de no actuar.

En los de comisión por omisión, el dolo comprende *además* el conocimiento de las circunstancias que determinan el deber de evitar el resultado. No forma parte del dolo la conciencia del deber de actuar que surge de la posición de garante.

Habrá culpa si, con negligencia, por infracción de las normas de cuidado, no se tuvo conocimiento de las circunstancias determinantes de la situación de hecho que genera el deber de actuar; o de la propia capacidad para realizar el resultado; o cuando el garante no logra impedir el resultado por la forma descuidada en que ejecuta la acción debida.

Hay dolo eventual cuando el obligado (teoría de la probabilidad o representación) conoce la posibilidad de que se produzca el resultado y se representa el máximo peligro o alto grado de probabilidad de que el resultado acaezca, con su omisión. Y ello frente a la teoría del consentimiento. El TS desde la Sentencia de la colza de 23-4-92, admite la primera teoría: hay dolo cuando el sujeto somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico. El dolo eventual no se excluye por la esperanza de que no se produzca el resultado o porque el resultado no sea deseado por el autor.

Para la importante Sentencia de 26-3-94, RA 2599, no hay delito autónomo de imprudencia temeraria sino realizaciones culposas de tipos en principio dolosos. Se caracteriza por la *infracción de deber de cuidado, o sea, la creación no voluntaria de un riesgo no permitido en conexión de antijuridicidad con el resultado*. No basta la previsibilidad para afirmar la tipicidad pues es previsible casi todo.

Tratándose de una omisión se exige la posición de garante: *posibilidad de dominio de la situación en que se produjo el resultado, es decir, posibilidad especial de influir sobre el peligro generado por una determinada fuente* (no se alude en esta sentencia a la imputación objetiva). Cabe según derecho, reconocer expresamente valor a la delegación de la posición de garante, si

se efectúa en personas capaces de ejercer la función con los medios necesarios, siempre contando con su aceptación.

Si media culpa profesional, es decir, «impericia o negligencia profesional», y se produce muerte o lesiones con los resultados previstos en los artículos 418, 419 (mutilaciones) o 421, 2.^º, la pena se eleva al grado máximo.

Puede elevarse en uno o dos grados, «si el mal causado fuera de extrema gravedad», es decir, si se han producido al menos varias muertes, etc., como efecto de la misma conducta.

Insiste más el TS en estos casos en la impericia (falta de conocimientos elementales y básicos propios de la ciencia o técnica médica, bien de origen, bien por falta de perfeccionamiento ulterior) que en la simple negligencia, aunque ésta podría ser de extrema gravedad y justificar la agravación (torpeza o descuido inexcusable conforme a la *lex artis*). Hay un plus sobre la imprudencia temeraria (21).

B) Si es menor la intensidad de la omisión y de la infracción del deber, podremos estar ante la imprudencia simple con o sin infracción de reglamentos (siempre que el resultado final no sea constitutivo de una «falta contra las personas», cfr. art. 586 bis del Código Penal).

Estamos ahora ante una «falta» perseguible al menos por denuncia del ofendido y no de oficio. Será muy raro que se pueda acusar nítidamente de «infracción de reglamentos».

(21) Es muy escasa su aplicación en el TS. Según la Sentencia de 26-6-80, se ha de apreciar con ponderación y medida y si cabe, restrictivamente, aunque con el rigor necesario. La Sentencia de 25-11-80 condena por imprudencia temeraria profesional al cirujano que tras una operación en la rodilla, frente a síntomas alarmantes generales, ordena calmantes como si se tratase de una anomalía psíquica, y al retirar el vendaje, pese a cuadros neuróticos, le da de alta, sin apercibirse de la presencia del tébanos. Para la Sentencia de 21-2-86, RA 910, la imprudencia profesional descansa en la ignorancia o impericia inexcusable.

Para la Sentencia de 1-12-89, RA 791/90, es imprudencia temeraria profesional el descuido grave en los «deberes técnicos» del profesional que determina un grave peligro. Médico anestesista que se ausenta tres veces y no hizo que los aparatos medidores tuvieran total fiabilidad, a sabiendas de sus efectos. Para la Sentencia de 12-5-94, RA 5313, no puede equipararse la negligencia profesional (más bien imprudencia del profesional) a la impericia, basada en la «grosera ignorancia de conocimientos técnicos del profesional, a modo de incapacidad técnica». No se comporta ni debe computarse imprudencia temeraria en casos extraordinarios y difíciles, por su mayor rareza.

Veamos algunas de las más interesantes sentencias que se han dictado en tiempo reciente:

La Sentencia de 17-7-82, RA 4693, condena por imprudencia simple con infracción de reglamentos (el de Régimen interior) al médico de guardia que no llama al especialista y decide personalmente que la niña, luego fallecida, no quede en la clínica para observación y tratamiento. Resalta cómo la medicina es una ciencia por definición inexacta así como por la interferencia de factores imprevisibles. Abordando el error de diagnóstico nos dice cómo lo que interesa descubrir al Juez es *si la conducta merece un reproche humano, más que científico*: puede ser más comprensible una infracción grave en un médico recientemente licenciado que una infracción leve en un famoso cirujano rodeado de medios; «lo decisivo para el Derecho no es el error científico en sí sino la causa humana del error». No vale el ojo clínico si se prescinde de comprobaciones objetivas elementales.

Para la Sentencia de 13-11-92, RA 9651, se ha de ver el caso concreto (medios, forma de la intervención) para comparar con la conducta ordinaria de la clase médica en similares circunstancias. *Simples errores diagnósticos o científicos no son punibles* salvo que sean de gran magnitud en comparación con el nivel medio de cualquier médico con preparación científica similar e iguales medios. Igual cabe decir de la precocidad del diagnóstico. En parecido sentido las SSTS de 22-12-86, 29-3-88 y 5-7-89.

Si el médico ha puesto los medios y conocimientos de que usualmente se dispone, queda excluida la culpa. Solo el diagnóstico sin reflexión, a la ligera, sin las comprobaciones necesarias, siendo el error inexcusable, hace incurrir en responsabilidad. La norma objetiva de cuidado se viola cuando se omite el tratamiento correcto y habitualmente aceptado, cuando se impone un tratamiento no indicado y erróneamente seleccionado o cuando se realiza el tratamiento contrariando la técnica curativa en uso (Soto Nieto, cit. por Santos Briz en pág. 406). No es exigible una extraordinaria pericia (Sentencia de 5 y 8-6-81) y es preciso atenerse al caso concreto (25-1-88, 5-7-89, etc., citadas por Santos Briz, pág. 407).

— La Sentencia de 30-4-79 condena al *médico de guardia* que a pesar del shock traumático de la víctima, la trata de modo elemental, la ingresa en hospital donde no había médico alguno y sin que diera aviso a personal especializado.

La Sentencia de 23-2-79 condena al *médico de urgencias* domiciliarias que yerra por dos veces en el diagnóstico, sin mayo-

res comprobaciones, lo cual determina su ingreso tardío en el hospital, falleciendo; «prescindiendo del error inicial en el diagnóstico de la afección que padecía la víctima, lícito hasta cierto punto, por no ser exigible la infalibilidad» la culpa arranca de la segunda visita en la que no realiza las necesarias comprobaciones.

La Sentencia de 17-7-82 condena por imprudencia simple con infracción de reglamentos, al médico de urgencia que ante la ingestión por distinta vía de un cuerpo extraño, ordena radiografías y no remite a la niña a los especialistas como ordenaba el Reglamento de Régimen interior del Centro, sino que la trata inadecuadamente.

La Sentencia de 26-6-80 establece la necesidad de apegarse al caso concreto huyendo de cualquier generalización. Condena del *anestesista* por excesiva difusión del agente anestésico, lo que determinó un paro cardíaco prolongado y creyendo erróneamente que se había recuperado, permitió reanudar la operación, de la cual falleció.

La Sentencia de 28-12-90 condena al médico interno residente que sin estar autorizado practica anestesia y no puede hacer frente a complicación posterior, estando en su mano haber avisado al Jefe de servicio.

Sentencia 7-7-93, RA 6057. Condena del anestesista por abandonar el área del quirófano durante la operación de un paciente sin monitor. No es excusa el consentimiento del cirujano a tal abandono ni la presencia de un ATS experto en anestesia, ni la falta de medios materiales o personales en operación no urgente.

La Sentencia de 13-10-81 condena a la matrona que confundió los grupos sanguíneos de la paciente y al anestesista que no los comprobó personalmente. La de 11-6-82, condena al analista que confunde el grupo sanguíneo y al anestesista que no lo comprueba y no vigila las reacciones durante la trasfusión.

El Auto de 16-10-92, RA 8329, implica la condena del médico anestesista que no registró el tipo de anestesia y abandonaba el quirófano constantemente sin controlar al enfermo; se presentó un problema estando desatendido.

La Sentencia de 5-2-81 condena *al cirujano* que por no haber controlado *de visu* la herida en el brazo operado, no se apercibe a tiempo de la gangrena y ello determina la amputación. La Sentencia de 18-6-82 condena al otorrino que avisado, no acude a visitar a la enferma operada para cortar la hemorragia y ello

da lugar a la aspiración de sangre por vías aéreas y al fallecimiento.

Sentencia de 7-12-93, RA 10182. Condena por imprudencia simple con infracción de reglamentos, absolviendo al anestesista, del otorrino, quien al practicar una operación no comprobó la analítica de anemia, el grupo sanguíneo de la paciente ni si la sangre inducida correspondía al etiquetado. Tampoco había una situación de emergencia.

Sentencia de 9-12-93, RA 9943. Imprudencia del cirujano durante el postoperatorio, por negligencia, no atendiendo a los dolores del enfermo ni a los requerimientos de los auxiliares... No ordenó por escrito antiinflamatorios por vía endovenosa. Es responsable civil subsidiaria la Entidad de la Comunidad Autónoma, tras la trasferencia, que gestione el servicio al tiempo de dictarse la sentencia.

La Sentencia de 6-2-91, RA 895, absuelve al cirujano que dilató por diez días la intervención de un diabético, y quizá hubiera salvado al enfermo. Se basa en la prueba pericial indeterminada. Las SS de 20-3-92 y de 13-10-92 condenan a los facultativos, y a la comadrona especialmente por partos defectuosos.

Sentencia de 4-9-91, RA 6020. Recoge jurisprudencia anterior importante. *Múltiple condena*. Condena del anestesista por ausentarse de una operación; del cirujano por permitirlo y no conectar el monitor; del Director médico del hospital por consentir que los anestesistas atendieran varias operaciones a la vez como práctica habitual; del Insalud al que pertenecía el cirujano y a la Diputación, de la que dependía el anestesista. La Sentencia de 29-1-91 condena por falta al *médico* que a una persona en coma sobrepasado, sin que estuviera muerto según encefalograma plano, le practica mal una punción con error de diagnóstico y le causa la muerte.

La Sentencia de 18-11-91, RA 9448, condena por imprudencia temeraria al Director del hospital, por no haber ordenado las *pruebas del Sida* (antes incluso de la Orden oficial pues la imprudencia no exige previo reglamento). Condena por falta al Jefe de Servicio por realizar trasfusiones sin análisis, pese a advertir al Director de los riesgos y por no negarse a efectuarlas. Estudia la comisión por omisión, el error y la exigibilidad de otra conducta.

Destaca Santos Briz, desde el punto de vista civil, la posibilidad de aplicar la reciente Ley 22/94 de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos de 6-7-94, y cómo

en relación al «fabricante» de las reservas de sangre debe aplicarse la inversión de la carga de la prueba, cuando el daño ha sido causado en el ámbito de su organización y riesgo. Por demás si el afectado no pertenece a un grupo de riesgo, debe presumirse *prima facie* que la enfermedad se trasmitió a través de la sangre inoculada.

Sin embargo critica el hecho de que el artículo 5 de nuestra ley ponga a cargo del perjudicado la prueba del defecto, del daño y de la relación de causalidad entre ambos (*op. cit.*, págs. 411-412). De todos modos, creo, existe en nuestra ley una presunción de culpa y una cierta responsabilidad objetiva, como lo demuestran las causas de exoneración contenidas taxativamente en el artículo 6. También la prueba del nexo causal puede estar facilitada en el caso concreto, desde el momento en que, según criterios razonables, se excluyan otras posibles causas diferentes del producto en cuestión, como causantes del daño.

Pareja responsabilidad alcanzará a los fabricantes de instrumentos o máquinas destinadas a la práctica médica cuando sean defectuosos. El artículo 8 no hace disminuir la responsabilidad del fabricante o importador, cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del producto y por la intervención de un tercero, sin perjuicio de la acción de repetición oportuna.

10. Plano procesal y Jurisdicción competente

A) Cabe en numerosas ocasiones optar por el ejercicio de la acción civil o de la penal: en la práctica depende de la gravedad de la culpa pues cualquier lesión corporal que no sea constitutiva en su resultado final de una falta, está cubierta al menos por el tipo del artículo 586 bis del Código Penal.

Están legitimados para el ejercicio de una u otra los perjudicados de modo directo o indirecto, a tenor del artículo 104 del Código Penal y de la STS de la Sala 1.^a de 30-4-91, la cual reconoció legitimación *ad causam* al marido para actuar en nombre propio, aunque la paciente había sido su mujer, en reclamación de sus propios daños y perjuicios sufridos.

Si se ejercitó la acción civil junto con la penal en el proceso penal, es muy importante recurrir en apelación o casación, en el caso de que la sentencia olvide acordar las indemnizaciones pedidas por el actor civil o acusadores, pues de otro modo se pro-

duce cosa juzgada sobre la acción civil (cfr. STS, Sala Primera de 20-9-93, RA 6646).

Si el Fiscal no ejercitó la acción civil y no hubo ofrecimiento de acciones, la Sentencia no es firme para el perjudicado preterido quien puede apelarla (STC 98/93). Si el Juzgado de Instrucción sobreseyó la causa sin ponerlo en noticia del perjudicado o se le ha dejado ignorante del curso de los autos, no cabe apreciar en su contra que ha prescrito la acción del artículo 1.902 del Código Civil computando el *dies a quo* desde el auto de archivo (STC 220/93).

Pudo haberse hecho la reserva de acciones civiles en el proceso penal para el posterior civil: entonces la responsabilidad *ex delicto*, una vez establecida la correspondiente infracción penal en la sentencia de esta índole, prescribe a los 15 años; salvo nuevos hechos antes desconocidos, el Juez civil queda vinculado por la sentencia penal condenatoria, de modo prejudicial.

Si la acción penal acabó en sentencia absolutoria (es preferente su ejercicio a la acción civil, que queda en suspenso) nada prejuzga sobre la acción civil, salvo que se declaren los hechos inexistentes (art. 116 de la LECr.).

La acción civil prescribe al año si se trata de culpa extracontractual o aquiliana; a los 15 años en todos los demás supuestos. El computo del *dies a quo* de la prescripción de la acción por culpa extracontractual, en caso de archivo de las actuaciones penales, ha dado lugar a una abundante jurisprudencia, siempre favorable al ejercicio de la acción ex artículo 24 de la CE. Es en esta materia donde verdaderamente influye la consideración del caso como generador de culpa contractual o extracontractual (cfr. STS de la Sala 1.^a de 15-3-93, RA 2276).

B) Para el Magistrado Pereira Andrade, «El TS en materia de responsabilidad médica adopta un criterio diferente cuando concurre responsabilidad de la Administración pública hospitalaria de cuando se trata de responsabilidad derivada de un contrato de clínica o de hospitalización privada. En el primer caso objetiva plenamente la responsabilidad bastando la existencia de nexo causal para condenar directamente a la Administración pública...; en el segundo supuesto aplica el principio culpabilístico con todas sus consecuencias y absuelve a la clínica, a pesar de la falta de vigilancia de la enferma (STS 11-11-91 Recurso n.^o 1335/1989)».

Antes de la Ley 30/92, también la Jurisdicción contencioso-administrativa (Sentencia de 14-6-91, Sala 3.^a, Sección 4.^a) y la social

(Sentencias de 5-6-91 y 20-4-92, Sala 4.^a) se han atribuido competencia en materia de responsabilidad del Insalud u Organismo equivalente de las CC.AA. y la han resuelto con criterios de objetivación al amparo de artículo 106, 2 de la CE y 40 de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado.

Tras la nueva Ley del procedimiento administrativo, n.^o 30/92, que no distingue entre actuar público y privado, es muy dudoso que pueda acudirse a la vía civil o social cuando se pretenda *demandar sólo a la Seguridad Social o a la Administración pública* titular del establecimiento hospitalario. El tema se rige por el artículo 144, en relación con los artículos 142 (cfr. apartado 6), 143 y 2, 2, habiendo quedado derogados los artículos 40 y 41 de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado.

El tema es sumamente confuso. Dada la índole de este trabajo no podemos profundizar en la materia. Recomendamos la atenta lectura del Auto de la Sala de Conflictos de competencia de 7-7-94, RA 7998. Con voto particular discrepante decide la cuestión a favor de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Se puede pensar que la actuación de la Administración en relaciones de Derecho privado, ha quedado objetivada en gran medida, pues «sustantivamente» se regiría por el artículo 139 que consagra este objetivismo. Sin embargo el artículo 141, al excluir de la indemnización los daños que el particular tenga el deber de soportar conforme a ley, permite excluir, a mi juicio, en materia médica con toda normalidad, aquéllos que provengan del caso fortuito y sean inevitables, siempre que el mismo resulte probado por quien lo aduce a su favor. Por lo demás, si se acude a la vía civil, la acción sólo puede basarse en los artículos que definen la responsabilidad contractual o extracontractual (cfr. STS de la Sala 1.^a de 15-3-93, RA 2276, fundada por cierto en motivaciones procesales más que sustantivas).

Siempre que *intervenga en el hecho un ente público y alguna persona física o jurídica y se pretenda enjuiciar conjuntamente a todos ellos, sin duda la vía civil será la preferida y la única competente* a virtud de su vis atractiva (para no dividir la continencia de la causa y dar lugar a fallos contradictorios). Por demás el artículo 146 de la Ley 30/92 deja a salvo siempre la responsabilidad civil del personal al servicio de las Administraciones públicas la cual «se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente»; ello hace entrar con toda normalidad el artículo 1.902 (éste des-

de luego basado en la culpa) y 1.903 del Código Civil, sin que ahora sea necesaria, como en la LRJAE, la culpa grave del servidor de la Administración (22).

(22) Cuando ha intervenido algún ente público, la Sentencia de 20-6-94, RA 6026, nos dice que, instada contra el mismo una acción y al mismo tiempo contra otras personas físicas o jurídicas implicadas en los hechos, ha de seguirse una sola vía procesal, para no quebrar la continencia de la causa, teniendo *vis atractiva* la Jurisdicción civil. *Idem*, STS de 8-7-94, RA 6298, para la cual cuando se demande responsabilidad a la Administración y a personas privadas conjuntamente, la Jurisdicción civil es la que atrae hacia sí el conocimiento del litigio. Para la STS de 30-7-94, RA 6309, la conjunta demanda de la Administración con una persona jurídico privada, corresponsable del daño, determina la competencia exclusiva de la JC.

Los artículos 120 y ss. de la Ley 30/90 conservan aún la deteriorada institución de la reclamación previa en vía administrativa, si bien el TS suele considerar, por asimilación al acto de conciliación previo, que, previa la correspondiente excepción en regla, estamos ante un requisito subsanable, que ha de subsanarse sobre todo en la primera instancia (SSTS de 2-10-85, 25-2-87, 27-2-87, 26-5-88, 27-3-92, 14-5-92, 23-7-92, 20-10-92, 29-10-92, 15-3-93, 31-12-93) y que no puede por su naturaleza rituaria servir de base a un recurso de casación por infracción de ley (STS de 2 y 7-10-85 y 29-3-89). Tampoco procede la anulación del proceso, cuando no ha existido indefensión (Sentencia de 15-3-93) máxime si la demanda fue conjunta y solidaria y el tema no se suscitó en apelación quedando firme este aspecto (Sentencia de 31-12-93).

La STS de la Sala 1.^a de 7-4-89 llegó a declarar que «la actuación de la Administración en los concretos menesteres de curación de enfermos, al estimarse como actuación de Derecho privado, queda excluida de la exigencia de reclamación previa en vía administrativa, por pura coherencia teleológica de causa y fines», aunque este criterio nos parece muy radical. Sería muy poco prudente guiarse por el mismo, a la vista de la radicalmente distinta Sentencia de 1-6-90.

EL PROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL EN MATERIA DE DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA

LUIS JORDANA DE POZAS GONZÁLVEZ
Abogado. Fiscal excedente

SUMARIO: A) CONSIDERACIONES GENERALES.—B) ARTÍCULO 349 DEL CÓDIGO PENAL.—a) *Apartado 1, párrafo primero.*—Artículo 349, apartado 1.º, párrafo 2.º—Apartado primero, párrafo tercero.—Apartado segundo del artículo 349 del Código Penal.—Apartado tercero del artículo 349 del Código Penal.—Artículo 349 bis.—Artículo 350.—Artículo 350 bis.—Disposición Adicional.—La Disposición Adicional 13.^a—b) *Disposición Adicional 14.^a*

explicación de la situación que se presentó en el año 1993. Aun así, es necesario recordar que la modificación aprobada es una modificación de acuerdo con la voluntad del legislador, no una modificación de acuerdo con la voluntad de los jueces o de la legislación anterior. La modificación aprobada es una modificación de acuerdo con la voluntad del legislador, no una modificación de acuerdo con la voluntad de los jueces o de la legislación anterior. La modificación aprobada es una modificación de acuerdo con la voluntad del legislador, no una modificación de acuerdo con la voluntad de los jueces o de la legislación anterior.

Hallándose en prensa este trabajo ha sido publicada en el «B.O.E.» de 30 de junio de 1995 la Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio, por la que se modifican determinados preceptos del Código Penal relativos a los delitos contra la Hacienda Pública y contra la seguridad social. La citada Ley, aún conservando gran parte del texto del Proyecto —lo que dota de vigencia al presente trabajo en muchos aspectos—, incorpora algunas novedades respecto del mismo.

El «Boletín Oficial de las Cortes» de 13 de octubre de 1994 (núm. 82-1, págs. 1 a 4) publica el «Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifican determinados preceptos del Código Penal relativos a los delitos contra la Hacienda Pública». El proyecto consta de un solo artículo, una Disposición Adicional y una Disposición Final. Su tenor literal es el siguiente:

Artículo único.—El Título VI del Libro II del Código Penal con la rúbrica «Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social» comprenderá los artículos 349, 349 bis, 350 y 350 bis con la siguiente redacción:

Artículo 349

1. *El que, por acción u omisión, defraudare a la Hacienda Pública estatal, autonómica, local o de las Comunidades Europeas, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieren debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fis-*

cales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de 5.000.000 de pesetas, será castigado con la pena de prisión menor y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.

Las penas señaladas en el párrafo anterior se aplicarán en su grado máximo cuando la defraudación se cometiere concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

a) La utilización de persona o personas interpuestas de manera que quede oculta la identidad del verdadero obligado tributario.

b) La especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado o a la existencia de una estructura organizativa que afecte o pueda afectar a una pluralidad de obligados tributarios.

Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un período de tres a seis años.

2. A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior, si se tratare de tributos, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones, periódicos o de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada período impositivo o de declaración, y, si éstos fueran inferiores a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural. En los demás supuestos, la cuantía se entenderá referida a cada uno de los distintos conceptos por los que un hecho imponible sea susceptible de liquidación.

3. No se impondrán las penas correspondientes al que regulare su situación tributaria, en relación con las deudas a que se refiere el apartado 1 de este artículo, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones inspectoras o, en su caso, de otras actuaciones de la Administración Tributaria, dirigidas ambas a la determinación de dichas deudas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Público, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración Autonómica o Local de que se trate, interponga querella o denuncia contra aquél dirigida.

Artículo 349 bis

1. Las penas señaladas en el número 1 del artículo 349 de este Código serán aplicables al que, por acción u omisión, defraudare a la Seguridad Social para eludir el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obtener indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutar de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de 15.000.000 de pesetas.

Las penas señaladas en el párrafo anterior se aplicarán en su grado máximo cuando la defraudación se cometiere concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

a) *La utilización de persona o personas interpuestas de manera que quede oculta la identidad del verdadero obligado frente a la Seguridad Social.*

b) *La especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado o a la existencia de una estructura organizativa que afecte o pueda afectar a una pluralidad de obligados frente a la Seguridad Social.*

2. A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior, se estará a lo defraudado en cada liquidación, devolución o deducción, refiriéndose al año natural el importe de lo defraudado cuando aquéllas correspondan a un período inferior a doce meses.

3. No se impondrán las penas correspondientes al que regularice su situación ante la Seguridad Social, en relación con las deudas a que se refiere el apartado 1 de este artículo, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones inspectoras dirigidas a la determinación de dichas deudas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Público o el Letrado de la Seguridad Social interponga querella o denuncia contra aquél dirigida.

Artículo 350

1. El que obtuviere una subvención, desgravación o ayuda de las Administraciones Públicas o de la Comunidad Europea, en más

de 10.000.000 de pesetas, falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido, será castigado con la pena de prisión menor y multa del tanto al séxtuplo de su importe.

2. *El que en el desarrollo de una actividad subvencionada con fondos de las Administraciones Públicas o de la Comunidad Europea, cuyo importe supere los 10.000.000 de pesetas, incumpliere las condiciones establecidas alterando sustancialmente los fines para los que la subvención fue concedida, será castigado con la pena de prisión menor y con multa del tanto al séxtuplo de la misma.*

3. *Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable, con carácter accesorio, la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un período de tres a seis años.*

4. *No se impondrán las correspondientes penas privativas de libertad, pero sí las pecuniarias y las accesorias, al que reintegre las cantidades recibidas, incrementadas en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones de inspección o control en relación con las subvenciones, desgravaciones o ayudas a que se refieren los apartados 1 y 2 de este artículo o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Público, el Abogado del Estado o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate, interponga querella o denuncia contra aquél dirigida.*

Artículo 350 bis

Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 1.500.000 a 3.000.000 de pesetas el que estando obligado por Ley tributaria a llevar contabilidad mercantil o libros o registros fiscales:

a) *Incumpliere absolutamente dicha obligación en régimen de estimación directa de bases tributarias.*

b) *Lleve contabilidades distintas que, referidas a una misma actividad y ejercicio económico, oculten o simulen la verdadera situación de la empresa.*

c) *No hubiere anotado en los libros obligatorios negocios, actos, operaciones o, en general, transacciones económicas o las hubiere anotado con cifras distintas de las verdaderas.*

d) *Hubiere practicado en los libros obligatorios anotaciones contables ficticias.*

La consideración como delito de los supuestos de hecho a que se refieren las letras c) y d) anteriores, requerirá que se hayan omitido las declaraciones tributarias o que las presentadas fueren reflejo de su falsa contabilidad y que la cuantía en más o menos de los cargos o abonos omitidos o falseados exceda, sin compensación aritmética entre ellos, de 30.000.000 de pesetas por cada ejercicio económico.

DISPOSICIÓN ADICIONAL

Única. Regularización tributaria autorizada por la Ley 18/1991, de 6 de junio.

No se impondrán las penas establecidas en el artículo 349 del Código Penal a quienes suscribieron Deuda Pública Especial en los términos, plazos y condiciones establecidas en la Disposición Adicional decimotercera de la Ley 18/1991, de 6 de junio, y apliquen su precio efectivo de adquisición, de acuerdo con lo previsto en la citada Disposición, a la reducción de rentas o patrimonios netos no declarados, en relación con las deudas tributarias derivadas de dichas rentas o patrimonios.

Tampoco se impondrán las penas establecidas en el artículo 349 del Código Penal a quienes hubieren regularizado su situación tributaria con arreglo a lo previsto en la Disposición Adicional decimocuarta de la Ley 18/1991, de 6 de junio.

DISPOSICIÓN FINAL

Única. Entrada en vigor.

La presente Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Tras su tramitación en el Congreso de los Diputados, el texto original del proyecto queda intacto, con la única modificación de in-

cluir en el artículo 349 del Código Penal a la Hacienda Foral como posible sujeto pasivo del delito de defraudación tributaria. No es que no se intentara su modificación en la Cámara Baja, sino que por una cuestión de mecánica procesal, una importante enmienda transaccional apoyada por la mayor parte de los grupos, no pudo ser discutida al no contar con la aprobación de la totalidad de los grupos, como es preceptivo según el Reglamento de la Cámara.

El proyecto de Ley Orgánica transcrita sugiere una serie de consideraciones, las principales de las cuales pretendo abordar en estas breves líneas, sin que, en modo alguno, mi intención sea la de agotar la cuestión, pues lo que sigue son reflexiones al hilo de una lectura rápida y no excesivamente exhaustiva del proyecto. A la fecha de escribir estas líneas el proyecto se encuentra en fase de enmiendas en el Senado, alguna de las cuales pretendo comentar al hilo de estas reflexiones sobre el proyecto.

A) CONSIDERACIONES GENERALES

Lo primero que salta a la vista, sobre todo tras la lectura del artículo 349 del Código Penal, que es la norma principal de las cuatro a las que da cobijo el Título VI del Libro II, es que la reforma obedece, básicamente, a la intención de dar carta de naturaleza y plena efectividad en el campo penal a las posibilidades de regularización tributaria contempladas por la legislación fiscal (básicamente el art. 61.2 de la Ley General Tributaria y las Disposiciones Adicionales 13.^a y 14.^a de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas), cuestión ésta debatida y que ha dado lugar a criterios opuestos no sólo entre los diferentes Juzgados y Tribunales, sino incluso entre distintas Fiscalías.

Es de lamentar, sin embargo, que los principales problemas prácticos que estos tipos plantean en su actual redacción no hayan sido abordados para darles, por fin, una solución definitiva. Muy al contrario, la lectura del proyecto de Ley Orgánica que comento puede llegar a crear otros problemas hasta ahora inexistentes, como luego trataré de justificar. Así, se podría haber afrontado la espinosa cuestión del momento consumativo del delito fiscal, que sigue planteando innumerables problemas, sobre todo a la hora de computar los plazos de prescripción del delito. Y ni siquiera en la redacción de la excusa absolutoria se acierta, como luego intentaré acreditar.

Aunque la frontera entre el ilícito penal y el administrativo es una cuestión de política criminal, no deja de extrañar que en el texto inicial se mantenga intacta la del artículo 349 (5.000.000 de pesetas), mientras se multiplican por tres las del artículo 350 bis —que pasa de 10 a 30.000.000 de pesetas— y por cuatro la del artículo 350 (que pasa de 2.500.000 pesetas a 10.000.000 de pesetas) y se establece en 15.000.000 de pesetas la del nuevo delito de fraude a la Seguridad Social en el artículo 349 bis del proyecto. Cierto es que en el Senado han sido ya presentadas enmiendas que elevan también el límite en este precepto a 15.000.000 de pesetas.

Las cuestiones que me suscitan los nuevos tipos que se pretenden introducir, son las siguientes:

B) ARTÍCULO 349 DEL CÓDIGO PENAL

a) *Apartado 1, párrafo primero*

Específicamente se introduce en la definición del tipo, la defraudación por omisión, es decir, la cometida a través de la no presentación de declaraciones o autoliquidaciones tributarias. Se pretende con ello, supongo, solucionar la vieja controversia sobre si la no presentación de declaraciones tributarias podía integrar la acción de defraudar. Pero lo cierto es que ésta es quizá la única cuestión resuelta hasta la saciedad por nuestro Tribunal Supremo que se ha decantado por la solución afirmativa en el 80 por ciento de las Sentencias que por delito fiscal ha dictado [vid. *Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1985 (ponente De Vega)*, 2 de marzo de 1988 (ponente Moyna), 26 de noviembre de 1990 (ponente Montero), 27 de diciembre de 1990 (ponente Ruiz Vadillo), 31 de octubre de 1992 (ponente Ruiz Vadillo), 9 de marzo de 1993 (ponente Moyana), 26 de abril de 1993 (ponente Granados) y 31 de mayo de 1993 (ponente Granados)] por lo que la inclusión, hoy en día, de la omisión es hasta superflua.

Esta tipificación expresa de la omisión no debe servir de base, como es lógico, al argumento que algunos podrían esgrimir de que su expresa inclusión en el artículo 349 revela su atipicidad anterior. Muy al contrario, la abundante jurisprudencia revela palmariamente que la omisión es, en el texto actual, típica y puede colmar el requisito del engaño que exige el tipo. La reforma tendría, en este aspecto, únicamente un sentido interpretativo de la norma anterior, sin

más alcance que ése para los delitos cometidos bajo la vigencia de la norma actualmente en vigor.

Sí es acertado incluir entre los sujetos pasivos de este delito a la Hacienda de las Comunidades Europeas, pues no debe olvidarse que el artículo 209 del Tratado de Maastricht obliga a los Estados miembros a adoptar, para la protección de la Hacienda comunitaria, las mismas medidas arbitradas para la defensa de las Haciendas nacionales. Nada que objetar, por lo tanto, sino todo lo contrario, a la inclusión de la Hacienda comunitaria como sujeto pasivo del delito de defraudación tributaria.

Específicamente se castiga en este párrafo la defraudación en retenciones a cuenta del IRPF. Como es sabido, el Tribunal Supremo había venido considerando que la conducta consistente en retener y no ingresar las cantidades retenidas a cuenta del IRPF constitúa delito de apropiación indebida (*vid.*, por todas, *Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1986*) y específicamente ha negado que esta conducta encaje en la actual redacción del artículo 349 del Código Penal (*vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1990 y 3 de diciembre de 1991*). Esta tesis es errónea, pues es conocido que el delito de apropiación indebida requiere que su autor *reciba* previamente la cosa que incorpora a su patrimonio por un título —incluso innombrado— que genere en él la obligación de devolverla o entregarla, lo que no ocurre en el caso de las retenciones a cuenta del IRPF, toda vez que el retenedor detrae de su propia caja o patrimonio las cantidades retenidas y las ingresa en el Tesoro, por lo que no puede hablarse de una recepción previa por su parte de dichas cantidades, de cuyo pago, además, el retenido queda exonerado en la mayor parte de las ocasiones por expresa disposición de la legislación tributaria (1), razón por la cual el perjudicado por este delito no lo es el retenido, sino la Hacienda Pública, por lo que esta conducta encuentra encaje más cómodo en el delito del artículo 349 pues nunca, insisto, tiene cabida en el delito de apropiación indebida del artículo 535, ni siquiera por los argumentos utilizados para justificar tal tipificación por el Tribunal Supremo, que acude a ficciones lega-

(1) Así lo establecen los artículos 36 de la Ley 44/78, reguladora del IRPF, y el artículo 151 de su Reglamento y la nueva Ley 18/1991, reguladora de este Impuesto a partir de 1992, en su artículo 98.2 establecen una presunción *iuris et de iure* por la que estas cantidades se entienden percibidas en todo caso por el retenido que queda relevado de responsabilidad por su falta de ingreso por parte del retenedor, si bien la Ley 18/1991 exceptúa de esta regla a los pagos legalmente establecidos.

les como la *traditio ficta* o la *constitutum possessorium* para justificar la previa tradición de dichas cantidades del retenido al retenedor, invocación de presunciones que si bien cumplen su función en el ámbito civil deben desecharse en el terreno penal.

Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no es pacífica en esta cuestión. Piénsese que la de 29 de junio de 1985 castiga un supuesto de retenciones como delito fiscal, que las de 25 de septiembre de 1990 y la de 3 de diciembre de 1991 consideran que esta conducta nunca encaja en el actual artículo 349 y sí en el 535 del Código Penal, mientras que la de 24 de febrero de 1993 afirma tajantemente que la conducta consistente en no retener ni ingresar las cantidades a cuenta del IRPF —que según la jurisprudencia anterior constituiría conducta atípica, pues en ningún modo encajaría en el delito de apropiación indebida— es constitutiva de delito fiscal del artículo 349 del Código Penal en su actual redacción.

Ahora bien, la tipificación de esta conducta en el artículo 349 puede plantear un problema de interpretación que auguro no va a ser pacífico. En efecto si, hasta ahora, las cantidades retenidas y no ingresadas daban lugar a sentencias condenatorias por delito de apropiación indebida a partir de 30.000 pesetas, habrá que plantearse si estas conductas, tras la reforma del artículo 349 del Código Penal —y de permanecer el texto del proyecto— siguen siendo típicas. En mi opinión la respuesta ha de ser negativa, pues la contemplación expresa de las retenciones como figura que tiene su encaje en el artículo 349 sólo a partir de una cuantía superior a 5.000.000 de pesetas, va a determinar, en virtud del principio de especialidad, que la conducta consistente en retener y no ingresar estas cantidades por importe inferior a 5.000.000 de pesetas deje de ser típica y que, por lo tanto, los procedimientos en trámite por esas conductas deban ser sobreseídos. Quizá la intención del prelegislador haya sido otra, pero no creo que la cuestión admita otra solución distinta a la aquí propuesta. En todo caso no será cuestión pacífica y, además, como otras, no podrá ser pacificada por el Tribunal Supremo que, lamentablemente, por la limitación puesta a la casación, no va a conocer de estos asuntos.

A resaltar que en el trámite del Senado, el Grupo de Senadores Nacionalistas Vascos ha presentado una enmienda para suprimir la expresión «*o que se hubieren debido retener*», al considerar que únicamente deben merecer reproche penal las conductas consistentes en retener y no ingresar, pero no la que incumpla la obligación

de retención e ingreso, enmienda que no tiene excesiva justificación, en mi opinión, pues el obligado a retener que ni siquiera retiene incumple una doble obligación, la de retener y la de ingresar, mientras que el retenedor que sí retiene, pero no ingresa sólo infringe uno de los dos mandatos legales que sobre él pesa.

Otra de las novedades de este párrafo es la inclusión como delictivos de los ingresos a cuenta de retribuciones en especie, lo que me parece un tanto exagerado, pero que no deja de ser una cuestión de política criminal en la que no quiero entrar.

Expresamente se tipifica asimismo como delito fiscal de la obtención fraudulenta de devoluciones indebidas. No merece más que elogios la inclusión de esta conducta en el tipo, pues parece más grave que la defraudación tributaria clásica la conducta de quien falseando las condiciones para ello, obtiene indebidamente una devolución, lo que supone un desembolso indebido por parte del Erario Público. Además, hasta ahora, en los escasos procedimientos que conozco se han incoado por este motivo, se ha ejercitado la acción penal por delito de estafa, con las dificultades que comporta considerar a los organismos públicos como sujetos pasivos del delito de estafa (sin embargo está reconocida esta posibilidad en la *Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992* que admite que la Seguridad Social pueda ser sujeto pasivo de la estafa o la *Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1992* que concede esa cualidad a la Hacienda Pública).

Independientemente de cuál sea la cuantía que definitivamente se quiera establecer como frontera entre el delito y la infracción administrativa, siempre he defendido que sería conveniente fijar, además, un correctivo que tienda a aplicar la equidad al caso concreto y que bien podría consistir en exigir, además de una cuantía fronteriza, la existencia de una determinada proporción entre la cuota real y la declarada. Se corregirían así determinados efectos creo que no queridos.

Durante la tramitación del proyecto en el Congreso de los Diputados, la mayor parte de los grupos apoyaba una enmienda transaccional por la que se elevaba el límite de la cuantía a quince millones de pesetas y se exigía, además, que el importe defraudado excediera en un 20 por ciento de la cuota procedente, cuestión esta última que determinó la oposición del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida que, acogiéndose al artículo 138 del Reglamento de la Cámara impidió que la enmienda fuera sometida a consideración, al no contar con el apoyo de todos los grupos.

En la cuestión de la cuantía fronteriza entre el delito y la infracción administrativa, el Grupo Mixto, a través de una Senadora de Izquierda Unida, ha presentado una enmienda (la número 2), en la que postula por la siguiente redacción:

«2. La imposición de las penas señaladas en el apartado anterior, requerirá que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones a cuenta, o de las devoluciones o beneficios fiscales obtenidos o disfrutados, exceda de 5.000.000 de pesetas en el conjunto de períodos impositivos o de declaración comprendidos dentro de un mismo año natural respecto de cada uno de los tributos o conceptos sujetos a retención o ingreso a cuenta, o cuando, sin alcanzar dicha cuantía, exceda de 15.000.000 de pesetas en el conjunto de períodos impositivos o de declaración comprendidos dentro del plazo de tres años naturales consecutivos respecto de la totalidad de los tributos y conceptos sujetos a retención o a ingreso a cuenta.»

El mismo grupo propone la adición al artículo 349 de un cuarto apartado del tenor literal siguiente:

«4. El que, con maquinación, facilitare a terceras personas la defraudación a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral, local o de la Comunidad Europea de cualquiera de las formas recogidas en el apartado 1 de este artículo y cualquiera que fuere la cuantía defraudada, mediante la ocultación o el falseamiento de rentas, patrimonios u operaciones, siempre que la suma de las cantidades ocultadas o falseadas para ello supere la cantidad de 100.000.000 de pesetas...»

Por su parte, la enmienda número 11, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista pretende elevar la cuantía a la de más de 15.000.000 de pesetas, igualando así esta frontera con la del fraude a la Seguridad Social del artículo 349 bis del Proyecto, lo que parece lógico.

El Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergencia i Unió, presenta una enmienda (la número 16), en la que pretende que el texto del primer párrafo del artículo 349 quede, en el aspecto de la cuantía redactado de la siguiente forma:

«...siempre que la cuantía de... exceda de 15.000.000 de pesetas y represente más del 15 por ciento de la cantidad que hubiera debido ingresarse...»

de retención e ingreso, enmienda que no tiene excesiva justificación, en mi opinión, pues el obligado a retener que ni siquiera retiene incumple una doble obligación, la de retener y la de ingresar, mientras que el retenedor que sí retiene, pero no ingresa sólo infringe uno de los dos mandatos legales que sobre él pesa.

Otra de las novedades de este párrafo es la inclusión como delictivos de los ingresos a cuenta de retribuciones en especie, lo que me parece un tanto exagerado, pero que no deja de ser una cuestión de política criminal en la que no quiero entrar.

Expresamente se tipifica asimismo como delito fiscal de la obtención fraudulenta de devoluciones indebidas. No merece más que elogios la inclusión de esta conducta en el tipo, pues parece más grave que la defraudación tributaria clásica la conducta de quien falsoseando las condiciones para ello, obtiene indebidamente una devolución, lo que supone un desembolso indebido por parte del Erario Público. Además, hasta ahora, en los escasos procedimientos que conozco se han incoado por este motivo, se ha ejercitado la acción penal por delito de estafa, con las dificultades que comporta considerar a los organismos públicos como sujetos pasivos del delito de estafa (sin embargo está reconocida esta posibilidad en la *Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992* que admite que la Seguridad Social pueda ser sujeto pasivo de la estafa o la *Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1992* que concede esa cualidad a la Hacienda Pública).

Independientemente de cuál sea la cuantía que definitivamente se quiera establecer como frontera entre el delito y la infracción administrativa, siempre he defendido que sería conveniente fijar, además, un correctivo que tienda a aplicar la equidad al caso concreto y que bien podría consistir en exigir, además de una cuantía fronteriza, la existencia de una determinada proporción entre la cuota real y la declarada. Se corregirían así determinados efectos creo que no queridos.

Durante la tramitación del proyecto en el Congreso de los Diputados, la mayor parte de los grupos apoyaba una enmienda transaccional por la que se elevaba el límite de la cuantía a quince millones de pesetas y se exigía, además, que el importe defraudado excediera en un 20 por ciento de la cuota procedente, cuestión esta última que determinó la oposición del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida que, acogiéndose al artículo 138 del Reglamento de la Cámara impidió que la enmienda fuera sometida a consideración, al no contar con el apoyo de todos los grupos.

En la cuestión de la cuantía fronteriza entre el delito y la infracción administrativa, el Grupo Mixto, a través de una Senadora de Izquierda Unida, ha presentado una enmienda (la número 2), en la que postula por la siguiente redacción:

«2. La imposición de las penas señaladas en el apartado anterior, requerirá que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones a cuenta, o de las devoluciones o beneficios fiscales obtenidos o disfrutados, exceda de 5.000.000 de pesetas en el conjunto de períodos impositivos o de declaración comprendidos dentro de un mismo año natural respecto de cada uno de los tributos o conceptos sujetos a retención o ingreso a cuenta, o cuando, sin alcanzar dicha cuantía, exceda de 15.000.000 de pesetas en el conjunto de períodos impositivos o de declaración comprendidos dentro del plazo de tres años naturales consecutivos respecto de la totalidad de los tributos y conceptos sujetos a retención o a ingreso a cuenta.

El mismo grupo propone la adición al artículo 349 de un cuarto apartado del tenor literal siguiente:

4. El que, con maquinación, facilitare a terceras personas la defraudación a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral, local o de la Comunidad Europea de cualquiera de las formas recogidas en el apartado 1 de este artículo y cualquiera que fuere la cuantía defraudada, mediante la ocultación o el falseamiento de rentas, patrimonios u operaciones, siempre que la suma de las cantidades ocultadas o falseadas para ello supere la cantidad de 100.000.000 de pesetas...»

Por su parte, la enmienda número 11, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista pretende elevar la cuantía a la de más de 15.000.000 de pesetas, igualando así esta frontera con la del fraude a la Seguridad Social del artículo 349 bis del Proyecto, lo que parece lógico.

El Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergencia i Unió, presenta una enmienda (la número 16), en la que pretende que el texto del primer párrafo del artículo 349 quede, en el aspecto de la cuantía redactado de la siguiente forma:

«...siempre que la cuantía de... exceda de 15.000.000 de pesetas y represente más del 15 por ciento de la cantidad que hubiera debido ingresarse...»

Insisto en que esta corrección a la simple cuantía me parece adecuada —siempre que el límite no sea excesivo— por puras razones de equidad. Pensemos en un contribuyente que debiendo ingresar quinientos millones de pesetas por un impuesto y ejercicio, defraude dieciséis millones y, por tanto, ingrese cuatrocientos ochenta y cuatro, ha superado el límite de los 15.000.000, pero ha ingresado el 97,2 por ciento de la cuota procedente, es decir, ha defraudado en una cantidad que supone el 2,8 por ciento de la cuota real. Por el contrario, el contribuyente que en el mismo ejercicio e impuesto que en el caso anterior, debería haber ingresado una cuota de 17.000.000 de pesetas, defraude 16.000.000, ha defraudado en un 94 por ciento de la cuota real, conducta ésta que se me antoja más grave que aquélla, por mucho que una y otra causen el mismo perjuicio cuantitativo a la Hacienda Pública. Fijar el *quantum* de ese porcentaje es cuestión delicada, pues si es excesivamente alto puede llegar a producir situaciones no deseables y si es bajo no cumple su función. Por avanzar una opinión personal, creo que, dentro de lo difícil que resulta fijar la cuestión, el límite del 10 por ciento es ajustado y, por otro lado, tiene un precedente, pues el antiguo artículo 319 del Código Penal, introducido por el artículo 35 de la Ley 50/77, de 14 de noviembre, de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal, consideraba la defraudación delictiva cuando el importe de lo defraudado excediere de 2.000.000 de pesetas y superara, además, la décima parte de la cuota procedente.

La pena asignada a este delito no varía: prisión menor y multa del tanto al sextuplo de la defraudación.

Artículo 349, apartado 1.^º, párrafo 2.^º

En este párrafo se introducen *ex novo* dos subtipos agravados, que en realidad son tres, y que en algunos casos creo que pueden entorpecer la aplicación práctica del delito. La primera consiste en la utilización de *testaferros*, lo que es frecuente en determinados casos en que instituciones financieras han suscrito determinados activos a nombre de personas distintas de su verdadero titular. Este supuesto, en todo caso, no tiene, en el proyecto, una redacción excesivamente afortunada ni prevé supuestos igualmente graves, pero que escapan a su literalidad, como ocurre cuando la defraudación se comete, no a través de personas interpuestas, sino a través de personas ficticias. Por otro lado parece más adecuado que se hubiera

dicho que la utilización de persona interpuesta *tienda a ocultar*, que exigir que oculte la verdadera identidad del obligado tributario.

La letra b) contempla, a su vez, dos subtipos diferentes. La primera es la especial trascendencia y gravedad de la defraudación, atendiendo al importe de lo defraudado. Se trata, en definitiva, de una agravación similar a la que contiene el número 8 del artículo 506 para el robo, el número 3 del artículo 516 para el hurto o el número 7 del artículo 529 del Código Penal para la estafa. Sin embargo, la aplicación de este subtipo va a plantear al práctico la cuestión de que, ante la inexistencia de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre este extremo y, es más, ante la imposibilidad de que ésta se produzca, va a existir una dispersión de criterios a la hora de determinar a partir de qué cuantía se produce la *trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado*. En los delitos de hurto, robo o estafa sí se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero esos pronunciamientos no son trasladables al delito fiscal. Piénsese que para el delito de estafa se viene considerando por nuestro más alto Tribunal que la notoria cuantía gira en torno a los dos millones de pesetas y de seis millones de pesetas para su aplicación como agravación muy cualificada (*vid.*, por todas, *Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1992*). Pero naturalmente estos límites no tienen ninguna virtualidad en el delito fiscal, puesto que la defraudación tributaria sólo es típica si supera los cinco millones de pesetas, cifra que, en la estafa, supone prácticamente alcanzar la agravación genérica del número 7 del artículo 529 como muy cualificada. Por lo tanto será necesario que se busquen pautas objetivas que puedan unificar los criterios de los diversos Juzgados y Tribunales y que muy bien pudiera ser una circular de la Fiscalía General que, si bien no vincula a Jueces y Magistrados sí puede servir de orientación.

Por expresar sólo un criterio, naturalmente discutible, podría buscarse un parangón con el sentado jurisprudencialmente para la estafa. La estafa constituye delito cuando el perjuicio causado es superior a 30.000 pesetas. La cifra de 2.000.000 de pesetas que constituye notoria importancia a los efectos de aplicar el número 7 del artículo 529 del Código Penal se obtiene multiplicando las 30.000 pesetas que separa el delito y la falta de estafa por 66,6. De buscarse la misma proporción, la notoria cuantía del delito fiscal se establecería en 333.000.000 de pesetas.

Este subtipo, por otro lado, suscita otra cuestión. En efecto, no es inusual que el autor de un delito fiscal se encuentre inculpado por

varias defraudaciones, por distintos conceptos y ejercicios, de manera que es frecuente que quien ha cometido un delito fiscal en el impuesto de sociedades también lo haya cometido en el IVA del mismo ejercicio, e incluso que haya defraudado en ambos impuestos durante diversos ejercicios. Pues bien, cabría preguntarse, ante el silencio del proyecto de ley, si a la hora de determinar la notoriedad de la cuantía, a los efectos de aplicar el subtipo agravado es lícito sumar el importe de las distintas defraudaciones o, por el contrario, cada una de ellas ha de contemplarse por separado. Al analizar el apartado segundo de este artículo abordaré la cuestión.

Decía más arriba que este subtipo contiene a su vez dos diferentes. El segundo consiste en *la existencia de una estructura organizativa que afecte o pueda afectar a una pluralidad de obligados tributarios*. Parece aquí el prelegislador haber pensado en las redes de facturación falsa que tanto han proliferado en los últimos tiempos. Pues bien, pese a que, en principio, la agravación pudiera parecer que tiene sentido, es altamente entorpecedora en la práctica. En efecto, la experiencia enseña que aquellos procedimientos por delito fiscal y falsedad incoados a consecuencia de la existencia de redes de facturación falsa en los que se encuentran imputados un sinfín de personas físicas y jurídicas, no avanzan si no es acudiendo al expediente de incoar diligencias separadas o, cuanto menos, las piezas separadas que para el procedimiento abreviado autoriza la regla séptima del artículo 784 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En mi opinión, estos expedientes procesales, que permitían agilizar la instrucción de los procedimientos e incluso la celebración de un juicio oral en otro caso muy difícil de celebrar, quedan anulados y son de imposible aplicación cuando este subtipo entre en vigor, pues será necesario contemplar en todo su conjunto la actividad desplegada por la organización y la existencia de esa *estructura organizativa* sólo podrá probarse si se incluye en un mismo procedimiento a todos los implicados. Ya no será posible, ni siquiera, formar las piezas separadas que autoriza la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues para ello es necesario, como la propia Ley exige, que *existan elementos* para juzgar o investigar con independencia y se carece de estos elementos cuando hay que probar la existencia de una organización delictiva, ya que si se enjuicia por separado a cada uno de los autores se pierde la perspectiva del conjunto, que es a lo que el subtipo obligará. Se da por tanto la paradoja de que una agravación puesta para imponer pena mayor en determinados supuestos va a favorecer al culpable, que difícilmente será enjuiciado.

Por último, la más que deficiente técnica legislativa queda patente cuando el subtipo resulta aplicable no sólo cuando, como consecuencia de la organización la defraudación haya sido cometida por numerosos contribuyentes, sino también cuando *pueda afectar* a una pluralidad de obligados tributarios. Estas expresiones tan vagas son extrañas y deberían proscribirse de las normas penales. El arbitrio judicial, en mi opinión, en éste como en otros preceptos del Código Penal, debería desaparecer en la medida de lo posible, pues da lugar a interpretaciones divergentes y, en lo que se refiere al subtipo que comentó, es muy arriesgado, por su vaguedad, permitir su aplicación cuando *pueda afectar* a una pluralidad de contribuyentes, introduciéndose así un subtipo de peligro en un delito de resultado, lo que no deja de ser extraño.

En general, además, este subtipo es de difícil aplicación, pues en los casos de facturas falsas habrá que probar que el adquirente de las facturas las ha comprado a quien sabía que tenía una estructura organizativa, es decir, creo que el principio culpabilístico exige probar que el comprador de las facturas era consciente de la existencia de la organización, sin que sea lícito aplicarle el subtipo por el mero hecho de que el emisor de tales facturas las haya vendido a una pluralidad de personas sin ninguna relación entre sí.

Apartado primero, párrafo tercero

Define este párrafo una medida de seguridad a imponer a los autores de este delito muy similar a la actualmente en vigor, de la que se diferencia, exclusivamente, en que en la actualidad el condenado por este delito no podía recibir crédito oficial, lo que desaparece en el proyecto, sin que se entienda la razón, por otro lado no explicada en la parca Exposición de Motivos que le acompaña, salvo que en la nueva expresión *ayudas públicas* se entiendan comprendidos los créditos oficiales, interpretación que me parecería forzada. Se añade, también, la pérdida de beneficios o incentivos de la Seguridad Social.

Creo, por último, que en este párrafo se debería extender la aplicación de esta medida a las personas jurídicas, cuando el delito se cometa en interés de éstas, pues al administrador de la misma que resulte condenado le va a ser indiferente que se le aplique. Me parece que ello sería perfectamente compatible con nuestro sistema, que si bien no admite la aplicación de pena a las perso-

nas jurídicas (a diferencia del StGB alemán, que las hace responsable de las penas pecuniarias), sí admite la imposición de medidas de seguridad a las personas morales, pues no hay que olvidar que el Código Penal, en otros preceptos, prevé la disolución de personas jurídicas.

Apartado segundo del artículo 349 del Código Penal

Este apartado contiene una regla de determinación de la cuantía similar a la actualmente en vigor, de la que se diferencia exclusivamente en que hace referencia a la forma de cuantificar la defraudación en el caso de retenciones, devoluciones indebidas e ingresos a cuenta.

Creo que se ha perdido aquí la ocasión de resolver una cuestión candente y de más trascendencia práctica de la que pueda parecer, cual es la de determinar si cabe o no continuidad delictiva en este delito. La especial redacción de este apartado parece vedar la aplicación del artículo 69 bis al delito de defraudación tributaria, y así lo ha enseñado la *Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1993*, pero no es cuestión pacífica. En mi opinión la solución que se inclina por la imposible continuidad delictiva en estos casos ofrece la ventaja de que permite que los grandes procesos por delito fiscal, en los que se encuentran imputados cientos de personas, puedan desglosarse en procedimientos separados o, al menos, en piezas separadas, lo que no me parece posible si es de aplicación el artículo 69 bis, pues para aplicar la continuidad delictiva habría que examinar y enjuiciar conjuntamente a todos los implicados.

Decía más arriba que el subtipo agravado del inciso primero de la letra b) contenido en el apartado primero de este artículo del proyecto planteaba la cuestión de si la notoria importancia de la cuantía defraudada debía referirse a cada uno de los conceptos tributarios en que se hubiera defraudado o cabía sumar el conjunto de las defraudaciones imputables a un mismo contribuyente inculpado para poder determinar si este subtipo es aplicable. Dicho de otra forma: en el caso de que un mismo contribuyente defraude en diversos ejercicios y por distintos conceptos —lo que es más que frecuente— ¿la notoria importancia viene referida al conjunto de la defraudación o la cifra de esa notoria importancia ha de predicarse de cada uno de los tributos o prestaciones en que se ha defraudado?

En mi opinión la solución ha de decantarse por la segunda solución, por diversas razones. En primer lugar porque la redacción literal del segundo párrafo de este precepto crea conceptos tributarios cerrados y no permite, a la hora de determinar la cuantía, sumar conceptos tributarios dentro del mismo ejercicio ni de ejercicios diferentes, lo que es predictable tanto de la cuantía fronteriza entre el delito y la infracción administrativa, como a la determinación de la notoriedad de la misma.

En segundo lugar, la literalidad de este apartado segundo así parece indicarlo, pues arbitra una regla *a los efectos de determinar la cuantía del apartado anterior*. El apartado anterior no habla de dos cuantías diferentes —la *normal* y la de *notoria importancia*—, sino de una sola que, a partir de determinado importe, deviene en cuantía de notoria importancia.

Podría argumentarse contra esta tesis que ello puede crear agravios comparativos entre el contribuyente que sólo ha defraudado en un solo ejercicio e impuesto en el que haya alcanzado la cifra de la notoria importancia, frente a quien en diversos ejercicios e impuestos haya defraudado en cantidades que, aisladamente consideradas, no alcancen la notoria importancia, pero que sumadas excedan en mucho de esta cantidad. Pero éste no es un argumento convincente, pues podría también esgrimirse para comparar la situación de quien en un solo impuesto y ejercicio defrauda 6.000.000 de pesetas y quien en diversos ejercicios e impuestos defrauda, por ejemplo, 20.000.000 de pesetas, pero sin superar, en cada uno de los individuales conceptos, los 5.000.000 de pesetas. El primero habría cometido delito del artículo 349 del Código Penal y el segundo sólo infracciones administrativas. Y es que el apartado segundo del precepto que estoy analizando impone, salvo que se le dote de una más correcta redacción, estas consecuencias. Una interpretación contraria a la aquí propuesta creo que atentaría contra la interpretación *pro reo* que debe presidir la hermenéutica penal.

Para finalizar con el examen de este apartado, queda por abordar una última cuestión, que puede enunciarse de esta forma: cierto contribuyente debe tributar, en un determinado tributo y ejercicio, 4.000.000 de pesetas. Mediante una serie de maniobras defraudatorias consigue, en ese mismo tributo y ejercicio, no sólo no tributar, sino que la Hacienda Pública le devuelva 4.000.000 de pesetas.

Con la redacción del artículo 349 actualmente en vigor, es muy discutible que esta conducta encaje en el tipo, pues no tienen cabida en él, como ya he justificado más arriba, la obtención indebida de devoluciones y, por otro lado, la defraudación en cuota, única actualmente típica, no supera los 5.000.000 de pesetas.

El texto del proyecto tampoco es explícito en este punto y admite dos interpretaciones distintas: según la primera podría entenderse que el importe de lo defraudado por la vía de la obtención fraudulenta de devoluciones por un lado y por la artificial minora-ción de la cuota por otro no son acumulables, de manera tal que en el supuesto que examinamos sería atípico, pues los 4.000.000 de indebida devolución y los 4.000.000 de cuota defraudada, individualmente considerados, no superan el límite de 5.000.000 que el precepto requiere. Para la segunda tesis, que me parece más acertada, sería lícito sumar el importe de lo indebidamente obtenido y de la cuota defraudada, al no impedirlo el precepto. En efecto, el apartado que nos ocupa, dice textualmente que a la hora de determinar el importe de la defraudación, «*se estará a lo defraudado en cada período impositivo o de declaración...*» y que «...*la cuantía se entenderá referida a cada uno de los distintos conceptos por los que un hecho imponible sea susceptible de liquidación...*». La dicción literal de este apartado permite a mi juicio sumar, dentro de cada tributo y en el mismo ejercicio, el monto total del perjuicio causado por la cuota defraudada y la indebida devolución. Por lo tanto, en el ejemplo antes expuesto, la conducta descrita sería típica, pues el perjuicio total, de 8.000.000 de pesetas, superaría la frontera entre el delito y la infracción administrativa.

Esta solución, en mi opinión más acorde con la redacción del proyecto que la primera, debe detenerse, sin embargo, en cada uno de los individuales conceptos tributarios, pues como ya he dicho antes, tanto el Código Penal en su actual redacción, como el proyecto, dotan a cada tributo y ejercicio de individualidad propia, sin posibilidad de *comunicación* entre sí. No sería lícito por tanto sumar, por ejemplo, una devolución indebida de 4.000.000 de pesetas en el IVA de un ejercicio y una defraudación de 4.000.000 en el Impuesto de Sociedades del mismo ejercicio. Por idéntica razón no serían acumulables una obtención indebida y una defraudación por los mismos importes que tuvieran lugar en el IVA de dos ejercicios diferentes.

Apartado tercero del artículo 349 del Código Penal

Este apartado es, en mi opinión, la auténtica razón de ser de la reforma. Como he dicho al principio, se pretende dar en él carta de naturaleza a la regularización tributaria en el campo penal, pero la redacción es tan desafortunada que va a plantear tantos problemas como los que la aplicabilidad de la regularización tributaria ofrece hoy.

Sabido es que el artículo 61.2 de la Ley General Tributaria (2) establece en el campo administrativo una especie de excusa absolutoria en el campo administrativo, de manera que el contribuyente que regularice su situación tributaria queda exento de sanción, sin perjuicio de los recargos que fueren procedentes.

Ha sido y sigue siendo discutido si esta disposición es directamente aplicable al campo del delito de defraudación tributaria y si, por tanto, el contribuyente que guardara la conducta descrita en el artículo 61.2 de la Ley General Tributaria quedaba también exento de la pena prevista en el artículo 349 del Código Penal, naturalmente siempre que esa conducta se observara antes de la apertura del procedimiento penal. En mi opinión la respuesta ha de ser afirmativa, pues la aplicación de los artículos 349 a 350 bis del Código Penal no puede perder de vista el ordenamiento tributario. Estos preceptos están plagados de conceptos fiscales: *tributos, beneficios fiscales, cuota, beneficio fiscal, período impositivo, subvención, desgravación pública, estimación directa de bases imponibles*, etc., por lo que no existe en mi opinión razón alguna para que el artículo 61.2 de la Ley General Tributaria no sea también directamente aplicable. Por otro lado, creo que es una exigencia de la buena técnica de interpretación de la norma penal la interpretación extensiva de la norma en beneficio del reo, lo que justificaría la aplicación directa del

(2) Artículo 61 de la Ley General Tributaria: «1. El pago (de la deuda tributaria) deberá hacerse dentro de los plazos que determine el Reglamento General de Recaudación. 2. Los ingresos realizados fuera de plazo sin requerimiento previo comportarán asimismo el abono del interés de demora *con exclusión de las sanciones* que pudieran ser exigibles por las infracciones cometidas...»

A partir de 1992 el artículo 61.2 dispone que «los ingresos correspondientes a declaraciones, liquidaciones o autoliquidaciones realizadas fuera de plazo sin requerimiento previo, recibirán un recargo del 50 por ciento *con exclusión* del interés de demora *y de las sanciones* que pudieran ser exigidas. No obstante el recargo será del 10 por ciento si el ingreso se efectúa dentro de los tres meses siguientes al término del plazo voluntario de presentación de ingreso».

artículo 61.2 de la Ley General Tributaria al campo penal, de manera que el contribuyente que respete los requisitos de este precepto quedaría exento de pena. En caso contrario se daría la paradoja de que el contribuyente que, de forma espontánea, regularice su situación tributaria, estaría, además, confesando la comisión de un delito, consecuencia nefasta que no creo que la norma persiga.

En lo que conozco, actualmente la postura no ya de los Tribunales, sino incluso, y eso es más grave, del Ministerio Fiscal es contradictoria, pues mientras en algunas Fiscalías se ha reconocido virtualidad a la regularización tributaria en el campo penal, en otras se ha negado. Por eso es urgente que el legislador tome postura y zanje tan importante cuestión de una vez por todas. Y eso es lo que se pretende con el apartado tercero del artículo 349 del Código Penal, si bien, otra vez, con escasa fortuna, pues tal y como está redactado no va a solucionar totalmente la cuestión y, paralelamente, originará nuevos problemas, tal y como a continuación intento justificar.

Si en la definición de las conductas típicas es exigible claridad, la misma claridad es obligada en la redacción de excusas absolutorias. La excusa absolutoria consiste, fundamentalmente o bien en una conducta del autor de una acción típica, antijurídica y culpable (*vid. artículo 563 bis, b, del Código Penal*) o bien describir determinadas circunstancias personales (*vid. artículos 564 y 18 del Código Penal*) que determinan una exención de la pena. Pues bien, en uno u otro caso, la conducta o las circunstancias que eximen de pena deben estar perfectamente definidas para que no den lugar a interpretaciones diferentes según el intérprete. Y esto es lo que falta en la excusa que pergeña este apartado tercero del artículo 349 del proyecto. En efecto, la expresión *regularice* no es unívoca y puede dar lugar a las más dispares interpretaciones. La alocución *regularizar* es ajena al Derecho Penal, pero es que la legislación tributaria, salvo error u omisión por mi parte, tampoco define lo que por tal debe entenderse. El término admite dos interpretaciones bien distintas: o bien por *regularizar* se entiende pagar la cuota originariamente ocultada o bien simplemente la presentación de una declaración complementaria en la que se confiesen las Bases Imponibles ocultadas, pero sin realizar ingreso alguno, lo que pondrá en marcha los mecanismos administrativos de apremio. Ni siquiera la Ley General Tributaria en su artículo 61.2 aclara la cuestión, pues mientras en la redacción anterior a la Ley 18/91, de 6 de junio, parece que exigía el pago de la cuota ocultada, a partir de la redacción dada a dicho precepto por la mencionada Ley puede interpretarse que la re-

gularización se produce con la simple presentación de una declaración complementaria, incluso sin ingreso.

Esta indefinición del proyecto de Ley de modificación del Código Penal va a dar lugar, sin duda alguna, a las más variadas interpretaciones, agravadas por la inexistencia de jurisprudencia del Tribunal Supremo. Me atrevo a decir que, de mantenerse la redacción del proyecto, habrá que entender que la excusa absolutoria despliega sus efectos con la simple presentación de una declaración complementaria, incluso sin ingreso, pues ésta es la interpretación más favorable al reo y porque, en definitiva, el delito fiscal es un delito de defraudación, cuyo elemento esencial es la ocultación de bases tributarias mediante las correspondientes maniobras engañosas, engaño que desaparece por la puesta en conocimiento de la Administración tributaria de la ocultación realizada. En todo caso sería deseable que la tramitación parlamentaria aclara la cuestión. Ésa es la intención que tiene la enmienda del Grupo Mixto en el Senado, presentada por dos Senadores de IU-IC, que pretenden añadir el siguiente párrafo:

«...la regularización a que se refiere el párrafo anterior requerirá que el responsable ingrese de modo efectivo las deudas tributarias defraudadas y presente declaraciones completas y veraces que contengan todos los elementos del hecho imponible y, en particular, el origen de las rentas y patrimonio que se afloren.»

Aun reconociendo que esta enmienda arroja claridad sobre una cuestión que el proyecto deja oscura, no puedo por menos que mostrar mi desacuerdo con ella, pues se pueden producir situaciones paradójicas, ya que, en definitiva, al exigir el pago efectivo de la deuda defraudada y no bastar la presentación de declaraciones complementarias sin ingreso, puede favorecerse —aunque lógicamente no sea ésa la intención de la enmienda— a los contribuyentes más poderosos que, por no tener problemas de tesorería puedan hacer frente a tal pago, frente a los más modestos que, por falta de medios económicos, no puedan realizar el correspondiente desembolso.

Estos mismos enmendantes, por otro lado, proponen, mediante la inclusión de otro párrafo, que la regularización no surta efectos cuando medie falsedad o se haya simulado la titularidad del hecho imponible.

El segundo problema que plantea la excusa absolutoria, tal y como está redactada en el proyecto, viene dado por la forma en que busca exculpar exclusivamente a los que se acojan a tal mecanismo de forma espontánea. En efecto el Legislador, con buen criterio, quiere que sólo quienes regularicen de forma espontánea, puedan beneficiarse de la excusa, pero para ello exige que la regularización se produzca, cuando el procedimiento penal se ha iniciado sin denuncia previa de la Administración tributaria *antes de que el Ministerio Público, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica o local de que se trate interponga querella o denuncia...* Desconoce el proyecto, con esta redacción, que el instructor nato del proceso penal es el Juez de Instrucción, que puede incoar un procedimiento penal por delito fiscal sin necesidad de querella o denuncia previa, pues no hay que olvidar que estamos en presencia de un delito público, una vez ha sido felizmente derogado el antiguo requisito de procedibilidad del artículo 37 de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal que concedía a la Administración el monopolio de la denuncia y al Fiscal del ejercicio de la acción penal. En los supuestos en que un Juzgado incoe de oficio un procedimiento por delito de esta clase o amplíe a delito fiscal el objeto de una instrucción seguida por otro tipo de delito, sin que exista denuncia o querella ¿hasta cuándo puede el investigado regularizar su situación tributaria con efectos despenalizadores? La dicción literal de la excusa parece que obliga a contestar que hasta que se presente contra él escrito de acusación, lo que no deja de ser un dislate que produce agravios comparativos que no son de recibo.

Desconoce, además, el proyecto, las facultades de investigación otorgadas al Fiscal por el artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal o por el artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En los supuestos en que una Fiscalía incoe unas diligencias de investigación penal que no tengan su origen en un expediente previo de la Administración tributaria y cite al contribuyente investigado, éste podrá regularizar su situación tributaria incluso después de haber tenido conocimiento de la investigación de la Fiscalía y hasta de haber declarado como denunciado ante el Fiscal, lo que constituye otro contrasentido.

Desconoce el proyecto, en tercer lugar, la posibilidad de que un procedimiento por delito de defraudación tributaria se incoe como consecuencia de una denuncia o querella de un particular, no del

Fiscal ni de los representantes procesales de la correspondiente Administración defraudada y, de admitirse a trámite la querella por el Juez, no entiendo por qué en este caso puede desplegar sus efectos la excusa por el solo hecho de que el procedimiento no se inicie por querella o denuncia del Fiscal o de un representante procesal de la correspondiente Administración. Ello produce, otra vez, un agravio comparativo rechazable.

Estos defectos están intentando ser corregidos, con mayor o menor fortuna en el trámite parlamentario del Senado. A tal efecto cabe hacer referencia a las siguientes enmiendas:

A) Enmienda número 12 del Grupo Parlamentario Socialista, que propone que el apartado 31.^º de este artículo 349 tenga la siguiente redacción:

3. *Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria, en relación con las deudas a que se refiere el apartado 1 de este artículo, antes de que se les haya notificado la iniciación de actuaciones inspectoras o, en su caso, de otras actuaciones de la Administración Tributaria, dirigidas ambas a la determinación de dichas deudas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Público, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración Autónoma o local de que se trate, interponga querella o denuncia contra aquél dirigida, o cuando el Ministerio Público o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.*

B) Enmienda número 19 del Grupo Parlamentario Catalán, que propone idéntica redacción, con algún añadido que se comentarán en otro punto.

Queda por abordar una última cuestión, cual es la de decidir si esta excusa absolvatoria abraza también y afecta a los delitos instrumentales, fundamentalmente al delito de falsedad en documento mercantil, que tantas veces acompaña al delito fiscal. En mi opinión ni la excusa alcanza a estos delitos ni es conveniente que así sea. Tal y como el proyecto perfila la excusa, cuando dice que *quedará exento de pena el que regularice...*, naturalmente se está refiriendo exclusivamente a la pena establecida por el artículo 349 del Código Penal, no a la de otros delitos que pudieran imputarse a su autor. Otra interpretación sería excesivamente forzada.

Decía, además, que no sería conveniente que en el trámite parlamentario la excusa se extendiera también a las falsedades. Si se hi-

ciera, en mi opinión se desconocería la realidad. La utilización de facturas falsas, las más de las veces, no obedece a una intención directa de defraudar a la Hacienda Pública. En multitud de ocasiones estas facturas son utilizadas por administradores infieles que para ocultar que han detraído en su propio beneficio de la caja social de su empresa ciertas cantidades, justifican documentalmente esas salidas con documentos falsos que luego se contabilizan y reflejan en las declaraciones tributarias, originando el consiguiente perjuicio. En otras ocasiones la utilización de esas facturas sirve para pagar comisiones de toda clase, alguna de ellas por sí mismas constitutivas de delito. En estos casos, como en el anterior, las facturas sirven para justificar contablemente las salidas de dinero metálico que han de servir para el pago de comisiones y, como en el caso anterior, se contabilizan y vuelcan en las declaraciones tributarias, de manera que el fraude fiscal que origina la deducción de ese falso gasto no es la primera finalidad perseguida con la falsedad, aunque sí una consecuencia admitida y de la que el autor de esos otros delitos se aprovecha. Pues bien, en estos casos, si el delito de falsedad desapareciera por la excusa absolutoria del artículo 349 se estaría produciendo un efecto perverso, pues la falsedad como medio para cometer un delito de apropiación indebida o de cohecho desaparecería igualmente. El bien jurídico protegido en el delito de falsedad y en el delito fiscal es, además, diferente, como no es necesario razonar. Si el artículo 564 del Código Penal no exime del delito de falsedad a quienes cometan una defraudación en perjuicio de determinados parientes, no se alcanzaría a comprender que cuando el perjudicado es la Hacienda Pública la falsedad desaparezca.

Parece, sin embargo, a la vista de dos enmiendas presentadas en el Senado, que la intención mayoritaria es que la regularización abrace también a las falsedades o, incluso, a cualquier otro delito instrumental.

Así, la enmienda número 12 del Grupo Parlamentario Socialista propone la adición del siguiente párrafo:

«La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, dicho sujeto pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria.»

Por su parte el Grupo Parlamentario Catalán propone la adición de dos párrafos del tenor literal siguiente:

«La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a aquellos otros delitos instrumentales que dicho sujeto pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria, con ocasión de la realización de los delitos regulados en el apartado uno de este artículo.

La exención regulada en este punto se extenderá en ambos casos a cuantas otras personas resulten responsables de los delitos, conforme al Título II del Libro Primero de este Código.»

Existen otras enmiendas reveladoras de la postura de cada uno de los grupos parlamentarios que las presentan en torno a estos delitos, a las que es necesario hacer referencia aquí, aunque por la premura de tiempo con que han llegado a mis manos y la inminente entrada en prensa del número de la revista en la que pretendo la publicación de estas líneas me limite, en la mayor parte de los casos, a transcribirlas para transmitir información.

Salvo error u omisión por mi parte únicamente los Grupos Mixto, Socialista Catalán y Vasco han presentado enmiendas, alguna de las cuales ya han sido examinadas. De las restantes cabe destacar, por su novedad, dos enmiendas del Grupo Catalán.

La primera de ellas es una enmienda —la número 26— al artículo 77.6 de la Ley General Tributaria, del que se propone su modificación en los siguientes términos:

«6. En los supuestos en que, al parecer de la Administración, las infracciones pudieran ser constitutivas de delitos contra la Hacienda Pública Estatal, regulados en el Código Penal, se remitirá el expediente a la comisión de Infracciones Fiscales, para que ésta, previa puesta de manifiesto del mismo al interesado para que formule en un plazo máximo de treinta días las alegaciones que estime convenientes, emita su preceptivo dictamen acerca de la apreciación de la Administración. Si el dictamen de la Comisión estuviera de acuerdo con el parecer de la Administración, ésta pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme. Si el dictamen de la Comisión estuviera en desacuerdo con la relevancia penal de los hechos, la Administración continuará el expediente administrativo sancionador de acuerdo con los hechos contenidos en el mismo.»

La segunda enmienda —la número 27— que complementa a la anterior, propone redactar el artículo 147 de la LGT en los términos siguientes:

«La Comisión de Infracciones Fiscales se configura como órgano consultivo de la Administración Tributaria, cuya función será la de emitir dictamen acerca de la apreciación de la Administración respecto a si determinadas infracciones pudieran ser constitutivas de los delitos contra la Hacienda Pública regulados en los artículos 349, 349 bis, 350 y 350 bis del Código Penal. Dicha Comisión, cuya composición y régimen jurídico se determinará reglamentariamente, integrará las distintas Administraciones Tributarias y deberá estar presidida por un miembro del Consejo de Estado.»

La justificación de estas dos enmiendas se hace descansar en la complejidad de los delitos contra la hacienda Pública, de manera que se cree una especie de filtro, a semejanza de lo que ocurre en el sistema francés.

No puedo compartir esta tesis por muy variadas razones. En primer lugar, una de orden práctico. La experiencia enseña que las denuncias procedentes de la Administración en muchas ocasiones se reciben en las Fiscalías próxima la prescripción del delito. El establecimiento de este trámite suplementario supondría, en muchos casos, que al alcanzarse el término de prescripción, muchos delitos quedarían impunes. En segundo lugar no se entiende, si es que se establece este trámite, por qué motivo sólo se aplica a las defraudaciones a la Hacienda estatal y no a las que puedan tener como sujetos pasivos a las demás Haciendas, incluidas las comunitarias. En tercer lugar podríamos preguntarnos por qué, si sólo se aplica a las defraudaciones apreciadas por la Administración estatal, van a formar parte de esta Comisión miembros de las diferentes Haciendas. En cuarto lugar no creo que la complejidad de un determinado tipo delictivo haga necesario establecer un requisito de procedibilidad como el que se pretende en estas enmiendas, pues existen otros tipos igualmente complejos —piénsese en determinadas malversaciones de caudales públicos, por ejemplo— en los que no existe requisito de esta clase. Y, por último, configurándose como se configura el delito fiscal como un delito público no se comprende que se cree este requisito de perseguitabilidad que no afectaría a los procedimientos incaudos de oficio por un Juez de Instrucción o iniciados a instancia de un particular. Se volvería con ello, prácticamente, al sistema de 1977 que tantos fracasos cosechó.

Artículo 349 bis

Este precepto es de nueva planta y trae al campo de las defraudaciones que tienen como sujeto pasivo a la Seguridad Social el mismo texto del artículo anterior. Por ello me remito a lo ya dicho, pues los problemas que plantea el proyecto en la redacción dada al artículo 349 son trasladables a éste.

Las particularidades de este precepto son pocas. La primera es que la cuantía que fija el límite entre la infracción y el delito se establece en 15.000.000 de pesetas, sin que se explique el motivo, pues no se entiende por qué es más grave una defraudación a la Hacienda que a la Seguridad Social. Seguramente por este contrasentido se pretende elevar el límite del 349 en el trámite del Senado. Esta modificación de la cuantía ha de incidir necesariamente a la hora de determinar la que, a efectos de defraudaciones contra la Seguridad Social, ha de entenderse por cuantía de notoria importancia a que se refiere el inciso primero de la letra b) del apartado primero del artículo. De admitirse el criterio que expuesto al analizar el artículo 349, la notoria cuantía en el delito de defraudación a la Seguridad Social estaría en torno a los 999.000.000 de pesetas, cifra que constituiría también la notoria importancia del delito fiscal de elevarse la cuantía a más de quince millones de pesetas.

Las demás cuestiones examinadas al analizar el artículo anterior plantean en éste los mismos problemas, por lo que me remito a lo dicho más arriba.

No me refiero a las enmiendas presentadas a este precepto en el Senado porque, como es de imaginar, cada uno de los grupos ha presentado a este artículo enmiendas iguales a las que se refieren al artículo 349.

Artículo 350

No ofrece el fraude de subvenciones en el proyecto ninguna novedad que merezca calificarse de revolucionaria respecto del texto del artículo 350 en su actual redacción. Las únicas reseñables son la inclusión de las ayudas públicas junto a las subvenciones y las desgravaciones, lo que es acertado, pues alguna de estas ayudas no encajaba en el concepto de subvención. Es también novedad la refe-

rencia a las subvenciones comunitarias, que viene impuesta por el artículo 209 del Tratado de Maastricht, como ya se ha explicado más arriba.

La cuantía fronteriza entre la infracción administrativa y el delito se cuadriplica respecto de la actual, pues pasa de 2.500.000 pesetas a 10.000.000 de pesetas, sin que se explique en la Exposición de Motivos el porqué. Parece que ofrece mayor disvalor la conducta defraudatoria en materia de subvenciones que la defraudación fiscal propiamente dicha, pues no en vano aquélla supone un mal uso de unos fondos provenientes del Erario, mientras que ésta supone unos menores ingresos públicos. Así se reconocía por la propia Ley Orgánica 2/85 que introdujo en el Código Penal los delitos contra la Hacienda Pública en su actual redacción desde el momento en que fijó el límite en el fraude de subvenciones en 2.500.000 pesetas y en el fraude fiscal en 5.000.000 de pesetas. Así lo reconoce implícitamente el propio proyecto al no introducir una excusa absolvatoria absoluta en el fraude de subvenciones similar a la del delito de defraudación tributaria del artículo 349, pues el apartado cuarto sólo exime de pena privativa de libertad, pero no de la multa, al que reintegre las cantidades desviadas y sus intereses, lo que palpablemente demuestra que para el proyecto esta conducta merece mayor reproche que la tipificada en el artículo 349, razón por la que no se explica ni que se cuadriplique la cuantía del artículo 350 ni que sea superior a la del artículo 349, aunque este último efecto se corrija en el Senado.

La *semiexcusa absolvatoria* del apartado cuarto de este precepto está mejor resuelta que la de los dos artículos anteriores, por cuanto que aquí sí exige el pago (reintegro en este caso) de las cantidades defraudadas, pero ofrece iguales problemas a la hora de fijar el momento en que el pago produce esos efectos de supresión de la pena privativa de libertad que en la excusa de los artículos 349 y 349 bis.

En trámite de enmiendas en el Senado se han presentado, como más destacables, las siguientes:

- A) Enmienda número 14 del Grupo Socialista al apartado 4.^º del artículo, que quedaría redactado de la siguiente forma:
- «4.º Quedará exento de responsabilidad penal, en relación con las subvenciones, desgravaciones o ayudas a que se refieren los apartados 1 y 2 de este artículo, el que reintegre las cantida-

des recibidas, incrementadas en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones de inspección o control en relación con dichas subvenciones, desgravaciones o ayudas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Público, el Abogado del Estado o el representante de la Administración Autonómica o Local de que se trate, interponga querella o denuncia contra aquél dirigida. La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a las cantidades recibidas objeto de regularización, dicho sujeto pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación.»

Se convierte así la *semiexcusa* original en una excusa absoluta, condicionándola al pago total de la defraudación más el interés legal del dinero aumentado en dos puntos. Se conserva, por otro lado, la mala redacción en lo referente al momento hasta el cual puede procederse a la regularización con fines exculpatorios, en torno a lo cual doy por reproducido lo dicho respecto al artículo 349.

Por su parte, el Grupo Catalán presenta una enmienda, la número 22, que pretende elevar la cuantía de la defraudación en materia de subvenciones a 15.000.000 de pesetas, con el fin de igualarlo al fraude tributario del artículo 349, rompiendo, en mi opinión incorrectamente, la distinción que ya estableció el legislador en 1985, pues es evidente que la defraudación en materia de subvenciones debe merecer mayor reproche que la defraudación fiscal, pues en aquélla, en definitiva, la defraudación produce una *salida* de fondos públicos que ingresan en el patrimonio del particular quien los desvía hacia fines distintos de los previstos por la norma subvencionadora o que los obtiene falseando las condiciones establecidas por la ley, mientras que en éste el fraude consiste en un menor ingreso para la Hacienda Pública, que si bien grave, no deja de ser, al menos aparentemente y *prima facie*, una conducta menos lesiva.

Pretende el mismo grupo, en la enmienda número 23, que las medidas de seguridad que se establecen al autor de este delito sean de imposición potestativa por el Juez y que su duración, en ningún caso exceda de tres años, con la sola justificación de que es el criterio que rige en los países de nuestro entorno.

Artículo 350 bis

La redacción de este precepto, que tipifica el fraude contable, es idéntica a la actualmente en vigor. Sólo se ha modificado, para tratarla, la cuantía del último párrafo, que pasa de 10.000.000 de pesetas a 30.000.000 de pesetas, sobre lo que no hay que hacer más comentarios que los ya hechos más arriba, salvo que, quizás, para demostrar el caos que en materia de cuantías ofrece el proyecto, es curioso hacer notar que se corrigen al alza las cuantías que determinan la aparición del delito en los artículos 350 y 350 bis, lo que justifica la Exposición de Motivos del Proyecto *por razones económicas y políticas* y que esas mismas razones no aconsejen también elevar la sanción pecuniaria de 1.500.000 a 3.000.000 de pesetas del artículo 350 bis del proyecto, que es la misma que la actualmente en vigor desde 1985.

Este precepto no contiene ninguna excusa similar a la del artículo 349 o 349 bis. Ello va a provocar un problema importante: No es infrecuente, por no decir que es normal, que los autores de delitos de defraudación tributaria del artículo 349 del Código Penal cometan falseades o anomalías en su contabilidad, con el fin de evitar el descubrimiento de la defraudación. Estas falseades o anomalías la mayor parte de las veces encajan en alguna de las modalidades típicas del artículo 350 bis. La jurisprudencia del Tribunal Supremo (*vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1990, 31 de octubre de 1992 y 9 de marzo de 1993*) ha venido sosteniendo que el delito de defraudación tributaria del artículo 349 absorbe al contable del artículo 350 bis, en virtud del principio de especialidad o el de consunción, por lo que sólo se impondrá la pena de aquél. Pues bien, al no contener el artículo 350 bis en el proyecto una excusa absolución semejante a la de los artículos 349 y 349 bis, podríamos preguntarnos si en todos aquellos casos en que un contribuyente que haya regularizado su situación tributaria de acuerdo con los requisitos de la excusa respectiva, pero que, además, haya cometido delito contable, podrá ser acusado y, en su caso, condenado por el delito contable, que permanecería al no estar abrazado por la excusa. En mi opinión la contestación ha de ser negativa, pues al desaparecer la pena del delito principal, desaparece también la del delito consumido o común, aunque ello va a plantear, una vez más, divergencias de interpretación.

Quizás por ello el Grupo Catalán en el Senado ha enmendado este precepto, incluyendo en su texto una posibilidad de regularización

también para el delito contable, si bien el texto de las enmiendas, idéntico al que tiene la excusa absolvatoria en el proyecto para el artículo 349, va a provocar, de ser aprobado tal y como se propone en las enmiendas, numerosos problemas prácticos a los que más arriba ya me he referido.

Este artículo no merece mayores comentarios. Únicamente queda por lamentar que los problemas prácticos que hoy plantea el artículo 350 bis no hayan sido abordados por el proyecto. Me parece que el adverbio *absolutamente* que utiliza el apartado a) del párrafo primero debería ser sustituido por *sustancialmente*, pues es fácil que el contribuyente confeccione unas anotaciones contables mínimas para evitar incurrir en una ausencia absoluta de llevanza de contabilidad. Creo también que la expresión *Ley Tributaria* del párrafo primero debería sustituirse por la de *Ley o Reglamento Tributario*, pues el término *Ley Tributaria* es equívoco y algunos intérpretes de este precepto defienden que la obligación de llevanza de contabilidad debe estar contenida en una Ley en sentido formal, de manera que el precepto no se integra cuando sea un Reglamento y no una Ley formal el que establezca la obligación de llevar contabilidad, como ocurre, por ejemplo, con el Impuesto de Sociedades, en cuya Ley reguladora es discutible que se imponga esta obligación de llevanza de contabilidad.

Disposición Adicional

Esta Disposición tiene como finalidad que los contribuyentes que se acogieron a los mecanismos de las Disposiciones Adicionales decimotercera y decimocuarta de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas queden exentos de sanción en el ámbito penal. La aplicación de esta Disposición plantea problemas diferentes según que el contribuyente incurso en un procedimiento por delito fiscal se haya acogido a los beneficios de una u otra disposición tributaria.

La Disposición Adicional 13.^a

Esta Disposición creó una denominada Deuda Pública Especial cuya suscripción por los contribuyentes les permitía aplicar el im-

porte de lo en ella invertido a las Bases Imponibles no declaradas que la Inspección pudiera poner de manifiesto en sus actuaciones (3).

(3) Disposición Adicional 13.^a de la nueva Ley 18/91, de 6 de junio, reguladora del IRPF:

Uno. Los titulares de Pagarés del Tesoro u otros activos de naturaleza análoga emitidos por las Diputaciones Forales del País Vasco o la Comunidad Foral de Navarra, que se encuentren en circulación en cualquier momento dentro del período comprendido entre la entrada en vigor de esta Disposición Adicional y el 1 de enero de 1992, con la única excepción de los Pagarés del Tesoro en poder de Entidades de Crédito a efectos del cumplimiento del coeficiente de inversiones obligatorias, podrán optar, hasta el 31 de diciembre de 1991, por alguna de las siguientes alternativas:

1.^a Canje por los activos de la Deuda Pública Especial a que se refiere el apartado dos de esta Disposición Adicional.

Esta opción sólo podrá ejercitarse por las personas físicas o jurídicas que, de acuerdo con las disposiciones en vigor, hayan sido residentes fiscales en territorio común durante 1990.

2.^a Amortización ordinaria, en los términos y condiciones fijadas en la propia emisión. La falta de manifestación expresa en favor de la alternativa anterior se entenderá como opción por esta última.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de la adaptación que proceda en virtud de lo dispuesto en el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco y en el Convenio Económico con la Comunidad Foral de Navarra.

Dos. Características financieras de los activos de la Deuda Pública Especial:

a) La Deuda Pública Especial estará representada mediante anotaciones en cuenta, tendrá carácter nominativo y no será transmisible salvo a título *mortis causa*.

b) La Deuda Pública Especial se emitirá al descuento, fijándose su precio efectivo de suscripción de forma que el rendimiento resultante sea del 2 por ciento anual.

c) El vencimiento ordinario de los activos de la Deuda Pública Especial, que será a los seis años de su emisión, tendrá lugar en 1997, pudiendo efectuarse en una o más fechas de dicho ejercicio.

d) Los titulares de los activos de Deuda Pública Especial podrán optar libremente cada año, en la fecha o fechas que se determinen, por su amortización anticipada, solicitándolo a través de las Entidades Gestoras del Mercado de Deuda Pública en Anotaciones. El precio de amortización de los activos de la Deuda Pública Especial será el de suscripción incrementado por los intereses corridos desde la fecha de suscripción hasta la de amortización anticipada.

Tres. Régimen fiscal de los activos de Deuda Pública Especial:

a) Relación de titulares.

La relación de suscriptores de la Deuda Pública Especial, clasificados por emisiones, se efectuará por las Entidades Gestoras del Mercado de Deuda Pública en Anotaciones, que deberán hacer constar en sus registros el nombre y dos apellidos y razón social de cada suscriptor, así como su número de identificación fiscal y el número de activos suscritos. Las Entidades Gestoras y demás intermediarios que intervengan en la suscripción de los activos de la Deuda Pública Especial no estarán obligados a informar a la Administración Tributaria sobre la identidad de los suscriptores.

Sin perjuicio de lo anterior, las Entidades Gestoras del Mercado de Deuda Pública Especial en Anotaciones deberán depositar en el Banco de España con anterioridad a 1 de marzo de 1992, la relación de suscriptores de los activos de la Deuda Pública Especial, en los términos señalados en el párrafo precedente. Una vez depositadas las re-

La deficiente regulación de las disposiciones adicionales del Código Penal y de la 13.^a de la ley del impuesto sobre la renta no va

laciones, el Banco de España sólo admitirá Comunicaciones complementarias en caso de amortización anticipada o transmisión *mortis causa*, siempre y cuando, en este último caso, se acremente suficientemente la causa de la sucesión y la identidad de los causahabientes. Tales comunicaciones se custodiarán en el Banco de España junto con las relaciones originales.

Hasta la amortización ordinaria o anticipada de los activos de la Deuda Pública Especial, los datos relativos a la identidad de sus titulares serán absolutamente confidenciales. No obstante, con anterioridad a las fechas de amortización mencionadas, podrá el Banco de España, a solicitud de los titulares de los activos de la Deuda Pública Especial, certificar que éstos figuran en las relaciones de titulares depositadas en el Banco de España.

En 1997, con la antelación que se determine al vencimiento de los activos de Deuda Pública Especial, el Banco de España remitirá al Ministerio de Economía y Hacienda la relación completa de los titulares de los mencionados activos, a efectos de proceder al oportuno reembolso. De igual forma procederá, con anterioridad a las fechas prefigadas, respecto de los titulares que hubieran solicitado la amortización anticipada.

b) Impuesto sobre el Patrimonio de las Personas Físicas.

Los activos de Deuda Pública Especial no estarán sujetos al Impuesto sobre el Patrimonio de las Personas Físicas.

c) Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas e Impuesto sobre Sociedades.

Los Rendimientos del capital mobiliario o, en su caso, incrementos de patrimonio procedentes de la amortización de los activos de la Deuda Pública Especial no estarán sujetos al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o al Impuesto sobre Sociedades correspondientes a los titulares de los mencionados activos.

d) Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

El fallecimiento de los titulares de los activos de la Deuda Pública Especial dará lugar al devengo del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. No obstante, la liquidación de la parte del impuesto correspondiente a dichos activos quedará diferida al momento de su amortización ordinaria o anticipada.

e) *Eficacia frente a las actuaciones administrativas realizada en vía de gestión o inspección tributaria.*

El precio efectivo de adquisición de los activos de la Deuda Pública Especial podrá imputarse por los suscriptores a la reducción de las rentas o patrimonios netos no declarados, correspondientes a períodos impositivos anteriores a 1990, que pudiera poner de manifiesto la Administración Tributaria con ocasión de actuaciones de comprobación o investigación, siempre que dichas rentas no estuvieran materializadas en otros bienes o derechos.

Para la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior será necesaria la obtención de la certificación de titularidad a la que hace referencia el párrafo tercero de la letra a) del presente apartado. En estos casos, el titular no podrá acogerse a la amortización anticipada prevista en la letra siguiente.

f) Amortización anticipada.

La amortización anticipada de los activos de la Deuda Pública Especial privará a los mismos del régimen fiscal establecido en el presente apartado.

Las Entidades Gestoras del Mercado de Deuda Pública en Anotaciones, que hubieran recibido de los titulares de los activos de la Deuda Pública Especial solicitud de amortización anticipada de los mencionados activos, comunicarán al Banco de Espa-

sino a provocar un sinfín de problemas prácticos. Obsérvese que el apartado Tres, e), de la ley reguladora del impuesto sobre la renta de las personas físicas no fija un plazo transcurrido el cual la exhibición de los Títulos de Deuda Pública no puedan producir sus efectos, ni tampoco lo hace la Disposición Adicional del proyecto de reforma del Código Penal. Esto determina que una lectura precipitada de la Disposición 13.^a pueda llevar a concluir que los imputados por delito fiscal pueden hacer valer la Deuda Pública en cualquier momento del procedimiento penal, incluso después de que se haya dictado Sentencia firme no ejecutada. Sin embargo, un análisis más detenido del apartado tres, e), de la mencionada Disposición debe llevar a otras conclusiones:

1.º Los títulos de Deuda Pública no se crean con afanes de regularizar situaciones tributarias anómalas, sino para terminar con la insostenible situación derivada del hecho de que el propio Estado hubiera emitido unos títulos al portador, los Pagarés del Tesoro, fiscalmente opacos. Se pretende con esta DA el canje de estos pagarés por Deuda Pública Especial, también opaca, pero amortizable en todo caso en 1997.

ñá las solicitudes recibidas a los efectos establecidos en el párrafo cuarto de la letra a) del presente apartado.

g) Cambio de residencia fiscal.

En caso de que con posterioridad a 1990 un suscriptor de activos de Deuda Pública Especial emitidos por las Diputaciones Forales del País Vasco o la Comunidad Foral de Navarra cambiara su residencia fiscal del País Vasco o Navarra a territorio común, el régimen fiscal regulado en el presente apartado será también de aplicación a los activos citados de que sea titular.

Dicho régimen será igualmente de aplicación cuando un residente fiscal en territorio común adquiriese *mortis causa* activos de los citados en el párrafo anterior.

Cuatro. Procedimiento de suscripción de los activos de la Deuda Pública Especial.

a) Los titulares de los activos financieros a que hace referencia el apartado uno de esta Disposición Adicional, que opten por su canje por activos de la Deuda Pública Especial, deberán comunicarlo a una Entidad Gestora del Mercado de Deuda Pública en Anotaciones.

b) Cuando se trate del canje de los activos financieros a que hace referencia el apartado uno de esta Disposición Adicional con anterioridad a su amortización ordinaria, su valor de canje se calculará del mismo modo que su precio efectivo de emisión, habida cuenta del plazo que medie entre la fecha de canje y la de su amortización ordinaria. Cuando el valor efectivo de los activos financieros entregados en canje sea inferior a un número entero de activos de la Deuda Pública Especial, deberá el titular completar en efectivo la diferencia en el momento de presentar la petición de canje....»

2.^º A diferencia de la DA 14.^a que luego examinaré, en ésta no se afirma que quienes suscriban estos Títulos queden exentos de sanción, sino únicamente que pueden aplicar el importe de las cantidades suscritas a rebajar las Bases Imponibles de los impuestos eludidos, lo que permite pensar que a efectos de delito fiscal esta imputación no autoriza a entender que ha desaparecido la punibilidad. La suscripción de Deuda Pública Especial, en principio, sólo produciría efectos en relación a la responsabilidad civil, que deberá entenderse reducida en proporción a la disminución que experimente la cuota defraudada tras aplicar el importe de la Deuda Pública a la Base Imponible.

3.^º Que la finalidad de esta DA es la dicha de lograr el canje de Pagarés de Tesoro por Títulos de Deuda Pública Especial, se aprecia con claridad en la expresión «...siempre que dichas rentas no estuvieran materializadas en otros bienes o derechos...» que utiliza el apartado Tres, e), de la DA. Ello significa que el Banco de España, emisor de estos Títulos, sólo podía venderlos a cambio de Pagarés del Tesoro, no de títulos de otra especie y que cuando los patrimonios o las rentas ocultadas estén materializados en otro tipo de títulos diferentes de los Pagarés (por ejemplo Primas Únicas, Cessiones de Crédito, etc.) no pueden tales títulos canjearse por Deuda Pública Especial.

Lo anterior no quiere decir que esta DA tenga una nula incidencia en los procedimientos por delito fiscal. En mi opinión sí producirán efectos los Títulos de Deuda Pública que se hagan valer en un procedimiento por delito fiscal cuando éste se haya cometido como consecuencia de un incremento no justificado de patrimonio materializado en Pagarés del Tesoro que hayan sido canjeados por Deuda Pública. En este caso en mi opinión, al ser el único para el que la DA permite la reducción de la Base Imponible, sí cabe concederle efectos despenalizadores, siempre y cuando la cuota resultante no supere los 5.000.000 de pesetas.

Debe recordarse, por último, que la Deuda Pública especial sólo puede afectar a impuestos directos, pues la Disposición habla de *rentas y patrimonio* no declarados, elementos no gravados por la imposición indirecta.

Sería deseable, para evitar los problemas que pueda plantear esta cuestión, que en el trámite parlamentario, se estableciese un momento tras el cual no pudiera tener virtualidad la Deuda Pública.

b) ·Disposición Adicional 14.^a

La DA de la Ley 18/91, de 6 de junio, reguladora del impuesto sobre la renta de las personas físicas, contiene un segundo mecanismo de regularización tributaria que alcanza, como la anterior, exclusivamente a impuestos anteriores a 1990 (4).

En definitiva, esta Disposición crea un mecanismo similar al del artículo 61.2 de la Ley General Tributaria, pero con más ventajas para el contribuyente que se acoja a él. Esta disposición sí ha recibido una mejor redacción que la Disposición Adicional 13.^a y su interpretación plantea menos problemas que ésta, pues sólo permite acogerse a esta singular disposición, en el caso de que no haya mediado procedimiento judicial. Sería deseable que en la reforma definitiva del Código Penal se incluyera una expresión igual o semejante para la Disposición Adicional 13.^a

Esta Disposición Adicional del proyecto, por otro lado, tampoco afecta, en mi opinión, y salvo que otra cosa se diga en el texto definitivo, a las falsoedades instrumentales.

(4) Disposición Adicional 14.^a de la Ley 18/91, de 6 de junio:

«Uno. Hasta el 31 de diciembre de 1991 podrán realizarse, siempre que no medie requerimiento o actuación administrativa o judicial en relación con las deudas tributarias de los sujetos pasivos, declaraciones complementarias e ingresos por cualquier concepto tributario devengado con anterioridad a 1 de enero de 1990, con exclusión de las sanciones e intereses de demora que pudieran ser exigibles.

La presentación de estas declaraciones no interrumpirán los plazos de prescripción a que se refieren las letras a), b) y c) del artículo 64 de la Ley General Tributaria.

Los ingresos realizados de conformidad con lo previsto en el párrafo primero, podrán fraccionarse sin garantía en cuatro pagos iguales anuales, debiéndose ingresar el primero en el momento de la presentación de la declaración-liquidación complementaria o extemporánea y los tres restantes antes del 20 de diciembre de cada uno de los tres años naturales siguientes, sin necesidad de previa notificación de la Administración.

La falta de pago de un plazo a su vencimiento determinará su exigencia en vía de apremio, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Reglamento General de Recaudación en cuanto al procedimiento a seguir en caso de falta de pago de un plazo en los fraccionamientos concedidos en plazo voluntario.

Las cuotas aplazadas devengarán intereses de demora que habrán de autoliquidarse por el obligado tributario al ingresar cada uno de los plazos.

Los incrementos de patrimonio no justificados declarados por el sujeto pasivo en estas declaraciones complementarias, podrán imputarse a la reducción de las rentas netas no declaradas de períodos impositivos anteriores, que pudiera poner de manifiesto la Administración con ocasión de actuaciones de comprobación o investigación, siempre que dichas rentas no estuvieran materializadas en bienes o derechos determinados.»

En este punto, las enmiendas más interesantes presentadas en el Senado por los diferentes grupos políticos son las siguientes:

A) El Grupo Socialista pretende añadir un nuevo párrafo a la Disposición Adicional que extienda la excusa absolutoria consecuencia de la regularización producida al amparo de las DA 13.^a y 14.^a de la Ley del Impuesto sobre la Renta a las falsedades instrumentales que guarden relación con las cantidades objeto de regularización.

B) La novedad más sobresaliente la constituye en este punto la enmienda número 30 del Grupo Catalán, que pretende introducir una Disposición Adicional nueva con el texto siguiente:

Siempre que hayan sido realizados antes del 1 de enero de 1990, quedarán exentos de responsabilidad penal respecto de los delitos contemplados en el Título VI del Libro II del Código Penal, de los que hubieran constituido medio para su comisión y de aquellos otros que se hubieran realizado empleando como medio el efecto o resultado obtenido con aquéllos, quienes, en el plazo de seis meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley, regularicen su situación tributaria mediante la presentación de las oportunas declaraciones, liquidaciones o autoliquidaciones, hubiere o no mediado requerimiento o actuación administrativa o judicial en relación con las deudas tributarias de los sujetos pasivos, o prestén su conformidad al acta que la Administración tributaria deberá levantarle. En el caso de la regularización antedicha, se aplicarán sólo los recargos previstos en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 61 de la Ley General Tributaria.

En mi opinión esta enmienda es peligrosa, pues introduce una especie de amnistía para los delitos contra la Hacienda Pública cometidos antes del 1 de enero de 1990, incluso cuando se encuentren ya judicializados, pues se condiciona su no persecución simplemente a la presentación de declaraciones complementarias por parte del contribuyente. No convence en absoluto la justificación de esta enmienda, que se asienta en permitir la regularización en los mismos términos en que se autorizó por la Ley del Impuesto sobre la Renta y, por tanto, sólo para aquellos delitos anteriores al 1 de enero de 1990, que lo son la mayor parte de los que se encuentran judicializados. Creo que esta enmienda va mucho más allá de lo que permitía la regularización de la DA 14.^a, que sólo afectaba a contribuyentes que no hubieran recibido requerimiento previo por parte de la Administración. Es, en mi opinión, una enmienda inaceptable en sus argumentos y en sus efectos.

En definitiva, puede concluirse que el proyecto es, en líneas generales, muy deficiente, pues sólo resuelve alguno de los problemas que los delitos contra la Hacienda Pública hoy plantean, pero va a a crear otros más graves. Sólo queda, por lo tanto, esperar que la andadura parlamentaria del proyecto mejore su definitiva redacción.

En la legislación penal existente se establecen penas para los delitos contra la Hacienda Pública, pero éstas no cumplen con las exigencias de la actualidad. La legislación penal es una norma general que no se adapta a las necesidades de la actualidad.

La legislación penal es una norma general que no se adapta a las necesidades de la actualidad. La legislación penal es una norma general que no se adapta a las necesidades de la actualidad.

La legislación penal es una norma general que no se adapta a las necesidades de la actualidad. La legislación penal es una norma general que no se adapta a las necesidades de la actualidad.

La legislación penal es una norma general que no se adapta a las necesidades de la actualidad. La legislación penal es una norma general que no se adapta a las necesidades de la actualidad.

La legislación penal es una norma general que no se adapta a las necesidades de la actualidad. La legislación penal es una norma general que no se adapta a las necesidades de la actualidad.

La legislación penal es una norma general que no se adapta a las necesidades de la actualidad. La legislación penal es una norma general que no se adapta a las necesidades de la actualidad.

La legislación penal es una norma general que no se adapta a las necesidades de la actualidad. La legislación penal es una norma general que no se adapta a las necesidades de la actualidad.

La legislación penal es una norma general que no se adapta a las necesidades de la actualidad. La legislación penal es una norma general que no se adapta a las necesidades de la actualidad.

La legislación penal es una norma general que no se adapta a las necesidades de la actualidad. La legislación penal es una norma general que no se adapta a las necesidades de la actualidad.

La legislación penal es una norma general que no se adapta a las necesidades de la actualidad. La legislación penal es una norma general que no se adapta a las necesidades de la actualidad.

La legislación penal es una norma general que no se adapta a las necesidades de la actualidad. La legislación penal es una norma general que no se adapta a las necesidades de la actualidad.

EL DERECHO PENAL AMBIENTAL: SU PROYECTO DE FUTURO

FRANCISCO JAVIER CARCELLER FABREGAT
Fiscal de la Audiencia Provincial de Castellón

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ALGUNAS CUESTIONES COMUNES A CUALQUIER REGULACIÓN PENAL EN MATERIA MEDIOAMBIENTAL.—2.1. *El principio de intervención mínima.*—2.2. *La previsión constitucional del artículo 45 de la CE.*—2.3. *La accesoriaidad del Derecho administrativo.*—2.4. *Cuestiones de Derecho Procesal.*—2.5. *La cuestión de la naturaleza jurídica.*—2.6. *La autoría delictiva.*—2.7. *La coparticipación omisiva.*—3. LA REGULACIÓN DE LAS INFRACCIONES MEDIOAMBIENTALES EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL.—3.1. *El Capítulo II. Examen del tipo básico.*—3.2. *El Capítulo I.*—3.3. *El Capítulo III.*—3.4. *Los delitos sobre la energía nuclear y radiaciones.*—3.5. *Los incendios forestales.*—3.6. *El tratamiento de los daños medioambientales.*—4. CONCLUSIONES.

que se ha de tener en cuenta es que el Proyecto de Código Penal Orgánica no es más que la propuesta de modificación de la legislación penal existente, y no una legislación completa. La legislación penal existente es la que se aplica en la actualidad, y no se modifica ni se sustituye por la legislación propuesta en el Proyecto de Código Penal Orgánica. La legislación penal existente es la que se aplica en la actualidad, y no se modifica ni se sustituye por la legislación propuesta en el Proyecto de Código Penal Orgánica. La legislación penal existente es la que se aplica en la actualidad, y no se modifica ni se sustituye por la legislación propuesta en el Proyecto de Código Penal Orgánica.

1. INTRODUCCIÓN

La existencia de un Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal aprobado por el Consejo de Ministros y remitido a las Cortes Generales el 22 de julio de 1994 hace surgir, necesariamente, la reflexión sobre lo que puede significar su aplicación práctica, sin poder prescindir del escepticismo originado por varios intentos fracasados en los últimos quince años de aprobar un nuevo Código Penal, que en ninguno de los casos ha llegado mas allá del trámite parlamentario y cuya finalidad de adaptar la ley a la realidad ha necesitado, mientras tanto, de dos reformas trascendentales en 1983 y 1989.

Y si ello tiene significación propia en relación con cualquier materia penalmente codificable, en el caso particular del sistema penal medioambiental representa la oportunidad de sustituir un tipo caduco e inoperante, duramente criticado por la doctrina (1) y por dis-

(1) Sobre las abundantes críticas doctrinales al artículo 347 bis del Código Penal, entre otros, BOIX REIG, J. («Delitos contra el medio ambiente», en *Derecho Penal, Parte Especial*, junto con otros autores, Valencia, 1987), DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. («Protección Penal de la Ordenación del Territorio y del Ambiente», en *Documentación Jurídica*, monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal, Madrid, 1983), MUÑOZ CONDE, F. (*Derecho Penal, Parte Especial*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1985), PERIS RIERA, J. M. (*Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1984), PRATS CANUTS, J. M. (*Observaciones críticas sobre la configuración del delito ecológico en el Proyecto de Código Penal de 1980*, Barcelona, 1983), RODRÍGUEZ RAMOS, L. («Delitos contra el medio ambiente», en *Comentarios a la Legislación Penal*, Madrid, 1985), RODRÍGUEZ DEVESAS, J. M. (*Derecho Penal Español, Parte Especial*, Madrid, 1983) y VERCHER NOGUERA, A. (*Comentarios al delito ecológico. Breve estudio de Derecho comparado entre España y los Estados Unidos*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1986).

tintos ámbitos sociales que alegan la falta de un adecuado desarrollo de la previsión constitucional.

En efecto, incluso desde sectores tradicionalmente apáticos en cuestiones medioambientales, se ha llegado a profundizar en el tema elaborando una lista de los «problemas medioambientales más importantes» (2) como punto de partida para elaborar una propuesta de mayor competitividad en las empresas que ven un reto de calidad en las crecientes demandas del cumplimiento de las exigencias medioambientales en los mercados financieros, con una consecuencia directa en la elevación de los costes, pues disponer de productos ambientalmente inocuos en su producción y eliminación tiene una repercusión final en el precio de estos productos (3). Se llega incluso a barajar la idea de un «eco-impuesto» (4) o a proponer medidas restrictivas del comercio con influencia en el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT) (5), sin perjuicio de otros mecanismos cuya potenciación se sostiene con distinto énfasis, tal es el caso del GEF (Global Environmental Facility) como programa piloto creado en 1990 en París por un grupo de países industrializados que pretenden canalizar donaciones a los países en desarrollo para llevar a cabo programas destinados a reducir las presiones sobre el ecosistema, o también el del PNUMA (Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente), tendente a coordinar todas las actividades que los organismos de las Naciones Unidas desarrollan en materia de medio ambiente, al igual que otras instituciones de cooperación medioambiental internacional (Comité de Medio Ambiente de la OCDE, Dirección General de Medio Ambiente de la CEE, etc.). En lo que aquí importa, baste resaltar que desde estos

(2) En este sentido, puede verse el trabajo de JOSÉ A. HERCE («Economía y medio ambiente: crecimiento sostenible», *Revista de Economía*, Consejo General del Consejo de Economistas de España, núm. 14, tercer trimestre de 1992) cómo se destacan entre otros: escasez y contaminación del agua potable, escasez de leña en los países en vías de desarrollo, presión excesiva sobre la agricultura local, urbanización acelerada y caótica, desertificación y salinización de las tierras, contaminación de mares y océanos, acidificación de bosques, lagos y ríos, extinción de especies de flora y fauna, adelgazamiento de la capa de ozono y por último, intensificación del efecto invernadero con el consiguiente calentamiento del planeta.

(3) Ver en este sentido la opinión de LUENGO LÁZARO, R. («La empresa y el medio ambiente», *Revista de Economía* antes citada).

(4) MARTÍNEZ ALIER, J. («Obstáculos distributivos contra la política ambiental internacional: Los fracasos de Río de Janeiro y perspectivas después de Río», *Información Comercial Española*, ICE, núm. 711, noviembre de 1992).

(5) GARCÍA BERCIERO, I. («Comercio y Medio Ambiente», ICE, mismo número antes citado).

sectores, fundamentalmente empresariales, no se pone en duda la capacidad técnica actual, ni se alude a deficiencias científicas capaces de generar productos inocuos al medio ambiente; muy al contrario, se hace referencia generalmente a una cuestión de costes económicos como factor impeditorio. Esta postura, públicamente conocida, ha conducido a que las empresas compitan en productos no degradantes y que a los poderes públicos se les exija, a través de la vía de canalización que son los partidos políticos —cuyos programas integran, ya siempre, reivindicaciones estrictamente ecologistas en un intento de no defraudar a su electorado—, una respuesta legislativa coherente con tales planteamientos. El Derecho, pues, no puede permanecer ajeno a la realidad social, sobre todo cuando la normativa vigente ha dado todo lo que de ella se podía esperar. Un ejemplo de lo que se dice fue la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1990 que, reconociendo el alto grado de deterioro medioambiental, solicitaba de los Fiscales la plenitud de su esfuerzo para investigar y perseguir tales delitos. Pero la escasa aplicación del tipo penal no ha venido de parte de las Fiscalías que han intentado reiteradamente perseguir la delincuencia medioambiental a pesar de disponer de un instrumento, el actual Código Penal, incapaz de llevar, en muchos casos, hasta la Sentencia condenatoria por sus defectos estructurales (6) (7).

Otro de los escollos a salvar en toda aplicación penal es el actual sistema procesal anclado en problemas insalvables de lentitud. Como apuntó Franz Klein, «*el mejor derecho material de nada sirve si no cuenta para su aplicación con un buen proceso*» (8). A modo de simple reflexión, pues el tema debe ser objeto de amplio debate por expertos más autorizados, la experiencia del Derecho comparado lleva a pensar en la posibilidad de un sistema de investigación penal rápido y compatible con las garantías constitucionales, olvidando definitivamente el actual, de corte decimonónico, que

(6) Ver *Memoria de la Fiscalía General del Estado* correspondiente a los años 1989, 1990, 1991, 1992 y 1993 en las que los Fiscales incidían en los problemas de aplicación del tipo penal.

(7) Sobre las contradicciones de la Circular 1/90 entre la defensa del artículo 347 bis del CP y la necesidad de una reforma penal, ver MARRACO ESPINOS, J. M. («Problemas prácticos en aplicación de la normativa actual», *Jornadas sobre la Protección Penal del Medio Ambiente*, CODA-AEDENA, 1990).

(8) KLEIN-ENGEL, en cita de GIMENO SENDRA, V. («La reforma del proceso penal en el actual sistema democrático español», *Estudios de Jurisprudencia, Revista Colex*, núm. 2, septiembre 1992).

no ha superado sus deficiencias a pesar de las reformas parciales. En palabras de Gimeno Sendra, «*la experiencia ha demostrado que la instauración de un proceso penal moderno, respetuoso con los derechos humanos, no está reñida con la protección social y con la aplicación del ius puniendo del Estado, como tampoco ha de estarlo la promulgación de la anhelada reforma procesal global, que ha de otorgar una mejor protección a la víctima y una mayor rapidez y eficacia a nuestra todavía excesivamente lenta, ineficaz e incluso deshumanizada justicia penal»* (9).

Seguramente una consecuencia de esa evolución en la exigencia de respeto medioambiental la constituye el Proyecto de Código Penal de 1994, en cuya Exposición de Motivos se dice expresamente: «*El Código Penal ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social. Cuando esos valores y principios cambian, debe cambiar también.*» Para añadir más adelante: «*Se ha afrontando la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, pero eliminando, a la vez, figuras delictivas que han perdido su razón de ser. En el primer sentido, merece destacarse la introducción de los delitos contra el orden socioeconómico o la nueva regulación de los delitos relativos a la ordenación del territorio y de los recursos naturales...*»

2. ALGUNAS CUESTIONES COMUNES A CUALQUIER REGULACIÓN PENAL EN MATERIA MEDIOAMBIENTAL

2.1. *El principio de intervención mínima*

Uno de los principales motivos en que se inspiró la modificación del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, consistió en acoger la mayoritaria corriente doctrinal sobre el principio de intervención mínima, entendido como la última *ratio legis* a la que se debe acudir, sólo justificada cuando han fracasado las soluciones no penales que ofrece el ordenamiento jurídico. Ya entonces se advirtió que no se trataba de efectuar una despenalización a ultranza y progresivamente acumulativa, pues el Derecho es tan evolutivo y cambiante como la realidad social en que

(9) GIMENO SENDRA, V. (*Revista Colex*, misma obra antes citada).

se desenvuelve, ofreciendo su acomodación a la realidad dos aspectos: despenalización de conductas que han quedado obsoletas e incriminación de otras a causa de un sentimiento general de reproche (10).

Existe una opinión unánime en que la necesidad, socialmente sentida, de dar una respuesta contundente a las intolerables agresiones que sufre el medio ambiente está en el origen de este recurso al Derecho Penal (11), por lo que aquél debe tener la consideración de bien jurídico merecedor de tal tutela (12). En este sentido, en las Jornadas sobre Medio Ambiente celebradas en Segovia en 1988 se adoptó como una de las conclusiones que «*la conservación y mejora del medio ambiente, íntimamente ligada al desarrollo de la persona y de los derechos fundamentales de la misma, constituye un principio general del Derecho que ha de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de las Administraciones Públicas*» (13). Sin embargo, la necesidad de incriminación se hace todavía más acuciante teniendo en cuenta que el patrimonio natural no es exclusivo del ser humano actual, afectando su deterioro a las generaciones futuras, o también si se considera que los bienes jurídicos sobre el medio ambiente no pueden reducirse a una concepción puramente antropocéntrica, debiendo ser protegidos incluso en perjuicio de los hombres actuales y futuros (14).

A estos argumentos justificativos del uso de la ley penal, se une un sentimiento general de superación de la antigua regla de que «*quien contamina, paga*» en el sentido de que «*además, debe dejar de contaminar y garantizarse que conductas similares no se vuelvan a producir en el futuro*». La postura que posibilita el uso de la ley penal está avalada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa que en su Resolución de 28 de octubre de 1977 aconseja a los países miembros el uso de la ley penal contra los responsables de atentados ecológicos, unido a la adaptación del proceso a las ne-

(10) En este sentido, RUIZ VADILLO, E. («La descriminalización y la reforma penal», *Poder Judicial*, núm. 5, diciembre 1982).

(11) BOIX REIG, J. («Delitos contra el medio ambiente», en la obra ya citada).

(12) SÁNCHEZ-MIGALLÓN («El bien jurídico protegido en el delito ecológico», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 29, 1986).

(13) Las ponencias y conclusiones de las Jornadas fueron publicadas en la revista *Poder Judicial*, núm. especial IV, «Medio Ambiente».

(14) BERND SCHÜNEMANN («¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?», *Cuadernos del CGPJ*, 8, Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania).

cesidades del Derecho ambiental, la creación de secciones especializadas en las Fiscalías y Tribunales para el tratamiento exclusivo de los delitos contra el medio ambiente, el reconocimiento del derecho de cualquier grupo o colectivo a participar en la persecución criminal de los delitos ecológicos, la eliminación de las posibilidades de amnistía o indulto y la creación de un registro especial de esta clase de delitos. En parecidos términos se pronunció la Resolución número 1 relativa a la protección del medio ambiente por el Derecho Penal adoptada por los Ministros participantes en la 17.^a Conferencia de Ministros Europeos de Justicia celebrada en Estambul en junio de 1990, a la que asistió el Ministro de Justicia español y en la que se afirmó la necesidad de desarrollar el Derecho Penal del Medio Ambiente.

El Tribunal Supremo (Sala Segunda), en las dos Sentencias más importantes sobre este tema (STS de 30-11-90 y de 11-3-92) establece que «*el derecho a la calidad de vida y al medio ambiente constituye un objetivo irrenunciable y de ahí surge la idea predominante de proteger el medio ambiente como una defensa de la salud y de la vida de los habitantes*», así como que «*el artículo 45 de la CE ha optado por un concepto de medio ambiente moderadamente antropocéntrico en cuanto primariamente se adecúa al desarrollo de la persona y se relaciona con la calidad de vida a través de la utilización de los recursos naturales*». En este mismo sentido se ha pronunciado recientemente la STS de 26 de septiembre de 1994.

El argumento justificativo por sí solo del uso de la ley penal es la misma previsión constitucional del artículo 45.3 de la CE. Cualquier argumento contra el uso de la ley penal en materia medioambiental sería, por este motivo, inconstitucional. Es más, una interpretación literal del precepto conllevaría entender que el Legislador constitucional quiso preferentemente utilizar la ley penal y subsidiariamente la sanción administrativa, lo que entra en lógica relación con la doble función que de ordinario se suele asignar a la sanción penal: preventiva, por la mayor eficacia disuasoria que tienen las sanciones penales frente a las administrativas —además, en materia medioambiental las multas están generalmente integradas en los costes industriales—, y sancionadora, por estar reservada la actuación penal a los ataques más intolerables (15).

(15) En este mismo sentido, «Conclusión Cuarta», en *Jornadas sobre Medio Ambiente*, Segovia, 1988, antes citada.

2.2. *La previsión constitucional del artículo 45 de la CE*

Uno de los puntos de partida común a cualquier Código Penal es, pues, el artículo 45 de la CE, que sitúa a nuestro país entre los escasos (junto con Portugal y Suiza) que conciben el medio ambiente como un derecho del individuo constitucionalmente protegido, a la vez que deber del Estado, encargado de su custodia. Otros países de nuestro entorno próximo (Austria, Alemania, Italia o Francia) no lo contemplan desde el prisma constitucional, pero han promulgado en unos casos una Ley General de Protección del Medio Ambiente o varias leyes especiales que lo regulan por materias, conteniendo una y otras las líneas fundamentales de lo protegido, bien con carácter general, bien específicamente. Distintos son los países de influencia anglosajona, donde la innecesidad de incluir este derecho en la Constitución —por tener igual rango a ella los derechos otorgados en la ley—, ha derivado en la regulación a través de leyes específicas.

Es innegable que la inclusión del derecho al medio ambiente en la Constitución supone el reconocimiento explícito de su importancia y la necesidad de su protección. Pero no obstante ello, llama poderosamente la atención la ubicación sistemática del precepto, dentro del Capítulo III («De los principios rectores de la política social y económica») del Título I («De los derechos y deberes fundamentales»), de lo que se infiere que el Legislador constitucional quiso situar el derecho al medio ambiente como un derecho fundamental, al menos en su ubicación sistemática, a la vez que pequeño freno ante los posibles excesos del desarrollo económico, pero no quedó incluido en el catálogo de derechos fundamentales objeto de especial consideración (Sección 1.^a, Capítulo II, Título I), privándole con ello de los efectos que el artículo 53.2 reconoce a éstos. Además, incluso dentro del Capítulo III, aparece el desarrollo económico en un plano distinto y superior al derecho al medio ambiente, como se desprende de los artículos 38 (respecto del principio de libertad de empresa en el marco de un sistema de economía de mercado), 40 (en cuanto al progreso económico para una distribución de la renta más equitativa), 128 (respecto de la supeditación de toda la riqueza del país al interés general), 130 (en cuanto a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos) y 131 (respecto de la planificación económica). Esa ubicación del derecho al medio ambiente en un plano inferior adquiere su verdadera dimensión cuando se trata de interpretar el término de «racionalidad» en

la utilización de los recursos naturales, habiendo declarado el Tribunal Constitucional (STC 64/1982, de 4 de noviembre) que «*no puede sustraerse a la riqueza del país recursos económicos de interés general aduciendo otras finalidades como la protección del medio ambiente*». Desde luego, otra solución hubiera podido darse de haberse encontrado los derechos en un plano de igualdad, o de incluirse el medio ambiente como un derecho fundamental de la Sección 1.^a del Capítulo II, aunque ello implicaría, por supuesto, la reforma constitucional.

Un camino contrario parece seguir el Tribunal Supremo (Sala Segunda) a partir de la Sentencia de 30 de noviembre de 1990 que pudiera dejar despejado el camino de elaboración de un catálogo de «mínimos irrenunciables» al decir que «*el aire es un bien común limitado y su utilización y disfrute deberá supeditarse a los superiores intereses de la comunidad frente a los intereses individuales o de grupos movidos por la explotación económica de la energía o industria*». Idéntico es el sentido de la Sentencia del mismo Tribunal de 11 de marzo de 1992 cuando afirma que el artículo 45 de la CE, «*al abarcar su protección a todos los recursos naturales, es claro que se refiere al agua, al aire y al suelo, no sólo aisladamente considerados, sino en su conjunto, formando el ecosistema*». También la misma idea late en la Sentencia del propio Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1993 al interaccionar el vertido en el suelo con la salud de las personas, condiciones de la vida animal e incidencia en la atmósfera.

Muy sugerente resulta la idea de configurar el derecho al medio ambiente como un derecho fundamental de la Sección 1.^a del Capítulo II (16). Ya en las Jornadas de Segovia antes citadas, una de las conclusiones se refirió al medio ambiente como «*íntimamente ligado al desarrollo de la persona y de sus derechos fundamentales*». Desde luego, lo que no se puede negar es que sea un derecho fundamental; la rúbrica del Título I en cuyo seno se encuentra el capítulo referente a «los principios rectores de la política social y económica» (y también el art. 45) es absolutamente clara: «de los derechos y deberes fundamentales. Lo que podría suponer de mejora estaría referido a un cambio de ubicación sistemática del precepto, con los diferentes efectos que se señalan en el artículo 53.2 en relación a los del 53.3 de la CE.

(16) PRATS CANUT, J. M. («Análisis de algunos aspectos problemáticos de la protección penal del medio ambiente», *Jornadas sobre la Protección Penal del Medio Ambiente*, CODA-AEDENAT, octubre 1990).

También es destacable el diferente enfoque constitucional que podría darse a la usual confrontación entre el medio ambiente y el desarrollo económico si aquél tuviera la unánime consideración de «derecho humano», entendido éste como categoría jurídica. En efecto, el artículo 10.2 de la CE dice que *«las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»*.

Recientemente se ha venido a distinguir entre los llamados derechos humanos tradicionales (derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad, a la igualdad, de expresión, etc.) y una nueva categoría de derechos humanos como el derecho al medio ambiente o los derechos del consumidor (17). Partiendo de la consideración de los derechos humanos como aquel conjunto de declaraciones internacionales comprensivas de los derechos y las libertades más importantes del ser humano que tratan de hacer respetar un cierto número de valores considerados en su conjunto como derechos del hombre, no cabe duda de que estamos ante un verdadero derecho humano (18). Pero para que todo derecho humano goce de una efectiva protección es necesario su expreso reconocimiento, interno e internacional.

Ya hemos visto que en lo relativo al Derecho Interno el derecho humano al medio ambiente adolece de una grave carencia: no es de aplicación directa ante los Tribunales, aunque «informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», pudiendo sólo ser alegado ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen. Uno de los puntos más oscuros estriba en determinar cuál es el efecto de la falta de «informe» (entendido en el sentido de influencia) sobre la legislación, la actuación judicial o administrativa. No existe procedimiento descrito para denunciar su desconocimiento en alguno de tales ámbitos.

En el plano externo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966, ratificado por Instrumento de 13 de abril de 1977 («BOE» de 30-4-77) reco-

(17) VERCHER NOGUERA, A. («Medio ambiente, derechos humanos e instituciones europeas», *Poder Judicial*, núm. 29, marzo de 1993).

(18) ÁLVAREZ BAQUERIZO, C. («El medio ambiente como objeto jurídico o bien jurídicamente protegible», *Jornadas sobre la Protección Penal del Medio Ambiente*, CODA-AEDENAT, octubre de 1990).

noce que «*con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos*» y concretamente en su artículo 12.1 y 2, b), se declara que «*los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*» y que «*entre las medidas que se deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para... el mejoramiento en todos sus aspectos... del medio ambiente*». El Pacto fue una especie de desarrollo de algunos de los aspectos de la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada por la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 que en lo relativo al medio ambiente no se refería de manera expresa, aunque de manera indirecta estaba implícitamente contenido en su articulado (así en el art. 1 sobre la libertad y dignidad, art. 3 sobre el derecho a la vida, libertad y seguridad, art. 25 sobre el derecho al bienestar, o art. 29 sobre el derecho al desarrollo de la personalidad) y que a través de aquél vio posibilitada su proclamación como derecho humano.

Por su parte, la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados adoptada por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 12 de diciembre de 1974, en su Preámbulo declara el deseo de «*contribuir a la creación de condiciones favorables para... f) la protección, la conservación y el mejoramiento del medio ambiente*» y su artículo 30 establece que «*la protección, la preservación y el mejoramiento del medio ambiente para las generaciones presentes y futuras es responsabilidad de todos los Estados. Todos los Estados deben tratar de establecer sus propias políticas ambientales y de desarrollo de conformidad con esa responsabilidad. Las políticas ambientales de todos los Estados deben promover y no afectar adversamente el actual y futuro potencial de desarrollo de los países en desarrollo. Todos los Estados tienen la responsabilidad de velar porque las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de las zonas situadas fuera de los límites de la jurisdicción nacional. Todos los Estados deben cooperar en la elaboración de normas y reglamentaciones internacionales en la esfera del medio ambiente*».

También en el seno de la Organización de Naciones Unidas la Conferencia de Estocolmo de 1972, en su declaración final, puso de

relieve que «*el hombre tiene un derecho fundamental a la libertad, a la igualdad y a las condiciones de vida satisfactorias dentro de un medio ambiente que permita vivir con dignidad y bienestar. El hombre tiene también el deber solemne de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras*».

En otro ámbito diferente, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, ratificado por Instrumento de 26 de septiembre de 1979 («BOE» de 10-10-79) no contempla el derecho al medio ambiente como un derecho humano. No obstante, a principios de los años setenta hubo varias Conferencias que lo intentaron, dando lugar a un Protocolo que contenía su inclusión como un aspecto del derecho a la vida del artículo 2 del CEDH, sin que fuera finalmente incorporado a causa del temor de los Estados miembros a las imprevisibles consecuencias que de ello pudieran derivarse (19).

A nivel indicativo, como ejemplo de la habitual presencia del derecho al medio ambiente en las declaraciones internacionales de derechos humanos, puede comprobarse cómo el artículo 24 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 27 de junio de 1981, pronunciada en el seno de la Organización de la Unidad Africana, declara que «*todos los pueblos tienen derecho a un medio ambiente general, satisfactorio y favorable a su desarrollo*», con el indudable mérito que supone tal afirmación en un continente acuciado por otros problemas mucho más graves.

Volviendo con el argumento anterior, la conexión del artículo 10.2 de la CE con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a través de la Declaración de Derechos Humanos, Declaración expresamente mencionada en el artículo constitucional y de la que se deriva el Pacto, posibilitarían una interpretación constitucional del derecho al medio ambiente en un plano diferente del que hasta ahora ha sido objeto de atención, esto es, propiciando que en la «racionalidad» a que se refiere el artículo 45 de la CE pudiera tener primacía la protección medioambiental frente a otras consideraciones de índole económico.

Pero es evidente que además del ámbito de las Naciones Unidas, existen otros Tratados y Acuerdos Internacionales que pueden inci-

(19) VERCHER NOGUERA, A. («Medio Ambiente, derechos humanos e instituciones europeas», con referencia expresa a KOPPEN, I., y HEINZ LAUDER, K., en la obra ya citada).

dir en la interpretación a que se refiere el artículo 10.2 de la CE. España se ha integrado en la CEE y, como los otros países miembros, ha decidido limitar voluntariamente su soberanía en diversas áreas, entre ellas la medioambiental, por lo que el conocimiento del Derecho emanado de las instituciones comunitarias se convierte en una cuestión fundamental para cualquier aplicación del Derecho estatal. El Acta Única Europea ha significado un gran paso adelante en lo que se refiere al medio ambiente, reconociendo expresamente la competencia comunitaria en la materia. El artículo 25 del AUE ha modificado la tercera parte del Tratado y ha añadido a éste un nuevo Título VII denominado «Medio Ambiente», que comprende los artículos 130 R, 130 S y 130 T, habiéndose modificado también el artículo 100 A del Tratado cuya actual redacción dispone que *«la Comisión y en sus propuestas referentes a la aproximación de las legislaciones en materia de medio ambiente... se basará en un nivel de protección elevado».*

La política ambiental de la CEE comenzó oficialmente en 1972 con el Primer Programa de Acción Medioambiental, señalando a 1992 como el último año del Cuarto Programa. En estos veinte años se ha evolucionado desde las medidas específicas hasta la estrategia global desarrollada en el Quinto Programa, mediando en el ínterin el importante cambio que supuso el AUE. Pero el crecimiento en la concienciación pública, los adelantos científicos y la importancia política de los temas medioambientales ha conducido a nuevas perspectivas a través del Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, entre las que cabe destacar *la promoción de un desarrollo armónico y equilibrado de las actividades económicas y crecimiento sostenible y no inflacionario que respete el medio ambiente* (art. 2); *la inclusión entre las acciones comunitarias de una política de medio ambiente* (art. 3 k); *la declaración de que esta política tendrá como objetivo un alto nivel de protección y que estará basada en los principios de cautela y de acción preventiva y en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente y en el de que «quien contamina paga»* (art. 130 r.2), *la integración de la política medioambiental en otras políticas comunitarias* (art. 130 r.2), así como *la necesidad de tener en cuenta la cohesión económica y social en la formulación de la política medioambiental* (art. 130 s.5). Por su parte, el Quinto Programa de Acción Medioambiental ha sido presentado bajo el título *«Hacia la Sostenibilidad»* y su principal objetivo es cambiar las tendencias actuales, rompiendo el vínculo entre crecimiento económico-

co y degradación medioambiental, pretendiendo reflejar una política de desarrollo económico y social sin detrimento del medio ambiente (20).

Desde luego que el enfoque de las últimas modificaciones comunitarias en esta área y especialmente, el significado del Quinto Programa puede suponer un vuelco en la redefinición del enfrentamiento entre el desarrollo económico y el medio ambiente en el texto constitucional español que conlleve la ruptura de antiguos esquemas y haga posible, como se pretende, su compatibilización.

Todo ello, evidentemente, tiene capital importancia en lo que al sistema de protección penal del medio ambiente se refiere, que como se decía y a salvo de producirse una modificación constitucional, resulta común al Código Penal vigente y a cualquier próxima reforma. Y no sólo por la influencia que la normativa comunitaria puede tener en los tipos penales en blanco, sino también y principalmente porque el enfrentamiento entre el desarrollo económico y el medio ambiente, su eficacia como derecho fundamental, el cuestionamiento de la primacía de la sanción penal frente a la administrativa y la «racionalidad» en la utilización de los recursos, van a ser cuestiones comunes a cualquier Código Penal que aparecerán latentes en todos los procesos medioambientales.

2.3. La accesoriadad del Derecho administrativo

Con frecuencia, la doctrina se refiere a un supuesto «carácter secundario o accesorio» del Derecho Penal Ambiental. Secundario, en cuanto que corresponde a normas no penales el papel principal de su protección y accesorio porque la función penal sólo puede realizarse con apoyo en la normativa administrativa reguladora de la materia (21). Otros recuerdan que en el XII Congreso Internacional de Derecho Penal se acordó recomendar que el Derecho Penal Ambiental debe cumplir una función auxiliar, pues la coerción de la sanción penal en esta materia únicamente sirve de refuerzo al cumplimiento de la normativa administrativa (22). También hay voces

(20) DELBEKE, J. («Hacia un reforzamiento de la política medioambiental de la CE en los años 90», *Revista de Economía*, núm. 14, Tercer trimestre, 1992).

(21) RODRÍGUEZ RAMOS, L. («Alternativas a la protección penal del medio ambiente», *Cuadernos de Política Criminal*, 1983).

(22) MUÑOZ CONDE, F. (*Derecho Penal, Parte Especial*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1983).

que afirman dicha secundariedad sobre la base de un uso restrictivo del Derecho Penal, basado en la limitación de los derechos y libertades fundamentales que siempre supone el uso del Derecho Penal (23).

Sin embargo, estos posicionamientos han quedado un tanto desfasados en breve tiempo, pues la propia realidad social ha impuesto una decidida potenciación del Derecho Penal Ambiental. De entrada, la misma significación del principio de intervención mínima, ya expuesta, supone el uso de la ley penal como última posibilidad, utilizable tan sólo cuando han fracasado otras soluciones «no penales». Y no puede decirse que la actuación administrativa, hasta ahora, haya sido precisamente un éxito. También el referido principio, entendido como transmisor de la cambiante voluntad social, sugiere la incriminación de conductas sobre las que el sentimiento general de repulsa es elevado (24).

La apreciación de esa opinión común de reproche hacia las conductas medioambientalmente atentatorias es evidente, bastando atender a la realidad que nos rodea, como se recoge en la Circular 1/90 de la Fiscalía General del Estado cuando afirma que *«al estar tan gravemente comprometido el medio ambiente, que puede conducir al agotamiento de los recursos acuáticos y espacios naturales, a la degradación del cada vez más contaminado ambiente atmosférico, a la desaparición de singulares especies de la flora y fauna silvestre y a la extinción de los bosques atlánticos y mediterráneos, obliga al Fiscal General del Estado a solicitar de los Fiscales la plenitud de su esfuerzo y mantener vivo el espíritu de iniciativa en la investigación y persecución de estos delitos, que está amparada en las facultades que la nueva legislación concede en la fase preprocesal e incluso en el proceso. Así, el Ministerio Fiscal, siempre en vanguardia cuando se trata de la defensa de intereses sociales, eliminará el sentimiento de impunidad muy generalizado que late aún en las agresiones al medio ambiente y contribuirá a la conservación y restauración de la realidad ambiental».*

El uso de la ley penal está recomendado, como antes se decía, por Resoluciones de carácter internacional y es una previsión cons-

(23) VERCER NOGUERA, A. (*Comentarios al delito ecológico*, obra ya citada).

(24) En el mismo sentido, CONDE-PUMPIDO TOURON, C. (*«Protección penal del medio ambiente. Cuestiones generales»*, Jornadas sobre Medio Ambiente, *Poder Judicial*, núm. especial IV, Segovia, 1988).

titucional, se quiera o no. Su posicionamiento no es por tanto secundario respecto del Derecho administrativo, sino evidentemente principal.

Cosa diferente es lo que ha venido en llamarse la accesорiedad administrativa de la norma penal, pues por lo general los preceptos penales ambientales se configuran como tipos en blanco —única técnica legislativa posible, según algunas opiniones, a causa de la dispersidad y complejidad legal y reglamentaria—, por lo que la normativa administrativa se convierte en un elemento del tipo penal, sirviendo para precisar sus contornos específicos.

En la doctrina penal alemana se ha exigido la firme actuación y potenciación del Derecho Penal Ambiental, remarcando el carácter accesorio de la norma administrativa, como respuesta ante los excesos y deficiencias de ésta, pues de ordinario las empresas mismas, favorecidas por la actuación administrativa, están a menudo estrechamente conectadas con los funcionarios por una malla de relaciones informales, con lo que el medio ambiente está absolutamente desprotegido ante la Administración. Un control jurídico-penal de la actuación administrativa resulta indispensable, sin que se pueda objetar, como afirman sus detractores, que puede poner en peligro la división de poderes, ya que el control de la Administración por parte de los Tribunales supone el ejercicio de uno de los controles entre poderes, teniendo una larga tradición recogida en el Código Penal a través de los delitos cometidos por los funcionarios públicos (25).

Esta misma postura de la doctrina alemana es, desde luego, trasladable a la realidad jurídica española, con algunas matizaciones: el sistema de multas administrativas es poco eficaz, siendo las sanciones a menudo demasiado bajas, incluso ridículas, si se las compara con los beneficios de los delincuentes medioambientales por excelencia, es decir, las grandes corporaciones —que frecuentemente incluyen la sanción administrativa como un simple coste económico, prefiriendo pagar la multa antes que cumplir la normativa medioambiental—; junto a ello existe un panorama generalizado de tolerancia por parte de las Administraciones, cuyas competencias en los últimos tiempos, están sufriendo una mutación importante (26).

(25) BERND SCHÜNEMANN («¿Ofrece la reforma del Derecho Penal económico alemán un modelo o un escarnimiento?», obra ya citada).

(26) GOSALBO BONO, R. («El Derecho del medio ambiente a la luz del Derecho comparado y del Derecho de la Comunidad Económica Europea», Jornadas sobre Medio Ambiente, *Poder Judicial*, núm. especial IV, Segovia, 1988).

Una demostración palpable de la mayor confianza en el Derecho Penal Ambiental, de la necesidad de propiciar una sanción penal a los ataques ecológicos y de la desconfianza a la actuación administrativa la constituye el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal que más adelante se comentará y que, aumentando notablemente la tipología delictiva, introduce la penalización de las actuaciones administrativas favorecedoras de los ataques medioambientales. Incluso un nuevo enfoque de la reparación, que reviste especialidades importantes en este tipo de delitos, sobrepasa la postura de quienes criticaron la intervención penal justificándola en la imposibilidad de compensar los graves daños (27).

Se ha superado, pues, la posición de quienes pretendieron relegar a un segundo plano la eficacia de la norma penal, aunque para ello haya sido preciso el paso de los años y con ellos, la demostración palpable de la insuficiencia de la sanción administrativa como fundamental elemento coercitivo y preventivo.

2.4. Cuestiones de Derecho procesal

Como antes se decía, la ley penal necesita de ese instrumento que es el proceso, como también resulta necesaria la intervención de todo el bloque de interrelaciones que supone el actual sistema de la Administración de Justicia. Y si bien es cierto que la noticia criminal, en esta como en otras materias, puede surgir de muy diversas formas, no lo es menos que en la práctica se reduce a una: la iniciación de parte. Esa fue posiblemente la razón que impulsó al Fiscal General del Estado a solicitar en la Circular 1/90 un esfuerzo de imaginación por parte de los Fiscales para hacer aflorar las infracciones medioambientales. Se partía de la base de la defensa de la legalidad en el campo medioambiental, no atendido suficientemente por instancias públicas y privadas, para sugerir tres grandes formas de descubrir el delito: la más conocida, a través de la Policía Judicial, primando la actuación de grupos policiales específicos como el SERPRONA de la Guardia Civil o las «patrullas verdes» de ciertas policías locales o autonómicas; otra, más difícil, para tratar de obtener las informaciones de posibles irregularidades a través de los medios de comunicación y una última, instando a los Fiscales para

(27) MARTÍN MATEO, R. («El ambiente como objeto del Derecho», *Derecho y Medio Ambiente*, CEOTMA, 1981).

que, como forma de contacto con la realidad medioambiental, tuvieran relación con autoridades locales, grupos ecológicos, universitarios, etc.

La exigencia de esta búsqueda de presuntos delitos medioambientales la conectaba la Circular con la nueva posibilidad de investigación que se aperturaba en las Fiscalías desde la reforma procesal de la LO 7/1988, de 28 de diciembre, a través del artículo 785 bis de la LECr., aún reconociendo las grandes limitaciones materiales para llevarla a término y que en la práctica ha supuesto la mayor traba en orden a la aplicabilidad de esta vía procesal de investigación: en no pocas Fiscalías, la falta de recursos personales y materiales, el exceso de trabajo, las carencias de espacio y las inexistencias presupuestarias han determinado, si no la anulación, si al menos una grave limitación en el uso de esta norma procesal.

Por otro lado, la especialización recomendada por los Instrumentos jurídicos internacionales, siendo impensable con el actual sistema orgánico en lo que a Juzgados y Tribunales se refiere, ha sido llevada a la práctica en aquellas grandes Fiscalías donde el volumen de asuntos y la organización interna lo permitían, con unos resultados espectaculares en cuanto al número de causas investigadas, enjuiciadas e incluso sentenciadas. Esta experiencia podría servir de acicate para estudiar la posibilidad de una Fiscalía Especial de ámbito nacional.

En otro orden de cosas, una de las cuestiones que más alarman a quienes investigan procesos medioambientales es la reticencia de ciertos sectores técnicos a peritar en los procesos. Dictamen pericial que resulta de una importancia vital en cuanto que debe determinar la gravedad o el riesgo de deterioro irreversible, servir de base para acreditar la existencia de una infracción administrativa o para concretar la relación causal si los daños ya se han materializado, adquiriendo el tema relevancia cuando se trata de procesos contra grandes corporaciones. La razón de esta problemática resulta de una realidad: existen ciertos colectivos técnicos cuyas salidas profesionales pasan casi exclusivamente por el ejercicio profesional, estando prácticamente anuladas otras posibilidades como la docencia o las oposiciones públicas, de tal manera que las grandes empresas copan el mercado laboral, quedando muy pocos técnicos al margen de las mismas y desarrollando su actividad indirectamente para ellas, a través de empresas filiales o contratados como autónomos o profesionales liberales, de tal manera que un eventual dictamen en

contra de la corporación monopolizadora de tales servicios, hipoteca su futuro. Obtener en estos casos un informe pericial es imposible, máxime si, cuando por casualidad puede encontrarse alguno, la cantidad económica que se solicita no está al alcance de cualquiera, sin que convenga adoptar una postura de fuerza hacia el perito, que en caso de darse, efectuará un dictamen no comprometedor para sus intereses. En otras ocasiones la solicitud de cifras desmedidas se efectúa con el fin de hacer desistir al solicitante, o se entra en una guerra de compraventa encubierta de dictámenes. En definitiva, obtener organismos periciales independientes, objetivos y gratuitos, resulta en determinados casos una utopía (28).

Otra particularidad en los procesos penales medioambientales, que ya se ha dicho, está referida a la especialidad en el sujeto activo, que por lo común reviste alguna forma societaria, con la consiguiente complicación en el momento de delimitar responsabilidades. Aunque este tema será tratado más adelante, baste decir que la consecuencia suele ser la de tener varios imputados, económicamente acomodados, cuyos letrados, ejercitando un legítimo derecho de defensa, se esmeran en justificar sus astronómicas minutos recurrriendo sistemáticamente a todas las resoluciones judiciales, planteando cuestiones de nulidad, de competencia, proponiendo contraprueba de laboratorios particulares —en muchos casos indirectamente propios de los imputados— y en definitiva, convirtiendo estos procedimientos, ya de por sí complicados en cuanto a los hechos, en largos y complejos también en cuanto al derecho.

También aparece en muchos procesos penales medioambientales la coexistencia de una gran diversidad de acusaciones. En nuestro Derecho, pueden aparecer junto a la acusación pública, sostenida por el Ministerio Fiscal, otras acusaciones, sea la ejercida por el perjudicado (acusación particular), sea la sustentada por cualquier ciudadano conforme al artículo 101 de la LECr. (acusación popular). Y si es fácil comprender la intención final de la acusación particular, en el caso de la popular, tal comprensión no aparece con la misma nitidez, porque en efecto, con el pretexto de conseguir una condena penal la intervención en el proceso puede venir influida por un sinfín de connotaciones, sociales, políticas o personales cuya finalidad última sea bien dispar de lo que un correcto entendimiento de las

(28) Una de las conclusiones de las Jornadas sobre Procedimientos Jurídicos y Medio Ambiente celebradas por la CODA en octubre de 1993 fue la de instituir mecanismos periciales independientes, objetivos y gratuitos.

reglas de la buena fe en la participación procesal debería significar. Baste ver cómo la presencia de ciertos acusadores populares entorpecen significativamente la actuación del resto, de la pública y de las particulares, cobrando el tema su verdadera significación en aquellos procesos tendentes a sufrir la a veces inevitable politización. En estos casos, esos falsos acusadores populares se empecinan en formular peticiones de imputación sobre los gobernantes estatales, autonómicos o locales rayanas en la temeridad, o bien propician la creación de un juicio paralelo en los medios de comunicación, desconociendo que las actuaciones judiciales, hasta el momento del juicio oral, no son por lo general públicas. En otras ocasiones, se produce la situación contraria: en claros supuestos de responsabilidad administrativa, exigible penalmente en el proceso medioambiental, se oponen a cualquier petición de imputación en tal sentido. La mezcla de unos y otros en el mismo proceso es explosiva (29).

No obstante ello, existen colectivos cuyo único móvil es totalmente altruista: defender el medio ambiente y perseguir a quienes lo agreden. Este es el correcto entendimiento de la acusación popular en el proceso penal medioambiental, cuya participación en los mismos queda garantizada a través de la llamada acción popular «de grupo» a que se refiere el artículo 7.3 de la LOPJ cuando afirma que «*los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones habilitados para su defensa y promoción*». Participación que por otro lado garantiza el Tribunal Constitucional en una línea jurisprudencial, ya consolidada a partir de las SSTC de 11-7-83 y 29-11-84, que partiendo del derecho de asociación del artículo 20 de la CE impone a Jueces y Tribunales la obligación de no exigir fianzas que impidan el ejercicio de la acción popular. A ello se refiere la Resolución de 28 de octubre de 1977 del Comité de Ministros del Consejo de Europa cuando aconseja a los países miembros el reconocimiento de cualquier grupo o colectivo para participar en la persecución criminal de los delitos ecológicos. Y éste debe ser el entendimiento de cualquier órgano jurisdiccional ante quien uno de estos grupos formule que-

(29) Sobre el trasfondo en la actuación de acusaciones populares se ha pronunciado GÓMEZ COLOMER, J. L. («Acción particular, acción popular y sobrecarga de la Administración de Justicia Penal», *Poder Judicial*, núm. 8, diciembre 1987).

rella criminal ejercitando la acción popular, no olvidando que la práctica judicial se deberá inspirar en el respeto y protección de los principios rectores del orden social y económico (art. 53.3 de la CE), entre los que se encuentra el derecho al medio ambiente.

2.5. *La cuestión de la naturaleza jurídica*

Los problemas que plantea la naturaleza jurídica de estos delitos tienen una indudable finalidad práctica. La doctrina española ha afirmado que el tipo del artículo 347 bis incorpora una difícil mezcla de peligro concreto y peligro abstracto (30), mostrándose otros partidarios de apreciar un supuesto de peligro concreto (31) por exigir el tipo la concreción del riesgo sobre un objeto. Pero lo cierto es que cabe un supuesto de peligro intermedio entre el abstracto y concreto, que en la doctrina alemana se conoce con el nombre de «peligro potencial» (32) consistente en que el órgano jurisdiccional, basándose en los elementos típicos de definición, determina si en virtud de las circunstancias concurrentes se puede considerar que existe un peligro. Por su parte, la reciente STS de 26 de septiembre de 1994 afirma que si bien los elementos nucleares de «emitir» o «verter» sin ningún aditamento, supondrían una infracción de mera actividad, la exigencia de un peligro grave en la salud de las personas o la posibilidad de un perjuicio grave en las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles, lo transforman en un delito de peligro concreto.

Este tema de la naturaleza jurídica, aparentemente tratado como una cuestión exclusivamente doctrinal, puede tener una dimensión práctica trascendente, como ocurre en la determinación del órgano jurisdiccional territorialmente competente en aquellos casos en que la acción contaminante se produce en una demarcación jurisdiccional y los efectos, el impacto medioambiental, en otra.

(30) VERCHER NOGUERA, A. («El delito ecológico: aplicación y problemas prácticos», *La Ley*, núm. 2.339, octubre de 1989).

(31) BOIX REIG, J. (*Derecho Penal, Parte Especial*, obra ya citada) y RODRÍGUEZ DEVESÁ, J. M. (*Derecho Penal, Parte Especial*, obra ya citada).

(32) Así lo expresó en su informe el Ministro de Justicia de la República Federal Alemana en la 17.^a Conferencia Europea de Ministros de Justicia, Estambul, junio de 1990, «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», suplemento al núm. 1.569 de 15-7-90.

Precisamente éste fue uno de los temas objeto de debate en el Procedimiento Abreviado 232/91 del Juzgado de Instrucción número 1 de Vinaroz, seguido por presunto delito contra el medio ambiente en relación con las emisiones de dióxido de azufre de la Central Térmica situada en Andorra (Teruel) y propiedad de ENDESA, donde se planteó insistentemente la cuestión de competencia: se planteó por la representación de ENDESA y durante la instrucción, primero como artículo de previo pronunciamiento, resuelto por Auto de 11 de julio de 1989 (que declaró la competencia del Juzgado de Vinaroz atendiendo fundamentalmente a la naturaleza jurídica del delito, que por ser de peligro concreto, debía entenderse cometido donde el peligro se concretase), siendo recurrido en apelación y desestimado por otro de la Audiencia Provincial de Castellón de 18 de noviembre de 1989. Posteriormente, las representaciones de tres de los directivos de ENDESA plantearon de nuevo cuestión de competencia por declinatoria, no admitida a trámite por Provincia de 30 de noviembre de 1992 al entender se trataba de una cuestión ya resuelta, recurrida en reforma y posteriormente en queja, para ser finalmente desestimada por Auto de la Audiencia de 23 de febrero de 1993. Más tarde, la representación de otro directivo de la misma sociedad, también encausado, planteó la cuestión como inhibitoria el 26 de abril de 1993 ante el Juzgado de Instrucción de Alcañiz (Teruel), que dictó Auto de 23 de junio de 1993 declarándose competente y requiriendo de inhibición al de Vinaroz, planteándose entre ambos Juzgados una cuestión positiva de competencia que fue finalmente resuelta por Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1993. Esta resolución, dejando previamente delimitado que las emanaciones tóxicas se produjeron en la jurisdicción de Alcañiz y que los principales perjuicios se consumaron en la del Juzgado de Vinaroz, así como que era irrelevante la existencia de conexidad delictiva entre los delitos de medio ambiente y daños por la mayor penalidad del primero, determinó la necesidad de concretar el lugar de comisión del delito contra el medio ambiente. Para ello, examinó la naturaleza jurídica del delito diciendo que *«...dada la naturaleza de la infracción como delito de peligro (en realidad también de consumación anticipada) en el que el resultado puede tener después consecuencias agravatorias, el tipo penal queda consumado desde que las emanaciones o vertidos, contraviniendo las normas protectoras del medio ambiente, pongan en peligro grave la salud de las personas o puedan perjudicar las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles. Y ello, en el terreno de las presuncio-*

nes, tuvo lugar en donde la fábrica radica». Añadiendo más adelante que «la consumación plena se perfeccionó en donde las emanaciones se produjeron bien porque pusieron en peligro grave la salud (condición de presente), bien por la posibilidad (condición de futuro) de un perjuicio grave a las condiciones de vida, que efectivamente se dio ab initio y lo que aquí se dice que ocurrió en la zona judicial de Vinaroz, circunstancia que no obsta para que otros perjuicios ya se detectaran, aun cuando fueran menores y en zonas a distintos territorios judiciales pertenecientes, y o para que otros perjuicios puedan detectarse, durante la investigación, también radicados en partidos judiciales distintos al de Vinaroz, que en uno u otro caso son o pueden ser el de Alcañiz».

Otra de las razones que utilizó el Tribunal Supremo para determinar la competencia fue la de considerar que en los delitos cometidos a distancia, a pesar de que pugnan las teorías de la manifestación de la voluntad y la del resultado, no domina de manera absoluta ninguna de ellas, debiendo atenderse a la naturaleza específica de la infracción, a sus condiciones y requisitos, entendiendo aplicable en este caso la tesis de la actividad.

2.6. *La autoría delictiva*

En el tipo de sociedad industrializada en que vivimos, la mayor parte de los delitos medioambientales los cometen las sociedades mercantiles como titulares que son de los procesos fabriles generadores de contaminación, planteándose con especial virulencia la problemática de la responsabilidad de las personas jurídicas. Tras la aparición del artículo 15 bis del Código Penal introducido por la Ley de Reforma Parcial y Urgente de 25 de junio de 1983, se ha estado doctrinalmente de acuerdo en admitir que tal precepto tiene la finalidad de llenar las lagunas de punibilidad hasta entonces existentes (33). Pero un correcto análisis del artículo 15 bis del Código Penal conduce a la conclusión de entender que no resuelve el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que en sí mismas siguen siendo irresponsables; el precepto tan sólo regula la responsabilidad de las personas físicas por hechos realizados en el seno de una persona jurídica. Y esto es así porque sujeto activo

(33) MUÑOZ CONDE, F. (*Derecho Penal, Parte Especial*, obra ya citada) y QUINTERO OLIVARES, G. (*La reforma penal de 1983*, Ediciones Destino, Barcelona, 1983).

del delito sólo puede ser el ser humano, como ser capaz de realizar acciones u omisiones regidas por la voluntad individual, con lo que aquel individuo que en el seno de una persona jurídica comete un delito respecto del que reúne todos los requisitos de imputación («condiciones, cualidades o relaciones» que la figura del delito requiera para ser sujeto activo), no plantea problema alguno de responsabilidad penal, por ser quien actuó el único culpable. Sin embargo, el individuo que en el seno de una persona jurídica ejerce funciones cuyas consecuencias pueden ser configuradas como delito pero no concurren en él aquellos requisitos de imputación, responderá personalmente siempre que sea un directivo, órgano o representante de la persona jurídica y concurran en ésta aquellos requisitos de imputación («condiciones, cualidades o relaciones»). Pero además, para poder responder penalmente, ese sujeto individual que ha ejercido funciones de dirección o representación en la persona jurídica sólo responderá penalmente si su acción fue culpable, si no concurrió ninguna causa de justificación y si tampoco concurrió ninguna causa de exclusión de la punibilidad (34). Pero tal vez lo más importante sea la conexión del artículo 15 bis con el artículo 1 del Código Penal, esto es, la determinación del elemento culpabilístico sin el que no puede darse ninguna responsabilidad penal, lo que conduce una vez situados en el campo práctico a indagar el conocimiento y alcance que de sus actos tenía el sujeto individual, aspecto este limitado probatoriamente hasta casi lo imposible si en la memoria societaria —los acuerdos y actas reflejados en los libros— se actuó con previa deliberación, no incluyendo aquellas decisiones sociales que, con consciente conocimiento de su repercusión medioambiental, pudieran haberse tomado.

La jurisprudencia ha venido exigiendo sin restricciones el elemento culpabilístico en la actuación del representante (SSTC 150/89 y 253/93 y SSTS de 25-9-82, 24-7-89, 14-5-91 y 12-2-93, entre otras), no habiéndose ocupado específicamente de este tema en las Sentencias dictadas con ocasión de la aplicación del artículo 347 bis.

Sin embargo, es un problema que suele presentarse, como ocurrió en el proceso penal por delito contra el medio ambiente seguido por las emisiones de dióxido de azufre procedentes de la Central Térmica situada en Andorra (Teruel) y propiedad de ENDESA (Pro-

(34) GRACIA MARTÍN, L. (*El actuar en lugar de otro en Derecho Penal*, Prensas Universitarias Zaragoza, 1986).

cedimiento Abreviado 232/91 del Juzgado de Instrucción número 1 de Vinaroz), en que el Fiscal formuló acusación contra varios directivos, no contra los miembros del Consejo de Administración, sino solamente contra aquellos representantes de la sociedad en quienes concurría el elemento de culpabilidad que se comenta —en este caso se trataba del Presidente de la sociedad y de su Consejo de Administración, de dos Directores Generales de la Sociedad y del Director de la Central Térmica—, acusación que fue paralizada por el Fiscal General del Estado al entender que no se debía incluir al Presidente del Consejo de Administración, siendo esta orden rebatida por la Fiscalía de Castellón que planteó al Fiscal General su oposición a través del artículo 27 del EOMF, y decidida finalmente por éste en el sentido de no acusar a dicho Presidente pese a la votación abrumadoramente mayoritaria que en apoyo de la Fiscalía de Castellón se había producido en la Junta de Fiscales de Sala como órgano asesor del Fiscal General (35).

La última —y cuarta por orden de aparición— Sentencia del Tribunal Supremo sobre el delito ecológico, de 26 de septiembre de 1994, trata específicamente la responsabilidad penal del gerente de una persona jurídica y tras analizar sus funciones dentro de la sociedad, determina que «*resulta incuestionable que el acusado asumió las funciones directivas en cuanto al funcionamiento... correspondiéndole vigilar no sólo el vertido de los residuos... sino la adopción de las medidas correctoras que el Ayuntamiento de El Prat de Llobregat propuso*», para concluir que «*al actuar como lo hizo, atrajo hacia sí las condiciones, cualidades o relaciones que vendrían atribuidas al sujeto activo del hecho punible...*».

En el Proyecto de Código Penal, el artículo 31 sustituye al artículo 15 bis actual al decir que «*el que actuare como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o re-*

(35) Este tema fue objeto de información en los medios de comunicación después de que se conociera el contenido de la Instrucción de 11 de febrero de 1992 remitida por el Fiscal General a la Fiscalía de Castellón —«Diario 16» del 14 de febrero, «El Día» del 14 de febrero, «El Heraldo de Aragón» de 14 de febrero, «El Periódico» de 19 de febrero y «Castellón Diario» el 23 de febrero, entre otros—, así como objeto de un comunicado a la agencia EFE de la Unión Progresista de Fiscales publicado el día 23 de febrero en «Castellón Diario» y de otro comunicado de la asociación de Fiscales, aparecido en la Revista de dicha Asociación en el núm. 7, mayo de 1992, en el que ambos colectivos criticaban la actuación del Fiscal General.

laciones que la correspondiente figura del delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dieren en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obrare». Con ello, se modifica el actual sistema de responsabilidad por el actuar en lugar de otro, ampliéndolo a supuestos distintos de los de representación de la persona jurídica en exclusiva, aspecto éste que había sido doctrinalmente criticado (36), permaneciendo invariable el sistema de responsabilidad penal de los representantes de las personas jurídicas, sobre todo con el definitivo asentamiento del principio de culpabilidad en el Proyecto (arts. 5 y 10).

2.7. *La coparticipación omisiva*

La experiencia ha conducido a un unánime parecer sobre la particular intervención que las administraciones públicas, con carácter general, han tenido en esta materia: una prueba de ello es la inexistencia de remisión de *noticias criminis* por parte de las autoridades administrativas a los órganos jurisdiccionales para la investigación de presuntos delitos. Todo lo contrario, lo normal ha sido conocer la existencia de un procedimiento sancionador durante la instrucción misma de la causa criminal, con la consecuencia de requerir su paralización mientras perdurase la investigación penal. Y ello en el mejor de los casos, pues habitualmente tal procedimiento no se había iniciado, pese a la obligación de fiscalización de la administración sobre la actividad contaminante. Hace tiempo se dijo que la elaboración de medidas jurídicas efectivas para castigar delitos contra el medio ambiente resulta difícil ante la existencia de incumplimientos de normas básicas de calidad medioambiental que las Administraciones toleran sin que se adopten medidas sancionadoras (37), lo que ha significado la opinión general de exigir responsabilidad también penal a los funcionarios que por acción u omisión pudiesen ser copartícipes en la producción de un daño ecológico (38). En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo (Sala Segunda) en la Sentencia de 30 de noviembre de 1990 con motivo

(36) GRACIA MARTÍN, L. (*El actuar en lugar de otro en Derecho Penal*, obra ya citada).

(37) GOSALBO BONO, R. («El Derecho del medio ambiente a la luz del Derecho comparado y del Derecho de la Comunidad Económica Europea», obra ya citada).

(38) Ésta fue la Conclusión Cuarta, inciso 11, de las Jornadas sobre el Medio Ambiente celebradas en Segovia en 1988, *Poder Judicial*, obra ya citada).

de las emisiones de la Central Térmica de Cercs, propiedad de FECSA, cuando en su Fundamento de Derecho octavo llegó a la conclusión de que la actuación administrativa había sido excesivamente permisiva y tolerante, intuyendo de ello una posible responsabilidad compartida de la Administración y los responsables de la central térmica, sobre la que no pudo pronunciarse al no haberse formulado acusación contra la Administración.

Estas afirmaciones y pareceres sobre la actuación administrativa no se circunscriben en exclusiva al ámbito español, procediendo de la doctrina alemana la elaboración de la teoría de la coparticipación administrativa en el delito ecológico (39).

Conviene precisar que son dos los tipos de omisión penal: la propia y la impropia, siendo la primera la omisión de quien no actúa ante una norma imperativa, expresamente tipificada, que impone un deber de actuar determinado y la segunda la de quien comete un delito de resultado a través de un «no hacer».

En el Derecho comparado existen tres modelos para el tratamiento de los delitos de omisión impropia: a) castigarla sólo en los casos regulados legalmente, como es el caso del sistema penal francés, basado en un estricto principio de legalidad; b) entender sólo punible la comisión por omisión respecto de algunos delitos concretos, especificándose en cada caso, dentro de la parte especial, la posibilidad de comisión por omisión, como es el caso del sistema penal suizo, y c) establecer una cláusula genérica de comisión por omisión, aplicable a cualquier delito de resultado en que la conducta del omitente se fundamente en su posición de garante, teniendo como ejemplo los sistemas penales alemán, portugués o austriaco.

El sistema del Código Penal español consiste en la admisión de ciertos supuestos de omisión propia, expresamente previstos, sin que exista ninguna alusión en la parte general o especial a la posibilidad de comisión de todos o alguno de los delitos por omisión. No existe ningún obstáculo en afirmar, conforme al parecer general de la doctrina penal española (40) que la admisibilidad de la comisión por omisión se puede deducir de cada uno de los tipos particulares de la parte especial, no con referencia exclusiva al verbo rector, sino atendiendo primordialmente a la propia esencia del acto tí-

(39) WERNER RUTHE («Génesis de la norma penal para la protección del ambiente», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 25, 1985).

(40) COBO Y VIVES (*Derecho Penal, Parte General*, Valencia, 1990).

pico. Dejando de lado los problemas que plantea la estructura del nexo causal en este tipo de delitos —solucionados a través de la causalidad hipotética—, uno de los aspectos más interesantes estriba en determinar si el omitente se encuentra en una posición de garante respecto de la evitación del resultado, debiendo acudirse al análisis de la situación concreta para verificar si existe una obligación legal o natural de actuar. También interesa comentar que la comisión por omisión debe resultar paralela respecto de la acción en el tratamiento de los requisitos subjetivos del tipo y por ello, si el delito exige dolo directo, la comisión por omisión habrá de ser dolosa, si admite la forma culposa, cabrá la comisión por omisión imprudente (41).

En lo que al delito contra el medio ambiente se refiere, resulta de sumo interés la determinación de su naturaleza jurídica. Sólo en el caso de entender el tipo como un delito de resultado podría desarrollarse la responsabilidad penal de los funcionarios desde el punto de vista de la comisión por omisión, para lo que además sería necesario determinar su posición de garante (en este caso, su obligación legal de actuar contra el foco contaminante, previniendo o sancionando), su participación criminal (su conducta no podrá por lo general venir asimilada a la del autor estricto del artículo 14.1 del Código Penal porque no consiste en una «emisión o vertido», aunque podrá ser considerada autoría por cooperación necesaria) y, tal vez lo más problemático, la relación causal entre su omisión y el resultado de riesgo causado, causalidad que se complica notablemente desde el posicionamiento de la imputación objetiva.

El Proyecto de Código Penal supone un cambio decidido en el tratamiento de la omisión al recoger un sugerente artículo 11: «*Los delitos y faltas que consistan en la producción de un resultado podrán entenderse realizados por omisión sólo cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación.*» Con ello, el Proyecto se alinea en una postura de *numerus apertus* de comisión por omisión, exigiendo la existencia de un resultado, acogiendo la tesis de la causalidad hipotética y la necesaria posición de garante en que debe encontrarse el omitente, matizando la posibilidad de la omisión a la esencia del tipo.

(41) CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (*Contestaciones de Derecho Penal al Programa de Juzgatura*, Editorial COLEX, 1987).

Por su parte, el artículo 12 añade que «*las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley*», lo que significa que, no estando expresamente prevista para cada tipo la consideración de su posibilidad de comisión por omisión, la admisión de la modalidad imprudente —que sí debe ser señalada puntualmente— referida a la conducta activa, determinará a través de esta extensión legal los supuestos en que resulte típica la omisión imprudente.

En materia medioambiental, se regula un específico supuesto de omisión propia en el artículo 311 que junto con otras conductas contempla la de «*los funcionarios... que con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de las leyes o reglamentos que los regulen*», siendo los otros supuestos referidos a los funcionarios conductas activas («informen favorablemente» o «autoricen el funcionamiento»), como también ocurre en el artículo 306 («información favorable» o «concesión de licencias»), más bien reflejo de tratamientos específicos de prevaricación, como respuesta a aquel sentimiento general de exigir responsabilidad en estos casos, respecto de los que parece haber quedado en desuso la actual regulación de la prevaricación en asunto administrativo (art. 358 del Código Penal) (42).

3. LA REGULACIÓN DE LAS INFRACCIONES MEDIOAMBIENTALES EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL

La Exposición de Motivos del Proyecto justifica la nueva regulación de los delitos relativos a la ordenación del territorio y de los recursos naturales en las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando cabida a estas nuevas formas de delincuencia como forma de conjugar la antinomia entre aquellas necesidades y el principio de intervención mínima del Derecho Penal. En concreto, la regulación está contenida en el Título XIII del Libro II que lleva por rúbrica «De los delitos relativos a la ordenación del territorio y a la protección de los recursos naturales y de la vida silvestre», comprensivo de tres Capítulos: el Capítulo I, «De los delitos sobre la ordenación del territorio» (arts. 305 y 306), el Capítulo II, «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente» (arts. 307 al 316) y el Capítulo III, «De los delitos

(42) MARRACO ESPINOS, J. M. («Problemas prácticos en aplicación de la normativa actual», obra ya citada).

relativos a la protección de la vida silvestre» (arts. 317 al 320). Además del Título XIII, también contiene normas penales medioambientales el Título XIV («De los delitos contra la seguridad colectiva»), cuyo Capítulo I («De los delitos de riesgo catastrófico») contiene una Sección 1.^a comprensiva, «De los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes» (arts. 321 al 325), así como, dentro del mismo Título, el Capítulo II («De los incendios») contiene a su vez una Sección 2.^a que trata «De los incendios forestales» (arts. 331 al 333).

Una cuestión particular que llama la atención es la nueva terminología utilizada en las rúbricas de títulos, capítulos y secciones, más acorde con la realidad de lo protegido a la vez que coherente con la previsión constitucional. Sin embargo, la distribución sistemática de los tipos podría mejorarse: por un lado, el precepto que constituye la cláusula de cierre del sistema —por poderse subsumir en él la mayor parte de las conductas tipificadas a la vez que servir de fondo común capaz de asumir las conductas no incluibles en otros tipos—, está situado en la parte intermedia de la regulación (art. 307 con las agravaciones de los arts. 308 y 309). Por otro, los delitos relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes, a pesar de su contenido particularmente referido a la salud de las personas, resulta evidente que constituyen un atentado ambiental de primera índole, sin que su ubicación dentro de otro Título quede justificada por la razón de la pretendida seguridad colectiva, ni por la referencia a la salud humana, ni por tratarse de un supuesto catastrófico, pues estos argumentos son también comunes a los delitos del Título XIII, en los que laten las mismas pretensiones de protección; es más, la liberación de energía nuclear o la ejecución de alguno de los actos de los artículos 321 y 322 sin poner en riesgo la vida o salud de las personas, cae necesariamente en el campo de aplicación del precepto base contenido en el artículo 307, además de que la posesión o uso de materiales radioactivos (art. 325) encaja perfectamente como delito de peligro ambiental, en el que también está integrada la salud de las personas.

Lo mismo puede decirse respecto de los delitos de incendios forestales cuyo objeto jurídico, la protección de los montes y masas forestales, así como las nefastas consecuencias que su desaparición produce en todo el ecosistema, debería tener un tratamiento conjunto con el resto de bienes similarmente protegidos, esto es, los comprendidos en el Título XIII. En caso de quedar sistematizados como aparecen en el Proyecto, se puede perder una oportunidad his-

tórica para ubicarlos junto con los otros tipos penales medioambientales, separándolos del resto de los incendios cuyo nexo de unión es, simplemente, la modalidad comisiva.

3.1. *El Capítulo II. Examen del tipo básico*

Comprende diez artículos:

«Artículo 307

Será castigado con las penas de prisión de seis meses a cuatro años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia, incluso, en los espacios transfronterizos, que puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida silvestre, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior.

Artículo 308

Se impondrá la pena superior en grado, sin perjuicio de las que pudieran corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código, cuando en la comisión de cualquiera de los hechos descritos en el artículo anterior concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) *Cuando la industria o actividad funcionare clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización administrativa de sus instalaciones.*
- b) *Cuando se hubiera desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de la actividad contaminante.*
- c) *Cuando se hubiere aportado información falsa sobre los aspectos ambientales de la misma.*
- d) *Cuando se hubiere obstaculizado la actividad inspectora de la Administración.*
- e) *Cuando se hubiere producido un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.*

Artículo 309

En todos los casos previstos en los dos artículos anteriores el Juez o Tribunal podrá acordar la clausura temporal, sin que pueda exceder de cinco años, o definitiva de la referida industria, actividad, establecimiento o empresa.

Artículo 310

Serán castigados con la pena de multa de doce a veinticuatro meses quienes establecieren depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos urbanos o industriales clandestinos o sin cumplir las prescripciones impuestas en la autorización obtenida para evitar la nocividad o molestias del vertedero o depósito.

Si los residuos que se mencionan en el párrafo anterior fueren tóxicos o peligrosos, se impondrá la pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses.

Artículo 311

Los funcionarios o facultativos que, a sabiendas de su manifiesta ilegalidad, hubieren informado favorablemente de la concesión de licencias que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de las Leyes o Reglamentos que los regulen, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a un año o multa de ocho a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público de ocho a doce años.

Artículo 312

El que corte, tale, queme, arranque, recolecte, comercie o efectúe tráfico ilegal de alguna especie o subespecie de flora amenazada, o de sus propágulos, o destruya o altere gravemente sus hábitats, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, o multa de ocho a veinticuatro meses.

Artículo 313

Quien, en un espacio natural protegido, dañare gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo, incurirá en la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

Artículo 314

Los hechos previstos en este Capítulo serán sancionados, en su caso, con la pena inferior en grado, en sus respectivos supuestos, cuando se hubieren cometido por imprudencia grave.

Artículo 315

Los Jueces y Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la adopción de medidas encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como adoptar cualquier otra medida necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Capítulo.

Artículo 316

Si el culpable de cualesquiera hechos tipificados en este Capítulo hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los Jueces o Tribunales le impondrán la pena de prisión inferior en grado.»

El tipo básico es el 307 que, con las agravaciones de los dos artículos que le siguen, constituye el eje de la regulación penal medioambiental en el Proyecto. Su antecedente es el actual artículo 347 bis, del que recoge su estructura y contenido mejorándolo notablemente, pero sin dar solución a algunos problemas heredados.

En efecto, al igual que el actual tipo, el artículo 307 proyectado sigue siendo una ley penal en blanco, con los problemas que ello comporta. Otra solución hubiera sido la de tipificar las infracciones medioambientales a través de leyes especiales, preveyendo dentro de cada gran tema medioambiental, en su regulación específica, la norma penal aplicable, o bien a través de una ley penal especial que contemplara todos los delitos medioambientales. Tanto en uno como en otro caso, la norma comprensiva de la regulación penal hubiera tenido que ostentar el rango de Ley Orgánica: varias Leyes Orgánicas en el caso de leyes sectoriales y una sola en el caso de una Ley Penal Especial Medioambiental.

Desde luego que la regulación dentro del Código Penal de todas las facetas medioambientales conlleva la utilización de la técnica legislativa de la ley penal en blanco, con el consiguiente forzamiento de la interpretación constitucional sobre el principio de legalidad penal, sobre la reserva de Ley Orgánica o sobre las posibles desigualdades derivadas de las competencias legislativas autonómicas

en la materia (43). La doctrina penal española se encuentra claramente dividida al respecto: así, mientras unos estiman que el uso de la ley penal en blanco es la única posibilidad legislativa en materia medioambiental, o al menos la más adecuada (44), otros insisten en la posible vulneración al principio de legalidad (45). Ciertamente y por contra, el remedio a las otras posibilidades de regulación conllevaría un esfuerzo legislativo considerable. Además, el mismo Proyecto puede inducir a cierto confusionismo al introducir un principio de legalidad si cabe más exigente que el contenido en el mismo artículo 25.1 de la CE, ya que el artículo 1.1 del Proyecto proclama que «*no será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración*». La comparación del término «Ley» con el de «legislación vigente» a que se refiere el texto constitucional sugiere, si cabe, una mayor exigencia de reserva de ley. En este punto conviene precisar que el Tribunal Constitucional en su STC 127/1990, de 5 de julio, se ha pronunciado sobre la problemática de la ley penal en blanco, precisamente en relación al tipo del artículo 347 bis, admitiendo la constitucionalidad de esta técnica legislativa, siempre que se respeten una serie de requisitos, como son el reenvío normativo expreso y justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal, así como la comprensión en la ley penal del núcleo esencial de la prohibición, debiéndose dar la suficiente concreción para que la conducta delictiva quede suficientemente precisada.

La elección realizada en el Proyecto, esto es, la regulación de todo el Derecho Penal Ambiental dentro del Código Penal no se argumenta en la Exposición de Motivos que, sin embargo, afirma como punto de partida la no pretensión de universalidad, justificándola en el acatamiento constitucional de toda la normativa penal, esté o no contenida en el Código, así como en la necesidad de re-

(43) BOIX REIG, J. (*Derecho Penal, Parte Especial*, obra ya citada) y CASABO RUIZ, J. R. (*La capacidad normativa de las Comunidades Autónomas en la protección penal del medio ambiente*, Estudios Penales y Criminológicos, Santiago de Compostela, 1981).

(44) En este sentido, entre otros, BUSTOS RAMÍREZ, J. (*Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Barcelona, 1986), CONDE PUMPIDO Y TOURÓN, C. (*Protección penal del medio ambiente. Cuestiones generales*, obra ya citada) y MENA ÁLVAREZ, J. M. («La ecología como bien jurídico protegido», *El Proyecto de CP*, Barcelona, 1980).

(45) En este sentido, entre otros, MUÑOZ CONDE, F. (*Derecho Penal, Parte Especial*, obra ya citada) y BELTRÁN BALLESTER, E. («El delito ecológico», *Poder Judicial*, núm. especial IV, 1988).

gular ciertas materias a través de leyes especiales por razones de estabilidad y fijeza, poniéndose como ejemplos la regulación penal del control de cambios y de la manipulación genética, justificada la primera en la modificación constante de las condiciones económicas y la segunda en los continuos avances de la investigación científica. Estos mismos criterios, unidos y sumados a otros, podrían haber justificado la regulación de las infracciones penales medioambientales fuera del Proyecto de Código, tal y como venía siendo reclamado por parte de la doctrina (46), en contra de la opinión de otros que aducían la posible aparición de lagunas, descoordinación, redundancias o tratamientos desiguales para conductas de similar gravedad (47), sin olvidar a quienes se oponían a la regulación por Leyes especiales por entender que conllevaba la aparición de un Derecho Penal «menor» (48).

Otra de las cuestiones que tampoco se ha mejorado ha sido el empleo de conceptos jurídicos indeterminados como el de la gravedad en el peligro, sea para las condiciones de la vida animal o vegetal, sea para la salud de las personas. Se trata de un criterio valorativo cuya apreciación deberá ser objeto de examen en cada caso y por ello sujeto a las consiguientes variaciones que dependerán de diversos factores, como la sensibilidad que el hecho haya producido en la demarcación judicial, la prueba pericial de que se disponga, o los avances científicos sobre las consecuencias que a largo plazo pueda causar el atentado medioambiental de que se trate, aspecto éste de sumo interés en orden a demostrar la variabilidad de lo que en cada momento se entienda como «grave».

Por el contrario, la nueva redacción que supone el artículo 307 del Proyecto constituye una indudable mejora respecto de la redacción actual. Contiene una serie de conductas hasta ahora impunes como eran los casos de las extracciones o excavaciones, dando cabida también a una serie de actuaciones que tenían un encaje discutible en la expresión «emisiones o vertidos» como son los casos de las radiaciones, vibraciones, inyecciones y depósitos. También es objeto de ampliación el objeto de la acción, que sustancialmente se

(46) Entre otros, VERCHER NOGUERA, A. (*Comentarios al delito ecológico*, obra ya citada).

(47) CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (*Protección penal del medio ambiente. Cuestiones generales*, obra ya citada).

(48) DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (*Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente*, obra ya citada).

mantiene, añadiendo el subsuelo, las aguas subterráneas o los espacios trasfronterizos.

Además, supone una variación el distinto tratamiento, más grave en el Proyecto, de las conductas que supusieran un grave riesgo para la salud de las personas, confirmando con ello la visión antropocéntrica del medio ambiente.

El artículo 30 recoge los supuestos agravados que ahora se contienen en los párrafos segundo y tercero del tipo vigente, sin solucionar los problemas interpretativos que sobre la clandestinidad se han propiciado sobre todo en aquellos casos en que se ha obtenido la autorización administrativa de manera irregular y su eficacia es nula de pleno derecho (49). Tampoco modifica el concepto de riesgo de deterioro irreversible o catastrófico, tan indeterminado como el de gravedad que antes se comentaba y que puede generar situaciones paradójicas o de desigualdad.

El artículo 309 contiene una cláusula similar a la del tipo vigente, con algunas matizaciones. Por un lado, se posibilita el cierre provisional o definitivo de la industria, actividad, establecimiento o empresa, dando así cabida a todo el elenco posible de instrumentos comisivos. Por otro lado se suprime la posibilidad de proponer a la administración la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores. Pero en todo caso, la norma debe ponerse en relación con el *artículo 129* también del Proyecto que dispone:

«1. El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código y previa audiencia de los titulares o representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

- a) *Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.*
- b) *Disolución de la sociedad, asociación o fundación.*
- c) *Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*

(49) PÉREZ DE GREGORIO, J. J. («La agravante de clandestinidad industrial en los delitos contra el medio ambiente», *La Ley*, 4-5-93).

d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.

e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores.

2. La clausura temporal prevista en el apartado a) y la suspensión señalada en el apartado c) del párrafo anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa.

3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas, entre otras finalidades, a prevenir la continuidad en la actividad delictiva de las personas físicas o jurídicas.»

La relación de ambos preceptos significa, sin dudas, que la disposición del artículo 309 es mucho más amplia de lo que en principio cabría suponer, estando expresamente recogida, ahora sí, la intervención de la empresa para proteger a los trabajadores. Parece que con este sistema de penalidad de las personas jurídicas se haya pretendido dar una solución de eficacia en los problemas de punición a tales colectivos, llevando a la práctica el intento de superación del aforismo «*el que contamina paga*» en el sentido de que «*además debe dejar de contaminar y garantizarse que no lo hará en un futuro*». No obstante ello, también hubieran sido posibles otras sanciones que no conllevarán necesariamente la muerte directa o indirecta de la sociedad, tal es el caso de la administración obligatoria, impuesta judicialmente —limitada en el proyecto tan sólo a la administración estatal y en los supuestos de salvaguardar los intereses de los trabajadores—, o el de la imposición de medidas obligatorias de corrección de la contaminación.

Por su parte, el artículo 310 contempla la punición de ciertas conductas sobre los depósitos o vertederos urbanos o industriales, refiriéndose la punición a «quienes los establecieren», como modalidad diferente de las acciones típicas hasta ahora vistas provocar emisiones, vertidos, radiaciones etc.), contemplando la responsabilidad penal de quienes con sus determinaciones crean alguno de estos vertederos o depósitos, requiriéndose que sean «clandestinos» o no cumplan las prescripciones impuestas en la autorización. Por de

pronto, caben dentro del tipo las actuaciones públicas o privadas, lo que puede originar un singular problema en el caso de que los numerosos basureros municipales o comarcales continúen en la situación actual, carentes de autorizaciones específicas y quemando a cielo abierto los residuos.

La conducta de quienes realicen vertidos en estos casos podría ser encuadrable también en el tipo básico. Por ello, no se comprende bien el tratamiento privilegiado que en cuanto a la pena merecen quienes «establezcan» los vertederos, pues la misma conducta, tipificada como delito del artículo 307 con la agravante de clandestinidad del artículo 308 daría como resultado una penalidad sensiblemente mayor. La agravación contemplada en el párrafo segundo tampoco está exenta de posible controversia, pues si parece ser clara la definición de residuos tóxicos, no lo es tanto la de peligrosos. Todo depende de la extensión que se quiera dar a la expresión. De entrada, no parece viable aceptar la simple definición gramatical por estar el concepto de residuo peligroso delimitado legalmente: a él se refiere el Decreto 241/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas y también la Ley 20/186, de 14 de mayo, Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos, desarrollada por su Reglamento aprobado por Real Decreto 833/1988, de 20 de julio. Un simple examen de esta legislación pone al descubierto las diferencias entre ambos tipos de «residuos peligrosos», además de que en la Ley 20/1986 y en su Reglamento siempre se da un tratamiento conceptual unitario a los «residuos tóxicos y peligrosos», como una misma cosa. Ello, unido a la impresión de que el párrafo primero del artículo 310 proyectado parece referirse a conceptos derivados del Decreto 2414/1961 y de la Ley 42/1975 mientras que el párrafo segundo parece referirse, por la forma agravada, a los conceptos derivados de la Ley 20/1986, indica en su conjunto que la disyunción entre lo tóxico y lo peligroso no ha sido más que una simple equivocación intrascendente, pues debería haberse referido a los residuos tóxicos y peligrosos en el sentido de la Ley última citada (aquellos que tengan en su composición alguna de las sustancias y materias, recogidas en su nexo, en cantidades o concentraciones tales que representen un riesgo para la salud humana, recursos naturales y medio ambiente).

Por otro lado, el artículo 311 contempla una serie de conductas que antes se delimitaban como supuestos de coparticipación, diversificándose la comisión activa (información favorable de concesión

de licencias de funcionamiento para actividades contaminantes e ilegales) y la omisiva (haber silenciado la ilegalidad con motivo de sus inspecciones), especificándose ambos como tipos dolosos («a sabiendas de su manifiesta ilegalidad»). No se comprende bien el porqué de este trato de favor hacia funcionarios y autoridades: estas últimas por no estar incluidas en el tipo y aquéllos por la atenuación punitiva que supone si se compara con una coparticipación en cualquiera de los tipos, además de que el absoluto absentismo profesional quedaría también excluido («con motivo de sus inspecciones»), siendo en principio atípica la conducta de la dejación de funciones inspectoras, aunque pudiera reconducirse a alguno de los tipos genéricos referidos a funcionarios públicos, como la prevaricación, o construirse la autoría del funcionario como coparticipación omisiva en el delito medioambiental (comisión por omisión).

El artículo 312 es otro ejemplo de desfase en la penalidad: cortar una especie de flora amenazada supone en el Proyecto un castigo similar al del establecimiento de un vertedero ilegal o al del funcionario que autoriza una actividad contaminante ilegal, asimilando por otro lado el corte, talado, recolección, etc., de alguna especie amenazada con la destrucción o grave alteración de sus hábitats, lo que tampoco debería ser equiparable por el diverso reproche social que ambas conductas merecen. Tampoco parece adecuado, por el diverso nivel de peligro, asimilar el tratamiento penal de alguna de estas actuaciones sobre especies en peligro de extinción con las mismas actuaciones sobre especies sensibles a la alteración de su hábitat, ambas dentro de la categoría más general de especies amenazadas. Tal vez la solución podría ser la de diversificar algunas de las conductas que contiene el tipo proyectado, aplicando penalidades diferentes. Por otro lado, la delimitación de las especies o subespecies amenazadas debería concretarse con una expresa remisión a las leyes, reglamentos y convenios internacionales en que así se catalogue (Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y la fauna silvestre, Real Decreto 439/1990, de 30 de marzo, por el que se regula el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas y Acuerdo de Washington de 3 de marzo de 1973 denominado «Convención sobre comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestre» —CITES—, entre otras).

El artículo 313, que como el anterior, debería tener un mejor encaje en el Capítulo III por referirse a la protección de la vida silvestre, adolece del mismo defecto en la determinación del espa-

cio natural protegido, por ser diversas las posibilidades legislativas de protección, incluso a nivel competencial (téngase en cuenta las competencias de las Comunidades Autónomas, cuyas legislaciones han regulado esta materia), pudiendo distinguirse los Parques, Reservas Naturales, Monumentos Naturales y Paisajes Protegidos (art. 12 de la Ley 4/1989), todos ellos dentro de la catalogación de «espacios naturales protegidos», cuyas «Zonas Periféricas de Protección» (art. 18 de la referida Ley), legalmente declaradas, quedarían fuera del concepto estricto de espacio natural, como también podrían suscitarse las mismas dudas de atipicidad en lo referente a otras figuras distintas que las Comunidades Autónomas pudieran crear (art. 21.3 de la Ley 4/1989). Contiene el precepto otro elemento carente de definición legal, la «gravedad», que antes se comentaba y cuya interpretación no deja de ser una incógnita en cada proceso medioambiental.

El artículo 314 es una cláusula general de imprudencia para todos los delitos del Capítulo, el 315 una serie de medidas sobre responsabilidad civil que más adelante se comentará y el 316 una atenuación en la pena.

3.2. El Capítulo I

La inclusión de los delitos sobre la ordenación del territorio tiene como antecedente una antigua reivindicación: la de hacer responder penalmente las construcciones clandestinas, los atentados paisajísticos y en definitiva, detener las barreras de cemento que especuladores sin escrúpulos levanten en zonas inadecuadas. Para ello, se proyectan dos artículos:

«Artículo 305

1. Se impondrán las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.

2. Los que derribaren o alteraren gravemente edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultu-

ral o monumental serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cinco años.

3. *En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición o, en su caso, reconstrucción de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, así como adoptar cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este artículo.*

Artículo 306

Los funcionarios facultativos que, a sabiendas, hubieren informado favorablemente proyectos de edificación o de derribo, o la concesión de licencias notoriamente contrarias a las normas urbanísticas vigentes, y los miembros del organismo otorgante que hubieren votado su concesión, a sabiendas de su ilegalidad, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses y, en todo caso, con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cinco años.»

Una primera aproximación a esta regulación trascurre, de entrada, la falta de tipicidad de ciertas conductas, tan reprochables o más que las expresamente tipificadas. La conducta base del artículo 305 es la de llevar a cabo una construcción no autorizada en determinados lugares, con lo que cualquier autorización, aun en el supuesto de demostrarse su ilegalidad, plantearía un problema de atipicidad. Si a ello se une el que la conducta de los funcionarios que deban autorizar las licencias de construcción aparece como exclusivamente dolosa en el artículo 306 y que en este Capítulo no están expresamente admitidas las modalidades imprudentes, resulta que una autorización ilegal otorgada imprudentemente, por muy grave que fuera el atentado, no sería en principio típica, ni para el ejecutor de la obra, ni para el autorizante.

También se denota la ausencia de una descripción legalmente punible de la conducta de aquellos funcionarios que, teniendo la obligación de comprobar la existencia de edificaciones construidas sin autorización en los lugares a que se refiere el artículo 305, no lo denunciaren. Ello ratifica algo que antes se decía parece darse un trato de favor a las conductas de los funcionarios públicos. Por poner otro ejemplo, en el artículo 306 se habla de concesión de licencias

«notoriamente» contrarias a las normas urbanísticas vigentes, pareciendo que las contrarias pero no «notorias» quedan también excluidas cuando debería ser al revés, pues el funcionario encargado de otorgar las licencias, conocedor del derecho que aplica, debe responder de la concesión dolosa de una licencia contraria a la norma, cualquiera que sea dicha contrariedad, aunque no sea «notoria».

Además, también en este Capítulo se usa de conceptos jurídicos indeterminados (como es el caso de la «grave alteración» a que se refiere el art. 305.2), o imprecisos (la referencia a edificios «singularmente protegidos» puede dar lugar a interpretar la protección como derivada e una norma legal o incluso por cualquier decisión de autoridad con competencias sobre el edificio), sin perjuicio de otros defectos como la conjunción disyuntiva «o» que se nota en falta entre las palabras «funcionarios» y «facultativos» del artículo 306.

3.3. *El Capítulo III*

Comprende cuatro artículos:

«Artículo 317

1. *El que cazare o pescare especies amenazadas, realizare actividades que impidieren o dificulten su reproducción o migración, contraviniendo las Leyes o Reglamentos protectores de las especies de fauna silvestre, comerciare o traficare con las mismas, o con sus restos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses.*

2. *La pena se impondrá en su mitad superior si se tratare de especies o subespecies catalogadas en peligro de extinción.*

Artículo 318

El que cazare o pescare especies distintas a las indicadas en el artículo anterior, no estando expresamente autorizada su caza o pesca por las normas específicas en la materia, será castigado con la pena de multa de cuatro a ocho meses.

Artículo 319

El que, sin autorización administrativa, empleare para la caza o la pesca veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes susceptibles de generar una eficacia destructiva seme-

jante, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses.

Artículo 320

En los supuestos previstos en los artículos anteriores, el Juez o Tribunal impondrá a los responsables, además, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la caza o la pesca por tiempo de tres a ocho años.»

En el artículo 317 se contemplan una serie de acciones heterogéneas como cazar, pescar, realizar actividades que impidan o dificulten la reproducción o migración, comerciar y traficar con especies amenazadas o en peligro de extinción. Sobre ello, cabría repetir parte de lo ya dicho con ocasión del artículo 312 en relación a la conveniencia de concretar o al menos hacer una referencia a las Leyes, Reglamentos o Convenios Internacionales, por exigencias del principio de legalidad y también lo que se comentaba sobre el desfase punitivo que surge de la comparación entre ésta y otras figuras delictivas del Proyecto, sobre todo si se toma la literalidad del precepto y se compara el hecho de pescar o cazar un solo especimen con conductas atentatorias de mayor generalidad.

Posiblemente la redacción del precepto pueda suponer en el futuro un verdadero acicate para una serie de conductas que actualmente están transformando gran parte de las cabeceras de nuestros ríos de montaña en cauces no remontables por las especies piscícolas migratorias: se trata de la construcción de minicentrales hidroeléctricas, cuyo potencial productivo es más que discutible y que, amparadas en autorizaciones administrativas excesivamente burocratizadas, han previsto el impacto ambiental basándose en épocas de lluvia normales, con la que cualquier estiaje convierte el caudal mínimo que se había previsto en absolutamente insuficiente a los efectos migratorios de orden reproductivo.

Por su parte el artículo 31, puesto en relación con la disposición derogatoria expresa de las normas sustantivas penales contenidas en la Ley de 20 de febrero de 1942 de pesca fluvial y Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza, puede suponer un exceso de intervención de la ley penal: la caza o pesca de una especie no autorizada en las normas específicas puede suponer que de hecho se pueda considerar punible la captura de algún individuo de una especie cazable o pescable pero cuya talla, época o lugar de captura (vedas o vedados) la haga no autorizada.

El artículo 319 contempla el empleo para la caza o la pesca de medio o métodos susceptibles de causar grandes destrozos en el medio en que son empleados, actividades éstas que no suponen ninguna innovación por ser una traslación de lo que ya se tipificaba en la Ley de Pesca de 1942 y en la Ley de Caza de 1970.

Por otro lado, todos los tipos de este Capítulo se describen como dolosos, no están descritas las formas imprudentes ni tampoco las autorizaciones ilegales de funcionarios o sus conductas permisivas en orden a posibilitar la ejecución de alguno de los tipos.

3.4. Los delitos sobre la energía nuclear y radiaciones

Comprende cinco artículos:

«Artículo 321

El que libere energía nuclear que ponga en peligro la vida o la salud de las personas o sus bienes, aunque no se produzca explosión, será sancionado con la pena de prisión de quince a veinte años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de diez a veinte años.

Artículo 322

El que, sin estar comprendido en el artículo anterior, perturbara el funcionamiento de una instalación nuclear o radiactiva, o alterara el desarrollo de actividades en las que intervengan materiales o equipos productores de radiaciones ionizantes, creando una situación de grave peligro para la vida o la salud de las personas, será sancionado con la pena de prisión de cuatro a diez años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de seis a diez años.

Artículo 323

El que expusiere a una o varias personas a radiaciones ionizantes que pongan en peligro su vida, salud, o bienes, será sancionado con la pena de prisión de seis a doce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de seis a diez años.

Artículo 324

Los hechos previstos en los artículos anteriores serán sancionados con la pena inferior en grado, en sus respectivos supuestos, cuando se hubieren cometido por imprudencia grave.

Artículo 325

1. *El que se apoderare de sustancias nucleares, aun sin ánimo de lucro, será sancionado con la pena de prisión de uno a cinco años. La misma pena se impondrá al que sin la debida autorización facilite, reciba, transporte o posea materiales radiactivos o sustancias nucleares, trafique con ellos, retire o utilice desechos de los mismos o haga uso de isótopos radiactivos.*
2. *Si la sustracción se ejecutare empleando fuerza en las cosas, se impondrá la pena en su mitad superior.*
3. *Si el hecho se cometiere con violencia o intimidación en las personas, el culpable será castigado con la pena superior en grado.»*

Partiendo de las definiciones legales contenidas en la Ley 25/1964, de 2 de abril, sobre Energía Nuclear, la utilización del término energía nuclear puede entenderse en una doble acepción: como producto de un combustible nuclear, resultado de un proceso mantenido de fisión nuclear (en este sentido es energía nuclear la energía eléctrica producida por una central nuclear) o como elemento integrante de un combustible o sustancia nuclear que es lo peligroso y a lo que evidentemente se refiere el tipo.

También con arreglo a la referida Ley se debe entender por «radiación ionizante» la capaz de producir directa o indirectamente iones a su paso a través de la materia.

Las «instalaciones nucleares» a que se refiere el artículo 322 son: a) las centrales y reactores nucleares; b) las fábricas que utilicen combustibles nucleares para producir sustancias nucleares y las fábricas en que se proceda al tratamiento de sustancias nucleares, incluidas las instalaciones de regeneración de combustibles nucleares irradiados, y c) las instalaciones de almacenamiento de sustancias nucleares, excepto los lugares en que dichas sustancias se almacenen incidentalmente durante su transporte. Las «instalaciones radiactivas» son: a) las instalaciones de cualquier clase que contengan una fuente de radiación ionizante, b) los aparatos productores de radiaciones ionizantes, y c) los locales, laboratorios, fábricas e instalaciones que produzcan, manipulen o almacenen materiales radiactivos, quedando exceptuadas las instalaciones, aparatos y materiales cuando la intensidad del campo de irradiación creado por ellas no entrañe riesgo —excepción detallada en el Reglamento sobre instalaciones nucleares y radiactivas aprobado por Decreto 2869/1972, de 21 de julio.

Por «sustancias nucleares» a que se refiere el artículo 325 debe entenderse los combustibles nucleares, salvo el uranio natural y el uranio empobrecido, que por sí solos o en combinación con otras sustancias puedan producir energía mediante un proceso automantenido de fisión nuclear fuera de un reactor nuclear, teniendo también tal consideración de «sustancia nuclear» los productos y desechos radiactivos, que son los materiales radiactivos que se forman durante el proceso de producción o utilización de combustibles nucleares o cuya radiactividad se haya originado por la exposición a las radiaciones inherentes a dicho proceso, excluyéndose los isótopos radiactivos que fuera de una instalación nuclear hayan alcanzado la etapa final de su elaboración y puedan ya utilizarse con fines científicos, médicos, agrícolas, comerciales o industriales.

Esta regulación, incluida la forma imprudente, supone la traslación al Código Penal de los delitos que como tales ya venían tipificados en la Ley de 1964 (arts. 84 al 90), con las rectificaciones derivadas de las actuales exigencias constitucionales.

3.5. *Los incendios forestales*

Comprende tres artículos:

«Artículo 331

El que incendiare montes o masas forestales será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa de seis a veinticuatro meses.

Si hubiere existido peligro para la vida o integridad de las personas, se castigará el hecho conforme a lo dispuesto en el artículo 330, imponiéndose, en todo caso, la pena de multa de doce a veinticuatro meses.

Artículo 332

Las penas señaladas en el artículo anterior se impondrán en su mitad superior cuando el incendio alcancare especial gravedad atendida la concurrencia de alguna de las circunstancias siguientes:

1.º Que afecte a una superficie de considerable importancia.

2.º Que se deriven grandes o graves efectos erosivos en los suelos.

3.º Que alteren significativamente las condiciones de vida animal o vegetal o afecten a algún espacio natural protegido.

4.º En todo caso, cuando se ocasione grave deterioro o destrucción de los recursos naturales.

Artículo 333

1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año y multa de seis a doce meses el que prendiere fuego a montes o masas forestales sin que llegue a propagarse el incendio de los mismos.

2. La conducta prevista en el párrafo anterior quedará exenta de pena si el incendio no se propaga por la acción voluntaria y positiva de su autor.»

Esta regulación es la misma salvo variaciones punitivas y de matiz, que la introducida en el Código Penal por la Ley Orgánica 7/1987, de 11 de diciembre. De resaltar es la disposición común a las tres secciones de incendios que contiene la Sección 4.^a, artículo 335, recogiendo la forma culposa con una penalidad de uno a cuatro años, importante por cuanto la experiencia ha demostrado que en lo que a incendios forestales se refiere, la causa más común es la imprudente.

3.6. El tratamiento de los daños medioambientales

En la persecución de los delitos contra el medio ambiente, uno de los problemas más frecuentes se refieren a la constatación de daños efectivos en la vida animal o vegetal, más allá del simple peligro tipificado. La solución pasaba por considerar la existencia de un concurso ideal entre el tipo medioambiental y los daños, o por contra, considerar los daños subsumidos en el tipo penal medioambiental sin reflejo punitivo y con relevancia sólo a efectos de responsabilidad civil. En este sentido ha sido significativa la evolución jurisprudencial sobre la materia pues mientras la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1990 dictada en el proceso seguido contra el Director de la central térmica de Cercs propiedad de FECSA apreciaba tan sólo el delito contra el medio ambiente y de él derivaba las responsabilidades civiles, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1992 argumentó entre otras cosas en su Fundamento de Derecho Tercero —tercer punto y aparte *in*

fine— y en relación con el delito contra el medio ambiente que «si el peligro y el posible perjuicio se actualizan, estaremos ante delitos de lesión que se castigarán separadamente, en tanto que el delito de riesgo tiene un alcance colectivo y el de lesión o resultado un alcance individual o específico (daños, lesiones, etc.)». En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de 6 de septiembre de 1994.

Este mismo camino es el que sigue el Proyecto, que aunque no regula específicamente la cuestión en los Capítulos sobre los delitos medioambientales sí lo hace en relación con un supuesto también de resultado peligroso, los daños del artículo 330, al decir en su párrafo segundo que «*si además del peligro causado se hubiere producido lesión para la vida, la integridad física o la salud de las personas, se aplicará la regla prevista en el número 4 del artículo 8 o las del artículo 78 de este Código, según el peligro resulte o no consumido por la lesión*». (El art. 8, regla 4.^a, del Proyecto contempla el concurso de normas con una solución idéntica a la del actual art. 68, mientras que el art. 78 se refiere al concurso ideal de delitos en similares términos a los del actual art. 71.) El mismo tratamiento es aplicable a la aparición de daños materiales, regulados en los artículos 260 al 265 del Proyecto. Es decir, que en caso de estar el peligro consumido por la lesión o el daño, habrá un concurso de normas y, de no estarlo, un concurso ideal.

No obstante ello, traducir en términos económicos el resultado de un delito contra el medio ambiente cuando ha originado la muerte o lesionado la vida animal o vegetal resulta un problema de peritación en ocasiones insalvable. Es decir, que para concretar el coste económico del perjuicio en orden a la tipificación como delito de daños, la dificultad surge al determinar cuál es ese coste, aspecto en el que inciden una serie de factores no siempre valorables (el valor del cese en el disfrute colectivo, o el de las repercusiones ecológicas a largo plazo, como ocurre en el caso de deterioro o destrucción de masas forestales de titularidad pública, cuya desaparición va a generar la imposibilidad de su utilización colectiva, de su privación a futuras generaciones, a la vez que va a tener unas consecuencias en el ecosistema no siempre predecibles).

La solución a estos problemas pasa por entender que los bienes jurídicos en los posibles delitos en concurso son diferentes, incluso en su titularidad: la colectiva en los delitos contra el medio ambiente y la privada (aunque el titular sea una corporación pública) en los

de daños, con lo que en cada ámbito delictivo deben entrar sus propias repercusiones, siendo en el caso concreto de los daños los que resulten de su específica determinación. En relación a las consideraciones de dificultades de valoración sobre lo colectivo, deben remitirse a ser una consecuencia indemnizatoria de los delitos contra el medio ambiente. Por ello, cada delito en concurso puede tener una aspecto indemnizatorio diferente, con alcance colectivo en el caso del relativo al medioambiente y particular en el de los daños.

Sobre este aspecto, el Proyecto regula la adopción de medidas restauradoras, incluso medidas de carácter cautelar (arts. 305.3 y 315) con repercusiones que pueden llegar a considerarse verdaderas «responsabilidades ecológicas», dejando abierta para esta finalidad la posibilidad de adoptar cualquier medida, solución ésta que no podía ser distinta teniendo en cuenta las especificidades de la materia.

4. CONCLUSIONES

El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal remitido a las Cortes el 22 de julio de 1994, en lo que a la regulación de los tipos penales medioambientales se refiere, pese a las limitaciones que antes se han apuntado, constituye un considerable avance respecto de la regulación actual, dando acogida a una serie de conductas que venían siendo consideradas como gravemente atentatorias y que carecían de la necesaria tipicidad, ampliándose la regulación penal como consecuencia de un sentir social generalizado y en contra de una interpretación estricta del principio de intervención mínima del Derecho Penal, a la vez que consecuente, cualitativa y cuantitativamente, con el mandato constitucional del artículo 45 de la CE.

Por otro lado, traslada desde las leyes sectoriales que las regulaban —y cuyo contenido penal queda expresamente derogado— conductas también punibles, en un claro intento de uniformar la regulación de la materia, ofreciendo soluciones novedosas como el tratamiento de la reparación de los deterioros medioambientales.

En definitiva, recoge parte de las orientaciones doctrinales y jurisprudenciales, ofreciendo un sistema penal medioambiental coherente que, ganando terreno al administrativo, potencia notablemente la exigencia de una respuesta contundente a comportamientos desacordes con el sentir general de respeto y protección.

Sólo la experiencia resultante de la aplicación del futuro Código, con las modificaciones que a buen seguro se introducirán en la fase de tramitación parlamentaria, legitimará una valoración de lo que, en caso de resultar definitivamente aprobado, promete ser un interesante reto para todos.

LA INCULPACIÓN EN EL PROCESO PENAL. ESPECIAL REFERENCIA AL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

EMILIO DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA
Fiscal de la Audiencia de Sevilla

SUMARIO: A) NECESIDAD DE DELIMITAR EL CONCEPTO DE INCLUSIÓN Y PROBLEMAS QUE ENTRAÑA.—B) ENSAYO DE UN CONCEPTO DE INCLUSIÓN.—1. *Inclusión y adquisición de la condición de parte penal pasiva en el proceso durante la fase de investigación.*—1.1. Sujeto activo de la inclusión: órganos competentes para la inclusión.—1.2. Los actos de inclusión.—2. *La inclusión como acto de delimitación del objeto del proceso penal.*—2.1. El derecho a conocer y a ser informado de la existencia del procedimiento investigador.—2.2. El derecho a conocer y a ser informado de los hechos imputados.—3. *La inclusión judicial y adquisición de la condición de parte penal pasiva en las fases intermedia y de juicio oral.*—3.1. La imputación judicial en el Procedimiento Ordinario por Delito.—3.2. La imputación judicial en el Procedimiento Abreviado.—C) CONCLUSIONES CRÍTICAS.

A) NECESIDAD DE DELIMITAR EL CONCEPTO DE INCKLUPACIÓN Y PROBLEMAS QUE ENTRAÑA

La noción de inculpación constituye sin duda una de las cuestiones más relevantes de las planteadas hoy en nuestro Derecho procesal penal, no sólo porque de la misma se derivan múltiples efectos dentro del proceso, sino porque, como consecuencia de la reciente doctrina del Tribunal Constitucional, ha adquirido una nueva significación.

En efecto, tal delimitación conceptual es una necesidad fundamental por cuanto la inculpación, como instituto procesal, produce muy diversos e importantes efectos en el proceso o, dicho de otro modo, la inculpación cumple *distintas funciones*: *a)* de un lado determina la adquisición de la condición de parte (parte penal pasiva), haciendo surgir para un sujeto concreto el derecho de defensa en general (art. 118 de la LECr.); *b)* de otro constituye uno de los presupuestos posibilitadores de la adopción de medidas cautelares, sobre todo personales (arts. 490, 492, 503 de la LECr.); *c)* en otras ocasiones también para legitimar la práctica de diligencias de investigación o de preconstitución de prueba y fundamentalmente la adopción de medidas instrumentales de las anteriores, que suelen entrañar injerencias en la esfera de determinados derechos fundamentales (arts. 545 y ss., 579 de la LECr. o art. 20 de la LO 1/1992 de Protección de la Seguridad Ciudadana), y, por último, *d)* constituye un presupuesto para la válida formulación de pretensiones punitivas contra un sujeto y la apertura de un juicio contra el mismo sobre la base de la acusación formulada, al tiem-

po que a su vez delimita el objeto del debate procesal, del juicio y de la sentencia.

Sin embargo no es éste un concepto elaborado ni diáfano en la Doctrina y menos aun en la Jurisprudencia, sobre todo a partir de la reforma operada en la LECr. por la LO 7/1988, de 28 de diciembre.

Nuestro Ordenamiento procesal penal no emplea un término único ni menos unívoco para referirse a la adquisición de la condición de *inculpado* y, en general, a la *inculpación*. Así la LECr. utiliza diversos términos *inculpado*, *imputado* (1), *procesado*, *acusado*, *reо*, etcétera, para referirse a la persona que ocupa la posición de parte pasiva en el proceso penal, en cuanto derivada de su posible participación en el hecho con caracteres delictivos que sirve de objeto al mismo.

Las distintas denominaciones empleadas por la LECr. para aludir a la *parte pasiva penal* varían según se refieran a cada una de las distintas fases del proceso e incluso al tipo de proceso de que se trate *imputado* (arts. 118, 486, 780, párrf. 3.^º, 785, 1.^a, 3.^a y 8.^a y 789, 4.^º), *inculpado* (arts. 368, 504, 1.^º y 528), *procesado* (arts. 384, 528, último, 529 y ss. y 546) en la fase de investigación o instrucción, *acusado* (arts. 534, 687, 688, 689, 791, 1.^º y 793, 3.^º) en las fases intermedia y de juicio oral, *condenado* (art. 504, 5.^º, 990), o *absuelto* (art. 983), o a la justificación de la diligencia procesal a que se refiera *presunto reо* (arts. 334, 468, 1.^º, 495, 512), *sospechoso* (art. 492, 4.^º), o por último a la situación personal del legitimado pasivamente durante la tramitación de la causa con motivo de la eventual adopción contra el mismo de alguna medida cautelar *detenido*, *preso*, *liberado*, etc. (arts. 520, 528).

Lo que ocurre es que la LECr., al menos hoy, se presenta desatendida, desordenada e incoherente al emplear tales denominaciones, con lo que dificulta en gran medida la recta comprensión de tales términos y consecuentemente el propio concepto de *inculpación*.

Sin duda, una de las razones que han contribuido decididamente a tal desorden —y en consecuencia a la dificultad de comprensión de la *inculpación*—, es precisamente la sucesión en el tiempo de continuas modificaciones de la LECr. Sobre todo con la reforma operada por la Ley de 7 de abril de 1968 que eliminó la *inculpación*

(1) «*Encartado*» en el Procedimiento de Urgencia creado por la Ley de 8 de abril de 1967 que modificó la LECr., así artículo 785, regla 8.^a, letra a).

formal en el Procedimiento de Urgencia encomendado por entero a los Jueces de Instrucción (2), o la Ley Orgánica 10/1980, que creó el Procedimiento para el Enjuiciamiento Oral de Delitos Menos Graves y Flagrantes.

Por otro lado la inculpación acarrea en todo caso como consecuencia directa la adquisición de la condición de inculpado, lo que supone la de *parte pasiva penal* dentro de un proceso precisamente de esta índole, con lo que las dificultades que entraña la construcción de una teoría general de las partes en el proceso penal son íntegramente trasladables a la cuestión que aquí se trata (3).

Además la inculpación es una cuestión íntimamente relacionada con la relativa a la *determinación del objeto* del proceso, aún en su fase de investigación, lo que viene a dificultar más aún las cosas por cuanto —como es sabido— en el proceso penal, a diferencia de lo que ocurre en el civil, la delimitación del objeto del proceso no se produce *a límiae*, sino que tiene lugar mediante distintos actos sucesivos que se producen durante su curso y de los que precisamente la inculpación forma parte.

B) ENSAYO DE UN CONCEPTO DE INCLUSIÓN

Con todo, sobre la base de lo expuesto, no resulta imposible construir una teoría de la inculpación deducida de la propia ley procesal penal, de la Constitución y de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Según lo antes dicho, la inculpación se revela como una institución procesal con distintos contenidos posibles, y su concepto como un *concepto funcional* que, aún constituyendo en todo caso un acto procesal de atribución de la condición de parte penal pasiva en el proceso, que por sí solo hace nacer el derecho de defensa, puede operar además otros efectos añadidos diversos, dando ocasión a distintas cargas procesales para el inculpado, según su intensidad y for-

(2) En este procedimiento la práctica judicial trató de introducir con frecuencia un espúreo «Auto de Encartamiento» en sustitución del de procesamiento, que era echado de menos por la inercia de los Jueces de Instrucción.

(3) Las dificultades para el tratamiento de las partes en el proceso penal han sido puestas de relieve y tratadas por MORENO CATENA, Víctor, en *Derecho Procesal*, Tomo II-Proceso Penal, 4.^a edición (Tirant lo Blanch, Valencia, 1992), págs. 145 y ss., y *La Defensa en el Proceso Penal* (Cuadernos Cívitas, Madrid, 1982).

ma de producción y en función de los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en cada caso. Así, podrá legitimar la adopción contra el inculpado de medidas cautelares durante la misma fase de investigación, e incluso atribuir al mismo la condición de parte penal pasiva en las fases intermedia y de juicio oral.

1. Inculpación y adquisición de la condición de parte penal pasiva en el proceso durante la fase de investigación

Según ha quedado ya apuntado el primer efecto que la inculpación produce es la atribución al inculpado de la condición de parte penal pasiva en el proceso, ya únicamente durante la fase de investigación oficial, ya durante todos los estadios del proceso penal, con lo que habrá de concretarse cuáles son los órganos habilitados legalmente para acordar la inculpación y qué actos procesales la producen, para determinar luego los efectos de la imputación en cada caso.

1.1. Los sujetos activos posibles de la inculpación: órganos competentes para acordarla

En el esquema de nuestra vieja LECr. el órgano competente para la investigación era por autonomía el Juez de Instrucción, pues las facultades investigadoras del Ministerio Fiscal quedaban reducidas al mínimo posible y las de la Policía Judicial eran en teoría inexistentes (4).

En efecto el Ministerio Fiscal únicamente podía dirigir una brevíssima investigación en la que cesaba en cuanto el Juez de Instrucción o el Municipal se presentasen a formar el sumario (art. 286) y con un ámbito, contenido y extensión ciertamente limitados. En cuanto a la Policía Judicial la LECr. se limitaba (en su Título 3.^º del Libro II) a definir de forma descriptiva las funciones de la Policía Judicial (art. 282), haciendo un extenso elenco de sus componentes (art. 283), para luego someterlos a las órdenes e instrucciones de Jueces, Magistrados y Fiscales (arts. 286 a 291 y 298). Mas cuando

(4) Sobre las originales atribuciones investigadoras del Ministerio Fiscal y de la Policía Judicial y su evolución puede verse mi *Derecho Procesal Penal (Manual para Criminólogos y Policias)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

se refiere a la actividad investigadora autónoma de la Policía Judicial lo hace precisamente para reducirla al mínimo, si no para casi excluirla. Así el artículo 284 ordena a la Policía Judicial que *inmediatamente* que tengan conocimiento de un hecho que revista caracteres de infracción penal, lo participen al Juez o al Fiscal, con el fin de que éstos asuman la dirección de la investigación, realizando al propio tiempo únicamente las mínimas diligencias urgentes e imprescindibles para evitar que desaparezcan las pruebas y vestigios de la infracción y en su caso deteniendo a los responsables de la misma. El artículo 295, por su parte, establece que: «*En ningún caso, salvo el de fuerza mayor, los funcionarios de Policía Judicial podrán dejar transcurrir más de 24 horas sin dar conocimiento a la Autoridad Judicial o al Ministerio Fiscal de las diligencias que hubieren practicado*», cuando la práctica de las mismas no pueda interrumpirse para tal comunicación a aquellas Autoridades (art. 284, 2.^º, *in fine*).

En definitiva la LECr. excluía a la Policía Judicial de entre los órganos titulares de la investigación oficial, que quedan así reducidos al Ministerio Fiscal y sobre todo al Juez de Instrucción, y, en consecuencia, no regula la actividad investigadora autónoma de la Policía, precisamente por excluir la posibilidad de su existencia.

Sin embargo la CE de 1978, atendiendo a la realidad actual y en consonancia con los restantes ordenamientos europeos (5), prevé la existencia de una investigación oficial de los delitos con cargo a la Policía Judicial. Así el artículo 17, 2.^º contempla la existencia de una actividad con cargo a la Policía Judicial consistente en «*la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos*» y el artículo 18 al regular las injerencias posibles en la intimidad domiciliaria y de las comunicaciones personales derivadas de la investigación criminal, lo hace aludiendo a la «*autorización*» o «*resolución*» otorgada por el Juez, obviamente a la Policía Judicial para que precisamente la Policía Judicial lleve a cabo la investigación (6).

(5) Así el nuevo Código Procesal Penal italiano de 1988 (arts. 347 y ss.), Ley Procesal Penal alemana de 7 de enero de 1975 (parágrafos 158 y ss.) o el Código Procesal Penal francés (arts. 12 y ss. y 78 y ss.).

(6) Tales expresiones «*resolución*» y «*autorización*» contrastan notablemente con las empleadas por la LECr. «*El Juez o Tribunal que conozca de la causa podrá decretar la entrada y registro...*» (art. 546), «*ordenar en los casos indicados*» (art. 550).

Por su parte la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, que modificó la LECr. y reguló el Procedimiento Abreviado para delitos menos graves, ha seguido el precedente de la reforma de 8 de abril de 1967 que dio nueva redacción al artículo 786, ampliando en él tímidamente las facultades investigadoras de la Policía Judicial y reconociendo su existencia con más amplitud en el artículo 789, 3.^º (7).

A la vista de lo expuesto debe concluirse que en la actualidad órganos competentes para acordar la imputación son el Juez Instructor, el Ministerio Fiscal y la Policía Judicial, como órganos oficiales encargados de la investigación, si bien no tenga los mismos efectos la inculpación cuando la acuerda uno u otro de tales órganos.

1.2. Adquisición de la condición de inculpado: los actos productores de la inculpación

La inculpación produce como primer efecto la atribución por parte del órgano oficial investigador (cuálquiera que éste sea) de la condición de parte penal pasiva a persona determinada al menos durante la fase de investigación oficial.

Parte pasiva penal es en general la persona física que aparece en el proceso a la que de alguna forma pueda serle atribuida la responsabilidad criminal del hecho delictivo, objeto del proceso penal, a diferencia de la parte pasiva civil que únicamente podrá sufrir la atribución de las consecuencias de índole jurídico-privada derivadas del hecho delictivo (responsable civil directo o subsidiario). Ahora bien *inculpado o imputado* es, según la LECr. (arts. 118, 486, 780, párrf. 3.^º, 785, 1.^a, 3.^a y 8.^a, 4.^º), la *parte penal pasiva del proceso penal en su fase de investigación*, la persona que resulta o puede resultar incriminado como responsable del hecho delictivo objeto de la investigación oficialmente abierta. Se trata de la persona contra la que se sigue la investigación oficial y en consecuencia puede ver amenazado su derecho a la libertad por la eventual im-

(7) Prevé el citado precepto la posibilidad de una investigación policial autónoma tan completa que llegue a hacer innecesaria la investigación judicial. Por otra parte amplía o da carta de naturaleza a la actividad investigadora de la Policía Judicial ordenada por el Juez instructor (y en definitiva también por el Ministerio Fiscal conforme al art. 785 bis).

posición de una pena o de una medida de seguridad derivada del proceso iniciado.

Para la LECr. el inculpado o imputado resulta legitimado pasivamente como parte en el proceso instructorio por ser, según una ya clásica expresión, «*persona interesada*» en la investigación abierta contra la misma (art. 118, 3.º).

Mas esa atribución puede derivar simplemente del contenido o de los propios términos de la denuncia, la querella o, en general, de la *notitia criminis*, o bien puede ser realizada por el órgano oficial investigador (Policía Judicial, Ministerio Fiscal o Juzgado de Instrucción), precisamente como consecuencia del resultado de la propia investigación, o en fin por los acusadores, dependiendo del estadio procedural de que se trate.

Desde luego la condición de parte pasiva en el proceso penal de investigación no presenta duda cuando la inculpación resulta de un acto formal del Juez instructor que así lo afirme, como el Auto de Procesamiento dictado en la fase de instrucción del llamado Procedimiento Ordinario por Delito, o cuando ya en la fase intermedia aparece designado por los Escritos de Acusación o de Calificación de los acusadores. Incluso cuando se adoptan por el órgano oficial investigador medidas cautelares personales contra un sujeto determinado, tampoco debe plantear en principio duda alguna su condición de parte pasiva.

El problema surge precisamente cuando durante la fase de investigación oficial pueda adquirirse la condición de parte pasiva como consecuencia de otras actuaciones diferentes a las que constituyen una verdadera formalización de la inculpación, entonces pueden surgir ciertas dudas acerca de la condición con que una persona puede venir abocada a la investigación o aparecer en ella, como *inculpado* o *imputado*, según la denominación de la LECr., o en otro concepto.

Sentado lo anterior, la cuestión se contrae a determinar en qué momento o en virtud de qué condiciones o presupuestos se adquiere tal condición de parte pasiva.

Desde luego la inculpación no tiene lugar sin más por el contenido o los términos de la denuncia o querella ni por su sola presentación, pues la presentación de aquellos actos de transmisión de la *notitia criminis* no producen por sí mismos sino la carga para el órgano destinatario de decidir sobre su admisión y en su caso proce-

der a la comprobación del delito (art. 269 de la LECr.). Lo mismo puede decirse en principio cuando el procedimiento investigador se abre por excitación especial del Gobierno. Otro tratamiento exige el supuesto en que la investigación se inicia *ex officio* por propio conocimiento del hecho delictivo, como en seguida se verá.

Cuando el contenido de la *notitia criminis* es asumido por el órgano investigador oficial, por considerarlo idóneo como posible objeto del procedimiento, y en consecuencia acuerda, por propia decisión específica, abrir oficialmente la investigación tampoco puede hablarse necesariamente de inculpación (8).

Sólo cuando los hechos que motivan la investigación oficial, sea desde el principio o como consecuencia de la actividad investigadora (9), se revelan o aparecen relacionados para la convicción del órgano investigador con un sujeto determinado, considerado como *responsable, aún sólo posible*, de los mismos, y por tanto surge la posibilidad de poder ser atribuidos tales hechos a aquél, ya esté totalmente identificado o no, puede hablarse de inculpación.

Dicho de otra forma el nacimiento de la inculpación procesalmente hablando exige necesariamente *la decisión del órgano investigador de seguir el procedimiento precisamente contra la persona a la que pueden atribuirse los hechos investigados, como consecuencia de la aceptación aun como simple posibilidad de qué pueda serlo*, siquiera por aparecer así ya de los términos o el contenido de la *notitia criminis*, ya por el resultado de la actividad investigadora realizada hasta el momento. Pues como dice el párrafo 2.^º del artículo 118 de la LECr.: «*La admisión de denuncia o querella y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculpados*», sin que el desafortunado calificativo «*presuntamente*» empleado por

(8) Pues la sola asunción del contenido de la denuncia o querella, y las demás formas de transmisión de la *notitia criminis*, por el órgano investigador, mediante la apertura de una investigación oficial no implica por sí misma la existencia, como necesaria, de una inculpación, ya que la investigación puede abrirse en un principio sólo para la comprobación de los hechos denunciados cuando estos *ab initio* no revelan un sujeto responsable ni éste aparece indicado por el soporte o vehículo de la *notitia criminis*, tal como es adquirida por el órgano investigador. En efecto los términos de la *notitia criminis* pueden no relacionar los hechos delictivos comunicados con ninguna persona determinada o, en su caso, tal persona puede no estar suficientemente identificada.

(9) A este supuesto deben asimilarse los casos en que la investigación se inicia *ex officio* por propio conocimiento del hecho delictivo.

la ley desvirtúe el efecto de adquirir la condición de parte penal pasiva en el proceso, como prueba el mandato legal de comunicarles el procedimiento inmediatamente por ser «personas interesadas» en el mismo (art. 118, 3.º).

A la vista del mencionado precepto, según la redacción que le dio la Ley 53/1978, de 4 de diciembre, la inculpación en nuestro proceso penal, con los efectos inherentes de otorgar la condición de parte penal pasiva a la persona a que se refiera y hacer nacer en la misma el derecho de defensa en el procedimiento, no exige de ninguna declaración o acto *formal*, bastando con la «*admisión* de denuncia o querella *contra persona determinada*» por el órgano investigador oficial, o en general con la realización por el mismo de «*cualquier actuación procesal* de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas».

Desde luego que tal *actuación*, dado el calificativo *procesal* que la LECr. le atribuye, parece presuponer necesariamente la existencia de un proceso penal abierto en fase de investigación, sea un sumario o unas Diligencias Previas. Sin embargo un estudio detallado de la investigación que legalmente pueden llevar a cabo tanto el Ministerio Fiscal como la Policía Judicial pone en seguida de manifiesto que, aun no teniendo tal actividad la naturaleza de un verdadero proceso penal, sí constituyen unos procedimientos de investigación criminal integrados por *verdaderos actos procesales*, tanto por producir efectos de forma directa en el proceso penal como por estar sujetos al régimen jurídico de los actos procesales y regulados en la LECr. y en otras normas procesales (10). Por tanto pueden darse en el curso de un procedimiento de investigación policial o fiscal verdaderos actos de inculpación en cuanto el requisito exigido por la LECr. es que se trate de una actuación procesal producida en el curso de la investigación, con independencia de que se trate de un proceso abierto por el Juez o de un procedimiento de investigación seguido por la Policía Judicial o por el Ministerio Fiscal. Lo dicho resulta además avalado por la referencia al *procedimiento* contenida en el artículo 118.1.º a «*cualquiera que éste sea*», así como por el contenido del artículo 788.1.º (11).

(10) Sobre la naturaleza de procedimiento penal de investigación de la actividad investigadora de la Policía Judicial y del Ministerio Fiscal ver mi *Derecho Procesal Penal...*, cit., págs. 145 y 55.

(11) Lo dicho desde luego se contrae al solo efecto de atribuir la condición de parte penal pasiva y generar el derecho de defensa en el sujeto inculpado *durante la*

Por otra parte si tal *actuación procesal* confiere la condición de parte penal pasiva en el procedimiento a la persona inculpada, legitimándola de esta suerte para intervenir en el mismo, lo es sobre la base de que la adquisición de tal condición deriva precisamente de la *atribución a la misma, aún como posibilidad, de la perpetración de los hechos con caracteres de infracción penal que sirven de objeto a la investigación, hecha por el órgano investigador oficial (Juez instructor, Ministerio Fiscal o Policía Judicial)*. Ya sea de forma expresa o implícita, tal actuación necesariamente ha de entrañar la atribución de la responsabilidad, con independencia de cuál sea ésta, por los hechos objeto del proceso.

En efecto el artículo 118.1.^º de la LECr. prevé la existencia de actuaciones procesales que constituyen actos expresos de inculpación como el auto de procesamiento («*se haya acordado su procesamiento*»), así como de otros que implícitamente la suponen como la adopción de medidas cautelares («*haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar*»), lo que resulta corroborado por el artículo 788.1.^º: «*Desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada...*»

Los supuestos en que se haya dictado Auto de Procesamiento no plantean cuestión alguna dados los términos del artículo 384.1.^º de la LECr.: «*Desde que resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona, se dictará auto declarándola procesada...*» (12). Por ello el párrafo 2.^º, añadía en consecuencia: «*El procesado podrá, desde el momento de serlo, aconsejarse de Letrado, mientras no estuviese incomunicado, y valerse de él...*»

Pero, como es sabido, fuera del denominado Procedimiento Ordinario por Delito en los restantes no existen tales actos formales de declaración de inculpación. El problema puede surgir, pues, cuando

fase de investigación, sin perjuicio de que luego para imponerle la carga de soportar los efectos del proceso penal en la fase intermedia y de juicio sea necesaria la existencia de una «inculpación judicial».

(12) Es clásica la magistral definición del auto de procesamiento que ofrece GÓMEZ ORBANEJA: «El procesamiento es el acto formal del juez instructor consistente en la declaración de presunta culpabilidad de la persona contra quien del sumario resulta algún indicio racional de criminalidad, como probable partícipe del hecho punible por el que se procede, y que le constituye en el estado de procesado, con las garantías procesales inherentes a dicha posición» (*Derecho Procesal Penal*, décima edición, Madrid, 1984, pág. 179).

se trate de otros actos que implícitamente atribuyan la condición de inculpado, ya se trate de actos de adopción de medidas cautelares o de medidas instrumentales limitativas de derechos o de actos de otra naturaleza.

La adopción de medidas cautelares no siempre se produce con relación a la parte penal pasiva del proceso, pues cabe que ciertas medidas cautelares reales graven no al inculpado sino al responsable civil directo o subsidiario (parte civil pasiva) el cual puede coincidir o no con el presuntamente responsable penal. Por ello las medidas cautelares reales sólo constituirán por sí mismas actos que entrañen la inculpación cuando así expresamente lo declarén en la resolución *fundada* que las adopte, *auto* según el artículo 589 de la LECr., refiriéndolas expresamente al sujeto penal pasivo de la relación jurídico-procesal.

La adopción de medidas cautelares personales por contra entrañan en todo caso un acto de inculpación previa o coetánea a su adopción, pues precisamente tal inculpación legitima su adopción respecto de la persona a que se refieran. Así respecto de la detención los artículos 490, 492 y 495 de la LECr. fundan su adopción ya en el título de la flagrancia (490, 1.^º y 2.^º), ya en el de la sospecha (492, 4.^º) (13) o ya en la previa inculpación judicial (490, 7.^º y 492, 2.^º y 3.^º). En cuanto a la prisión provisional y la libertad provisional los artículos 503, 504 y 529 de la LECr. igualmente presuponen la inculpación o la exigen si bien incluso con mayor intensidad (14).

En cuanto a la adopción de medidas instrumentales limitativas de derechos, dada la variedad de las mismas, es necesario distinguir, según la medida de que se trate y de la finalidad de la misma.

En general las medidas instrumentales no tienen por qué afectar a la esfera jurídica del inculpado, pues el titular de los derechos per-

(13) La expresión legal presupone claramente la inculpación del detenido: «1.^º Que la Autoridad o agente tenga motivos razonablemente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito, y 2.^º que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él.»

(14) El Tribunal Constitucional ha declarado respecto de la prisión provisional que esta decisión «exige del Juez, por regla general, una valoración, por lo menos indiciaria, de la culpabilidad, consecuencia de la investigación, pues para decretar la prisión provisional es necesario entre otros requisitos “que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el Auto de prisión” (art. 503, 3.^º, de la LECr.)» (STC 145/1988, de 12 de julio, FJ 7.^º).

cutidos con la adopción de las mismas (sea el derecho a la intimidad, a la inviolabilidad domiciliaria, al secreto de las comunicaciones, etc.) puede ser tanto el inculpado como otras personas. En efecto puede acordarse la entrada y registro de un domicilio perteneciente a persona distinta del inculpado, bastando que en el mismo puedan encontrarse el inculpado o efectos e instrumentos del delito (art. 546 de la LECr.). Igualmente cabe acordar la intervención u observación de comunicaciones personales de personas distintas al inculpado «si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa» o que el inculpado se sirva de tales comunicaciones personales para la realización de sus fines delictivos (art. 579 de la LECr.). Ni siquiera las denominadas intervenciones corporales, como las exploraciones somáticas o tomas de muestras de tejidos orgánicos, han de afectar únicamente al inculpado, piénsese en la exploración corporal de la víctima de una posible violación.

Y lo mismo puede predicarse de las pruebas de alcoholemia, sobre todo dada la posibilidad establecida en el artículo 12 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos de Motor y Seguridad Vial, de someter a las mismas a cualquier implicado en un suceso derivado del tráfico de vehículos (15).

Por otro lado, la adopción de tales medidas instrumentales se hallan siempre en función de otras medidas sean de investigación o de preconstitución de prueba. Y tales diligencias de investigación pueden ir dirigidas solamente a la comprobación del hecho presuntamente delictivo o incluso a la averiguación de su autor, con lo que su adopción no exige una inculpación previa o coetánea como necesaria, sino que suelen fundarse en otros presupuestos, según los preceptos antes invocados: la existencia de indicios razonables de obtener mediante ellas la comprobación del hecho, ya el descubrimiento de su autor, o ya la averiguación de algún hecho o circunstancia importante para la causa.

(15) Dice el artículo 12, 2.º, del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos de Motor y Seguridad Vial: «Todos los conductores de vehículos quedan obligados a someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de posibles intoxicaciones por alcohol. Igualmente quedan obligados los demás usuarios de la vía cuando se hallen implicados en algún accidente de circulación.» Con todo, nótense que la disposición no tiene rango de Ley Orgánica.

Debe igualmente notarse que la citación coercitiva para sólo ser oido que contemplan los artículos 486 a 488 y 785 bis, párrafo 2.º, de la LECr. constituyen igualmente actos de inculpación, con idéntica virtualidad a este efecto que las medidas cautelares personales, según resulta del propio texto del artículo 486: «*La persona a quien se impute un acto punible deberá ser citada sólo para ser oída, a no ser que la ley disponga lo contrario, o que desde luego proceda su detención*» o de la referencia a «*resultar contra ellas algunas indicaciones fundadas de culpabilidad*» del artículo 488.

2. *La inculpación como acto de delimitación del objeto del proceso*

De todas formas la cuestión no se agota con lo dicho pues la inculpación, aparte conferir la condición de parte penal pasiva, produce otros efectos añadidos que deben tenerse en cuenta. Así en cuanto atribución de los hechos históricos investigados, deviene necesariamente un acto de delimitación, aun no siempre formal, del objeto del proceso en fase de investigación. Incluso tal delimitación ha de revelarse expresamente al inculpado por exigencias del derecho de defensa y especialmente del derecho a conocer los hechos imputados como presupuesto del derecho a intervenir en el procedimiento investigador cualquiera que éste sea.

En efecto, el inculpado en cuanto lo sea, es decir, desde que el procedimiento investigador se dirija contra él mismo, tiene derecho no ya sólo a conocer sino a ser informado: a) de la existencia misma del procedimiento (art. 118, 1.º y 2.º), y b) de los hechos que se le imputan (arts. 17.3 y 24, 2.º, de la CE y 520, 2.º, de la LECr.).

2.1. El derecho a conocer y a ser informado de la existencia del procedimiento investigador

El derecho a ser informado de la existencia del procedimiento investigador viene garantizado por el artículo 118, párrafos 1.º y 2.º, de la LECr.:

«*Toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, cualquiera que sea éste, desde que se le comunique su existencia...*»

«La admisión de denuncia o querella y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculpados.»

Se trata de un presupuesto posibilitador del ejercicio de derecho de defensa. Evidentemente el inculpado sólo tendrá conciencia de la utilidad o necesidad de defenderse si conoce la apertura de una investigación dirigida contra él, con lo que quedan garantizadas la posibilidad de intervenir en el procedimiento y de proveerse de los medios adecuados al efecto, así como la contradicción desde los primeros momentos (16).

Antes de la reforma operada en la LECr. por la Ley 53/1978, de 4 de diciembre, la fase de investigación oficial estaba en los primeros momentos inspirada en los principios del sistema inquisitivo con todo su rigor, pues el sujeto imputado sólo conocía la existencia del procedimiento y el contenido de la investigación cuando ya se dictaba el auto de procesamiento y le era notificado, salvo lo poco que antes hubiera podido intuir o colegir como resultado de los interrogatorios a que hubiera sido sometido, las más de las veces privado ya de libertad (17). Y aún con todo, como ponía de manifiesto la Circular 8/1978 de la Fiscalía General del Estado sobre las reformas introducidas en la LECr. por la Ley 53/1978, de 4 de diciembre, y su relación con la 56/1978, de la misma fecha «en la

(16) La Circular 8/1978 de la Fiscalía General del Estado estableció respecto a la comunicación de la existencia del procedimiento: «En caso de denuncia desde que sea admitida... La querella igualmente deberá ser comunicada al querellado cuando sea admitida conforme al artículo 312 de la LECr. ... También resulta del nuevo Texto legal que la comunicación de la existencia del procedimiento ha de efectuarse en cualquier caso, comprendiendo naturalmente la iniciación de oficio, por inhibición de otro juzgado, por orden de proceder, o por otra forma que implique “cualquier actuación procesal” contra persona determinada.»

Incluso respecto de la querella se hacía eco de una aspiración aún más ambiciosa, tal que antes de resolver el Juzgado sobre su admisión a trámite la comunicase «tanto al Fiscal como al querellado..., concediéndoles audiencia para poder oponerse razonadamente a su admisión y aportar los elementos que puedan corroborar su petición», lo que, aun teniendo en cuenta las especialidades de esta forma de iniciación del proceso penal y los bienes cuya defensa se encomiendan al Ministerio Fiscal, sólo respecto de éste puede parecer defendible.

(17) Es sobradamente conocida y de cita obligada la obra de FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE: *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta* (Madrid, 1969), en la que la situación del imputado durante todo el período que discurre desde el absolutismo hasta la LECr. ha sido minuciosamente descrito.

realidad, el auto de procesamiento y la adopción de medidas cautelares son, generalmente, decisiones que se producen cuando la parte sustancial de la investigación está terminada» (18). En definitiva las corruptelas denunciadas por la Exposición de Motivos de la LECr. (19) seguían «con este o el otro disfraz» pugnando por mantenerse (20).

La reforma de 1978, en consonancia con los principios introducidos en el proceso penal por la Constitución que se aprobaba días después, pretendió desterrar todo atisbo inquisitivo, garantizando la publicidad del procedimiento investigador para el inculpado y el principio de contradicción durante todo el proceso, incluso desde los primeros momentos de la fase de investigación. Así el artículo 302 de la LECr. (también reformado por la Ley 53/1978) establece en su parrafo 1.^º que «*las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento*», con la sola excepción de que si se trata de la investigación judicial de un delito público pueda el Juez de Instrucción cuando fuere estrictamente necesario para los fines instructurarios declarar secretas las actuaciones para el imputado, mediante *auto*, «*por tiempo no superior a un mes y debiendo alzarse necesariamente el secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario*» (art. 302, 2.^º).

La consagración de este derecho constituye, pues, la ruptura definitiva con el sistema inquisitivo, haciendo realidad el *desideratum* de la Exposición de Motivos de la LECr.: «*Hay que restablecer la igualdad de condiciones en esta contienda jurídica, hasta donde lo consientan los fines esenciales de la sociedad humana.*»

(18) La observación de la realidad judicial se ponía sin más de manifiesto con los escasos folios sumariales existentes entre el Auto de procesamiento y el de conclusión del sumario.

(19) «...en ausencia del inculpado y su defensor, los funcionarios que intervienen en la instrucción, animados de un espíritu receloso y hostil que se engendra por su propio patriótico celo por la causa de la sociedad que representan, recogen con preferencia los datos adversos al procesado (ahora inculpado), descuidando a veces consignar los que puedan favorecerles.»

(20) Como denunciaba el Profesor SERRA el inculpado quedaba reducido a «simple marioneta que sufre con la misma existencia de un proceso cuyas peculiaridades no sólo ignora, sino que le aparece en su regulación absurdo y extravagante» (*El imputado*, Estudios de Derecho Procesal, Barcelona, 1969, pág. 696).

2.2. El derecho a conocer y a ser informado de los hechos imputados

En consonancia con estos presupuestos, la Constitución Española establece en su artículo 24, 2.^º, como derechos de todo inculpado, con independencia de que se halle privado o no de libertad, el derecho a un proceso público con todas las garantías y el derecho a ser informado de la acusación formulada, pero no consagra de forma expresa y concreta el derecho del simplemente inculpado a conocer los hechos que se le imputan en la fase de investigación, aun cuando necesariamente deba inferirse de la consagración del derecho de defensa.

Aun cuando formalmente el derecho a conocer los hechos imputados se construya en el esquema constitucional como una manifestación del derecho a un proceso con todas las garantías, en definitiva participa de una naturaleza y contenido equivalentes a los del derecho a ser informado de la acusación (art. 24, 2, de la CE), si bien referido a la fase de investigación mientras que este último despliega su eficacia en las fases intermedia y de juicio.

Debe distinguirse este derecho de aquel otro distinto que corresponde al inculpado detenido o preso (privado de libertad) ex artículo 17, 3.^º, de la CE de conocer *las razones motivadoras de su privación de libertad*, pues éstas aun pudiendo coincidir virtualmente con los hechos imputados son en realidad cosa distinta. Lo que ocurre es que la LECr. ha hecho una regulación conjunta (en el art. 520) del estatuto del inculpado y del privado de libertad, desarrollando así conjunta y desordenadamente los artículos 17 y 24 de la Constitución.

Como resulta de la lectura del artículo 520 de la LECr., algunos de los derechos relacionados en el mismo (derecho a ser informado de los hechos que se le imputan y de la existencia de la investigación; derecho a la asistencia letrada; derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable e incluso a no declarar) corresponden al detenido o preso *por su condición de inculpado* y por ello, asisten igualmente al inculpado no privado de libertad. Los demás derechos le corresponden sin embargo por su *concreta situación de privación de libertad* (21) y no los comparte el detenido con el in-

(21) Los derechos específicos del detenido, son los siguientes:

1.^º Derecho a ser informado de las razones motivadoras de su privación de libertad y de todos los derechos que le asisten, no sólo como inculpado, sino también como detenido (es decir, los demás que se enumeran a continuación).

culpado que se encuentra en libertad, salvo el derecho a la asistencia de abogado, que en el caso de haberse llevado a cabo la detención o prisión del inculpado aparece también reforzado al no ser obstativo, sino forzoso e irrenunciable, al menos como regla general.

En cualquier caso el propio texto legal distingue claramente entre el derecho a conocer los *hechos imputados* por un lado y por otro el derecho a conocer las *razones motivadoras de la privación de libertad*.

La información al inculpado de los hechos que se le imputan se traduce en la obligación por parte del órgano encargado de la investigación oficial de *comunicar a éste los hechos objeto de la investigación y que como resultan del estado de la misma se le puedan atribuir*. Se trata de poner en su conocimiento los *hechos históricos* objeto del procedimiento investigador, sin que baste —como con acierto dice Moreno Catena— con el «mero dato técnico de la designación de un tipo delictivo» (robo, hurto, lesiones, etc.) (22).

A este respecto ha declarado el Tribunal Constitucional que el derecho a ser informado de la acusación requiere que se precisen los hechos imputados, pues el objeto del proceso no se identifica con una calificación jurídica, no es un crimen, sino un hecho individualizado como delictivo (STC 134/1986, de 29 de octubre, Fundamento Jurídico 20) (23).

2.^º Derecho a la asistencia gratuita de un intérprete, si no conoce la lengua o lenguas oficiales del lugar de su detención.

3.^º Derecho a que se comunique su detención y lugar de custodia a determinadas personas.

4.^º Derecho a ser reconocido por un médico.

5.^º Derecho a la asistencia de un abogado.

6.^º Derecho a ser puesto en libertad o a disposición judicial en los plazos legales.

7.^º Derecho al inmediato control judicial de su detención (art. 17.4.^º de la CE).

(22) MORENO CATENA, Víctor: *La defensa en el proceso penal*, Madrid, 1982, págs. 66 y ss. Censura ahí el Profesor Moreno Catena, con toda razón a mi entender, no la parca generosidad sino la estrecha inteligencia que del derecho a conocer los hechos imputados hizo la citada Circular 8/1978 de la Fiscalía General del Estado, al conformarse con que la información se contrajera a la figura de delito por la que se procede por analogía con lo que respecta de las requisitorias establece el artículo 513 de la LECr., y considerando que «esta notificación de los motivos de la detención no es posible ni en muchos casos sería prudente que se extendiera...» a otros extremos. Debe notarse con todo que la referida circular pasa por confundir el derecho constitucional a conocer los hechos imputados (*ex art. 24.2.^º*) con el derecho a conocer las razones motivadoras de la privación de libertad (*ex art. 17.3.^º*).

(23) Distingue la citada sentencia del TC entre el objeto del proceso (un hecho histórico con un referente penal) y el objeto del enjuiciamiento y del fallo (que es ya un hecho en cuanto calificado jurídicamente).

3. *La inculpación judicial como presupuesto para adquirir la condición de parte penal pasiva en las fases intermedia y de juicio oral*

La adquisición de la condición de parte penal pasiva con efectos en la fase de instrucción, adquirida mediante un acto inculpatorio de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, no supone por sí sola la atribución de tal posición en las siguientes fases del proceso penal. El Tribunal Constitucional ha sentado con carácter general la doctrina jurisprudencial de que la acusación no puede dirigirse contra persona que no haya adquirido previamente la condición judicial de imputada, puesto que de otro modo podrían producirse en la práctica acusaciones sorpresivas de ciudadanos, con la consiguiente apertura contra ellos del juicio oral, aunque no hubieran gozado de la más mínima posibilidad de ejercitar su derecho de defensa a lo largo de la fase instructora. Para adquirir la condición de parte penal pasiva en la fase intermedia (o de preparación del juicio) y en la de juicio oral, es además necesario que el acto inculpatorio se haya acordado por el juez instructor, bien por propia iniciativa o bien ratificando la inculpación llevada a cabo por la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal tras valorarla y considerarla pertinente. De esta suerte la inculpación judicial funciona como una garantía para el imputado de su *derecho a no sufrir acusaciones sorpresivas*. El *derecho a no sufrir acusaciones sorpresivas* queda, pues, garantizado comunicando al inculpado su condición de parte penal pasiva en la fase de investigación judicial, instruyéndolo de sus derechos o incluso, si no se hizo esto antes, notificándole la resolución que acuerde abrir la fase intermedia (STC 66/1989).

Pero no es la inculpación judicial la única garantía del ciudadano frente a las acusaciones sorpresivas en juicio, sino que existen otras más.

En primer lugar, el tránsito de una fase procesal a otra, cabalmente de la fase de instrucción a la de preparación del juicio, se instrumenta legalmente mediante una nueva resolución judicial motivada (ya sea el Auto de conclusión del sumario o el Auto acordando continuar el proceso conforme al procedimiento abreviado) que además debe ser notificada al imputado.

Por último nuestra LECr. prevé la existencia en la fase intermedia del denominado «Juicio de Acusación», con cargo ya al propio Juez instructor o al Tribunal sentenciador, que supone una nueva valoración de la acusación o acusaciones formuladas a fin de abrir o

no el juicio oral con base a las mismas. El juicio de acusación viene, pues, a satisfacer el *derecho a no sufrir acusaciones maliciosas*, que es distinto del derecho a no sufrir acusaciones sorpresivas.

3.1. La imputación judicial en el llamado Procedimiento Ordinario por Delito

La imputación judicial en el llamado Procedimiento Ordinario por Delito ha sufrido una transformación como consecuencia de la incorporación a la LECr. de los postulados de la Constitución de 1978, sobre todo a raíz de la reforma operada por la Ley 53/1978.

En efecto, en el denominado Procedimiento Ordinario por Delito, tal como aparecía regulado en la redacción original de la LECr., la cuestión no ofrecía duda ya que el Auto de procesamiento, como acto de inculpación formal con cargo al Juez instructor, no sólo cumple la misión de conferir al procesado la condición de parte penal pasiva *en todas las fases de proceso*, haciendo nacer en el mismo el derecho de defensa (24). Pero al propio tiempo cumplía otros fines:

a) Delimitar el objeto del proceso mediante la expresión de los hechos objeto de imputación e indagación con relación al sujeto considerado como posible responsable de los mismos.

b) Su notificación al procesado instrumentaba la eficacia del derecho de éste a ser instruido de los hechos objeto de imputación (25), cuyo conocimiento hasta entonces le estaba vedado. Así, conforme al artículo 302 en su redacción original: «*El Juez instructor podrá autorizar al procesado (por tanto sólo desde que lo sea) o procesados para que tomen conocimiento de las actuaciones y diligencias sumarias cuando se relacionen con cualquier derecho que intenten ejercitar, siempre que dicha autorización no perjudique a los fines del sumario.*»

(24) Decía el artículo 384, párrafo 2.^º: «*El procesado podrá, desde el momento de serlo, aconsejarse de Letrado, mientras no estuviese incomunicado, y valerse de él, bien para instar la pronta terminación del sumario, bien para solicitar la práctica de diligencias que le interesen y para formular pretensiones que afecten a su situación.*» Hasta ese momento procesal toda la fase anterior se encontraba regida por los principios inquisitivos en casi toda su pureza.

(25) Así la STS de 25-6-1990 ha declarado que mediante el auto de procesamiento (mediante su notificación al procesado) «se le comunica la existencia de una determinada imputación para que pueda defenderse de ella con plenitud de medios y de efectos».

c) Además mediante la declaración indagatoria —distinta ya de la confesión con cargos del Derecho anterior— se le ofrecía la oportunidad de autodefenderse frente a tales hechos objeto de inculpación formal (26).

d) Pero al propio tiempo desde la vigencia de la LECr. de 1882 el Auto de procesamiento entraña necesariamente un *juicio de razonabilidad de los indicios que fundan la imputación* (27), con vistas a la decisión sobre la apertura o no del juicio oral, y que se traduce en un efectivo control del Juez instructor sobre el ejercicio de la acción penal por los acusadores, impidiendo la apertura del juicio oral y luego la calificación acusatoria mediante la denegación del procesamiento (28).

(26) Pues aunque con anterioridad a la declaración indagatoria el inculpado hubiere sido oído, tal declaración la prestaba normalmente sin tener conocimiento del resultado que arrojase el estado de la instrucción, dado el tenor del artículo 302 de la LECr. citado.

(27) Como señala AGUILERA DE PAZ, aún con «la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 22 de diciembre de 1872 vino restringiéndose, si bien lentamente, la facultad amplísima que en el antiguo Derecho tenían las autoridades judiciales para decretar el procesamiento de los presuntos culpables. Mas a pesar de ello, todavía esa potestad era grande, pues según el artículo 280 de la ley procesal anterior, bastaba la existencia de *algún indicio de criminalidad* para que *necesariamente* hubiera de dictarse el auto correspondiente, según los términos preceptivos de dicho artículo, sin exigirse ningún otro requisito que pudiera servir de garantía a los derechos del inculpado. El mismo régimen continuó rigiendo en la compilación general...». Sin embargo la LECr. de 1882 «siguiendo la tendencia progresiva de la ciencia moderna... adicionó en el primero de dichos párrafos (los del art. 384 comentado) el adjetivo *racional* a la palabra *indicio*, exigiendo así para decretar el procesamiento la concurrencia de un *nuevo requisito que limita la potestad de los Jueces y Tribunales*, pues a partir de ese precepto y con la exigencia indicada, claramente se deduce que dicho acuerdo no puede ser consecuencia de vagas indicaciones o de livianas sospechas, sino el resultado lógico de un hecho que pueda fundamentalmente dar origen a responsabilidad para el que ha de ser declarado procesado (*Comentarios a la LECr.*, Tomo III, Madrid, 1924, pág. 520).

Nótese que, *no fiando únicamente en la independencia de los órganos jurisdiccionales competentes para acordar el procesamiento*, el fin que se atribuye al requisito de la razonabilidad de los indicios es precisamente limitar el arbitrio de los mismos.

(28) Así el Tribunal Supremo tiene sentado desde antiguo que «la declaración de procesamiento de persona determinada constituye premisa inexcusable para la apertura del juicio oral y tramitación consiguiente del mismo hasta que se pronuncie el oportuno fallo» (STS de 10-5-1955), que «controla judicialmente la apertura del juicio oral impidiéndose que la sola voluntad de un acusador, incluso el Ministerio Fiscal que es parte oficial e imparcial, conduzca a ella» (STS de 27-5-1988) o que «representa, al ser un requisito previo e indispensable de la acusación, una medida protectora del imputado, evitando así que la voluntad de quien acusa sea requisito suficiente para abrir el juicio oral, que en sí mismo, es ya un importante gravamen para la persona afectada» (STS de 25-6-1990).

Tras la reforma llevada a cabo en la LECr. por la Ley 53/1978, de 4 de diciembre, operada en función de las exigencias de la Constitución que se aprobaba coetáneamente, la totalidad de los indicados efectos ya no son exclusivos del auto de procesamiento, sino que quedan desconectados del mismo, en cuanto su producción también se vincula a otros actos diferentes del procesamiento (29).

En primer lugar la atribución al procesado de la condición de parte penal pasiva, haciendo nacer en el mismo el derecho de defensa, por lo general se ha producido en un momento anterior, ya por actos del propio Juez instructor que suponen la inculpación, o ya de los otros órganos oficiales de investigación, pero en cualquier caso desde un momento anterior al auto de procesamiento, como la simple citación coercitiva del inculpado para ser oído (del art. 486 de la LECr.) o su detención por ejemplo.

Igualmente el efecto de ofrecer al inculpado la oportunidad de conocer los hechos imputados y autodefenderse frente a los mismos han de entenderse referidos a los hechos relatados en el auto de procesamiento (inculpación formal), pues respecto de los hechos objeto de la investigación y por ende de la inculpación aún no formal que antes hubiera podido tener lugar, de ordinario, deben ser conocidos por el inculpado ya desde los primeros momentos en que la investigación se dirija contra el mismo (arts. 118 y 302 en su nueva redacción) y por tanto ya habrá tenido ocasión de autodefenderse de ellos (art. 486).

Lo mismo puede predicarse del efecto de delimitar el objeto del proceso de investigación ya que a través de la instrumentalización del derecho del inculpado a ser informado de los hechos que se le imputan, tal delimitación también habrá tenido lugar por lo general en un momento anterior al procesamiento, pudiendo únicamente atribuirse a éste la virtud de clarificar o facilitar la comprensión de tales hechos por el imputado a la vista del relato fáctico incluido en el Auto (30). No obstante como la delimitación del objeto del proceso penal se produce de forma sucesiva, el auto de procesamiento

(29) Como afirma FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ: «Todas las funciones que antaño se le atribuían han pasado a mejor gloria, vistas las cosas desde una perspectiva constitucional y mas allá de una lectura literal del obsoleto artículo 384 de la LECr.», *El Proceso Penal. Lectura Constitucional* (3.^a edición), Barcelona, 1993, págs. 243 y ss.

(30) No parece razonable que el auto de procesamiento incluya hechos que no hayan sido antes objeto de la instrucción y por tanto también comunicados al inculpado aun antes de dictarse su procesamiento.

opera la delimitación formal del objeto del proceso de investigación, si bien tampoco de forma definitiva toda vez que el procesamiento no sólo puede ampliarse, para incluir hechos nuevos o nuevos sujetos imputados, sino que además puede dejarse sin efecto por iniciativa del mismo Juez instructor cuando el estado del sumario así lo exige (31).

Ni siquiera puede atribuirse al Auto de procesamiento como efecto indefectible y exclusivo el de «verificar judicialmente la seriedad de la imputación» pues tal valoración también ha podido tener lugar antes, al realizar el Juez instructor cualquiera otro de los actos que comportan la inculpación (por ejemplo la detención), ya sea por propia iniciativa o ya asumiendo la inculpación llevada a cabo por la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal, pues cualquier acto inculpatorio ha de basarse en motivos racionales o serios.

Sin embargo el auto de procesamiento, vaciado ya de la exclusividad de sus anteriores efectos, ha sufrido una transformación en la práctica, adquiriendo otra función exclusiva y nueva, tal es la de revisar los fundamentos de la inculpación ya acordada con anterioridad, sobre la base de valorar el resultado final de la actividad instructora llevada a cabo, finalidad que en puridad no le fue atribuida por la LECr. en su redacción original, sino que es consecuencia de la extensión por inercia al Procedimiento ordinario de las facultades que correspondían a los jueces de Instrucción en los procedimientos acelerados cuyo fallo les estaba encomendado (32) y producto de una corruptela judicial. En efecto, en el denominado Procedimiento Ordinario por Delito la valoración del resultado arrojado por la actividad instructora, el llamado «juicio de acusación» no corresponde al Juez de Instrucción sino al Tribunal Sentenciador, mientras que en los denominados procedimientos acelerados cuyo fallo se encomendaba a los Jueces de Instrucción era también éste el encargado del mismo. Por otra parte ya ha sido antes denunciada (*vid. nota 13*) la costumbre judicial de dictar el Auto de procesamiento no desde que se patenten los indicios racionales de crimi-

(31) Señala la Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo de 1899 que siendo los indicios de criminalidad contra persona determinada el motivo que da lugar al procesamiento, puede el Juez que lo acordó alzarlo, si aquellos indicios han quedado luego desvirtuados.

(32) Me refiero al Procedimiento de Urgencia creado por la Ley de 8 de abril de 1967 en la modalidad o tipo encomendado por entero a los Jueces de Instrucción así como al creado por la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre.

nalidad mencionados en el artículo 384 de la LECr. contra el sujeto inculpado, sino mucho después, cuando la instrucción ya se ha agotado y está a punto de dictarse el auto de conclusión del sumario.

De esta suerte la confluencia de las dos apuntadas cuestiones fueron convirtiendo con el tiempo el auto de procesamiento en una *resolución encaminada a declarar la persistencia de la racionalidad de los indicios que motivaron la inculpación judicial anterior; valorando la intensidad actual de los motivos que la determinaron, sobre la base del resultado final de la instrucción*. Con esta nueva función del auto de procesamiento los Jueces de Instrucción han venido de hecho filtrando parcialmente al Tribunal sentenciador su competencia para resolver sobre el «Juicio de Acusación» y tal finalidad ha adquirido carta de naturaleza en nuestra filosofía procesal, configurando el procesamiento, no como acto de imputación judicial sino de ulterior ratificación o revisión de la misma, o sea, como un presupuesto más para la atribución al procesado de la condición de parte penal pasiva en la siguiente fase del proceso.

En conclusión la reforma de la LECr. operada por la Ley 53/1978, al incorporar a la misma las garantías contenidas en el artículo 24 de la CE, ha trastocado las piezas del sistema en el procedimiento Ordinario, pues la imputación judicial (ya sea mediante la asunción por el Juez de la imputación de otros órganos tras un juicio de valor de su intensidad, o acordada por dicho Juez de propia iniciativa a la vista del resultado que arroje el estado de la actividad instructoria llevada a cabo por el mismo) puede y suele tener lugar en los primeros momentos y mediante actos desconectados del auto de procesamiento (normalmente con la citación coercitiva del artículo 486 o la adopción de medidas cautelares personales), mientras que éste funciona como una garantía añadida (aun no exigida expresamente por la LECr.) del imputado frente a las facultades de los acusadores, y con independencia del «juicio de acusación» que luego corresponde al Tribunal Sentenciador.

3.2. La imputación judicial en el Procedimiento Abreviado

En el Procedimiento Abreviado la cuestión se presenta de forma aún menos diáfana. Tal falta de claridad se debe a las siguientes razones: a) de un lado a la ausencia en el Procedimiento Abreviado

de un acto formal de inculpación como el procesamiento; b) de otro al arrastre histórico de los procedimientos acelerados que precedieron al actual Procedimiento Abreviado; y c) a las dificultades derivadas del intento (en mi opinión no logrado) de incorporar la totalidad de las garantías procesales consagradas en la CE y en los Convenios y Tratados Internacionales de derechos del hombre y del ciudadano, en muchas ocasiones de difícil encaje en un sistema como el nuestro que conserva la figura del Juez Instructor (33).

En primer lugar, en el Procedimiento de Urgencia creado por la Ley de 8 de abril de 1967, en su modalidad encomendada por entero a los Jueces de Instrucción, el Ministerio Fiscal, al menos, podía dirigir la acusación contra cualquier persona, hubiere sido o no inculpada por el juez instructor (art. 790, regla 3.^a, de la LECr., redactado conforme a la Ley de 8 de abril de 1967) (34). Luego en el procedimiento creado por la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, las facultades acusatorias que en el Procedimiento de Urgencia correspondían al Ministerio Fiscal se extendieron a las demás partes acusadoras sin necesidad de inculpación judicial (35).

En el Procedimiento Abreviado no se regula ningún acto de inculpación formal con cargo al Juez Instructor, pero ello no implica que en este procedimiento no existan actos de imputación judicial, aún no formales, ya que éstos vienen exigidos por el artículo 24 de la CE que consagra el *derecho a un proceso con todas las garan-*

(33) El Tribunal Constitucional ha declarado que el artículo 24 de la CE contiene un «sistema complejo de garantías vinculadas entre sí» en relación con el proceso penal (STC 161/1994 y STC 205/1989). Pues bien, entre ellos, los derechos a no sufrir acusaciones sorpresivas ni acusaciones maliciosas, como muchas otras garantías procesales contenidas en el artículo 24 y en otros de la CE (entre las que también se encuentra el *Habeas Corpus*) son propios de los sistemas acusatorios en los que la investigación oficial se encomienda ya a la Policía Judicial o al Ministerio Fiscal, y en consecuencia pugnan con la estructura aún inquisitiva de la instrucción judicial perviviente en nuestro proceso penal.

(34) El régimen legal era distinto para la acusación particular, pues ésta «no podrá dirigirse contra persona que no hubiera sido encartada anteriormente a instancia de aquélla, salvo que resulte también acusada por el Fiscal» (art. 790, regla tercera, párrafo 1.^º, inciso 2.^º de la LECr., redactado conforme a la Ley de 8 de abril de 1967).

(35) El artículo 6.2.^º de esta Ley disponía que «Habiendo acusación particular, ésta formulará escrito de acusación en el mismo plazo establecido en el número anterior (que regula la acusación fiscal) y con iguales requisitos»; lo que era corroborado por el artículo 7.1.^º «Si por el Ministerio Fiscal o por la acusación particular se formula el escrito de acusación, a que se refiere el artículo anterior, se procederá de inmediato: 1.^º A señalar la fecha de celebración del juicio...».

tías (36) entre las que se hallan los *derechos a no sufrir acusaciones sorpresivas ni maliciosas* (37).

Con relación al derecho a no sufrir acusaciones sorpresivas es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que «a fin de evitar acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el juicio oral sin que se les haya otorgado *posibilidad de participación alguna en la fase instructora*, la de que *nadie puede ser acusado sin haber sido, con anterioridad, declarado judicialmente imputado*, de tal suerte que la instrucción judicial ha de seguir asumiendo su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal...» (SSTC 128/1993, 129/1993, 152/1993, 135/1989 y 186/1990) (38).

(36) La STC 277/1994, de 17 de octubre, ha sentado que «Desde la STC 9/1982 la doctrina de este Tribunal ha afirmado la íntima correlación que se produce en el proceso penal de los derechos consagrados por el artículo 24 de la CE, entre ellos el derecho a la tutela judicial efectiva sin resultado de indefensión, el derecho a un proceso con todas las garantías, que incluye el derecho a ser informado de la acusación y el derecho a la defensa. Instaurándose así, en virtud de dicho precepto constitucional un “sistema complejo de garantías vinculadas entre sí” en relación con el proceso penal (STC 161/1994, con referencia a la STC 205/1989)...», y añade: «En efecto, ha de recordarse que el principio acusatorio “forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal incluidas en el artículo 24 de la CE” (STC 83/1982). Principio que ha sido consagrado por el artículo 24 de la CE “en todos los procesos penales” (STC 11/1992) y, además, que “debe mantenerse en cada una de las instancias” (STC 83/1983). Y en su virtud, “nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria” (STC 11/1992, con cita de las SSTC 17/1988, 168/1990 y 47/1991). Pues el derecho a ser informado de la acusación “es indispensable para poder ejercer el derecho de defensa” en el proceso penal (STC 141/1986) y su vulneración puede entrañar un resultado material de indefensión prohibido por el artículo 24.1 de la CE (SSTC 9/1982 y 11/1992)».

(37) La garantía del derecho a no sufrir acusaciones maliciosas se instrumenta mediante el llamado «Juicio de Acusación» que tiene lugar en la fase intermedia, tras los escritos de calificación de las partes acusadoras.

(38) Esta doctrina jurisprudencial ha sido desarrollada sistemáticamente en la STC 277/1994, de 17 de octubre: «la tutela del derecho constitucional de defensa en el ámbito del procedimiento penal abreviado conlleva una triple exigencia:

a) en primer lugar, y a fin de evitar acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el juicio oral sin que se les haya otorgado posibilidad de participación alguna en la fase instructora, la de que nadie puede ser acusado sin haber sido con anterioridad declarado judicialmente imputado, de tal suerte que la instrucción judicial ha de seguir asumiendo su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal (art. 299 de la LECr.), para lo cual ha de regir también en este proceso ordinario una correlación exclusivamente subjetiva entre la imputación judicial y el acto de acusación;

b) en segundo y, como consecuencia de lo anterior, nadie puede ser acusado sin haber sido oído por el Juez de Instrucción con anterioridad a la conclusión de las diligencias previas, garantía que ha de reclamarse en este proceso penal como conse-

Como se ve, el Tribunal Constitucional exige, a fin de garantizar que no se produzcan acusaciones sorpresivas de ciudadanos, la necesidad de que a la acusación preceda en todo caso la imputación judicial.

A este respecto el Informe del CGPJ al Anteproyecto de la Ley Orgánica de Medidas Urgentes de Reforma Procesal ha puesto de relieve lo siguiente: «El procedimiento abreviado ha producido, en la práctica, un desconcierto en torno al problema de la imputación que ha llevado a decisiones discutibles y cambiantes de los Tribunales y que no ha sido beneficioso ni para la celeridad ni para la corrección en el funcionamiento de la Justicia Penal. En efecto —seguía el Informe— a menudo se confunde la condición procesal de imputado, generadora de los derechos de audiencia, defensa, etc. (arts. 118, 788, 1.^º y 4.^º, etc.), con la imputación judicial, que no es sino un *juicio sobre la seriedad de la imputación*. La primera puede derivarse de una actuación policial, o de la querella o denuncia de un particular y hace nacer una determinada condición jurídico-procesal, la de imputado, a la que acompañan una serie de derechos inalienables. La segunda —la imputación judicial— es una garantía del imputado frente a las denuncias o querellas infundadas: si un Juez no verifica la seriedad de la imputación no puede abrirse el juicio oral» (*sic*).

Para el citado Informe del CGPJ parece, pues, que la imputación judicial, además de conferir al sujeto inculpado la condición de par-

cuencia de la supresión del Auto de procesamiento y que se plasma en la necesidad de que no pueda clausurarse una instrucción (a salvo, claro está, que el Juez adopte una resolución de archivo o de sobreseimiento) al menos sin haber puesto el Juez en conocimiento del imputado el hecho punible objeto de las diligencias previas, haberle ilustrado de sus derechos y, de modo especial, de la designación de Abogado defensor y, frente a la imputación contra el existente, haberle permitido su excusación en la “primera comparecencia” contemplada en el artículo 789.4 de la LECr., y

c) no se debe someter al imputado al régimen de las declaraciones testificales cuando, de las diligencias practicadas, pueda fácilmente inferirse que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible, bien por figurar así en cualquier medio de iniciación del proceso penal, por deducirse del Estado de las actuaciones o por haber sido sometido a cualquier tipo de medida cautelar o acto de imputación formal (arts. 118.1 y 2 de la LECr.), ya que la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario, pues, estando ligado el nacimiento del derecho de defensa a la existencia de la imputación (art. 118 de la LECr.), se ha de occasionar la frustración de aquel derecho fundamental si el Juez de Instrucción retrasa arbitrariamente su puesta en conocimiento, razón por la cual dicha actuación procesal habrá de estimarse contraria al artículo 24 de la CE, y, por ende, acreedora de la sanción procesal de la “prueba prohibida” (art. 11.1 de la LOPJ) (SSTC 128/1993, 129/1993 y 273/1993).

te penal pasiva en la instrucción, garantiza por sí sola los restantes derechos del mismo en dicha fase de instrucción (e incluso después en la fase intermedia) y especialmente constituye de modo directo la garantía frente a las acusaciones sorpresivas, cifrando en la naturaleza del órgano del que emana la imputación *judicial*: un Juez (con lo que implica de independiente, inamovible y sólo responsable ante la Ley). Sin embargo ello no me parece del todo exacto o, al menos, resulta incompleto y confuso, pues la propia doctrina sentada por el Tribunal Constitucional permite extraer otras consecuencias añadidas.

Dejando de lado otras consideraciones (39), las condiciones de imparcialidad de los órganos jurisdiccionales constituyen, sin duda, una garantía para el ciudadano en cuanto imputado, siempre que, claro está, dicha imparcialidad respecto de la investigación sea real y quede garantizada, lo que, como luego se dirá, no sucede en el estado actual de nuestro sistema procesal. Pero además no debe olvidarse que para el Tribunal Constitucional la imputación judicial, como garantía frente a las acusaciones *sorpresivas* de los ciudadanos *en el juicio oral* (nótese el momento procesal de la sorpresa) radica en que con ella se evita que a dichos ciudadanos no «*se les haya otorgado posibilidad de participación alguna en la fase instructora*» (así STC 128/1993, Fundamento Jurídico 3.^º). Es decir, la imputación judicial no sólo implica una «verificación de la seriedad de la imputación» llevada a cabo por un órgano con las garantías de independencia propias de la Jurisdicción, sino que sobre todo mediante ella ha de asegurarse la *contradicción en la fase instructora*, que constituye otra garantía constitucional distinta, y, por ende, el que tal valoración de la intensidad de la imputación se funde en una actividad contradictoria en la que haya podido intervenir el sujeto afectado por la imputación, aunque al menos sea a través de la autodefensa en la primera declaración que el inculpado preste al efecto ante el Juez instructor. En este sentido escribe acertadamente Viñes Antón que: «Así la *imputación judicial* surgirá —si no siempre

(39) El citado Informe, aparte de que parece considerar que la adquisición de la condición de imputado deriva de un acto de particulares o de parte como la denuncia y la querella, no parte de unos límites conceptuales precisos entre el derecho a no sufrir *acusaciones sorpresivas* y el derecho a no sufrir *acusaciones maliciosas*, según resulta de la alusión que a continuación del párrafo transcrita hace al derecho consagrado en el Derecho americano a no sufrir persecuciones (*prosecutions*) apresuradas o maliciosas.

de una confrontación inmediata de las partes— sí, al menos, de *una base contradictoria*» (40).

Por tanto la imputación judicial constituye una garantía frente a las acusaciones sorpresivas precisamente en cuanto asegura al inculpado la posibilidad de intervenir en la fase de instrucción judicial, que de esta suerte se desarrollará con garantías de contradicción (41).

Ahora bien, de esta suerte, la contradicción que se asegura con la imputación judicial ha de tener lugar necesariamente después de producirse ésta, pues la contradicción deriva de la posibilidad de intervención del imputado y éste sólo tras adquirir la condición de parte, precisamente mediante su imputación, puede intervenir válidamente en la instrucción, con lo que su actividad contradictoria, tendente a su exculpación, únicamente podrá tener eficacia de cara a otra resolución, posterior a la que acordó su imputación judicial que precisamente revise tal imputación judicial anterior, es decir, ya habrá de ir dirigida al logro de una resolución que acuerde el sobreseimiento o el archivo, como alternativas a la que resuelva mantener o confirmar tal inculpación por persistir los motivos que la fundaron anteriormente. Así, la garantía que para el inculpado comporta la necesidad de su oportunidad de intervenir en la fase de instrucción radica en la posibilidad que se le ofrece de procurar con ella que el Juez instructor en un acto siempre posterior al que le atribuyó la condición de inculpado no ratifique la persistencia de los motivos que fundaron su imputación y deje ésta sin efecto.

En tal caso habrán de distinguirse dos momentos de decisión judicial y en consecuencia dos resoluciones distintas. La primera resolución que podríamos denominar de *simple imputación judicial* que genera en el inculpado la condición de parte procesal y posibilita su intervención en la fase de instrucción. Y segundo, otra posterior que confirme o no la persistencia de los motivos de la anterior y que podría llamarse de *revisión de la imputación inicial*. Una y otra constituyen dos aspectos inseparables y complementarios de la misma garantía para el inculpado, tal y como hoy se presenta en nuestro proceso penal, la primera porque permite su intervención en

(40) TOMÁS S. VIVES ANTÓN: *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal II. La Reforma del Proceso Penal* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1992), pág. 184.

(41) La contradicción constituye otra garantía derivada del artículo 24 de la Constitución, así SSTC 76/1982, 109/1985 o 155/1988.

la instrucción, la segunda porque ha de fundarse en el resultado de la instrucción que habrá de incorporar el reflejo de la intervención del imputado. De otra forma ningún sentido tendría posibilitar la intervención del inculpado en la instrucción, si tal intervención no puede producir ningún efecto favorable para el mismo.

Así entendida la garantía de la imputación judicial comprendería en realidad dos cosas: a) la simple imputación judicial inicial, que sería un simple juicio sobre la verosimilitud de la imputación, y b) su ulterior revisión, confirmatoria o no, llevada a cabo por el Juez también en la misma fase de instrucción, es decir, un juicio sobre la intensidad y seriedad de esa misma imputación.

Desde luego es claro que la intervención del inculpado puede también ir dirigida a producir efectos durante la fase intermedia, en el llamado «juicio de acusación», que constituye otra garantía también estatuida en evitación de las acusaciones maliciosas o infundadas (42). Pero, aparte que en el procedimiento abreviado el juicio de acusación se encomienda también al Juez instructor (art. 790, 6.^º, de la LECr.), es evidente que el Tribunal Constitucional no ha entendido que la intervención del imputado judicialmente vaya únicamente dirigida a provocar una de las resoluciones impeditivas del juicio del artículo 790, pues éstas sólo pueden tener lugar en la fase intermedia precisamente tras los escritos de acusación (43). Esto obliga a concluir que la resolución judicial aludida sobre la seriedad de la imputación, aún basada en una actividad contradictoria derivada de la posible intervención del imputado, ha de tener lugar antes de los escritos de acusación y en la misma fase de instrucción judicial.

Lo dicho resulta además necesariamente así de otros pronunciamientos del Tribunal Constitucional. En efecto la STC 186/1990 afirma en su Fundamento Jurídico 5.^º que «tan pronto como el Juez

(42) Para algunos la que en principio podía considerarse única en el Procedimiento Abreviado. Así ORTELLS RAMOS, Manuel: para quien «la ampliación de los supuestos en los que el sobreseimiento puede acordarse de oficio —es decir, no obstante la existencia de acusación— (art. 790.6.^º), conducía a pensar, razonablemente, que el examen jurisdiccional de la fundabilidad de la acusación (condicionante de su admisibilidad) había pasado, en toda su extensión, a la resolución de apertura del juicio oral o sobreseimiento». «Problemas de contenido y delimitación de las fases del proceso abreviado “Diligencias Previias, Fase intermedia, Juicio Oral”» en *Cuadernos de Derecho Judicial IX. El Procedimiento Abreviado*, Madrid, 1992, pág. 130.

(43) Recuérdese que conforme a la mencionada doctrina del Tribunal Constitucional «nadie puede ser acusado sin haber sido, con anterioridad, declarado judicialmente imputado» (STC 128/1993).

Instructor, tras efectuar *una provisional ponderación de la verosimilitud de la imputación de un hecho punible contra persona determinada*, cualquiera que sea la procedencia de ésta, deberá considerarla imputada con ilustración expresa del hecho punible cuya participación se le atribuye, para permitir su autodefensa, ya que el conocimiento de la imputación forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la defensa en la fase de instrucción». Con la expresión *provisional ponderación de la verosimilitud* de la imputación alude a la que antes se ha denominado *simple imputación*. Luego añade: «Es indudable, al respecto, que la resolución prevista en la regla 4.^a del artículo 789, 5, de la LECr., en virtud de la cual se ordena seguir el procedimiento previsto en el capítulo segundo —esto es, la fase de preparación del juicio del procedimiento abreviado— contiene un doble pronunciamiento: de una parte, la conclusión de la instrucción, y de otra, la prosecución del proceso abreviado en otra fase por no concurrir ninguno de los presupuestos que hacen imposible su continuación (los previstos en las reglas primera, segunda y tercera del mismo art. 789, 5.^o). En consecuencia, cuando el Instructor adopta la decisión de seguir el proceso como procedimiento abreviado... realiza *una valoración jurídica tanto de los hechos como sobre la imputación subjetiva de los mismos*. Dicho de otro modo, cuando el Juez adopta la decisión de continuar el proceso —art. 789.5, regla 4.^a— también rechaza (implícitamente) la procedencia de las otras resoluciones del artículo 789, 5, de la LECr. y, de modo especial, el archivo o sobreseimiento de las actuaciones» (Fundamento Jurídico 8.^o, parte final).

A mi entender uno y otro de los párrafos transcritos aluden a las dos resoluciones o momentos antes indicados de la *simple imputación judicial* y de su *revisión judicial* al final de la fase de instrucción. Esta interpretación viene además avalada por los propios términos de la LECr. Así el artículo 788, 1.^o, se refiere a la *simple imputación judicial*, «desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada...», e igualmente el 789, 4.^o, «en la primera comparecencia se informará al imputado...». El momento de esta simple imputación judicial es desde luego, como ha señalado Vives Antón, aquel mismo, en el que se haga patente algún indicio racional de criminalidad (44). A la revisión ju-

(44) El momento de la imputación sólo se ha determinado por el TC de modo negativo, precisando que debe ser anterior al momento en que la acusación se dirija contra persona determinada... Para determinar positivamente dicho momento basta enten-

dicial de la imputación anterior alude sin duda el artículo 789, 5.^º, regla 4.^a «*si el hecho constituyera delito previsto en el artículo 779, seguirá (el Juez Instructor) el procedimiento ordenado en el capítulo II*», lo que corrobora el tenor del artículo 790, 1.^º, sin que la interpretación expuesta parezca necesaria, como se ha pretendido (45), para no tener que declarar la inconstitucionalidad del artículo 790, 1.^º, de la LECr.

Lo que en verdad ocurre con la inculpación judicial en el Procedimiento Abreviado es que en el mismo se reproduce el esquema real que en la actualidad vertebría la inculpación en el Procedimiento Ordinario por Delito. Es decir, si hoy en el Procedimiento Ordinario la inculpación judicial generadora del derecho de defensa tiene lugar normalmente con independencia del Auto de procesamiento y en un momento anterior al mismo, mientras que éste en la práctica —según se dijo— cumple la misión de revisar la persistencia de los fundamentos de aquella imputación inicial, en el Procedimiento Abreviado viene a suceder lo mismo, articulándose legalmente en éste las mismas dos decisiones de imputación inicial y de ulterior revisión de la misma que en el procedimiento ordinario se producen sólo *de hecho*.

Por lo demás en el Procedimiento Abreviado tiene lugar la formalización de la imputación, aunque no exista un acto de inculpación con cargo al Juez instructor tan completo y delimitador de personas y hechos como el auto de procesamiento del Procedimiento Ordinario, lo que ocurre es que los distintos efectos que de forma conjunta producía originalmente aquél (el auto de procesamiento), en el Procedimiento Abreviado han derivado siempre de distintos actos de inculpación que aquí se presentan desconcentrados y que hoy también se presentan así en el Procedimiento Ordinario.

Así el efecto de *conferir la condición de parte penal pasiva al sujeto imputado* tiene lugar mediante cualquiera de los actos procesales inculpatorios aún no formales antes indicados y con indepen-

der que las normas generales de la LECr. se aplican, subsidiariamente, al procedimiento abreviado. Y puesto que el procesamiento no es sino una forma de imputación judicial, parece que ésta debe tener lugar en el momento que la LECr. prescribe para aquél, esto es, como dice el artículo 384, «desde que resultare... algún indicio racional de criminalidad», ob. cit., págs. 176 y 177.

(45) Así ORTELLS RAMOS, Manuel: «Problemas de contenido y delimitación de las fases del proceso abreviado (Diligencias Previas, Fase Intermedia y Juicio Oral)», en *Cuadernos de Derecho Judicial IX. El Procedimiento Abreviado*, pág. 129.

dencia del órgano oficial de investigación que lo realice y el tipo de procedimiento que se siga. Pues, tras la reforma operada en la LECr. por la Ley 53/1978, tanto en el Procedimiento Ordinario como en el Procedimiento Abreviado, la condición de parte penal pasiva la adquiere el inculpado con independencia de que se haya o no formalizado la inculpación (art. 118): desde que lo sea realmente y cualquiera que sea la naturaleza del procedimiento.

Otro tanto sucede con *la delimitación subjetivo-objetiva del objeto* de la investigación. Pues, a la vista de las anteriores consideraciones, ha de concluirse que la inculpación, con independencia del acto procesal que la produzca y de que se formalice o no mediante una declaración concreta al efecto (como el auto de procesamiento), siempre ha de tener un reflejo o plasmación en el acto procesal consistente en la información hecha al inculpado por el órgano investigador de los hechos que se le imputan (46). Por tanto de tal acto habrá de resultar delimitado el objeto de la investigación mediante la expresión o concreción de los hechos investigados y la designación de la persona contra quien se dirige, ya que los postulados del derecho de defensa exigen, para la validez de la investigación que todo hecho objeto de la misma sea comunicado al inculpado desde que la inculpación se produzca, quedando por tanto vedado al órgano encargado de la investigación oficial incluir en la misma hecho alguno a espaldas del inculpado, es decir, sin comunicárselo simultáneamente. Conviene además tener presente que, si en el curso de la investigación de unos hechos determinados, aparecen hechos nuevos cuya responsabilidad pueda atribuirse al inculpado deben serle inmediatamente comunicados, pues la omisión de tal requisito, en cuanto vulnere el derecho de defensa puede provocar la ilicitud de las pruebas que se obtengan sobre tales hechos conforme a lo prevenido en el artículo 11, 1.^º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, si el inculpado no conoce de otra forma el objeto de la investigación (47).

Por último el *efecto de propiciar la autodefensa* del inculpado tiene lugar desde que se produce la adquisición de la condición de

(46) Lo deseable en la práctica sería la confección de un acta de instrucción de derechos al inculpado en la que se consignase, con motivo del derecho a ser informado de los hechos imputados, al menos un breve relato de cuáles sean éstos.

(47) Sobre las novedades en el objeto de la investigación se ha pronunciado al respecto la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, Auto de 18 de junio de 1992 (caso Naseiro), Fundamento Jurídico 8.^º

parte penal pasiva, conforme a los artículos 118 y 789, 4.^o, de la LECr. y por tanto no plantea problema alguno.

C) CONCLUSIONES CRÍTICAS

Lo anteriormente expuesto revela la falta de claridad de la LECr. al regular la inculpación en general y sus efectos, y sobre todo en el Procedimiento Abreviado. Así en el denominado Procedimiento ordinario por delito la que hemos llamado simple imputación se presenta con unos confines difusos y pasa casi desapercibida debido a la desconexión sistemática del artículo 118 con el 384 que contempla el procesamiento como inculpación formal. Respecto del Procedimiento Abreviado puede predicarse lo mismo respecto de la simple inculpación, visto el tenor del artículo 788, 1.^o, de la LECr., y respecto de la inculpación judicial, revisora de la subsistencia de los presupuestos o fundamentos de la simple imputación, lo cierto es que aparece aún más desdibujada, por lo que la Doctrina más autorizada ha puesto de manifiesto reiteradamente la conveniencia de que la Ley hubiese resaltado la resolución que la instrumenta (48).

En realidad tras la reforma operada en la LECr. por la LO 7/1988, de 28 de diciembre (consecuencia de la doctrina sentada a raíz de la STC 145/1988, de 12 de julio), como la instrucción se encienda a un órgano o Juez distinto en todo caso del encargado del enjuiciamiento, los inconvenientes antes existentes para responsabilizar al órgano instructor de resoluciones inculpatorias han desaparecido, y por ello hoy no sólo no existen los anteriores inconvenientes para regular decisiones de esta índole sino que parece deseable que así sea y que además se trate de resoluciones expresas, formales, motivadas y específicas, que hagan referencia tanto a los hechos objeto del proceso como a las personas a las que pueden atribuirse; resoluciones, en definitiva, del corte del clásico Auto de Procesamiento, que de esta suerte devolverían la deseable seguridad jurídica no sólo al inculpado sino a todas las partes en el proceso.

La verdad es que la cuestión planteada en estas páginas no constituye ni mucho menos el único problema de nuestro actual proce-

(48) Ver por todos MIGUEL ANGEL MONTAÑÉS PARDO: «Algunos aspectos constitucionales del Procedimiento Abreviado», en *Cuadernos de Derecho Judicial IX* (Madrid, CGPJ, 1992), pág. 99.

so penal. La existencia de dudas en puntos esenciales del proceso penal no constituye un hecho aislado. Al contrario, el estado de ambigüedad de la regulación legal de nuestro proceso penal y, en consecuencia, la necesidad de operaciones interpretativas, no sólo por parte de la Doctrina sino de la Jurisprudencia y especialmente del Tribunal Constitucional, más que frecuentes son hoy un hecho cotidiano y afectan a múltiples cuestiones.

En efecto, las dudas planteadas por nuestra legislación procesal penal (no sólo la LECr.) se refieren a asuntos tan esenciales como el nacimiento y contenido del derecho de defensa, la validez de muchos modernos medios de investigación, unos ignorados por la Ley (intervenciones corporales, la entrada en domicilio o lugar cerrado para la colocación de instrumentos de escucha o captación de imágenes y el empleo de micrófonos de amplio espectro y demás técnicas de teleescucha y telecámaras) y otros insuficientemente regulados (como la observación de las comunicaciones telefónicas); las condiciones de validez de las pruebas, y un largo etcétera.

Por otra parte la práctica judicial desarrolla una serie de comportamientos anómalos y disfuncionales derivados de las deficiencias de la legislación y su manifiesta incapacidad tantas veces constatada para contemplar los cambios sociológicos en que se desenvuelve. Es del todo cierto, como pone de manifiesto Moreno Catena, que la LECr. parece no haber entrado totalmente en vigor, pues los hábitos judiciales de hoy son muchos de los vicios que aquella quiso desterrar (49). También es rigurosamente cierto, como reconocía ya en 1984 el citado autor, que «las modificaciones legislativas operadas en el primitivo texto de la Ley de enjuiciamiento criminal, han generado un producto que poco tiene que ver con el que se publicó en 1882» (50).

Tal estado de cosas es fruto de la pervivencia de principios procesales decimonónicos enquistados en nuestra vieja LECr. de 1882, aún formalmente vigente a pesar de los distintos avatares sufridos durante más de un siglo, que muchas veces pugnan con los introducidos por la Constitución de 1978 y con los postulados de la dogmática moderna.

(49) Escribía Víctor M. MORENO CATENA: «La práctica de los Tribunales parece no haber profundizado...»

(50) Víctor MORENO CATENA: *Prólogo a la Primera Edición de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* de Tecnos (Madrid, 1984).

La LECr., más rancia que vieja, ha sufrido un sucesivo y constante parcheo que la convierte hoy en un instrumento jurídico de difícil manejo, poniendo de manifiesto cada día más patentemente la necesidad de incorporar definitiva y decididamente los principios procesales contenidos en la Constitución de 1978, de manera que, en definitiva, suponga en muchos extremos la segunda fase de evolución legal definitivamente superadora del sistema inquisitivo anunciada por la famosa Exposición de Motivos de la Ley de 1882.

Los esquemas del sistema acusatorio resultante de las exigencias de la CE y del compromiso con el CEDH y demás Tratados internacionales de derechos ciudadanos, entre los que se encuentran las garantías procesales enunciadas, parten de un presupuesto incompatible o al menos no coincidente con los esquemas de nuestro vigente proceso penal: y es que el Juez previsto por la CE, que no es un Juez instructor sino un Juez de garantías de la Instrucción, nunca actúa de oficio, sino que interviene siempre en virtud de pretensiones de las partes o, en general, de peticiones de personas u órganos ajenos al mismo. Así la inculpación judicial, en cuanto tiene de valoración por un *Juez imparcial* primero de la verosimilitud y luego de la intensidad y persistencia de la imputación, cobra todo su sentido como garantía procesal del imputado cuando tal imputación se hace por alguien distinto del Juez que ha de realizar tales valoraciones (sea la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal). De otra manera el Juez instructor no podrá ser nunca el Juez imparcial previsto en la CE, ya que al involucrarse psicológica e institucionalmente en la investigación perderá toda objetividad en la realización de las referidas valoraciones (51).

(51) Sobre esta cuestión ya insistí en otro lugar: Ver mi trabajo: «El procedimiento para el enjuiciamiento de delitos menos graves en el Anteproyecto de reforma de la LECr», en Rev. *Justicia* 86, núm. I de 1986, págs. 65 y ss., especialmente pág. 68.

LA ENTREGA VIGILADA DE DROGAS: EL ARTÍCULO 263 bis DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

LUIS FERNANDO REY HUIDOBRO

Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

Doctor en Derecho

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. PRECEDENTES INTERNACIONALES Y COMENTARIO GENERAL.—III. CONCEPTO Y NATURALEZA.—IV. PERSONAS QUE PUEDEN AUTORIZARLA.—V. SUSTANCIAS QUE PUEDEN SER OBJETO DE ENTREGA VIGILADA.—VI. OTROS REQUISITOS LEGALES.—VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La introducción del artículo 263 bis en el Título I del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en virtud de la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, suscita un tema de excepcional interés y gran actualidad, por su conexión directa con la delincuencia que el tráfico ilegal de estupefacientes origina y al propio tiempo, su redacción puede generar algún equívoco en cuanto al auténtico sentido y significado de su contenido; siendo por tanto materia que requiere un adecuado estudio dirigido a obtener, a través de las oportunas aclaraciones, la interpretación que se considera más ajustada al espíritu del legislador, en cuanto a la verdadera naturaleza de la denominada «entrega vigilada», institución que crea y regula el aludido precepto, así como una exposición ordenada de las cuestiones que en la práctica pueden suscitarse.

El artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es del tenor literal siguiente:

1. El Juez de Instrucción competente y el Ministerio Fiscal, así como los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial de ámbito provincial y sus mandos superiores, podrán autorizar la circulación o entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como de otras sustancias prohibidas. Para adoptar estas medidas se tendrá en cuenta su necesidad a los fines de la investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia.

2. Se entenderá por circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas

y sustancias a que se refiere el párrafo anterior o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, circulen por territorio español o salgan o entren en él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas o sustancias o de prestar auxilio a autoridades extranjeras con esos mismos fines.

3. El recurso de entrega vigilada se hará por caso y en el plano internacional, se adecuará a lo dispuesto en los tratados internacionales.

Los funcionarios de Policía Judicial darán cuenta inmediata a la Fiscalía Especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas y, si existiere procedimiento judicial abierto, al Juez de Instrucción competente.

II. PRECEDENTES INTERNACIONALES Y COMENTARIO GENERAL

La institución de la «entrega vigilada» aparece regulada por vez primera en el ámbito internacional, en el Convenio de Viena de 20 de diciembre de 1988 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Dicha Convención en su artículo 1 define la entrega vigilada como la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, sustancias que figuran en el Cuadro I o en el Cuadro II, anexos a la presente convención, o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, salgan del territorio de uno o más países, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 3 de la presente Convención.

La regulación se desarrolla en el artículo 11 que dice:

1. Si lo permiten los principios básicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, las Partes adoptarán las medidas necesarias, dentro de sus posibilidades, para que se pueda utilizar de forma adecuada en el plano internacional, la técnica de entrega vigilada de conformidad con acuerdos o arreglos mutuamente conve-

nidos, con el fin de descubrir a las personas implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 y de entablar acciones legales contra ellas.

2. Las decisiones de recurrir a la entrega vigilada se adoptarán caso por caso y podrán, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los relativos al ejercicio de su competencia por las Partes interesadas.

3. Las remesas ilícitas cuya entrega vigilada se haya adoptado podrán, con el consentimiento de las Partes interesadas, ser interceptadas y autorizadas a proseguir intactas o habiéndose retirado o sustituido total o parcialmente los estupefacientes o sustancias psicotrópicas que contengan.

Este Convenio, que fue firmado por España el 20 de diciembre de 1988, se ratificó el 13 de septiembre de 1990 y entró en vigor en nuestro país el 11 de noviembre de 1990 («BOE» de 10-11-1990).

España asimismo, firmó en Bonn, el 25 de junio de 1991, el Protocolo de Adhesión al Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, tal como quedó enmendado en el Protocolo de Adhesión del Gobierno de la República Italiana firmado en París el 27 de noviembre de 1990, ratificado por Instrumento de 23 de julio de 1993 («BOE» de 5 de abril de 1994).

El Convenio de Schengen, precedente inmediato del artículo 263 bis de la LECr., contempla este mecanismo en el artículo 73 que dice:

1. De conformidad con su Constitución y su ordenamiento jurídico nacional, las Partes contratantes se comprometen a tomar medidas que permitan las entregas vigiladas en el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

2. La decisión de recurrir a entregas vigiladas, se adoptará en cada caso concreto basándose en una autorización previa de la Parte contratante de que se trate.

3. Cada Parte contratante conservará la dirección y el control de las actuaciones en su territorio y estará autorizada a intervenir.

Es evidente que el artículo 73 del Convenio (así como la Convención de Viena de 1988) obligaban a dar cumplimiento a su con-

tenido normativo, sin especificar la forma de su relación, la cual debía otorgarse por las partes implicadas de conformidad con su ordenamiento jurídico.

Como reconoce la Fiscalía Especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas, la práctica totalidad de los países europeos han asumido la aplicación de esta técnica, al formar parte de sus respectivos Derechos internos la Convención de Viena de 1988 y el Convenio de Schengen, aunque sólo algunos países hayan desarrollado normativamente este modo de cooperación.

Así, por ejemplo, Francia lo regula en el artículo 627.7 del Código de la Salud Pública y en el artículo 67 bis del Código de Aduanas, introducidos ambos por Ley 91/1264, de 19 de diciembre de 1991; Italia, en el artículo 98 del Decreto del Presidente de la República de 9 de octubre de 1990; Portugal en el artículo 61 del Decreto-ley 15/93, de 22 de enero. En otros Estados europeos como Bélgica o Suiza, no se halla regulada específicamente, pero es admitida sin ningún problema en sus ordenamientos jurídicos (1).

La regulación expresa de la «entrega vigilada» es precisamente lo que se pretendió en nuestro país con la inclusión del artículo 263 bis en el Título I del Libro II de la LECr. por Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre (que según la Disposición final y única tiene carácter de Ley ordinaria). Es curioso que la exposición de motivos de dicha Ley, no se remita al Convenio de las Naciones Unidas de 1988 a la hora de justificar la incorporación de la figura que ahora comentamos al ordenamiento procesal español, sino solamente al artículo 73 del Convenio de Schengen (2).

A juicio de instituciones como el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía Especial Antidroga los tratados mencionados formaban parte de nuestro ordenamiento interno antes de entrar en vigor dicho precepto, en base a lo dispuesto en el artículo 96.1 de la Constitución, según el cual: «los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno», y lo único que hace el ar-

(1) Fiscalía Especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas: *Memoria correspondiente al año 1991*, págs. 75 y ss.

(2) Véase FABIÁN CAPARRÓS, E. A., «Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas», en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1993, págs. 597 y ss.

tículo mencionado es desarrollar su contenido normativo (3). En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en alguna resolución como la Sentencia de 16 de septiembre de 1994 (ponente Sr. Carrero Ramos), que más adelante examinaremos, cuando para legitimar el recurso a la «entrega vigilada» en hechos acaecidos antes de entrar en vigor el artículo 263 bis alude al artículo 11 de la Convención de las Naciones Unidas de 1988, afirmando que al haber sido ratificado por España por mandato constitucional es incorporado al ordenamiento jurídico.

Con la técnica recogida en el artículo 263 bis, se trata de conseguir por tanto, dar una eficaz respuesta al conocido por la doctrina como «delito a distancia» o «delito en movimiento» cuya frecuencia y gravedad es cada día mayor.

Dicha técnica aparece en la actualidad como un importante mecanismo de cooperación entre los Estados, y tiene su justificación en el carácter supranacional de las organizaciones criminales de narcotraficantes y en su asentamiento en casi todos los países del mundo.

No obstante, el artículo 263 bis comienza planteando algunas cuestiones. Por de pronto, supone una renuncia de jurisdicción por parte de España, cuando sea mero Estado de tránsito, debido a que (a pesar de regir aquí el principio universal de aplicación de la ley penal en el espacio), normalmente la jurisdicción del lugar de la comisión del delito es preferente según dispone el artículo 23.1.^º de la LOPJ cuando dice que «en el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales».

Afecta asimismo a las competencias de la Audiencia Nacional, en cuanto que supone una renuncia (atípica) de jurisdicción, para la que es competente aquélla con arreglo al artículo 65.3.^º de la misma LOPJ, al decir que «la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacio-

(3) Véanse: «Informe del Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto de Ley por el que se establece el régimen de circulación y entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotróficas», en *Boletín de Información, Consejo General del Poder Judicial*, 3.^a época, año XII, n.^o 107, Madrid, agosto de 1992, pág. 23. Fiscalía Especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas: *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, Madrid, 1993, pág. 272.

nal conocerá de las cuestiones de cesión de jurisdicción en materia penal derivadas del cumplimiento de tratados internacionales en los que España sea parte» (4).

Sorprende en principio, por tanto, que se utilice una ley ordinaria para modificar aspectos importantes de una Ley Orgánica como es la del Poder Judicial.

Con razón afirma De Miguel Zaragoza, que este mecanismo de cooperación internacional, suscitará menos disfunciones en aquellos sistemas jurídicos regidos por el principio oportunidad (por ejemplo Suiza), que en los que se rigen por el principio de legalidad (casos de España y Portugal) (5).

Por otra parte, habida cuenta de que se trata de una de institución que era totalmente desconocida en nuestro ordenamiento jurídico, el legislador debería haber regulado con mayor profundidad el alcance y los límites que la misma presenta.

III. CONCEPTO Y NATURALEZA

Según el párrafo segundo del artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, «se entenderá por circulación o entrega vigilada, la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas y sustancias a que se refiere el párrafo anterior o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, circulen por territorio español o salgan o entren en él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas o sustancias o de prestar auxilio a autoridades extranjeras con esos mismos fines».

La definición, que responde en sus líneas generales a la aportada por el artículo 1, letra g), de la Convención de Viena de 1988, parece dejar sin resolver la conflictiva cuestión de las entregas vigiladas que podemos denominar positivas o activas (6).

(4) Véase DE MIGUEL ZARAGOZA, J.: «La cooperación judicial en los pactos de Schengen», en *Boletín de Información, Ministerio de Justicia*, año XLVII, suplemento al nº. 1.676 de 5 de julio de 1993, pág. 11.

(5) De MIGUEL ZARAGOZA, J.: «La cooperación judicial...», o.c. pág. 11.

(6) Véase FABIÁN CAPARRÓS, E. A.: «Consideraciones de urgencia...», o.c. pág. 600.

Algunos autores como Muñoz Conde, afirman que se define la conducta en tales términos de abstracción, que parece que las drogas «circulen por el territorio español o salgan o entren en él» por sí mismas, sin que nadie las haya puesto en circulación, preguntándose entonces ¿por qué se habla de entrega vigilada? y ¿quién entrega y quién recibe? (7).

Otros estudiosos del tema, como Queralt o Vidales Rodríguez, dan por hecho que la droga que se vigila puede ser entregada por parte de la policía. Vidales Rodríguez opina que de ser así, se estaría affirmando la máxima de que «el fin justifica los medios», cosa peligrosa en extremo porque podrían llegar a justificarse conductas totalmente dañosas para un Estado social y democrático de Derecho (8).

Queralt por su parte, se pregunta: ¿de dónde saldrá la droga que se entrega por la policía?, afirmando que a esta pregunta no da respuesta la ley ni criterio para obtenerla. Asimismo asegura, que si la entrega y/o circulación de la droga está tan asegurada, de modo que no salga en ningún momento más allá del círculo que se ha diseñado en el operativo, es discutible que estemos ante un delito consumado de tráfico de drogas imputable a los traficantes (9).

A mi modo de ver, a pesar de que la figura lleve como título «la circulación o entrega vigilada», ello no debe hacernos pensar que se permita la entrega de drogas por agentes policiales, para luego seguir su rastro y detener a los adquirentes, ya que de ser así, es cierto que supondría la perpetración de un verdadero delito provocado de tráfico de drogas por parte de la policía, conducta que debe entenderse prohibida y delictiva en un Estado que se proclama social y democrático de Derecho (art. 1 de la Constitución).

Conviene decir, que si bien es verdad que la redacción del precepto deja mucho que desear, también lo es que el párrafo segundo

(7) MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal Parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 508.

(8) VIDALES RODRÍGUEZ, C.: «La última reforma del Código Penal en materia de drogas (novedades introducidas por la Ley Orgánica de 12 de noviembre de 1992)», en *Revista General del Derecho*, año XLIX núm. 583, abril 1993, págs. 2740 y ss.

(9) QUERALT JIMÉNEZ, J.: «La reforma penal y procesal en materia de tráfico de drogas (Notas a la LO 8/1992, de 23 de diciembre)», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año III, núm. 96, 8 de abril de 1993, pág. 4; también en *Derecho penal español, Parte especial*, Puesta al día de la LO 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, pág. 8.

del artículo 263 bis que define la institución, para nada dice que consista en la entrega de remesas de droga por efectivos policiales, sino simplemente en la permisión de que dichas sustancias circulen sin interferencia de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia.

La actuación de la policía en la entrega vigilada debe quedar reducida a manejar diversas fuentes de información, procedentes incluso de agentes infiltrados en una organización que expande droga y limitarse a permitir la circulación de la misma, con el fin de descubrir a los jefes o cabecillas de la organización.

Por el contrario, creo que no sería legal el comportamiento del agente de policía, que por sí mismo o a través de un particular suscite en terceros la voluntad de delinquir, y maneje la comisión de la infracción penal entregando una partida de estupefacientes para luego detener a sus adquirentes, de modo que el delito del artículo 344 y siguientes del Código Penal, no habría tenido lugar sin su intervención. Nos hallaríamos aquí ante la típica figura del «agente provocador», no admisible en nuestro Ordenamiento jurídico, porque tal «modus operandi», como afirma la Sentencia del TS de 18 de mayo de 1993 (ponente Sr. Puerta Luis), lesiona los principios inspiradores del Estado de Derecho y desconoce la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos proclamada en el artículo 9.3 de la Constitución Española.

La técnica de la entrega vigilada, puede conllevar la necesaria existencia de «agentes infiltrados» que entren en contacto con verdaderos delincuentes sin revelar su función, haciéndoles creer que toman parte en su juego, fingiendo ayudarles en su empresa delictiva, cuando en realidad su verdadera función es la de observar y suministrar noticias que permitan una intervención útil y en el tiempo oportuno por parte de la autoridad.

Semejantes procedimientos parecen en los últimos tiempos necesarios para atajar el progreso de la delincuencia de cuello blanco y el crimen organizado, particularmente en un campo como el tráfico de drogas donde las investigaciones son particularmente difíciles y complejas.

No debe confundirse la provocación con la investigación. Como muy bien ha resaltado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de mayo de 1993, ya citada la provocación nunca puede apreciarse en aquellas conductas de agentes encubiertos encaminadas a descubrir delitos ya cometidos, generalmente de tracto

sucesivo, como suelen ser los de tráfico de drogas, porque en tales casos los agentes policiales no buscan la comisión del delito sino poner al descubierto los canales por los que fluye y se realiza dicho tráfico ilícito, tratando en definitiva de obtener pruebas de una actividad sobre la que se abrigan fundadas sospechas (cfr. en el mismo sentido Sentencias de 21 de marzo y 10 de julio de 1992, 22 de mayo, 14 de junio, 2 de julio, 3 de noviembre y 22 de diciembre de 1993, 11 de mayo, 1 de julio, 16 de septiembre y 7 de octubre de 1994).

Como muy bien establece la Sentencia de 3 de noviembre de 1993 (ponente Sr. García Ancos), corresponde a los tribunales e incluso a la doctrina jurídica interpretar, en cada caso, cuándo existe un verdadero delito provocado, que ante la falta de voluntad delictiva o la existencia de una voluntad viciada en lo esencial no constituye infracción legal, o cuando por el contrario, la simple intervención de una persona ajena (normalmente agentes de policía) en la trama del delito no infiere de modo directo y decisivo en la comisión delictiva. Todo se concreta, por ello, en lo siguiente: si el agente policial o el confidente se introduce en la trama delictiva cuando el delito ya se había cometido o está en grado más o menos avanzado de comisión, no cabe exonerar de sus responsabilidades a los autores de la acción, pero si por el contrario, el delito se produce por la influencia directa y necesaria de esos confidentes o agentes policiales, no cabe hablar de delito al no existir el elemento esencial de la antijuridicidad.

Algunas resoluciones del TS como la Sentencia de 1 de julio de 1994 (ponente Sr. Martín Canivell), siguiendo la doctrina expuesta, llega a absolver a los recurrentes por no estar probado que el agente encubierto hubiera actuado cuando los autores ya habían tomado la decisión de cometer el delito.

La experiencia histórica demuestra que las sociedades tienden a dotarse de medios de defensa adecuados a la forma de ataque de que son objeto. En este sentido, no cabe duda de que el artículo 263 bis ha sido insertado en nuestro ordenamiento jurídico para ayudar a la policía en un campo como el tráfico de drogas, donde las investigaciones son particularmente difíciles y constituye un claro ejemplo de crimen organizado. Ahora bien, ello no debe dar base para pensar que se autoriza al Estado a emplear la táctica del «agente provocador», de tal manera que nunca debe ser admisible que el Estado induzca a través de sus órganos policiales al ciudadano, a

cometer una infracción que no habría jamás cometido sin su intervención.

En cuanto a la naturaleza jurídica que presenta esta institución, pudiera pensarse que se trata de una excusa absolutoria, semejante a las recogidas en los artículos 226, párrafo 1.º, 563 bis, b), penúltimo párrafo, y artículo 564 del Código Penal, es decir, una causa de exclusión de la pena por razones de política criminal, frente a acciones que revisten la condición de típicas, antijurídicas y culpables de participación en el tráfico de drogas (arts. 344 y ss. del CP) y de prevaricación por faltar a la obligación del cargo, dejando el funcionario público maliciosamente de promover la persecución y castigo de los delincuentes (arts. 359 del CP).

Sin embargo, la doctrina dominante la cataloga como una verdadera causa de justificación, consistente en el ejercicio legítimo de un derecho o incluso cumplimiento de un deber u obediencia debida a tales conductas (10). Por consiguiente, si para efectuar las operaciones de *vigilancia y seguimiento*, los funcionarios policiales utilizan a particulares infiltrados dentro de la trama o de la organización que se pretende descubrir, su conducta quedará también justificada.

IV. PERSONAS QUE PUEDEN AUTORIZARLA

El recurso a la «entrega vigilada» sólo es posible si la autoriza el Juez de Instrucción competente, el Ministerio Fiscal o los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial de ámbito provincial y sus mandos superiores (art. 263 bis, número 1, de la LECr.).

Ahora bien; en el caso de tratarse de funcionarios de la Policía Judicial (que deberán tener el rango anteriormente referido), darán cuenta inmediata a la Fiscalía Especial para la prevención y represión de tráfico ilegal de drogas, y si existiese procedimiento judicial abierto, al Juez de Instrucción competente (art. 263 bis, número 3, de la LECr.).

A juicio de Queralt, resulta curioso que tales comportamientos los pueda autorizar directamente, además del Juez y del Ministerio

(10) Así MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte especial*, o.c., pág. 507; QUERALT JIMÉNEZ, J.: «La reforma penal y procesal en materia de tráfico de drogas...», o.c., pág. 4.

Fiscal, un funcionario administrativo como es el Jefe Provincial de la Unidad Orgánica de Policía Judicial, sin que para nada tenga conocimiento de ello la Autoridad Judicial.

Opina que, «superá el umbral de lo asombroso imaginar que puedan existir actuaciones policiales sin que de ellas tenga cumplida cuenta la autoridad judicial. El artículo 284 de la LECr. es taxativo al respecto. Inmediatamente que los funcionarios de Policía Judicial tuvieran conocimiento de un delito público (...), lo participarán a la Autoridad Judicial (...), si pudieren hacerlo sin cesar en la práctica de las diligencias de prevención. Resulta un esfuerzo titánico imaginar —continúa diciendo— que una operación de envergadura, las únicas que con arreglo a la ley permiten estas actuaciones, no suponga previa o simultáneamente la apertura de diligencias judiciales en las que poder residenciar la autorización judicial a solicitar. La sustracción al control judicial de un sector de ésta, o similar envergadura de la actuación policial, máxime a la vista de los riesgos que la experiencia demuestra que comporta, parece una ligereza superior a la imprudencia» (11).

Muñoz Conde añade, que en estos casos no exige la ley que existan razones de urgencia que, en otros ámbitos han servido para justificar la «patada en la puerta» (12).

Viendo la regulación legal, parece que el legislador ha pretendido seguir aquí la normativa italiana. En efecto, el artículo 98.2.º del Decreto del Presidente de la República de 9 de octubre de 1990, número 309, establece que «por los mismos motivos (adquirir relevantes elementos de prueba, o bien para la individualización y la captura de los responsables) los oficiales de policía judicial adscritos a las unidades especializadas antidroga, así como las autoridades aduaneras, pueden omitir o retrasar los actos de su respectiva competencia, dando inmediato aviso, incluso telefónico a la autoridad judicial, que puede disponer lo contrario, y al Servicio Central Antidroga, para la necesaria coordinación incluso en el ámbito internacional. La autoridad procedente transmitirá motivada relación a la autoridad judicial dentro de las 48 horas» (13).

(11) QUERALT JIMÉNEZ, J.: «La reforma penal y procesal...», o.c., pág. 4; también en *Derecho penal español, Parte especial*, o.c., pág. 8.

(12) MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal, Parte especial*, o.c., pág. 508.

(13) Un comentario sobre la misma puede verse en GARAVELLI, M., y CASELLI, G. C.: *L'attività antidroga della polizia giudiziaria*, Librería UTET, Turín, 1991, páginas 64 y ss.

Existen sin embargo otros países próximos al nuestro, como por ejemplo Francia (art. 627.7 del Código de la Salud Pública) donde siempre se precisa una autorización previa del Ministerio Fiscal o del Juez, para que los agentes policiales puedan llevar a cabo los actos que integran la entrega vigilada.

Debemos reconocer que es muy difícil legislar acertadamente en esta materia jurídica, sumamente controvertida en el ámbito doctrinal. Debido a ello, países como Suiza, considerando la dificultad que entraña adoptar normas precisas que permitan acoger la institución con la flexibilidad deseable, rehusan emitir normas procesales sobre la misma, admitiéndola sin mayor problema como un procedimiento más de la técnica policial frente a formas graves de delincuencia y crimen organizado (14).

Sin embargo, pienso que ya que ha sido regulada expresamente en nuestra legislación, debería en efecto haberse exigido la previa autorización del Ministerio Fiscal o la Autoridad Judicial, evitando así posibles fuentes de conflictos entre estas instituciones y la Autoridad Administrativa policial, y haber dejado reducido a lo sumo el ámbito de decisión de esta última, a aquellos excepcionales supuestos en los que a pesar de existir la autorización mencionada anteriormente, hubieren descendido los márgenes de seguridad sensiblemente, se verificase una alteración imprevista del itinerario, o cualquier otra circunstancia excepcional que dificultase la aprehensión de las sustancias y la captura de los agentes si no se llevase a cabo tal intervención inmediata. En ese caso además debería comunicarse el hecho al Juez o al Ministerio Fiscal lo antes posible y siempre dentro de las 24 horas.

Una regularización semejante a la propuesta se contiene en la legislación portuguesa (art. 61.3 del Decreto Ley 15/1993, de 22 de enero), que considero sumamente acertada en este extremo de la materia.

A pesar de todo lo expuesto, debe quedar claro que la actuación de los funcionarios de policía judicial, como actuación a prevención que es, siempre debe producirse subordinada a la ulterior actuación del Ministerio Fiscal o del Juez de Instrucción competente.

(14) Véase, BERNARD CORBOZ, L.: «L'agent infiltré», en *Revue Penale Suisse*, 1993, págs. 307 y ss.

V. SUSTANCIAS QUE PUEDEN SER OBJETO DE ENTREGA VIGILADA

Existe cierta ambigüedad en la concreción de las sustancias que pueden ser objeto de esta operación, ya que el artículo 263 bis menciona no sólo las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, sino también otras, sustancias prohibidas, así como las sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas.

Para Díez Ripollés, la inclusión entre las sustancias susceptibles de este mecanismo, de unas no aludidas en la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, demuestra la concepción absolutizadora de la represión, que se ha adoptado (15).

El problema a mi parecer, se plantea a la hora de concretar a qué ha querido referirse el legislador con los términos «otras sustancias prohibidas» y «las sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas», que no venían recogidas en el tratado de Schengen.

Con la expresión «otras sustancias prohibidas», se me ocurre que tal vez quiera hacer referencia a los denominados «precursores químicos», es decir, a las sustancias que se utilizan en el cultivo; la producción o la fabricación ilícita de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas y cuyo tráfico ilícito sanciona el artículo 344 bis, g), del Código Penal. Sin embargo, dada la generalidad de la frase, parece que permite extender la táctica de la entrega vigilada a cualesquiera otras sustancias de tráfico prohibido como pueden ser las contenidas en el artículo 341 del Código Penal, que sanciona la elaboración de sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos; no obstante, no era ésa la finalidad del precepto.

No carecía de coherencia la enmienda número 21 al Proyecto de la que más tarde fue Ley Orgánica 8/1992, presentada por el grupo Parlamentario IU-IC cuando pretendió entre otras cosas, excluir del precepto la referencia a «otras sustancias», en base a que «el ámbito de la reforma.... es el tráfico de drogas», motivo por el cual «no parece correcto aprovechar la reforma para referirse a otras sustancias» (16).

(15) DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «Tendencias político-criminales en materia de drogas», en *Jueces para la Democracia, Información y debate*, núm. 19, 2/1993, pág. 42.

(16) «BOCG», Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie A, núm. 101, pág. 15.

También los términos «sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas», son imprecisos. Con ello quizás se pretende permitir la posible sustitución total o parcial de las sustancias estupefacientes o psicotrópicas que contienen las remesas, por otras incluso inocuas, posibilidad a la que hacen mención expresa los artículos 1 y 11.3 de la Convención de Viena de 1988.

Con todo, semejante hipótesis, en la práctica va a quedar sumamente reducida (o anulada incluso) debido a que con tal método se producirían normalmente entregas vigiladas positivas que generarían la figura del «agente provocador»; figura ésta, que como ya antes vimos no es admisible de ningún modo en nuestro ordenamiento jurídico, por resultar incluso inconstitucional.

En consecuencia, merece destacar la abstracción y generalidad de los vocablos utilizados para describir las sustancias que son susceptibles de la entrega vigilada.

Pienso que habría sido más correcto y evitaría múltiples problemas interpretativos, si se hubiese hecho mención exclusivamente de las drogas tóxicas, los estupefacientes y las sustancias psicotrópicas, así como de los considerados precursores de las mismas, aunque algún comentarista opina que deberían incluirse también los bienes de naturaleza económica que son objeto de ulterior blanqueo (17).

La redacción postulada estaría más acorde con la regulación que sobre el delito de tráfico de drogas se contiene en los artículos 344 y siguientes del Código Penal.

VI. OTROS REQUISITOS LEGALES

El precepto que contemplamos condiciona el recurso a la entrega vigilada, al hecho de que para descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de un delito relativo a tráfico de drogas u otras sustancias prohibidas, o para prestar auxilio a autoridades extranjeras con esos mismos objetivos, exista una necesidad a los fines de la investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia.

(17) En este sentido, FABIÁN CAPARRÓS, E. A.: «Consideraciones de urgencia...», o.c., pág. 599.

Asimismo, en el párrafo tercero se afirma que el recurso a la entrega vigilada se hará caso por caso, y en el plano internacional se adecuará a lo dispuesto en los tratados internacionales.

Se ha puesto de manifiesto, que los criterios materiales conforma a los que se ha de conceder o denegar la autorización, no se hallan bien determinados, pudiendo a tal respecto producirse un quebranto de la seguridad jurídica e incluso situaciones de confusión en las que, bajo pretexto de realizar una entrega de este tipo, en realidad se esté cometiendo un delito (18).

Es preciso reconocer en tal sentido, que el precepto no presenta una redacción afortunada, pero no es menos cierto que tampoco era fácil darle una redacción que convenciese a toda la doctrina, dada la complejidad y multiformidad que el tema presenta.

En principio, determinar la importancia del delito y las posibilidades de vigilancia, es una cuestión difícil de apreciar pues normalmente puede sospecharse el tráfico de drogas, pero puede que no ocurra lo mismo con la envergadura que éste pueda alcanzar, ni si es posible una vigilancia efectiva. La propia dinámica del narcotráfico imprime ciertos riesgos de error en su apreciación.

De todos modos, parece deducirse claramente de una interpretación teleológica del precepto (no olvidemos que se introduce en la LECr. para luchar de un modo efectivo contra la alta criminalidad relacionada con el narcotráfico), que el recurso a la entrega vigilada como medida excepcional que es, debe guardar una proporcionalidad con la infracción penal a la que va dirigida.

Por consiguiente, además de tener que examinar con suma delicadeza su necesidad a los fines de la investigación y las posibilidades de vigilancia efectiva existentes en el momento, debe darse siempre una proporcionalidad entre la gravedad que se sospecha presenta la infracción y la medida a la que se está recurriendo para lograr con éxito su persecución en vía penal. Normalmente será aconsejable en aquellos casos en los que se quiera desmantelar una organización de cierta entidad que se sospeche venga dedicándose al tráfico de estupefacientes.

(18) Cfr. *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de ley por el que se establece el régimen de circulación y entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, o.c., págs. 23 y ss.

De todos modos, no existen reglas generales, pues el mismo precepto reconoce que se debe proceder caso por caso.

Hay que reconocer que tal como está redactado el artículo objeto de examen, siempre existirá el riesgo de utilizar el procedimiento de la entrega vigilada para otros fines que los exigidos legalmente o para perpetrar un delito.

También puede ocurrir que debido al recurso a esta técnica de persecución, se escapen personas traficantes de drogas antes fáciles de aprehender, y con ello se dejen en circulación grandes cantidades de sustancias estupefacientes que se hubiesen podido decomisar de haber actuado de un modo inmediato, pero que se han dejado transitar porque con ello se pensaba que se iba a localizar y detener a otros culpables más peligrosos. En estos supuestos, Queralt opina que podría imputarse algún tipo de responsabilidad a los agentes policiales por eventuales lesiones o puestas en peligro de bienes legítimos de terceros (19).

A mi modo de ver, sin embargo, en tales casos será difícil que incurran en responsabilidad de índole penal, ya que no cometerían el delito de tráfico de drogas, dado que falta el dolo de traficar, y tampoco cometerían el delito de prevaricación previsto en el artículo 359 del Código Penal, debido a que la acción de dejar de promover la persecución y castigo de los delincuentes se exige que lo sea «maliciosamente», expresión que como todos sabemos, excluye la posible comisión culposa que es la única que se podría imputar aquí. Quedará por tanto únicamente sólo abierta la posible sanción disciplinaria adoptada en vía administrativa.

El precepto no exige que el delito deba desarrollarse a nivel internacional (aunque así sucederá en muchos casos), sino que podrá recurrirse a tal medida en tráficos de drogas que se efectúen a nivel nacional.

Un ejemplo de entrega vigilada a nivel nacional nos lo suministra la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional Sección 1.^a (ponente Sr. García Pérez) de 1 de diciembre de 1992, es decir, antes de entrar en vigor el artículo 263 bis de la LECr. Según los hechos probados, el Servicio Central de Estupefacientes ve-

(19) QUERALT JIMÉNEZ, J.: «La reforma penal y procesal...», o.c., pág. 4; también en *Derecho Penal español, Parte especial*, o.c., pág. 8.

nía, antes del 19 de diciembre de 1990, realizando investigaciones en torno al procesado A. S., ciudadano colombiano que residía accidentalmente en Madrid, por tener noticias de que pudiera estar implicado en el comercio de cocaína. Y llegó al convencimiento aquel servicio policial, de que A. S. había concertado una operación en virtud de la cual iba a recibir en Madrid unos 200 kilogramos de cocaína que serían enviados desde Galicia, concierto que realmente existió. Ante ello la policía obtuvo autorización del Ministerio Fiscal para por medio de un confidente, llevar a cabo el traslado de la droga que fuera entregada en Pontevedra, a Madrid. Y así se hizo, en un vehículo Mercedes. La policía que seguía al confidente, vio como éste dejó el coche en una estación de servicio situada en la calle Alberto Aguilera de Madrid, hacia el mediodía del 19 de diciembre de 1990. De allí el vehículo fue llevado por una persona ajena a la Policía hasta las proximidades de la casa que habitaba A. S. Unas dos horas después, A. S. se acercó al automóvil y, cuando iba a introducirse en él, fue detenido por los policías que allí vigilaban; siendo hallados en el maletero cinco fardos con ciento cuarenta kilogramos de cocaína, de riqueza no inferior al cincuenta por ciento. Y al ser preguntado A. S. sobre qué era aquello, contestó que eran libros.

La Sentencia de instancia condenó a A. S. como autor de un delito contra la salud pública previsto en los artículos 344 y 344 bis, a), 3 del Código Penal. A. S. recurrió en casación y el Tribunal Supremo, en Sentencia de 16 de septiembre de 1994 (ponente Sr. Carrero Ramos), confirmó la Sentencia afirmando que «existió un traslado controlado de Galicia a Madrid, pero tal “entrega controlada” está respaldada: a) por la autorización previa del Ministerio Fiscal a la Unidad de Policía Judicial de la Audiencia Nacional, y b) por la legalización de tal tipo de actos en el artículo 11 de la Convención de la Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1988 ratificada por España, con lo que por mandato constitucional es incorporada al ordenamiento jurídico, dicho artículo contempla ese traslado vigilado por la Policía para facilitar el descubrimiento del delito y evitar la impunidad. Pero la policía no incitó al acusado ni a sus coresponsales a concertar la operación, ni facilitó la droga. Esto existía antes de su intervención en el asunto, es decir, ya había actividad delictiva, que aquélla no provocó».

El artículo 263 bis dispone también que el recurso a la entrega vigilada a nivel internacional, se adecuará a lo dispuesto en los tratados internacionales.

A este respecto, no sólo se deberá tener en cuenta lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de Viena de 1988, y el Convenio de Schengen de 1985 (y 1990), sino también los múltiples convenios bilaterales que España tiene concertados con terceros países sobre la materia, como por ejemplo: con Italia de 3 de junio de 1986, que entró en vigor el 5 de febrero de 1991; con Marruecos de 21 de enero de 1987, que entró en vigor el 24 de febrero de 1991; con Portugal 27 de enero de 1987 que entró en vigor el 5 de marzo de 1988; con el Reino Unido de 26 de junio de 1989 que entró en vigor el 15 de diciembre de 1990; con Turquía de 9 de mayo de 1990 que entró en vigor el 14 de diciembre de 1991, y con la URSS de 26 de octubre de 1990 que entró en vigor el 28 de junio de 1991.

Algunos de estos tratados contienen normas que afectan a la materia que examinamos. Por ejemplo el Convenio con Gran Bretaña de 26 de junio de 1989 en su artículo 5.1 dispone que «ambas partes se comprometen a prestarse asistencia mediante el intercambio de información y el fomento de la colaboración práctica entre sus respectivas fuerzas del orden tendente al descubrimiento y desarticulación de las redes de tráfico ilícito de drogas. Y en el párrafo segundo, que la asistencia según el párrafo primero, incluirá los intercambios de información que puedan mejorar la cooperación y acrecentar la colaboración en la lucha contra el tráfico ilegal de drogas, como es la información sobre las rutas utilizadas por los traficantes internacionales de drogas y sus intermediarios, y su forma de actuación, las técnicas y los medios de investigación, y la estructura y la organización de los puntos de contacto mencionados en el párrafo tercero de este artículo».

El artículo 5 del Convenio con la URSS de 26 de octubre de 1990, dispone que «los órganos competentes de ambas Partes, considerarán la posibilidad de aplicación del método de entregas vigiladas, basándose en las legislaciones nacionales con el fin de determinar las personas permanentemente involucradas en el tráfico de drogas».

VII. CONCLUSIONES

Como resumen de lo expuesto, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1. La introducción en la Ley de Enjuiciamiento Criminal del artículo 263 bis regulador de la «entrega vigilada», viene motivada por el cumplimiento de compromisos internacionales asumidos por nuestro país con la firma de los Convenios de Viena de 1988 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y sobre todo, el de Schengen de 14 de junio de 1985 (y 1990), sin embargo, parece ser que el contenido de dichos convenios ya formaba parte de nuestro ordenamiento jurídico en base a lo dispuesto en el artículo 96.1 de la Constitución española, al decir que «los tratados internacionales válidamente celebrados en España, formarán parte del ordenamiento interno» y lo que hace en realidad en el artículo 263 bis) es desarrollar su contenido normativo.

2. Lo que se entiende por «entrega vigilada», viene expuesto en el párrafo segundo del artículo 263 bis. Semejante regulación no debe llevarnos a entender que se legalice la controvertida figura del «agente provocador» que es inconstitucional en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 1 y 9-3 de la Constitución Española).

La actuación policial en la «entrega vigilada», debe quedar reducida a manejar diversas fuentes de información o a utilizar incluso agentes infiltrados en una organización que se dedique al tráfico de drogas, pero nunca sería admisible apoyarse en esta institución para legitimar el hecho de suscitar en terceros la voluntad de delinquir, de modo que el delito no hubiese tenido lugar sin su intervención.

En definitiva debe concluirse, que lo que el comentado precepto autoriza, no es la entrega en el sentido literal de la palabra que se haga de las sustancias que describe, pues no se trata en realidad de que por los agentes u organismos de la autoridad se entreguen a los traficantes tales productos, sino que lo permitido es la vigilancia y seguimiento de los que se hayan detectado ya en tránsito o dispuestos a circular, para en pos de su trayectoria llegar al descubrimiento e identificación de los máximos responsables y organizadores del tráfico ilícito.

3. Se ha censurado por la doctrina el hecho de que puedan autorizar esta operación, además del Juez de Instrucción competente y del Ministerio Fiscal, funcionarios administrativos cuales son los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial de ámbito provincial y sus mandos superiores.

En efecto, sería conveniente haber exigido en todo caso la previa autorización del Ministerio Fiscal o de la Autoridad judicial, al

estilo de otros países como Francia y Portugal. De todos modos, no hay que olvidar que la actuación de los funcionarios de la Policía judicial, siempre debe estar subordinada a la ulterior intervención del Ministerio Fiscal o del Juez de Instrucción competente.

4. En cuanto a la descripción de las sustancias que pueden ser objeto de la operación de «entrega vigilada», cabe destacar su ambigüedad, al mencionarse además de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, «otras sustancias prohibidas» y «las sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas»; planteándose la duda de a qué sustancias quiere referirse el legislador con los últimos términos empleados. Habría sido más correcto y evitaría discusiones y problemas interpretativos, haber hecho referencia exclusiva a las drogas tóxicas, los estupefacientes, las sustancias psicotrópicas y los considerados precursores de las mismas.

5. El artículo 263 bis condiciona el recurso a la «entrega vigilada», al hecho de que para descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de un delito relativo a tráfico de drogas o para prestar auxilio a autoridades extranjeras con esos mismos objetivos, exista una necesidad a los fines de la investigación en relación con la importancia del delito y las posibilidades de vigilancia.

Los criterios materiales mencionados, en base a los cuales se ha de conceder la autorización, no se encuentran bien determinados, pudiendo crearse situaciones de confusión en las que, bajo pretexto de realizar una entrega de este tipo, se esté cometiendo un delito.

A pesar de todo, el recurso a la «entrega vigilada» debe guardar una proporcionalidad con la infracción delictiva a la que va dirigida, en el sentido de que la misma revista cierta gravedad.

El precepto no exige, sin embargo, que se trate de un delito perpetrado a nivel internacional aunque así acontecerá muchas veces. Cuando eso ocurra, el artículo 263 bis dispone que «la entrega vigilada» se adecuará a lo dispuesto en los tratados internacionales; por lo que habrá que tener en cuenta no sólo lo previsto en las Convenciones de Viena de 1988 y de Schengen de 1985 (y 1990) sino también en los múltiples tratados bilaterales concertados por España con terceros países sobre la materia.

EL FISCAL ANTE LA DENEGACIÓN EN JUICIO DE UNA PRUEBA ESENCIAL PARA DETERMINAR LA CULPABILIDAD O INOCENCIA DE UN ACUSADO

JORGE BRIOSO DÍAZ
Fiscal de la Audiencia de Málaga

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—A) *Introducción.*—B) *Consideraciones previas.*—C) *Principales soluciones posibles.*—D) *Recurso de nulidad contra sentencias absolutorias.*—II. ANÁLISIS GENÉRICO SOBRE CUESTIONES QUE INCIDEN EN LO PLANTEADO.—A) *El artículo 124 de la Constitución.*—B) *La indefensión.*—C) *El principio acusatorio.*—III. CONCLUSIÓN.

que se ha de considerar la existencia de una prueba que no sea la que el Ministerio Fiscal ha presentado, y que no sea la que el Juez o Tribunal ha denegado. La otra posibilidad es que el Juez o Tribunal no la haya denegado, pero que la denegación sea procedente.

En el primer caso, la denegación de la prueba no es procedente, porque la prueba no existe. La otra posibilidad es que la denegación sea procedente, porque la prueba existe, pero no es pertinente. La tercera posibilidad es que la denegación sea procedente, porque la prueba existe, pero no es necesaria. La cuarta posibilidad es que la denegación sea procedente, porque la prueba existe, pero no es suficiente. La quinta posibilidad es que la denegación sea procedente, porque la prueba existe, pero no es adecuada. La sexta posibilidad es que la denegación sea procedente, porque la prueba existe, pero no es apropiada. La séptima posibilidad es que la denegación sea procedente, porque la prueba existe, pero no es apropiada.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

A) *Introducción*

La cuestión que va a ser objeto de estudio nos sitúa ante las siguientes circunstancias:

En un proceso penal por delito el Ministerio Fiscal ha formulando la única acusación en trámite de conclusiones provisionales.

En dicho escrito ha pedido una prueba para el juicio oral que ha sido admitida por el Magistrado o Tribunal Sentenciador.

En el acto de vista dicha prueba no se puede practicar de forma inmediata, pero sí en un nuevo señalamiento (por ejemplo un testigo que no comparece y tiene domicilio conocido).

Sin su práctica se produce un total vacío probatorio al ser la única existente y no estar anticipada con todas las garantías, o aún existiendo otras, ser las mismas notoriamente insuficientes para poder decidir si es posible una sentencia condenatoria, procediendo a juicio del Fiscal, en esas condiciones, sin duda alguna, la absolución.

El Ministerio Fiscal ante todo ello pide la suspensión del juicio.

Por motivos de celeridad, economía procesal o cualquier otro (1) el Juez o Tribunal la deniega y procede a la continuación de la vista en sus siguientes trámites procesales.

(1) Las Sentencias del Tribunal Constitucional 18/89 y 33/92 han recogido la improcedencia de la denegación de pruebas por estos motivos y han declarado la admis-

Así las cosas, parece claro que la primera actuación a realizar por el Fiscal es la de formular la oportuna protesta así como en su caso, hacer constar las preguntas al perito o testigo que refuercen la esencialidad de la prueba denegada.

Parece resuelta también por el Tribunal Supremo (2), que el Fiscal no puede quedar satisfecho con la obtención de una sentencia conforme con sus peticiones, si la resolución ha venido precedida de una infracción de la legalidad constitucional y se ha provocado indefensión, debiendo en este caso pedir la nulidad del juicio ante la instancia superior, lo que por otro lado, ya había sido expuesto a nivel de Audiencia Provincial (3).

Sin embargo, donde, a nuestro entender, se plantea el debate es en qué posición adopta el Fiscal en trámite de conclusiones definitivas antes de interponer dicho recurso pidiendo la nulidad, lo que va a constituir el objeto principal de nuestro estudio.

B) *Consideraciones previas*

En este sentido, y antes de analizar las soluciones posibles y de decantarnos por alguna de ellas, creemos oportuno hacer una serie de aclaraciones iniciales.

1. Así nada más lejos de nuestra intención que abogar por una actitud precipitada frente a algo tan serio como es una retirada de acusación y mucho menos la utilización de la misma como medio de que el Fiscal haga constar un desacuerdo con una decisión judicial contraria a su criterio.

Sostenemos que la prudencia es un elemento esencial ante esta figura, dada su trascendencia y sin perjuicio de lo que opinemos del alcance de la misma.

sibilidad de un amparo ante dicho Tribunal si con ello se causa indefensión y se vulnera el artículo 24 de la Constitución en sus apartados primero y segundo.

No obstante dado el volumen de asuntos que agobian a la Administración de Justicia es difícil que no se dé ninguna decisión judicial que no se base en ellos.

(2) Sentencia del Tribunal Supremo de 26-1-94. Dicha sentencia parte de una «pretensión» condenatoria del Fiscal que da lugar a una decisión en igual sentido, sin embargo no se pronuncia sobre el supuesto de que pasaría si la «pretensión» fuese absolutoria.

(3) Sentencia de la Audiencia de Málaga, Sección 2.^a, de 22-5-92. El Fiscal debe recurrir sea cual fuere el contenido de la sentencia y no consentir un juicio nulo.

Igualmente partimos de que la función constitucional del Fiscal abarca el procurar decisiones de los Tribunales para que éstos imparan justicia y no el convertirse en un bloqueador de dichos pronunciamientos.

Además, conocemos que en caso de diferencias razonables, entre la opinión del Fiscal y las del Tribunal Sentenciador deben prevalecer las de éste, pues es quien legalmente las tiene atribuidas para resolver los litigios (por ejemplo, en caso de valoración de la prueba practicada e incluso, en principio, de pertinencia de las pruebas a practicar) y así lo han manifestado tanto el Tribunal Supremo (4), como el Constitucional (5).

Por ello, en principio, entendemos que el Fiscal aún en caso de tener dudas y siempre que las mismas no hagan incuestionable la necesaria aparición del principio *in dubio pro reo*, que también le vincula (6), debe mantener acusación existiendo algún motivo para ello, para dejar que los Tribunales puedan decidir el fondo del asunto y las cuestiones procesales que se planteen.

Ahora bien, de lo que nosotros partimos es de una diferencia clara y terminante entre el criterio del Ministerio Fiscal y el del juzgador.

Así si al Fiscal no le cabe ninguna duda de que la declaración de una prueba como impertinente, puede vulnerar preceptos constitucionales, tendrá la obligación de, en conformidad con el Tribunal Constitucional (7) y el Supremo (8), invocar dicha infracción y someter a la instancia superior el criterio sobre pertinencia. Por otro lado, lo que es más relevante, es que si el Ministerio Fiscal no tiene reserva alguna sobre el hecho de que con las pruebas practicadas

(4) La Sentencia del Tribunal Supremo de 25-2-93 establece que la declaración de pertinencia de la prueba corresponde al Juez o Tribunal que no tiene por qué admitir todas las que se le propongan.

(5) La Sentencia del Tribunal Constitucional 36/83 ya había expuesto con anterioridad estas mismas aseveraciones.

(6) La Circular de la Fiscalía General del Estado 2/90 así lo establece al indicar a los Fiscales la vigencia de dicho principio a la hora de distinguir entre delito y falta de lesiones.

(7) La Sentencia del Tribunal Constitucional 158/89 declara que la potestad de decisión sobre pertinencia de la prueba no es ilimitada para los Tribunales de Justicia y ha de hacerse conforme al artículo 24 de la Constitución sin causar indefensión y si ésta se produce puede dar lugar al oportuno recurso ordinario y al de amparo.

(8) La Sentencia del Tribunal Supremo de 12-3-93 se pronuncia en similar sentido y añade que puede revisarse si dichas pruebas eran o no necesarias y hubiesen tenido relevancia en la decisión del juicio cambiando el sentido de la sentencia.

no puede condenarse al enjuiciado, está obligado a retirar la acusación, pues mantenerla sería contrario a la legalidad, imparcialidad y objetividad por las que se rige esta institución.

Partimos, pues, a efecto de nuestro trabajo de que el Fiscal no tiene duda alguna sobre la pertinencia de la prueba y su posible práctica y de que, sin la misma, no existe el mínimo de actividad probatoria exigida por el Tribunal Constitucional para destruir la presunción de inocencia, o el principio *in dubio pro reo* aparece con una intensidad insalvable.

2. Otra consideración que no queremos obviar es la de la intencionalidad de nuestro trabajo.

Esta intención es inicialmente teórica.

Se trata de rechazar posiciones apriorísticas y efectuar un estudio que nos conduzca a un debate que pueda originar una decisión vinculante y expresa el Tribunal Supremo (9), Tribunal Constitucional o Fiscalía General del Estado.

Se tiene en cuenta que como después se expresará, existen al menos dos sentencias de distintas Audiencias Provinciales que resuelven el tema en un determinado sentido.

En tanto no se produzcan resoluciones de los órganos inicialmente enumerados que superen las de las audiencias, nos atenemos a efectos prácticos a las dictadas por éstas, sin perjuicio de coincidir o no con las mismas a nivel dialéctico.

3. Igualmente es conveniente aclarar que, en lo que nos ocupa, hemos asimilado los conceptos de denegación *ab initio* por el Juez o Tribunal Sentenciador de las pruebas propuestas por el Fiscal en el escrito de conclusiones provisionales, al de admisión inicial de dichas pruebas y posterior negativa a suspensión del juicio oral por no poderse practicar en ese instante pero sí en otro ulterior.

Por ello los argumentos de la consideración primera, antes hechos, valen tanto para uno como para otro caso, es decir, que en principio sostendremos que el Juez o Tribunal Sentenciador es el que debe decidir qué pruebas son las pertinentes y cuáles son merecedoras de una suspensión aún admitidas.

(9) Pudiera pensarse que la Sentencia del Tribunal Supremo de 26-1-94 antes citada da una solución implícita, pero no creemos ello fuese la intención del alto Tribunal a quien no se le sometió ni de forma indirecta la cuestión aquí planteada, ni hace mención alguna específica de la misma.

Ahora bien, si el Fiscal discrepa de forma contundente con la decisión judicial debe plantear la situación al Tribunal Superior mediante la petición de nulidad en el oportuno recurso.

Sin embargo, aceptado lo anterior en base a la reiterada jurisprudencia vinculante no creemos ociosas unas manifestaciones que quizá incidan en lo que estudiamos.

Así, si en la fase intermedia de un procedimiento abreviado, la Ley de Enjuiciamiento (art. 790.2) dispone la falta de discrecionalidad judicial, cuando el Fiscal entienda que es imprescindible la práctica de alguna diligencia para decidir si existen motivos bastantes para acusar («accediendo el Juez a lo solicitado»), puede interpretarse que el legislador pretende que, para el cumplimiento de sus funciones es el Fiscal quien tiene la decisión de determinar qué pruebas son esenciales para ello, pues es a él a quien corresponde la carga de decidir desde su imparcialidad sobre la conveniencia legal de una acusación, a diferencia de la acusación particular o popular.

No se nos antoja disparatado el pensar que, pese a carecer de cobertura legal expresa (para empezar, el art. 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, faculta plenamente al Juez o Tribunal Sentenciador a la declaración de impertinencia sin limitación alguna y por su parte, el 746.3.^º de ese mismo texto legal dispone que es el Tribunal Sentenciador quien habrá de decidir sobre la necesidad de la suspensión por incomparecencia de testigos), sin embargo, los planteamientos que se desprenden del antes citado 790 pudieran ser trasladados a la fase del juicio oral cuando el Fiscal deje constancia expresa de que sin la admisión y la práctica de una determinada prueba, siempre que ello sea factible razonablemente, no se puede de ninguna manera ejercer su misión constitucional de decir si es procedente la formulación de una acusación definitiva o la pretensión contraria.

4. El supuesto que planteamos a lo largo de este artículo no creemos que sea una mera disquisición o un caso de laboratorio de difícil acontecimiento real.

Aparte de ejemplos concretos ya sucedidos y que se van citando, se nos ocurren muchos otros de no tan complicada imaginación.

Así, es muy frecuente en el orden jurisdiccional penal que, sobre todo en determinados delitos (robos violentos, cheques en descubierto, estafas en hoteles y otros), la prueba de cargo esté integrada por un solo testigo o que habiendo otros, éste sea esencial.

Igualmente, no es nada extraño que el ciudadano no comparezca a la citación oportuna.

Sí es excepcional, pero debido a la saturación laboral antes apuntada principalmente ocurre alguna vez que el órgano sentenciador sea remiso a suspender la vista oral pese a ser posible una nueva citación, lo que es comprensible pero jurídicamente inconveniente.

La concurrencia de todo ello nos conduce a lo debatido.

C) *Principales soluciones posibles*

A lo largo del trabajo se irá desarrollando el contenido de las mismas y nuestra posición al respecto y por ello se redundará en todo lo que ahora se va a decir.

Pero resulta inevitable hacer en este momento un resumen para continuar el discurrir de nuestros argumentos.

Así, descartada, como ya vimos, la errónea tesis de un Fiscal acusador conforme con la condena, independientemente de la forma de llegar a ella y que consentiría una sentencia con dicho pronunciamiento si la lograse y la recurriría sólo si lo hiciese la defensa y con el único fin de evitar la libre absolución, se impone la de un Ministerio Fiscal que, en cualquier caso, solicitará ante el Tribunal Superior la declaración de nulidad de un juicio si el mismo no se ajusta a la legalidad constitucional.

La discrepancia estriba llegado el trámite de conclusiones definitivas y partiendo de la ausencia de dudas sobre la falta de pruebas, en qué debía hacer el Ministerio Fiscal y si su actuación influye o no, en el ulterior recurso en que se pida la nulidad.

La primera solución es la de que el Fiscal mantenga sus conclusiones acusatorias.

Esta tesis cuenta con la ventaja de que sin excluirse la contraria, como ya dijimos, ha sido admitida expresamente por el Tribunal Supremo en vía de hipótesis y, al menos por una audiencia provincial (10) en un procedimiento expreso.

(10) En la Sentencia dictada por la Audiencia de Cádiz, Sección 1.^a, el 12-5-94, el Fiscal, tras serle denegada por un juzgado de lo penal la testifical del dueño del coche que no había hecho declaración válida para ser reproducida sin más en el juicio, y

Sin embargo, esta solución al margen de su eficacia práctica y de que, como ya se ha expuesto, sea la que se use por el propio autor de este trabajo en la situación máxime a raíz de la resolución que después se citará de otra audiencia, cuenta con un obstáculo para ser idónea y es el del enunciado del artículo 124 de la Constitución y el de que puede considerarse un contrasentido, aunque se haga para evitar complicaciones, el hecho de que el Fiscal que ha de regirse por los principios de legalidad, imparcialidad y objetividad, se vea obligado a mantener una acusación cuando él mismo asume de forma clara que no existían pruebas para ello.

La solución contraria es la de que el Fiscal en estos casos retire la acusación y ante la necesaria sentencia absolutoria recurra pidiendo la nulidad del juicio y la repetición del mismo en condiciones adecuadas al artículo 24 de la Constitución y que le permitan ejercer su función de forma adecuada, y al acusado la celebración de un juicio en los términos constitucionales.

Esta posición, en aras al principio acusatorio, ha sido rechazado expresamente por una sección de la Audiencia de Málaga (11) que creemos resume los argumentos en contra de la misma, así como por la Fiscalía del Tribunal Constitucional, que no estimó procedente la interposición del amparo.

Sin embargo, si bien en el primer caso, no vemos la forma de superar el obstáculo que supone el que el artículo 124 de la Constitución impide al Fiscal mantener la acusación sin pruebas, no sucede lo mismo, en nuestra opinión, con el inconveniente que se le pone a la segunda de las posibilidades, es decir, a la retirada de acusación y posterior petición de nulidad del juicio.

Así, del resultado del estudio efectuado en el apartado II en sus tres subepígrafes, llegamos a la conclusión de que el principio acu-

que no había sido citado teniendo domicilio, mantuvo la acusación por robo, pese a que sin dicha declaración no existían pruebas del mismo. Ante la sentencia condenatoria por hurto, el Fiscal recurre a la sala pidiendo la nulidad del juicio, lo que es acordado en la sentencia que citamos.

(11) La Sentencia 169/94 de la Sección 1.^a, tras dar la razón al Fiscal recurrente al pedir éste la nulidad del juicio celebrado ante el juzgado de lo penal, por no haberse suspendido el mismo, para oír a un policía testigo presencial de los hechos cuando los demás testigos nada habían aportado de forma bastante sobre el hurto de un ciclomotor, y decir dicha sentencia que, en principio procedería la nulidad, no declara ésta, aduciendo que al haber retirado la acusación el Fiscal, el principio acusatorio hace inviable cualquier pronunciamiento que no sea el de una sentencia absolutoria, confirmado la dictada en primera instancia.

satorio no es algo automático, y que el hecho de que el Fiscal retire la acusación no le cierra la posibilidad de un recurso de nulidad fundado en el artículo 24 de la Constitución, pues el alcance finalidad y sentido de dicho principio acusatorio no se ve afectado por esta solución, como deducimos en su análisis posterior.

Pero es que, aunque se entendiera lo contrario, no existiría otra cosa que un conflicto entre el principio constitucional a la proscripción de la indefensión y el principio acusatorio, y se nos ocurre que para la búsqueda de la solución, podemos acudir a otro artículo de la Constitución, el 124, y a tenor del mismo, sostener que el Fiscal defienda la legalidad constitucional recogida en el artículo 24 de la norma básica y no obligarlo, por mor del principio acusatorio, a ir en contra de sus principios y mantener contra un ciudadano, cuyos derechos protege, al igual que el de las víctimas (12), una acusación sin pruebas.

D) *Recurso de nulidad contra sentencias absolutorias*

No queremos dar fin a esta primera parte de nuestro trabajo sin tratar unas interesantes cuestiones que se pueden plantear a la luz del contenido de un estudio doctrinal (13).

Con carácter previo es imprescindible dejar sentado que lo que se efectúa en dicho trabajo es un análisis del recurso de nulidad previsto en el artículo 797 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que está dispuesto lo pueda interponer el propio enjuiciado.

Desde esta perspectiva no podemos menos que compartir los argumentos que se exponen en la obra relativos a que nadie absuelto por sentencia que puede ser incluso firme, puede solicitar que se haga un nuevo juicio contra él, salvo en el caso de que la resolución judicial recoja medidas penales o civiles, de las previstas para la ab-

(12) La Sentencia del Tribunal Supremo de 1-3-93 establece que la posición del Fiscal en el proceso penal, en defensa de la legalidad, impulsado siempre por un espíritu objetivo e imparcial abarca tanto la postura acusadora como la protectora de los derechos y garantías del acusado.

(13) MORENO VERDEJO, J.: «El recurso de anulación en el procedimiento abierto por delitos», *Actualidad penal*, núm. 46, 1993, págs. 679 y 680. Examinamos aquí, con las precisiones que de forma subsiguiente se hacen, los inconvenientes que pudieran derivarse a nuestra tesis de lo recogido por el autor en su artículo y en las citas que en él se hacen.

solución en los correspondientes apartados del artículo 8 del Código Penal.

Lo que tratamos de dilucidar es si dicha teoría es trasladable al supuesto de que el Fiscal pretenda recurso de nulidad ante sentencia absolutoria precedida de retirada de acusación por ese órgano sin intervención de acusación particular o popular.

Efectivamente, sin que dicho trabajo se refiera directamente a nuestro debate, la lectura del mismo nos puede llevar a plantearnos algunos obstáculos a nuestros argumentos.

Así el autor recoge que no cabe recurso de nulidad ante sentencia absolutoria pues ello afectaría a la seguridad jurídica, ya que quien ha resultado absuelto en un juicio no puede ser sometido a otro nuevo en que se le enjuicie otra vez y pueda salir condenado.

Sin embargo, pese a su valor, ya aclarado, no podemos aplicar el criterio a nuestro caso pues, en principio, la seguridad jurídica no opera sino para sentencias firmes.

Así, no parece dudoso que si el Fiscal o una acusación particular ha pedido la condena de un acusado y ésta no se ha producido por denegación de una prueba, si la sentencia absolutoria se basa en la ausencia de la práctica de la misma, pese a su contenido de absolución, los acusadores podrán pedir ante la instancia superior antes de la firmeza de la resolución y mediante el oportuno recurso, la nulidad de dicha sentencia y la repetición del juicio.

No creemos que, basados en la seguridad jurídica (otra cosa es el principio acusatorio cuyo resultado ya hemos anticipado y desarrollaremos más adelante), pueda darse una solución distinta por el hecho de que el Fiscal pida la absolución, retirando la acusación, si el recurso se interpone en plazo legal.

Cuestión distinta es que se alegue que la persona a quien se ha retirado la acusación por quien de forma única se sostenía pueda creerse definitivamente absuelto.

Pero ello tampoco nos parece adecuado si, como es preceptivo, el Fiscal ha anunciado durante el juicio su disconformidad con la forma de celebración del mismo, e incluso ha adelantado el posible recurso de nulidad contra la sentencia, en cuyo caso esa persona sabe que, mientras transcurren los días hábiles para ello, la sentencia absolutoria puede verse impugnada, y si la sala lo estima opor-

tuno al ver el recurso, se puede celebrar nuevamente un juicio en el que salga condenado.

Además, en la tramitación de dicha impugnación ante instancia superior, la representación de ese individuo absuelto puede manifestar lo que crea oportuno en contra de la nulidad planteada y a favor de la sentencia absolutoria, con lo que tampoco se puede hablar de indefensión alguna para él, sino al contrario.

Por otro lado, el autor también expone el inconveniente que supone que, si bien existe alguna excepción jurisprudencial (14) resaltada por la doctrina (15), la norma es la de que los recursos han de atacar el fallo o parte dispositiva de las resoluciones judiciales y no pueden limitarse a, sin pretender modificar éste, hacerlo con la fundamentación jurídica (16).

Igualmente, tampoco creo de aplicación esta exposición a nuestra tesis, pues pese a la retirada de acusación, el Fiscal al recurrir en nulidad, si ataca el fallo, ya que de la celebración de un nuevo juicio y la práctica de la prueba denegada puede resultar una sentencia condenatoria, y esa mera posibilidad es bastante para entender dirigido el recurso a una eventual modificación de la parte dispositiva de la sentencia, sin perjuicio de que después de la actividad probatoria se dé que el resultado de la misma sea opuesto a lo previsto y se llegue a igual conclusión absolutoria e incluso idéntica actuación fiscal no acusatoria.

II. ANÁLISIS GENÉRICO SOBRE CUESTIONES QUE INCIDEN EN LO PLANTEADO

Antes de entrar en el mismo, debemos aclarar que una mera lectura de sus enunciados determina el alcance de nuestras pretensiones en cuanto a profundidad de su tratamiento.

(14) La Sentencia del Tribunal Supremo de 9-12-92 reconoce un legítimo interés en un acusado en que se declare su absolución por irrelevancia penal de los hechos en vez de por prescripción del delito.

(15) DEL MORAL GARCÍA, A., en su tesis doctoral «Régimen Procesal de los delitos por injuria y calumnia contra particulares», leída en la Universidad Complutense de Madrid, 1990.

(16) La Sentencia del Tribunal Constitucional 40/88, deniega un recurso por pretenderse una absolución con declaración de que el imputado no cometió los hechos, en vez de por falta de pruebas como lo hizo el Tribunal Sentenciador.

Cada una de las cuestiones es merecedora de varios libros.

Por ello, lo único que aquí se pretende es posicionarse y realizar unas reflexiones que puedan ser de utilidad a la resolución del objeto de nuestro estudio.

A) *El artículo 124 de la Constitución*

Independientemente de los avatares parlamentarios (17) que se sucedieron hasta llegar a su redacción actual, creemos siempre conveniente un recordatorio literal del contenido del artículo 124 de la Constitución, que no por conocido habrá de resultar ocioso.

Dicho precepto constitucional dispone:

«1. El Ministerio Fiscal sin perjuicio de las funciones encarnadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.

3. La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal.

4. El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey a propuesta del Gobierno oído el Consejo General del Poder Judicial.»

Tras la lectura del mismo, no consideramos adecuadas las críticas en términos de confusión (18), indefinición (19), deficien-

(17) MARCHENA GÓMEZ, M., en su libro *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, Editorial Pons, págs. 101 y siguientes, Madrid, 1992, describe y analiza estas circunstancias.

(18) JOSÉ CAZORLA RICO, JUAN RUIZ-RICO y MANUEL MESAS: *Derechos, instituciones y poderes en la Constitución de 1978*, Granada, 1983. Editado por los autores. Examinamos lo que exponen y sus citas.

(19) GIL ALBERT, J. M.: *El Ministerio Fiscal en la Constitución*.

cia (20) o parquedad (21) que se le ha dado por la doctrina a esta redacción.

Al contrario, entendemos que la misma es clarificadora y que, tras ella, el Fiscal en nuestro país ha desaparecido como órgano de relación del gobierno con el Poder Judicial (22), y ha pasado de ser un instrumento acusatorio en la jurisdicción penal a serlo de defensa de la legalidad ante los Tribunales (23) y en consecuencia convirtiéndose en un órgano constitucional estatal y de justicia (24).

También queda excluida la posibilidad, salvo reforma constitucional, y con todo el respeto y consideración que nos merecen dichos funcionarios y la misión que ejercen, de considerar al Fiscal como un Abogado del estado penal (25).

No se alude expresamente, pero puede considerarse incluida en el carácter de la institución, el que ya tenía de inspector en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 306 de dicho texto, por ejemplo) y el de, al mismo tiempo, colaborador de la Administración de Justicia (26), funciones que pueden entenderse implícitos en el contenido del precepto constitucional.

No resulta de extrañar, pues, tras la lectura del artículo 124 de la Constitución, que se defina al Fiscal como una parte imparcial convertido en guardián de la pureza del procedimiento y cuyos fines justifican desigualdades dentro del proceso en su favor, que gozan de un carácter objetivo y razonable (27), ni que se le atribuya el de

(20) JIMÉNEZ BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ: *Relevancia Constitucional del Ministerio Fiscal*.

(21) LÓPEZ GUERRA, L.; EDUARDO ESPÍN, GARCÍA MURILLO, J.; PÉREZ TREMPS, P., y MIGUEL SATRÚSTEGUI: *Derecho Constitucional*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, Volumen I.

(22) ÁLVAREZ CONDE, E.: *Código de Derecho Constitucional*, volumen II, Editorial Técnicos, Madrid, 1993.

(23) TORRES DEL MORAL, A.: *Principios de Derecho Constitucional Español*, volumen II, pág. 290, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1992.

(24) APARICIO CALVO-RUBIO: *El Ministerio Fiscal en la Constitución*.

(25) ALZAGA VILLAVIL, O.: *La Constitución Española de 1978. Comentario sistemático*, pág. 744, Madrid, 1978.

(26) JORGE DE ESTEBAN y GONZÁLEZ TREVIJANO, P.: *Curso de Derecho Constitucional Español III*, pág. 695, Servicio Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1994.

(27) GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V.; ALMAGRO NOSETE, J., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho Procesal*, Tomo II, pág. 61, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

representante de la sociedad (28), y que se recalque (29) la distinción legal entre el Fiscal y las partes, así como que, incluso cuando actúa, por ejemplo, en representación de un menor, ni en ese caso defiende el interés particular del mismo, sino el general de protección a los desvalidos.

En cualquier caso la redacción del artículo 124 y sus menciones a la justicia (30), legalidad, protección de los derechos de los ciudadanos (tanto acusados como víctimas), interés social (31) e imparcialidad, revela el que, se lo considere o no, integrado en el Poder Judicial, los criterios objetivos e intereses finales del Ministerio Fiscal coinciden con los de los propios Tribunales de Justicia. La diferencia entre ambos radica en sus estructuras internas y métodos de actuación, ya que mientras el primero procura, promueve o informa, los segundos deciden o resuelven (32).

No son óbice a nuestro entender, a todo ello, las principales objeciones que se plantean a la figura del Ministerio Fiscal, derivadas de la referencia constitucional a los principios de dependencia jerárquica y al sistema de nombramiento del Fiscal General del Estado (33).

Respecto al primer punto es de destacar en contra de estas opiniones desfavorables, que la unidad de actuación y la dependencia jerárquica, conforme al artículo 124.2 de la Constitución no son sino medios para el ejercicio de sus funciones y a las que han de someterse.

(28) MONTERO AROCA, J.: «La Garantía Procesal Penal y el Principio Acusatorio», página 977, *Revista Jurídica de la Ley*, 1994-1.

(29) ZATARAIN VALDEMORO, F., y RUBIO DE LA IGLESIA, J.: *La reforma del proceso penal*, pág. 993, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

(30) PRIETO CASTRO, L., y GUTIÉRREZ CABIEDES, F.: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1989.

(31) CEREZO ABAD: «El Fiscal como defensor del interés social», *RGLJ*, 1965. Abstracción hecha del momento y circunstancias en que se dice, da una definición interesante del concepto como «el interés colectivo en el buen funcionamiento de la sociedad y en un progreso común».

(32) BRIOSO DÍAZ, P., y BRIOSO DÍAZ, J.: *La legitimación del Fiscal en el proceso civil con elemento extranjero*, pág. 1, en prensa. Con idéntica redacción sostuvimos este criterio.

(33) TORRES DEL MORAL, A.: *Principios de Derecho Constitucional Especial*, volumen II, página 290, Servicio de Publicaciones de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1992.

Además, si se pretende la primacía de los principios citados en el párrafo anterior a los de legalidad e imparcialidad, e incluso si se los confronta, la acepción «en todo caso» recogida en el 124.2, aclarará la primacía de estos dos últimos frente a la dependencia jerárquica y unidad de actuación, que han de estar en todo caso supeditadas a ellos sin posible desviación.

Esta consideración puede hacerse, además, extensiva a cualquier otro principio que pretenda introducirse en relación con la actuación del Fiscal (34).

Respecto al segundo punto, basta recordar que dos de los Magistrados del Tribunal Constitucional son nombrados a propuesta del Gobierno, al igual que el Fiscal General del Estado y sin que en este caso ni siquiera se oiga al Consejo General del Poder Judicial (art. 159.1 de la Constitución Española de 1978).

El hecho de que el Fiscal General del Estado puede ser cesado al no tener un período de mandato pre establecido, puede ser deseable que se reforme, pero lo cierto es que mientras no se produzca dicho cese las relaciones entre el Fiscal y el Gobierno serán las establecidas en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de las que no se desprende subordinación al ejecutivo. Sin perjuicio de que la actuación del Fiscal con el mismo, al igual que con los demás poderes del Estado, sea lo más compenetrada posible.

No hemos podido, pues, eludir, la incómoda y difícil postura de, desde nuestra posición, y a efectos de mera opinión, exponer argumentos en contra de los ataques a lo previsto en el texto constitucional, pues ello entra de lleno en el objeto de nuestro trabajo, al depender el mismo en gran medida de cómo se interpreta dicho precepto.

De esta forma, tal y como entendemos el artículo 124 de la Constitución y la finalidad y sentido que quiere atribuir el constituyente a la figura del Ministerio Fiscal, opinamos que con las funciones y principios que se le atribuyen, la pretensión de que un representante de este órgano constitucional en fase de juicio oral mantenga, por cualquier motivo, una acusación sin pruebas contra una o varias personas es inviable «en todo caso».

(34) LÓPEZ CABALLERO, J. C.: *La intervención del Fiscal en el juicio de faltas tras la reforma de 1992 (consideraciones en torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional 56/94, de 24 de febrero)*, pág. 5. En Prensa. El autor cree compatible con el principio de legalidad el de oportunidad y aboga por su introducción.

B) *La indefensión*

Todas las consideraciones que hicimos al inicio del apartado II de nuestro trabajo, cobran en este enunciado su máxima expresión.

Baste citar, como referencia a la extensión que dentro de nuestro Derecho tiene dicho concepto el porcentaje que ocupan los recursos de amparo invocando el artículo 24 de la Constitución en que se recoge.

En cuanto a su importancia, la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso se pueda producir indefensión ha sido considerada un símbolo (35).

Con estos planteamientos, todo lo que no sea dar una definición de dicho término basado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (36) nos llevaría a unas dimensiones que exceden de la finalidad de este artículo.

Así, podríamos conceptualizar la indefensión, a estos efectos, como el impedimento a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y más concretamente la situación que se niega al Ministerio Fiscal o a las partes, por el órgano judicial, el ejercicio de la potestad de justificar sus intereses para que se le reconozcan, si procede, en las resoluciones judiciales a que haya lugar.

Por tanto, constatado que si se produce indefensión simultáneamente se eliminará la tutela judicial efectiva (37) y se dará una infracción de la legalidad constitucional, no procede como ya hemos apuntado mayor abundamiento en tan dilatada figura.

Sin embargo, sí tiene una derivación que no se puede obviar, cual es la de la problemática de si cabe admitir o no indefensión del Ministerio Fiscal, especialmente cuando en la definición dada se lo ha incluido.

A este respecto, por una vía o por otra, se llega a una conclusión afirmativa a efectos materiales, bien de forma directa (38), por re-

(35) MARTÍN RETORTILLO, L., prólogo al libro de JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT: *Derecho Fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Editorial Aranzadi, 1992.

(36) Sentencia del Tribunal Constitucional 89/86.

(37) Sentencia del Tribunal Supremo de 30-9-85.

(38) Sentencia del Tribunal Supremo de 20-9-91. Si se deniega al Fiscal la práctica de una prueba relevante se le causa una indefensión proscrita por el artículo 24.1 de la Constitución.

ferencia a la tutela judicial efectiva (39) o incluso considerando que si bien la no indefensión, en principio es un derecho que tienen las personas (40), sin embargo el Fiscal tiene una *legitimatio ad processum*, para ejercitar las acciones y formular los recursos que estime pertinentes en defensa de la legalidad, impulsado siempre por su espíritu objetivo e imparcial, y su postura en el proceso penal abarca tanto la acusadora como la protectora de los derechos y garantías del acusado (41) o la de representante del interés de la sociedad organizada en lograr la paz social (42) y la protección de las víctimas.

Así la indefensión del Ministerio Fiscal, independientemente de la corrección del término, no puede ser rechazada, pues con ello se perjudicará, no a un órgano del Estado, sino al conjunto de ciudadanos cuya defensa de sus derechos tiene como misión y se daría el contrasentido de que tras encomendarle la Constitución dicha defensa, se le negarían los medios para poder cumplirla.

En resumen, y en lo que al tema genérico de estudio que se trata en este trabajo se refiere, la indefensión de cualquiera de los intervenientes en el proceso es una vulneración a la tutela judicial efectiva, y por ello a la legalidad constitucional, que el Ministerio Fiscal ha de proteger de forma primordial, sin que entendamos le pueda ser exigible, bajo ningún pretexto, ni siquiera la invocación de otro derecho, el que renuncie a esa protección.

C) *El principio acusatorio*

El principal obstáculo que puede argumentarse en contra de la pertinencia de formular un recurso, para instar la nulidad del juicio y su repetición, por parte del Ministerio Fiscal, cuando este órgano ha retirado previamente la acusación por carecer manifiestamente de pruebas con que decidir si era procedente mantenerla o no, al habersele denegado la posible práctica de las mismas, es la incidencia en todo ello del principio acusatorio.

(39) Sentencia del Tribunal Supremo de 25-1-92. La tutela judicial efectiva implica tanto que el Fiscal como las partes acusadoras o acusadas pueden hacer valer sus medios de prueba.

(40) Sentencia del Tribunal Supremo de 3-4-91.

(41) Sentencia del Tribunal Supremo de 1-3-93.

(42) Sentencia del Tribunal Supremo de 11-10-93.

En este sentido conviene tomar como punto de partida las orientaciones que hace el Tribunal Constitucional (43) sobre la inadecuación de plantearse en términos formalistas la materia de vulneración de derechos fundamentales, sin profundizar en si se ha producido una merma efectiva de los mismos.

Parece, pues, que todo lo que sea una invocación automática y apriorística de cualquier derecho, incluso fundamental debe ser rechazada, siendo conveniente el examinar si, dado su alcance, finalidad y sentido, dicho derecho ha podido ser infringido en un supuesto concreto; aunque tras ello puedan existir diversas soluciones posibles y se opte por una, con respeto a las otras.

Así el contenido del principio acusatorio engloba, básicamente, una doble perspectiva:

En primer lugar, tanto el Tribunal Constitucional (44) como el Tribunal Supremo (45), como la doctrina (46) han resaltado como esencial a dicho principio el derecho a ser informado de la acusación contenida en el artículo 24.2 de la Constitución Española de 1978, de tal forma que pueda rebatirse aquello de lo que a uno se le acusa, pues nada es más difícil de combatir que lo que no se conoce (47), y la explicitación (48) noble (49) de las imputaciones tanto en sentido fáctico como jurídico (50) es la base de una defensa posible contra ellas, mediante la proposición de pruebas y alegatos oportunos.

Por otro lado, tanto el Tribunal Supremo (51), como el Tribunal Constitucional (52), han hecho ver la conexión de este principio con el derecho a un juez imparcial, de tal forma que ello implica que no

(43) Sentencia del Tribunal Constitucional 18/83.

(44) Sentencia del Tribunal Constitucional 141/86.

(45) Sentencia del Tribunal Supremo de 19-4-93.

(46) MONTERO AROCA, J.: *Revista jurídica de la ley*, 1994-1, págs. 973 y siguientes, «La garantía procesal penal y el Principio acusatorio».

(47) Sentencia Tribunal Supremo de 14-7-93.

(48) PUENTE DE PINEDO, L.: págs. 95 y 96 de la revista *Poder Judicial*, 30/93; se redunda en el rechazo a las acusaciones implícitas, que formuló el Tribunal Constitucional en la Sentencia 17/89.

(49) RAMOS MÉNDEZ: *El proceso penal. Lectura constitucional*, Barcelona, 1988.

Para el autor la nobleza de la acusación debe presidir este tipo de procedimientos.

(50) Sentencia del Tribunal Constitucional 12/81.

(51) Sentencia del Tribunal Supremo de 7-2-90.

(52) Sentencia del Tribunal Constitucional 186/90.

cabe pronunciamiento judicial condenatorio sin acusación de órgano estatal o de particular distinto al mismo (53).

La idea de que sin acusación no hay defensa y por tanto no puede haber condena tiene formulación doctrinal en nuestro Derecho desde antiguo (54) y ha venido siendo confirmada en tiempos intermedios (55) y ratificada jurisprudencialmente en fechas recientes por las sentencias de ambos Tribunales antes citadas.

Coinciden así, tanto un Tribunal como el otro, en que el Juez imparcial no acusador es una connotación inherente al principio acusatorio y consustancial a la tutela judicial efectiva del artículo 74.1 de la Constitución.

Sin embargo, es más difícil de compartir el que, a partir de esta característica del principio acusatorio, se formule, en unión, a veces, de argumentos de contenido quizás más político que jurídico, un sentimiento negativo hacia la figura del Juez de Instrucción (56), que lleva a proponer, si bien en términos mucho más técnicos (57), el trasvase de estas funciones al Ministerio Fiscal, ni siquiera aunque se produjese la integración de este órgano en el Poder Judicial propugnada por un sector doctrinal (58) tal y como sucede en Italia (59), y se le dotase de los medios necesarios de los que hoy carece.

No se aciertan a ver las ventajas de este sistema frente al que, no por ser de mayor entidad histórica en nuestra cultura jurídica y no

(53) La Sentencia del Tribunal Supremo de 18-5-92, en consonancia con la anterior del Tribunal Constitucional, formula el tradicional principio *nemo iudex sine accusatore*.

(54) GAYOSO ARIAS: «Cuestiones de derecho y procedimientos criminales. El sistema acusatorio», *Revista General de legislación y jurisprudencia*, Tomo 82, páginas 142 y siguientes, 1893. El autor se remite a la figura de Alonso Martínez al expresar esta idea.

(55) RUIZ VADILLO, E.: Algunas desviaciones del sistema acusatorio y la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Revista General del Derecho*, pág. 210, marzo 1957.

(56) VIVES ANTÓN, T.: *La reforma del proceso penal*, págs. 103 y siguientes, Valencia, 1992. El autor propugna una instrucción llevada por un Fiscal vinculado al ejecutivo, pues existe en nuestra nación una «excesiva desconfianza hacia el Gobierno y una excesiva confianza en los Tribunales».

(57) ESCUSOL BARRA, E.: *El proceso penal por delitos: estudio sistemático del procedimiento penal abreviado*, Madrid, 1992.

(58) POLO RODRÍGUEZ, J. J.: *Organización del Ministerio Fiscal*, pág. 8, 1995, en prensa, FGE.

(59) PETROCELLI: *Il pubblico ministero e l'unità di Iiustratoria penale*, Padova, 1952, citado por el anterior autor.

en otras de mayor influencia actual es menos valido, y que desde que se inicia un procedimiento judicial criminal ante una persona dispone desde el primer momento, un Juez que ordene, practique, decida, dirija y supervise toda la actividad probatoria bien de oficio o a instancia vinculante del Ministerio Fiscal o sin dicho carácter de la acusación particular o popular o de la defensa que, en esta fase inicial del proceso en que se goza de una inmediatez que se pierde al cabo del tiempo en no pocas ocasiones en el juicio oral, se pueda practicar tanto en beneficio de la inculpación como de la exculpación.

Efectivamente, si el propio Tribunal Constitucional (60) ha resaltado la importancia de las pruebas practicadas en dicho momento procesal instructorio, que a veces no pueden ser repetidas en el acto del juicio oral e incluso puede dárseles primacía en la valoración hecha por el juez o Tribunal Sentenciador a las practicadas en el propio acto del juicio, así como el Tribunal Supremo (61) ha declarado la no necesidad de su reproducción si se hicieron con todas las garantías debidas, no parece que sea aconsejable prescindir de la inmediación judicial en la práctica de las mismas, y menos cuando necesariamente habrá de existir un Juez que en dichos momentos adopte decisiones que sólo él tiene legitimación para acordar, y que sin esa inmediación le resultará difícil su dictado.

Por otro lado, esta actividad instructora no debe confundirse con la acusadora.

Precisamente una de las resoluciones a adoptar por el Juez de Instrucción es la de si, en base a las acusaciones formuladas, procede la apertura del juicio oral contra persona o penas determinadas a la vista de las pruebas practicadas, que para este fin es conveniente se hayan hecho a su presencia, y de tal modo que sin acusación del Ministerio Fiscal o de particulares le está vedado al Juez abrir dicho juicio.

De este modo, aún rechazando los reparos que a la figura del Fiscal se han hecho (62) y que, con integración en el Poder Judicial o sin ella, son contrarios a su función constitucional, es preferible,

(60) Sentencia del Tribunal Constitucional 161/90.

(61) Sentencia del Tribunal Supremo de 25-11-91.

(62) TORRES ROSELL, N.: *La denuncia en el proceso penal*, editorial Montecarlo, Madrid, 1991. La autora señala que la investigación del Fiscal ha de contar con el control judicial, pues si no no gozará de las garantías debidas.

aunque se pueda mejorar, el sistema de un juez instructor que pratique las pruebas junto al Ministerio Fiscal y las partes y cuyas resoluciones pueden ser revisadas a instancias de cualquiera de ellos ante una sala colegiada mediante los oportunos recursos si hay lugar a ello.

Así el principio acusatorio ha contado desde antaño con llamadas de atención en cuanto a su no desnaturalización y para situarlo en sus justos términos.

Aunque rechazados ya algunos obstáculos doctrinales que lo criticaban por entender que la potestad de juzgar no puede depender de ningún órgano que no sea judicial (63) y que no se puede obligar a un juez a dictar sentencia en contra de sus convicciones válidamente formadas sobre la culpabilidad (64) exponiendo incluso que el principio acusatorio se cubría con las conclusiones provisionales (65), todo ello no aceptado de forma expresa (66) o genérica hoy día, es lo cierto que siguen existiendo dichas llamadas de atención.

Especialmente relevante es en este sentido, la polémica sobre la facultad prevista en el artículo 729, 2.^º, de la Ley Enjuiciamiento Criminal de proponer el juez o Tribunal Sentenciador (en igual sentido el 415 para el instructor) pruebas de oficio en búsqueda de la verdad.

Frente a una sentencia del Tribunal Supremo (67) que cree ver aquí una merma al principio acusatorio, ese mismo día al igual que en fechas anteriores (68) se ha expuesto por ese órgano lo contrario, diciendo que lo importante es que haya contradicción y no quién proponga la prueba.

Sin embargo, ante esta disparidad, la solución no está tanto en acogerse a la tesis más reiterada ni a la que se estime más razona-

(63) DOS SANTOS DE ISASA, en su discurso de apertura de los Tribunales de 15-9-1895 sobre «Principios esenciales que afectan a la Administración de Justicia en lo criminal», en su calidad de presidente del Tribunal Supremo.

(64) SOTO NIETO, F.: *Correlación entre acusación y sentencia*, págs. 211 y siguientes, Editorial Montecorvo, Madrid, 1979. Estudiaremos al autor y algunas de las citas que menciona.

(65) GÓMEZ ORBANEJA: «La acción penal como derecho al proceso», *Revista de Derecho Privado*, pág. 91, 1948.

(66) Sentencia del Tribunal Constitucional 20/87.

(67) Sentencia del Tribunal Supremo de 1-12-93.

(68) Sentencias del Tribunal Supremo de 1-12-93 y 20-9-89.

ble (69) sino a la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha resaltado (70), que no es otra que la de no dispensar al Tribunal en su actividad de búsqueda de la verdad por el hecho de que el Fiscal y las partes tengan la iniciativa de proponer y presentar pruebas.

A título de ejemplo, y sin ánimo de ser exhaustivos, el propio Tribunal Constitucional (71) da muestras de no conceder una desmedida extensión al principio acusatorio al decir que si el Fiscal padece una equivocación y pide pena, en su caso, inferior a la legal o se olvida de alguna accesoria el juez puede, aun así, imponer la que sea acorde con la ley.

Tras ello, con esta perspectiva, vemos que en el caso que nos ocupa y que estudiamos en nuestro trabajo, el principio acusatorio no se ve afectado en ninguna de sus dos facetas principales por el hecho de que el Fiscal, tras retirar la acusación pida una nulidad del juicio que ya había anunciado antes por los medios oportunos ante la denegación de prueba determinante de la culpabilidad o inocencia por el juzgador.

Así, el encausado sabe que no se le acusa de infracción alguna en las condiciones en que se ha celebrado el juicio y por haberse producido infracción precisamente del artículo 24 de la Constitución con dicha denegación.

Pero, igualmente sabe que, caso de prosperar la nulidad, habrá un nuevo juicio y en éste se retrotraerá todo al momento de inicio de la vista oral con la vigencia de las conclusiones provisionales.

Está, pues, informado de la no acusación, de los motivos de la misma, y si después de una nueva prueba se produce una imputación definitiva tras repetirse el juicio, ésta gozará de todas las garantías.

Por otro lado el Juez imparcial en nada se ve vulnerado, sino todo lo contrario, por el hecho de que el Fiscal retire acusación dando lugar a sentencia absolutoria.

Al contrario, si el Fiscal cree que no hay motivos para condenar la única correlación posible entre la decisión judicial y la suya ha de ser la absolución.

(69) Sentencia del Tribunal Constitucional 224/91.

(70) Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6-12-88.

(71) Sentencia del Tribunal Constitucional 17/58.

A todo ello añadir que el principio acusatorio no tiene como meta el poner fin al proceso y si bien ello sucederá, si tras la práctica de todas las pruebas necesarias el Fiscal retira la acusación si no hay otras, en cuyo caso queda vinculado por ese acto procesal, no tiene por qué ser así si la retirada viene provocada por denegación de prueba esencial.

En resumen vemos, pues, que el recurso de nulidad en las condiciones a que aludimos no supone infracción alguna al principio acusatorio.

Pero es que aunque así no fuera, dicha institución jurídica para ser coherente ha de ir precedida de un juicio con todas las garantías y sin causación de indefensión, pues difícilmente se puede hablar de derecho a ser informado si no se permite la práctica de las pruebas oportunas que pueden conducir a la misma, e incluso si se llegase hasta el extremo de no compartirse este razonamiento, el conflicto entre indefensión y principio acusatorio en el caso que nos ocupa, no podría solventarse sino acudiendo al artículo 124 de la Constitución que impediría categóricamente el que un representante del Ministerio Fiscal acusase a un ciudadano, con carencia evidente de pruebas y producción de indefensión en juicio causante de dicha carencia.

III. CONCLUSIONES

Partiendo de una posición prudente en materia de retiradas de acusación y a efectos dialécticos para si procede, procurar un debate que pueda dar lugar a resolución vinculante expresa del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo o Fiscalía General del Estado, y aunque se actúe de otra forma para evitar problemas mientras no se produzcan, entendemos que, si en fase de juicio oral por celeridad procesal o cualquier otro motivo se deniega por el órgano judicial una prueba, de tal forma que sin la misma se crea un total vacío probatorio o una manifiesta insuficiencia de las demás para imputar a una persona infracciones criminales, tras la oportuna protesta, justificación en forma de la pertinencia, necesidad, y factibilidad de la prueba y su práctica mediante el pliego de preguntas u otro acto procesal a que hubiera lugar en Derecho, anuncio de infracción de ley y precepto constitucional por indefensión, y comunicación de la intención de recurrir solicitando la nulidad del juicio, el Fiscal deberá retirar la acusación en trámite de conclusiones definitivas, e in-

terponer ante la necesaria sentencia absolutoria, el correspondiente recurso anunciado en el que se pedirá la repetición del juicio oral para que se pueda practicar dicha prueba denegada, y a la vista de la misma mantener la acusación provisional si procede.

Esta sería la única posibilidad coherente, en nuestra opinión, ante una infracción de la legalidad constitucional que tuviese la entidad y condiciones antes descritas.

No sería obstáculo a ello el principio de seguridad jurídica, pues el recurso se pondría antes de la firmeza y el Fiscal sería coherente al haber anunciado previamente su intención impugnatoria por nulidad contra la sentencia, independientemente de que aparentemente ésta pudiera ser coincidente que no conforme, con su pretensión absolutoria provocada por la propia denegación, yendo la impugnación dirigida a una posible ulterior modificación del fallo y pudiendo apuntarse en todo momento por quien no los comparta o no le interesen los argumentos contrarios a dicha nulidad.

Tampoco va esta solución en contra del principio acusatorio, cuya aplicación automática como necesariamente conducente a la finalización del proceso por el hecho de la retirada de acusación en cualquier circunstancia no tiene ningún sustento legal, doctrinal, jurisprudencial ni constitucional, aunque sea así en los casos en que el Fiscal retire la única acusación libremente, tras la práctica de todas las pruebas necesarias y factibles.

Al contrario, la doble finalidad del principio acusatorio (derecho a ser informado de la acusación y Juez imparcial) no se ve afectada por nuestra propuesta, pues se informa que en estas condiciones no se acusa, aunque pueda hacerse en el futuro si se declara la nulidad, y si ésta no se produce, la solución absolutoria es la única adecuada correlación entre la sentencia de un juez imparcial y la pretensión en este caso del Ministerio Fiscal como único posible acusador, al no proceder según su criterio, dicha acusación.

Pero es que aunque ello se entendiera de otra forma tampoco podría invocarse el principio acusatorio ni considerando el mismo desde la perspectiva de la vinculación del Fiscal a su retirada de acusación, pues para ello sería necesario haberle possibilitado su función en defensa de los derechos de la sociedad, los ofendidos y el propio acusado y la consecución de un juicio justo para todos ellos.

Finalmente, si se insistiese en plantear una colisión entre la indefensión y el principio acusatorio, al menos en nuestro caso, no po-

dría primar el segundo, pues ello sería frontalmente contrario al artículo 124 de la Constitución, ya que, por ningún motivo se puede obligar a un órgano regido «*en todo caso*» por la legalidad y la imparcialidad a que acuse sin pruebas y sin un juicio justo a un ciudadano cuyos derechos (no existe el derecho a ser absuelto injustamente sino a que no se te condene sin las garantías debidas tras un proceso adecuado) está llamado a proteger al igual que los de los demás.

En el caso de la denuncia de la comisión de crímenes de lesa humanidad, la situación es similar, ya que el art. 124 de la Constitución establece:

Art. 124. La justicia se administrará en su mayor parte por los tribunales ordinarios, que juzgarán las causas penales, civiles y administrativas.

En el caso de la denuncia de la comisión de crímenes de lesa humanidad, la situación es similar, ya que el art. 124 de la Constitución establece:

Art. 124. La justicia se administrará en su mayor parte por los tribunales ordinarios, que juzgarán las causas penales, civiles y administrativas.

En el caso de la denuncia de la comisión de crímenes de lesa humanidad, la situación es similar, ya que el art. 124 de la Constitución establece:

Art. 124. La justicia se administrará en su mayor parte por los tribunales ordinarios, que juzgarán las causas penales, civiles y administrativas.

En el caso de la denuncia de la comisión de crímenes de lesa humanidad, la situación es similar, ya que el art. 124 de la Constitución establece:

Art. 124. La justicia se administrará en su mayor parte por los tribunales ordinarios, que juzgarán las causas penales, civiles y administrativas.

En el caso de la denuncia de la comisión de crímenes de lesa humanidad, la situación es similar, ya que el art. 124 de la Constitución establece:

Art. 124. La justicia se administrará en su mayor parte por los tribunales ordinarios, que juzgarán las causas penales, civiles y administrativas.

En el caso de la denuncia de la comisión de crímenes de lesa humanidad, la situación es similar, ya que el art. 124 de la Constitución establece:

Art. 124. La justicia se administrará en su mayor parte por los tribunales ordinarios, que juzgarán las causas penales, civiles y administrativas.

En el caso de la denuncia de la comisión de crímenes de lesa humanidad, la situación es similar, ya que el art. 124 de la Constitución establece:

Art. 124. La justicia se administrará en su mayor parte por los tribunales ordinarios, que juzgarán las causas penales, civiles y administrativas.

En el caso de la denuncia de la comisión de crímenes de lesa humanidad, la situación es similar, ya que el art. 124 de la Constitución establece:

Art. 124. La justicia se administrará en su mayor parte por los tribunales ordinarios, que juzgarán las causas penales, civiles y administrativas.

LA TUTELA DEL ARTÍCULO 172.1 DEL CÓDIGO CIVIL

JOSÉ LORCA MARTÍNEZ

*Doctor en Derecho. Fiscal de Menores del Principado
de Asturias*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EN DEFENSA DE LA INTERPRETACIÓN ASISTENCIAL DE LA TUTELA LEGAL DEL ARTÍCULO 172.1 DEL CÓDIGO CIVIL, SEGÚN REDACCIÓN DADA POR LA LEY DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1987.—1. *El elemento histórico.*—2. *El elemento teleológico.*—3. *El elemento sistemático.*—4. *El elemento gramatical.*—3. NOTAS PROPIAS DE LA TUTELA EX LEGE.—a) *La ausencia de facultades jurídicas para administrar los bienes del menor desamparado.*—b) *El acceso al Registro Civil.*—c) *El régimen de visitas.*—d) *El internamiento.*

que intervino de manera más o menos sistemática. Una de las principales causas de este cambio es la evolución de la conciencia social en torno a la infancia, que se ha ido transformando de una visión meramente moral y filantrópica a una más amplia y sistemática que contempla la infancia como un sujeto de derechos y no solo como un objeto de protección. Otra de las causas es el desarrollo de las instituciones públicas destinadas a la infancia, que han permitido la creación de una red de servicios y protecciones que han hecho posible la implementación de políticas más efectivas para la protección de los derechos de los niños y niñas.

En efecto, el desarrollo de la ciencia social y las teorías sociológicas han contribuido a la comprensión más profunda de los problemas que afectan a la infancia, así como a la identificación de las estrategias más efectivas para abordarlos. La investigación empírica ha mostrado que la infancia es un período de vida particularmente vulnerable y susceptible a la manipulación y explotación, por lo que es fundamental garantizar su protección integral y promover su desarrollo integral.

1. INTRODUCCIÓN

La contemplación por el Derecho de la protección de la infancia abandonada como una función pública específica es un hecho sorprendentemente reciente. Hasta hace sólo unas décadas los numerosos estudios doctrinales acerca de la infancia desvalida giraban en general, en el ámbito sociológico, en torno al mundo de la beneficencia y a los problemas que generaban las instituciones públicas o privadas destinadas a albergar y dar crianza a los niños a ellas entregados, y, en el ámbito jurídico, en torno a la institución de la adopción. En el panorama legislativo, hay que remontarse a bien entrado el siglo xx para encontrar una tímida legislación protectora de la infancia en la legislación de algunos países europeos, surgida con la necesidad de dar solución social y jurídica a los nuevos problemas que origina la industrialización, y en determinados Tratados Internacionales.

Pero fue la sociedad, alarmada por los peligros de la infancia (prostitución, droga, alcohol, etc.), con una conciencia social favorable a la intervención de los poderes públicos en la defensa de los intereses de la infancia abandonada, la que reclamó con verdadero afán una protección real de los derechos del niño y la que los impulsó decididamente hacia el mayor protagonismo que política y jurídicamente hoy tienen.

Producido el deseado cambio en el pensamiento social y superada la anterior visión meramente moral o filantrópica del problema, las consecuencias no se hicieron esperar: comienza un progresivo e incesante aumento de la intervención de las instituciones públicas

en el cuidado y protección de los niños y un proceso de renovación legislativa importante tendente básicamente a profundizar en la protección integral del menor.

En el plano internacional la innovación legislativa se produce tanto en el tratamiento educativo del menor infractor, como en el reconocimiento de específicos derechos del niño en materia de alimentación, salud y educación (1).

En España, una vez entrada en vigor la Constitución de 1978, se hacía imprescindible, por un lado, atribuir nuevas competencias a la Administración Pública con nuevas responsabilidades políticas y jurídicas por su actuación en la protección de menores, y, por otro lado, dotar a los menores de un tratamiento jurídico diferenciado respecto del mundo de los mayores, exigencia esta lógica que ya habían reconocido, entre otros textos, la Declaración de Ginebra de 1924, sobre los Derechos del Niño al proclamar la necesidad de proporcionar al niño protección especial, y el Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (2). La pendiente revisión legislativa se debía orientar, por tanto, hacia esas metas: la asunción del carácter público de la protección de menores, y el reconocimiento del menor como sujeto titular de unos concretos derechos personales esgrimibles frente al abuso, al exceso, abandono o ejercicio inadecuado de la función de protección encomendada a los padres (3), frente a la Administración Pública (4) y frente a la sociedad en general.

(1) Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, artículo 25.2; Declaración de los Derechos del Niño, de 11 de noviembre de 1959; Pacto internacional de 19 de diciembre 1966, sobre derechos civiles y políticos, artículos 10 y 24, ratificado por el Estado español por instrumentos de 13 de abril de 1977 y 17 de enero de 1985; Convenio de 4 de noviembre de 1950 sobre protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, ratificado por el Estado español por instrumento de 26 de septiembre de 1979; Convenio Europeo de 20 de mayo de 1980 sobre protección de menores, ratificado por el Estado español por instrumento de 9 de mayo de 1984, etc.

(2) «El niño, por su falta de madurez física y mental, necesita de protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.»

(3) Artículo 19.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York, 20 de noviembre de 1989: «Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.»

(4) Artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York, 20 de noviembre de 1989: «Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales

2. EN DEFENSA DE LA INTERPRETACIÓN ASISTENCIAL DE LA TUTELA LEGAL DEL ARTÍCULO 172.1 DEL CÓDIGO CIVIL, SEGÚN REDACCIÓN DADA POR LA LEY 11 DE NOVIEMBRE DE 1987

La Ley 21/87, de 11 de noviembre, es fruto del cambio de mentalidad reseñado. Impulsado por la Constitución y por las nuevas exigencias sociales, el legislador lleva a cabo la modificación legislativa que se esperaba en el tratamiento de los problemas de la infancia desamparada, en el ámbito del Derecho Civil, Procesal e Internacional Privado. La atención a los menores desamparados constituye la principal razón de ser y la finalidad última de la reforma, y determina el punto de partida y alcance de la nueva intervención de la Administración en la materia (5). Y es precisamente en el párrafo primero del artículo 172 que vamos a analizar donde se halla el exponente máximo de sus fundamentos: por un lado, la intervención directa y activa de los órganos administrativos ante situaciones de desamparo, que, a nuestro modo de ver, es lo que constituye su más valiosa aportación al campo de la protección del menor (no hay que olvidar que la asunción de tutela legal supone, en la gran mayoría de supuestos, la actuación administrativa más trascendente y el punto de partida de toda su actividad); y, por otro lado, la contemplación al menor por vez primera como verdadero protagonista de la función asistencial, al menor sin adjetivos, sin condicionamientos previos por su filiación, con independencia de su condición de hijo, de familiar o simplemente de infante al cuidado de mayores.

La tutela legal ha supuesto a nuestro entender la mejora del marco jurídico de protección del menor en distintos frentes: 1) En la protección de la dignidad del menor y los derechos que le son inherentes ante cualquier forma de negligencia o crueldad a la que pueda verse sometido. 2) En el reconocimiento del derecho específico del menor a ser asistido debidamente, a no quedar privado de la necesaria asistencia moral y material (6). El niño, por su condi-

en su vida privada, su familia, su domicilio o correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.»

(5) Bartolomé VARGAS CABRERA: *Ponencia en las Jornadas de Técnicos y Fiscales de Menores*, Madrid, noviembre de 1989, «El desamparo y sus consecuencias jurídicas...».

(6) En el artículo 29 del Borrador de Anteproyecto de Ley de Derechos del Menor, de 6 de mayo de 1994, se reconoce al menor el derecho a solicitar del Juzgado de Primera Instancia la adopción de las medidas cautelares que contempla el artículo 158 del Código Civil.

ción particular (persona circunstancialmente o «accidentalmente» disminuida), necesita de unas atenciones especiales, que han de ser prestadas, en primer lugar, por los padres que los han generado y por los familiares próximos, y, en su defecto y por mandato constitucional, por los poderes públicos y la sociedad en general. 3) En la profundización en la concepción de la patria potestad como *officium* que genera en el titular ciertos derechos frente a los demás, pero también determinados deberes frente al hijo, en la línea marcada por la Recomendación 874 (1979) relativa a una carta europea de derechos de la infancia, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que recoge como principio general el que los niños ya no deben ser considerados como propiedad de sus padres, sino ser reconocidos como individuos con sus derechos y sus necesidades propias. 4) Y en la responsabilización a los poderes públicos del respeto de ese derecho del menor, colocándoles la ley en la obligación de reforzar la protección y la asistencia a los menores en situación de urgente y extrema necesidad, para lo que les faculta en estos casos a suspender provisionalmente la relación (de mera guarda) que une al menor con su guardador, a dejar en suspenso el ejercicio de hecho de la patria potestad, tutela o guarda.

Pero no todo lo predictable de la reforma en este punto tiene aspectos positivos. Muy al contrario, se achacan a la redacción de este párrafo primero del artículo 172 graves deficiencias de índole técnico-jurídico que llegan a ensombrecer su cabal comprensión, sobre todo a la hora de configurar la naturaleza jurídica de la tutela *ex lege*. La improvisación, la excesiva precipitación en la tramitación parlamentaria, la ausencia de debates previos por la doctrina española que ha estado totalmente ausente en la preparación y decisión del proyecto, o la falta de coordinación clara del precepto con las restantes normas de la propia ley y con las de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no puede justificar en modo alguno este grave defecito legislativo (7).

(7) El Borrador de Anteproyecto de Ley de Protección Jurídica del Menor y de modificación parcial del Código Civil, de 14 de noviembre de 1994, al dar en la Disposición Final quinta nueva redacción al apartado primero del artículo 172 del Código Civil, añade a la definición de desamparo las garantías mínimas de notificación e información a los guardadores del menor por la medida asistencial asumida por la Entidad Pública, y reseña algunos de los efectos jurídicos que la decisión adoptada produce:

«La Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de de-

Consecuencia de ello son las dos corrientes interpretativas de la naturaleza de la tutela legal claramente contrapuestas que desde la entrada en vigor de la Ley han estado en todo momento presentes en la doctrina. Por un lado, la tutela *ex lege* asistencial (según terminología utilizada por los comentaristas italianos) o tutela administrativa, y, por otro lado, la tutela *ex lege* judicial.

Las instituciones públicas han abrazado —como no podía ser de otro modo— y la Fiscalía General del Estado ha sostenido (8) la primera concepción, y entienden que la declaración del desamparo es competencia y responsabilidad de la Entidad Pública a la que en el respectivo territorio corresponda la protección de menores, sin necesidad para ello de una intervención judicial previa cuando la situación lo requiera —situaciones siempre de extrema gravedad (9)—, con obligación de informar posteriormente al Ministerio Fiscal de lo actuado, y la consiguiente asunción de la tutela automática que, con carácter provisional, se mantendrá en tanto subsistan las causas que determinaron la intervención. Esta interpretación parte de la base de que para apreciar el desamparo la entidad pública debe recabar los informes necesarios de los profesionales que hayan detectado la situación y debe realizar una evaluación global en base a los mismos

samparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, y notificando a los padres, tutores o guardadores, en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas, a ser posible de forma presencial, informándoles de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada.

Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

La asunción de la tutela atribuida a la Entidad Pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él.»

(8) Así se desprende, por ejemplo, de la Instrucción 6/1990, de 5 de diciembre, sobre menores ingresados en los Centros Penitenciarios de mujeres con sus madres presas.

(9) En la *Guía práctica de Adopción y Acogimiento, Vademecum Ley 21/1987*, se señala que se apreciará una situación de desamparo cuando se detecten situaciones extremas que requieran una intervención inmediata de protección, cuando se aprecie que un menor está privado de la necesaria asistencia moral y material y se vea necesaria la separación de su familia natural por la incapacidad de los titulares de la patria potestad para el ejercicio de sus obligaciones o bien la atención inmediata del menor por carecer de núcleo familiar.

a través de un equipo de diagnóstico. De esta forma se consigue la actuación urgente de protección al menor desatendido cuando las circunstancias así lo exijan, garantizándose, en todo caso, el derecho que todo niño tiene a permanecer en su propia familia y procurando, en la medida de lo posible, la reincisión a la misma. La entidad pública está obligada, por un lado, a informar a los titulares de la patria potestad, y a los guardadores en general en defecto de padres que lo ejerzan, del alcance de la medida adoptada y de los derechos de reclamación que le corresponden ante la autoridad judicial, y, por otro, a comunicar al Fiscal las actuaciones practicadas. A los progenitores, o a los afectados por la medida, les queda abierta la vía jurisdiccional para realizar el control y revisión judicial de la actuación de la Administración, a la que pueden acceder en todo momento en defensa de sus legítimos derechos e intereses.

Los partidarios de la tutela *ex lege* judicial o judicializada entienden, por el contrario, que la apreciación de la situación de desamparo y la asunción de tutela deben ser objeto de decisión judicial y no administrativa. Por tanto, es preciso que la representación de la entidad pública ante una situación de desamparo remita al Juzgado la petición de asunción de tutela en el expediente donde se han de contener los elementos probatorios documentados de los hechos valorados como de desamparo para el menor.

Desde la postura judicialista se rechaza, en términos generales, la «administrativización del Derecho civil», y se centra la crítica contra la tutela asistencial en tres puntos básicos:

a) La incompatibilidad del precepto con el artículo 117 de la Constitución Española. Se ha dicho que se ha querido conferir a un ente público unas potestades «confiscatorias» y decisorias en el sentido de interpretar y definir las «situaciones de desamparo», lo cual choca frontalmente con todo un sistema jurídico de valores, entre ellos la separación de Poderes, con merma del Poder Judicial y de los propios derechos fundamentales recogidos en la Constitución (10).

(10) Así lo ha visto Javier RAMOS SÁNCHEZ en «Algunas consideraciones jurídicas sobre la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre Protección de Menores y Adopción. Su posible inconstitucionalidad», *La Ley*, viernes 7 de abril de 1989. Por su parte, Manuel-Ignacio FELIU REY, en «Breve estudio de las nuevas figuras introducidas por la Ley 21/1987», *Actualidad Civil*, núm. 35, 1989, pág. 807, dice que «con la expresión “de hecho” se exige siempre que la situación de desamparo sea efectiva, real y constatable, y no una posibilidad remota y futura, pero ello no quiere decir que no sea precisa la apreciación judicial de tal situación».

b) La incompatible coexistencia de la tutela *ex lege* con la patria potestad y con la tutela, y la inaceptable limitación por decisión administrativa de los derechos de los padres y tutores. En este sentido destacamos, entre otras, las opiniones de los siguientes autores: José Méndez Pérez indica que la privación de los derechos inherentes a la patria potestad —que tienen protección incluso de naturaleza constitucional, artículo 39.3 de la Constitución—, tan sólo puede producirse mediante resolución jurisdiccional definitiva, por lo que llega a pronunciarse por la inconstitucionalidad parcial de los artículos 172.1 y 239, párrafo primero, del Código Civil, con los efectos de nulidad previstos en el artículo 39 de la LOTC, de 3 de octubre de 1979. Joaquín Arce y Flórez-Valdés sostiene que la interpretación administrativa no se cohonesta fácilmente con la propia naturaleza de la institución tutelar (supletoria de la patria potestad) ni con la relevancia y protección judicial de las facultades paternas, que sólo judicialmente pueden ser removidas, lo que se desprende del análisis sistemático de la propia Ley (11). Y José Manuel Ruiz-Rico Ruiz reseña que el sistema de la «tutela automática», tal como parece instaurarlo la nueva ley, obligaría a la entidad, casi al cien por cien de los casos, a solicitar de la autoridad judicial la privación de la patria potestad de los padres (o la remoción de la tutela, en su caso) previamente a la intervención por desamparo, para evitar todo tipo de problemas derivados de una posterior oposición paterna o tutelar (12).

c) Y la ausencia de garantías constitucionales en la toma de decisión por la entidad administrativa. José Méndez Pérez entiende que la interpretación asistencial puede peligrosamente prestarse a abusos, incluso de buena fe, de exceso de celo por parte de los rectores y funcionarios de las Entidades Públicas que asumen las res-

(11) «El acogimiento familiar y la adopción», *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, T. XCV, julio-diciembre, págs. 756 y 757. Según este autor, el artículo 172.1 no trata de romper ni destrozar todo un sistema, cada vez más judicializado (tutela de autoridad) de constitución y vida de la institución, ni se puede pretender que la nueva Ley coloque en vías administrativas la extinción de las previas relaciones paterno-familiares naturales, posibilitando su ruptura extrajudicial con la declaración de la situación (también administrativa) de desamparo.

(12) «La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores», *Actualidad Civil*, núm. 2, 17-1-1988, págs. 24 y ss. A la vista de los resultados, entiende que hubiera sido mucho más sencillo disponer expresamente la sujeción a control judicial previo, a través de un procedimiento judicial sumario, de la delación del cargo tutelar sobre el menor, en favor, en su caso, del ente público, lo que acarrearía automáticamente la privación de facultades paternas o tutelares, y, además, la posibilidad de inscripción del cargo en el Registro sin ningún tipo de trabas.

ponsabilidades, y que puede conducir a situaciones de tratamiento escasamente indulgente, en especial referencia al orden humano, con los progenitores de los menores afectados, máxime si los sujetos en que el desamparo es apreciable no pueden atribuirse, *prima facie*, al consciente y culpable incumplimiento de las obligaciones paternas, sino a situaciones de infortunio que limitan o imposibilitan el cumplimiento de las obligaciones familiares (13). Manuel Ignacio Feliu Rey defiende una cierta intervención judicial en la constitución de la tutela prevista en el artículo 172.1 —que no deja de ser automática— consistente en la previa declaración de una situación de desamparo, constatando así, judicialmente, el supuesto de hecho habilitante, y salvando la quiebra producida por una interpretación literal de los artículos 172.1 y 222.4 del Código Civil y 24.1 de la Constitución Española, y cuyo resultado sería una situación de indefensión, al no contemplarse en la Ley 21/1987 trámite alguno de audiencia a los padres del menor desamparado. Considera que el que no exista una disposición expresa en el artículo 172 que establezca que la situación de desamparo deba ser apreciada y declarada por el Juez competente, se debe a un olvido por parte del legislador, olvido existente tanto en el Proyecto como en el texto definitivo. Así pues, la intervención judicial se limitaría a la declaración de la situación de desamparo y, una vez declarada ésta, la tutela se constituiría automáticamente sin necesidad de aplicar, en general, la normativa referente a la declaración y el nombramiento del tutor, pues de otro modo perdería todo sentido la automatización que prevé la Ley 21/1987 en su constitución. Por otra parte, pecaría de incongruencia el segundo párrafo del artículo 239 del Código Civil en relación con el primero del mismo artículo, por cuanto el juez ya habrá designado el tutor conforme a las reglas ordinarias, habiendo recaído el nombramiento en la entidad pública (14). Por otro lado, Luis Fernández Álvarez aboga por la imposición de un expediente administrativo tramitado con las debidas garantías que aseguren la intervención contradictoria de los padres afectados, y con control judicial necesario *a posteriori*, ya que si se prescinde de ese control judicial *a posteriori* se produciría un grave ataque a la familia y a la protección que constitucionalmente se le otorga, debiéndose estimar, en ese caso, que los artículos 172.1 y 239 son parcialmente nulos por su contradicción con el texto constitucional, y sólo sería viable la tutela *ope legis* en los casos poco

(13) *El acogimiento de menores*, Bosch, 1991, págs. 94 a 99.

(14) *Comentarios a la Ley de Adopción*, Técnos, 1989, págs. 34 y ss.

frecuentes de ausencia absoluta de asistencia al menor, de falta de persona que ejerza los deberes de protección (15). Esta exigencia de control judicial necesario *a posteriori* es también señalada por otros autores, como Ramiro Ventura Faci (16), o como Etelevina Valladares Rascón, que considera que los artículos 239 y 172 contemplan un nuevo supuesto de privación de la patria potestad por ministerio de la ley, en el que a diferencia de lo que ocurre con los demás, el control judicial no se produce *a priori* sino *a posteriori* (17).

Frente a las anteriores observaciones, la tesis asistencialista sostiene que:

- a) La ley configura el desamparo como una situación de hecho que no exige una previa declaración judicial, como una situación límite en la que se halla el menor que exige un mecanismo de protección automático ante la necesidad de ponerlo bajo la protección de personas o entidades distintas a sus progenitores o guardadores legales, cambiando de este modo la situación procesal de los implicados, ya que deberán ser los padres o guardadores legales en descontento los que acudan al Juez para la resolución del conflicto (18).
- b) Plantear la necesidad de un procedimiento judicial de suspensión de la patria potestad previo a la constitución de la tutela, supone sostener la vigencia del régimen derogado del antiguo artículo 174 del Código Civil (19).

(15) «La tutela administrativa de los menores en situación de desamparo y su incidencia sobre la facultad protectora de los Tribunales Tutelares de Menores», *Revista General de Derecho*, págs. 1863 y ss.

(16) «Los menores de edad: reflexiones sobre su legislación», *Revista Menores*, núms. 11-12, septiembre 1988.

(17) «Notas urgentes sobre la nueva Ley de adopción», *Poder Judicial*, núm. 9, marzo 1988, págs. 29 y ss.

(18) Así se pronuncia M.^a Elena RODRÍGUEZ VIGIL Y RUBIO, en *I Jornadas sobre Regulación Legal de la Protección de Menores*, Donostia-San Sebastián, 15 y 16 de diciembre de 1988, Diputación Foral de Guipúzcoa, 1989, pág. 178. Y en el mismo sentido lo hace M.^a Pilar FERRE VANRELL, en «El acogimiento familiar en la Ley 11/1987 de 11 de noviembre, como modo de ejercer la “potestad” de guarda», *Anuario de Derecho Civil*, T. XLVI, fasc. I, enero-marzo 1993, págs. 162 y ss.

El artículo 31 del Borrador de Anteproyecto de Ley de Derechos del Menor, reconoce de forma cabal que «las resoluciones que declaren el desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la Ley, serán recurribles ante el Juez... por los trámites de la jurisdicción voluntaria, sin necesidad de la reclamación administrativa previa».

(19) En este sentido se manifiesta Carlos JIMÉNEZ VILLAREJO, en *I Jornadas sobre Regulación Legal de la Protección de Menores*, Donostia-San Sebastián, 15 y 16 de diciembre de 1988, Diputación Foral de Guipúzcoa, 1989, ponencia «La tutela inmediata de los menores desamparados», págs. 165 y ss.

c) El papel secundario que esta ley ha dado a los padres (y guardadores en general) de los menores en situación de desamparo frente al papel principal que desempeñan las Entidades Públicas en esta labor asistencial en defensa de los derechos del niño, no supone desconocer la protección judicial de los derechos fundamentales de aquéllos si el acuerdo de la entidad de asunción de tutela automática cumple con unos requisitos mínimos de fondo y de forma. De fondo, consistentes en que el acuerdo ha de contener (siempre que la urgencia del caso no justifique otra cosa) la descripción de la situación de hecho, la apreciación técnico-jurídica del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, e, incluso, en su caso, la valoración subjetiva de las circunstancias que han llevado al menor a quedar privado de la «necesaria asistencia moral o material». Y de forma, por el que se exige que el acuerdo se notifique inmediatamente a los padres o interesados con entrega de copia y con información de su derecho a acudir ante el Juez competente para ejercitar las acciones oportunas, o, en su defecto, que se hayan adoptado todas las diligencias posibles para llegar a conocer el paradero de los interesados o, conocido éste, para comunicarles esas decisiones de manera que les sean claramente inteligibles (20). Cumplidos esos requisitos y emanada la decisión de la Autoridad competente, la asunción de tutela actúa, con plena legitimidad constitucional, por un lado como título habilitante a la Entidad Pública para intervenir bajo los principios de eficacia y sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1. de la Constitución Española) en defensa de los intereses personales del menor que se consideran gravemente lesionados, por otro lado como medio de prueba de la causa que motiva su intervención, y por otro como garantía de objetividad en su actuación. En tanto no sea impugnada ante los Tribunales y éstos no la dejen sin efecto, la resolución será eficaz y gozará de presunción legal de veracidad, lo cual no supone vulneración de la presunción de inocencia de los guardadores ya

(20) LORCA MARTÍNEZ, en «La tutela *ex lege* o tutela de los menores en situación de desamparo», *Actualidad Civil*, núm. 24, 1989, pág. 1819. Por su parte, Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, en *La nueva adopción*, Cívitas, 1989, pág. 53, sostiene la no constitucionalidad de la ley, porque entiende, entre otras cosas, que las funciones atribuidas a las entidades públicas por la reforma de 1987 tienen su fundamento en el artículo 39 de la CE y porque, según y como se configure, el derecho a la tutela judicial efectiva acaso pueda resultar salvaguardado en su momento por la vía de los artículos 173 y 177.2 del Código Civil y 1.827 y 1.828 de la LEC y por el cauce de la disposición adicional décima de la Ley de 13 de mayo de 1981.

que la decisión de declarar en situación de desamparo a un menor está debidamente fundada y se toma siempre exclusivamente en defensa del derecho del menor y para ello no es preciso culpabilizar a nadie por que se haya dado la situación de hecho determinante del desamparo (21). No obstante, de producirse implícita o explícitamente esa culpabilización en el acuerdo administrativo, los afectados tienen la posibilidad de oponerse y negar su realidad en el expediente judicial abierto al efecto con la oportuna impugnación, donde la carga de la prueba recae sobre la Entidad Pública, del mismo modo que si la impugnación se basa no en imputaciones subjetivas sino en causas objetivas.

Hay que destacar que no todas las Comunidades Autónomas han regulado el procedimiento de asunción de la tutela *ex lege*, o han determinado suficientemente en su normativa las garantías que han de observarse en la tramitación del pertinente expediente (22). Pero, en cualquier caso, es preciso que la Administración Pública de información siempre, con las particularidades que la urgencia del caso justifique imponer, a los guardadores afectados, y que lo haga de manera comprensible sobre las causas que motivaron su actuación, sobre los efectos y consecuencias que conlleva y sobre los recursos que caben interponer contra esta resolución.

(21) Como tiene establecido el Tribunal Constitucional en Sentencia de 1 de abril de 1982, que estimó vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en un proceso civil sobre medidas provisionales en materia de familia, la presunción de inocencia puede ser conculecada en resolución judicial o en la previa resolución administrativa que enjuicia la condición o conducta de la persona a la que se va a imponer una limitación de un derecho. Por eso, como la declaración de tutela *ex lege* condiciona y limita el ejercicio de la patria potestad en la relación personal paterno-filial, requerirá estar basada en una previa actividad investigadora que respalde fáctica y jurídicamente esa decisión motivada de la Entidad Pública.

(22) Como afirma Bartolomé VARGAS CABRERA, en *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Editorial Comares, Granada 1994, pág. 393, «desde el momento en que las Administraciones asumen las facultades tuitivas de la Ley 21/87, están plenamente sometidas al Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil sin que las normas autonómicas puedan modificar los preceptos de estos cuerpos legales, y a lo más completarlos... Las entidades públicas realizan actos administrativos sometidos no al Derecho Administrativo y sus principios sino al Derecho Civil de Familia que sólo se contiene en el Código Civil y la legislación foral donde exista. En las cuestiones de organización de medios, gestión y mecanismos asistenciales previstos para atender al menor desamparado, los entes públicos están sometidos a la legislación administrativa autonómica, procedimiento y recursos administrativos, aunque ya exponfamos la posibilidad de que el Juez civil acuerde las referidas medidas de asistencia».

Como normativas autonómicas más significativas cabe reseñar las siguientes: En la Comunidad de Madrid, el Decreto 71/1992, de 12 de noviembre, regula el procedimiento de constitución y ejercicio de la tutela y guarda del menor, con las facultades para adoptar, por razones de urgencia o de necesidad, cuantas medidas se estimen necesarias para la mejor atención y cuidado de los menores tutelados y para constituir la guarda, y da un impulso al principio de celeridad en el proceso de toma de decisiones sin menoscabo de las garantías procedimentales para cuantas personas intervienen y son sujetos de los expedientes (23). En Cantabria, el Decreto 66/1992, de 7 de septiembre, aprueba el Reglamento de Expedientes administrativos de adopción, tutela, guarda y acogimiento de menores, procedimiento parejo al de la Comunidad de Madrid. En Castilla-La Mancha, el Decreto 143/1990, de 18 de diciembre, sobre procedimiento en materia de protección de menores, regula el trámite a seguir de manera parca y tal vez excesivamente simplista (24). En Cataluña, la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, recoge las siguientes particularidades: la extensión de las medidas de protección efectiva a los que «van a nacer» cuando se prevea claramente la situación de desamparo del futuro bebé; la tipicidad de las causas que pueden determinar la declaración de desamparo; el de-

(23) «En el momento en que se tenga conocimiento por la Comisión de Tutela del Menor, de que un menor pueda encontrarse en situación de desamparo, se iniciará el oportuno expediente de tutela, en el que quienes ejercen potestad o guarda sobre el menor, y él mismo si tiene doce años cumplidos, podrán proponer la audiencia de personas o la emisión de informes que aporten mayor información sobre los hechos examinados; al expediente podrán incorporarse cuantos informes de carácter social, sanitario, educativo, psicológico o cualquier otro que pueda aportar información útil para su resolución. En los casos en que existan graves riesgos para el menor que exijan una intervención urgente (art. 10), se procederá a constituir de inmediato la tutela del mismo mediante Resolución del Vocal del Comisionado competente, así como cuantas medidas sean necesarias para asegurar su asistencia y apartarle de las situaciones de riesgo en que pudiera encontrarse, dando posteriormente cuenta a la Comisión. En tanto se mantenga la situación de tutela de un menor, y para asegurar la cobertura de sus necesidades subjetivas y su plena asistencia moral y material, se acordará su atención por medio de alguna de las formas que se mencionan en el artículo 12.»

(24) Hay poco que destacar de los Decretos de Castilla y León (Decreto 57/1988, de 7 de abril, por el que se dictan normas sobre competencia sobre protección del menor), Valencia (31/1991, de 18 de febrero, por el que se modifica el Decreto 23/88, de 8 de febrero), Galicia (196/1988, de 28 de julio), Andalucía (Decreto 57/1988, de 7 de abril), y de la Ley 10/1987, de 14 de diciembre (salvo que se hace referencia a la Junta de Parentes, institución contemplada en la Compilación de Derecho Civil de Aragón), y Decreto 119/1988, de 21 de junio, de Aragón.

ber que le compete al juez (a instancia de parte) de resolver sobre si confirma o deja sin efecto la declaración de desamparo; y la necesidad de oír al menor de más de doce años —y al de menos de doce años si tiene suficiente conocimiento y es posible— en la adopción de cualquier medida que le afecte.

Lo afirmado de la tutela asistencial difiere bien poco de la autotutela declarativa y ejecutiva de los actos de la Administración, según la cual estos actos gozan además de la presunción de validez de fuerza ejecutiva inmediata, sin necesidad para ello de una intervención —previa o posterior— de los Tribunales que les dote de dicha fuerza. Y si esto se predica de la resolución administrativa que declara al menor en situación de desamparo, ¿que órgano judicial debe auxiliar a la entidad pública para recoger al menor de su domicilio en caso de oposición de los padres a su entrega? ¿El Juzgado de Primera Instancia del domicilio donde se halle el menor, el de Primera Instancia competente para controlar la legalidad de la asunción de tutela *ex lege*, es decir, el juzgado de Primera Instancia de la localidad donde tenga la sede la Entidad Pública, o el Juzgado de Instrucción de esta última localidad, tal como dispone el artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (25), actuando como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, y, en consecuencia, asegurándose tan sólo de que se pide la ejecución de un acto que *prima facie* parece dictado por autoridad competente en ejercicio de facultades propias, y garantizando al tiempo que esa irrupción en el ámbito de la intimidad se produzca sin más limitaciones de ésta (o de otros derechos fundamentales de los ocupantes) que aquéllas que sean estrictamente indispensables para ejecutar la resolución administrativa (SS del Tribunal Constitucional de 23 de septiembre de 1987 y de 14 de mayo de 1992, entre otras)? A nuestro modo de ver, y sin perjuicio, claro está, de que el Juzgado de Guardia pueda adoptar las medidas urgentes de protección que de oficio o a instancia de parte procedan en defensa de los derechos del menor, el órgano judicial competente para conceder o denegar la autorización de entrada en domicilio para la recogida del menor es el de Primera Instancia del lugar donde éste se halle, que ha de pronunciarse en un expediente de jurisdicción voluntaria incoado al

(25) «Corresponde también a los Juzgados de Instrucción la autorización en resolución motivada para la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular, cuando ello proceda para la ejecución forzada de los actos de la Administración.»

efecto donde debe constar simplemente la declaración fundamentada del desamparo y la constancia de su comunicación a los guardadores del menor. La competencia le viene dada esencialmente por razón de la materia. La fiscalización *prima facie* de la legalidad del acto (el recurso administrativo no es el adecuado) y de la competencia de la autoridad, así como de la procedencia de la entrada en domicilio, que no del control de la situación de desamparo del menor, corresponde por la naturaleza del acto al Juez natural civil, siquiera sea por la toma de una de las medidas urgentes a que se refiere el artículo 63, apartado 20, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El Juez competente para el conocimiento de las impugnaciones contra la resolución de la Entidad Pública y de las incidencias derivadas de la aplicación del artículo 172.1 del Código Civil es el del domicilio de la Entidad Pública en que en cada Comunidad Autónoma tenga, conforme a sus leyes, competencia para asumir la tutela, según se desprende de la regla 16 del artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y Disposición adicional segunda de la Ley 21/87, así como de la Disposición final de la Ley 11/81, de 13 de mayo, sin perjuicio de la competencia de los Jueces del domicilio del menor para adoptar las medidas urgentes a que se refiere el artículo 63, apartado 20, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El trámite para conocer de las incidencias mencionadas es el de jurisdicción voluntaria, sin que la oposición de los interesados haga conflictivo el expediente, pero quedando a salvo la facultad de los mismos para acudir al proceso ordinario correspondiente. La resolución que recaiga es susceptible de apelación, de la que conocerá la Audiencia Provincial por los trámites de los artículos 887 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el procedimiento no se precisa la representación por medio de Procurador ni la asistencia de Letrado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4.5 y 10.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En su tramitación, el Juez puede y debe ordenar de oficio, si lo estima oportuno, toda información testifical, pericial o documental encaminada a acreditar los extremos que considere indispensables para atender al interés del menor.

Esta concepción de la tutela *ex lege* asistencial no contraviene lo dispuesto en el artículo 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (26), ya que la separación del menor contra la volun-

(26) «Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos apli-

tad de sus padres la realizan, como hemos dicho, las autoridades competentes y de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, a reserva del control judicial que, a nuestro entender, se ha de producir a instancia de parte interesada o del Ministerio Fiscal.

Las posturas doctrinales contrapuestas sobre la naturaleza de la tutela legal que acabamos de exponer suavemente evidencian la necesidad de buscar la unidad de criterio en la aplicación de esta norma fundamental. Ya es hora de que logremos, por seguridad jurídica, transcurridos siete años de vigencia de la Ley, aproximar al máximo las posturas sobre este importante extremo de la reforma, de manera que el ciudadano en general y el jurista en particular sepa en todo momento cuál es el sentido y significado de este precepto, sin sorpresas que puedan venir de la interpretación y aplicación arbitraria o voluntarista del hermeneuta de turno. Pedimos con ello certeza en el Derecho, que no es más que una exigencia derivada del principio constitucional de seguridad jurídica.

Proponemos en este trabajo que la interpretación asistencial de la tutela es la correcta, y para ello acudimos a diversos argumentos —la mayoría aportados ya con anterioridad por otros comentaristas— que exponemos agrupados alrededor de los elementos interpretativos que les sirven de apoyo.

1. *El elemento histórico*

La innecesidad de declaración judicial alguna respecto a la situación de desamparo se pone de manifiesto con toda claridad en la tramitación y en los debates parlamentarios del precepto vigente. Así, comprobamos que el texto del Proyecto ministerial, que ya prescindía de la previa decisión judicial, fue modificado tras aceptar la Ponencia sólo dos de las enmiendas presentadas, la número 7 del Grupo Parlamentario Vasco (que seguía en la línea del entonces vigente art. 174 del Código Civil), y la número 37 del Grupo Socialista, siendo aprobado finalmente por la Comisión, con competencia legislativa plena, una definición transaccional del desamparo en la que se omiten referencias a plazos y a declaración judicial, y

cables, que tal separación es necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de malos tratos o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.»

se incorpora la mención a la causa del desamparo (el incumplimiento, o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores). O que, por otro lado, el entonces Ministro de Justicia, Sr. Ledesma, en su intervención ante la Comisión de Justicia del Senado para expresar en nombre del Gobierno diversas consideraciones sobre los propósitos de la ley, justificó la administrativización y la consiguiente desjudicialización que instaura la Ley 21/1987 aduciendo, entre otras cosas, que en el texto legal se parte de la idea de que la protección de menores tiene mucho más que ver, es mucho más competencia de los servicios sociales de la Administración, es decir, de aquellos servicios que se inspiran en las ciencias sociales, como la psicología, la sociología, la pedagogía, etc., predominando esta consideración sobre otros criterios, también muy importantes, como son los criterios técnico-jurídicos (27), llegando a afirmar, también en los debates parlamentarios, que la tutela automática y legal se caracteriza, primero, por su automatismo, es decir, por la innecesidad de declaración judicial, segundo, por la provisionalidad, porque se mantendrá en tanto subsistan las causas que determinaron esa intervención, y tercero, por sus beneficiarios, que serán los menores desamparados.

También es elocuente a este respecto el Preámbulo de la Ley 21/1987 en su párrafo sexto, en el que se lee lo siguiente:

«Como complemento del acogimiento y de la adopción y como paso previo para la regulación más clara de ambas instituciones, la presente ley da normas sobre la tutela y la guarda de los menores desamparados. Cambiando el criterio a que respondía el artículo 239, se ha estimado, atendiendo a la urgencia del caso, que la situación de desamparo debe dar origen a una tutela automática a cargo de la Entidad pública a la que corresponda en el territorio la protección de menores. La guarda de éstos, siempre bajo la superior vigilancia del Fiscal, quien podrá proponer al Juez las medidas de protección que estime necesarias, se confía a la propia Entidad, que podrá actuar bien a través de los Directores de los establecimientos públicos o privados que de ella dependen, bien a las personas que formalicen el acogimiento familiar.»

(27) CORTES GENERALES: *Diario de Sesiones del Senado, III Legislatura, 1987*, núm. 46, pág. 1724.

De la lectura de este texto se desprenden varias cosas. En primer lugar, que la razón determinante que llevó al legislador a introducir esta novedosa figura jurídica en el Código Civil fue la necesidad de modificar el criterio jurídico que presidía el anterior artículo 239, para así poder atender adecuadamente a los supuestos de situación de desamparo que por la urgencia del caso debían ser atendidas de forma inmediata, sin más requisitos procedimentales ni intervenciones administrativas o judiciales por la Entidad Pública competente. En segundo lugar, que se señala implícitamente la falta absoluta de recursos o instrumentos legales que hasta entonces tenía la Administración Pública para atender correctamente a esos casos urgentes, pues el modificado artículo 239, ciertamente, se limitaba a decir que la tutela del menor acogido en establecimiento público podía ser atribuida al Director del establecimiento, aparte de obligarle a promover la constitución judicial de esa tutela. Y en tercer lugar, que la incorporación de la tutela *ex lege* a la Sección 1.^a, que reza «*De la guarda y acogimiento*», se debe a que la situación de desamparo es el paso previo que conduce, como supuesto natural, al acogimiento y a la adopción. En definitiva, el legislador reconoce la deficiente situación jurídica y reacciona creando la figura de la tutela *ex lege* plasmada en el párrafo primero del artículo 172 —breve e incompleto si se quiere, pero texto legal al fin y al cabo—, como exponente máximo de la nueva forma de entender la protección de menores (28).

Desde una perspectiva histórica, y partiendo del derecho ya vigente, la Ley de 1987 ha introducido las siguientes novedades: 1) Ha suprimido la exigencia legal de su declaración judicial, al configurarse como una institución *ope legis*. 2) Ha sustituido la anterior figura del abandono (que tenía una eficacia limitada al campo de la adopción, y en concreto a la exclusión —o no— del consentimiento paterno a la adopción de su hijo), por la nueva del des-

(28) En este sentido Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, en «*La protección jurídico-civil por razón de la menor edad*», *Anuario de Derecho Civil*, vol. XLV, 1992, págs. 1391 y ss., sostiene que la incapacidad de los mecanismos institucionales para proveer al menor de una protección eficaz, ha propiciado un más que notable cambio en la perspectiva desde la que el legislador ha enfocado el problema. La nueva regulación de 1987 se hace depender estrechamente de la situación real del menor necesitado efectivamente de protección (como punto de partida), y de la eficacia de los mecanismos de protección arbitrados para obtenerla. Así, pues, la existencia de un guardador de hecho que efectivamente atienda a las necesidades del menor, excluye la situación de desamparo. Necesariamente la guarda «de hecho» excluye que «de hecho» se produzca el desamparo del menor.

amparo, vinculada sólo a la tutela legal (29). Como dice Antonio Gil Martínez, «terminológicamente, “abandono” parece estar definido desde la óptica del que produce la situación por su dejación de obligación de cuidado, mientras que “desamparo” contempla más propiamente al que lo padece, dando idea de falta de protección y auxilio, que asume quien lo sufre en una situación de indefensión y desvalimiento, ante la que reacciona el legislador estableciendo los mecanismos precisos para proveer a la custodia y cuidado inmediatos del menor desamparado» (30). 3) Y ha concedido a la tutela legal y a la adopción ámbitos de aplicación distintos (aunque en ocasiones puedan converger) (31), con ubicación en secciones separa-

(29) Fue la Ley de 24 de abril de 1958 la que introdujo por vez primera la figura de abandono de menores, refiriéndose a efectos de adopción plena a los abandonados en casas de expósitos u otros establecimientos de beneficencia, sin determinar en qué consistía el abandono. La Ley de 4 de julio de 1970 definió la situación de abandono en el artículo 174 del Código Civil (carecer el menor de persona que asegure la guarda, alimento y educación, siendo irrelevante que ese abandono se haya producido por causas voluntarias o involuntarias), que debía ser apreciada por el juez competente para conocer del expediente de adopción. Y con posterioridad, la Ley de 13 de mayo de 1981 redujo el plazo para apreciar la situación de abandono en la que se halla el adoptando que pasó de ser de seis meses a sólo un mes.

(30) *La reforma de la adopción, Ley 21/1987, comentarios*, Dykinson, 1990.

(31) La declaración de desamparo producida por causas imputables a la conducta de los padres no supone que éstos se hallen incursos en causa de privación de patria potestad, porque, como hemos dicho, la finalidad de la tutela *ex lege* es la de proteger al menor necesitado y no la de valorar la conducta de los padres. Esta valoración habrá de hacerla de manera motivada el Juez que conozca de la adopción. Si la declaración de tutela *ex lege* se debió fundamentalmente a la total desatención o a una conducta delictiva de los padres hacia el hijo, y esta circunstancia lleva posteriormente al juzgado que tramita el expediente de petición de adopción del menor a apreciar que los padres están incursos en causa de privación de patria potestad, en la citación sólo para audiencia, y no para asentir la adopción, el juzgado tiene que comunicar a los padres de manera clara las razones por las que se les considera incursos en causa de privación de patria potestad (art. 1.831 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se dice que en la citación de los padres se precisará la circunstancia por la cual basta su simple audiencia), y tiene que indicar de forma inteligible el cauce procesal que existe para formular su oposición a esa grave apreciación que el juzgado hace de su actuar precedente (según el art. 1.827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si los padres citados sólo para audiencia comparecieran alegando que es necesario su asentimiento, se interrumpirá el expediente y la oposición se ventilará ante el mismo Juez por los trámites del Juicio Verbal), a fin de dar cumplimiento analógico a lo preceptuado en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y facilitar la efectividad de los derechos de defensa y tutela efectiva. La simple comparecencia personal de los padres biológicos sin la información mencionada, por los efectos de la privación de la patria potestad que les puede deparar, vulnera el derecho de defensa y asistencia letrada que reconoce el artículo 24 de la Constitución (Fundamento Jurídico 8.^o de la STC, Sala 1.^a, 71/90, de 5 de abril). La información referente a las circunstancias ambienta-

das. Mientras que la tutela automática busca el logro de fines inmediatos y provisionales, con la adopción se obtienen fines medios y definitivos porque con ella se extingue el vínculo jurídico que unía al menor con sus padres biológicos y se crea una nueva filiación. La nota de provisionalidad de la tutela le obliga a depender: de que se mantenga la situación de abandono y persista la dejación de funciones o el inadecuado ejercicio de éstas; de que no sea posible la reinserción del menor en su familia; de que se vaya a nombrar tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias puedan asumir la tutela con beneficio para éste (art. 239.2 del Código Civil); o de que se esté a la espera de un posterior acogimiento administrativo o judicial, e incluso una adopción, en los casos en que se considere que la reinserción en la propia familia no es adecuado o es inviable.

2. *El elemento teleológico*

Los principios que informan la reforma deben servirnos para llenar las lagunas que por insuficiencias o incorrecciones técnicas hemos reconocido en la regulación de esta novedosa figura jurídica.

Entre ellos destaca, como ya expusimos con anterioridad, la concepción del menor como sujeto titular del derecho a ser protegido y asistido por su familia, y la obligación de intervenir que con carácter subsidiario tienen las instituciones sociales para satisfacer esos intereses.

Todos los fundamentos de la reforma (desjudicialización de las primeras etapas de protección, potenciación de los servicios sociales con el control del Ministerio Fiscal, prioridad del tratamiento del menor en su propia familia, etc.), están presididos por la idea del supremo interés del menor, interés que se superpone a cualquier otro concurrente, por legítimo que éste sea.

Pero este supremo interés del menor, ¿es un reflejo de unos derechos específicos del menor o es un simple criterio orientador del

les, a las condiciones de vida y conducta familiar obrante en el expediente, ha de trasladarse a los afectados a fin de que conozcan y, si lo consideran procedente, reaccionen frente a las imputaciones que resulten de las investigaciones practicadas, pudiendo a tal efecto solicitar la apertura del juicio verbal y presentar escrito de descargo y proposición de prueba.

intérprete? Nosotros sostenemos que el artículo 172 confiere al menor un derecho específico, el derecho a ser asistido por la Entidad Pública en caso de desamparo, y un deber para el órgano administrativo, el deber de actuar ante ese estado de necesidad. El derecho que tiene el menor no es tanto «contra» sus padres o guardadores, sino «en relación» con ellos. Por razones naturales (la principal característica de la infancia es la dependencia psicológica y económica del adulto), el menor de edad está sujeto a la protección de su familia, y cuando ésta, por cualquier circunstancia no puede prestarle la asistencia imprescindible (guardia, alimento y educación), es a la Administración Pública a la que incumbe, por ese derecho, el deber de asegurar la protección (32). Y al reconocerse que el interés superior, en lo que concierne al desamparo, tiene su referencia en ese concreto derecho, se está considerando al niño como un sujeto y no como un objeto de los derechos de terceros en este particular conflicto entre los intereses de la familia, los hijos y las instituciones, entre guardadores, niños y responsables de los servicios sociales (33).

3. *El elemento sistemático*

El estudio sistemático de esta disposición legal también nos va a permitir conocer mejor su contenido y significado, sin perjuicio de reconocer que, de *lege ferenda* es precisa una más completa regulación jurídica de esta materia.

(32) El menor, como recoge el principio 5 de la Declaración de los Derechos del Niño, debe crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y en un ambiente de afecto y seguridad moral y material, y tiene derecho a ser educado por su propia familia y a ser mantenido en ella en la medida de lo posible, debiéndose evitar su separación mientras no haya causa que lo justifique. En momentos de crisis familiar, la Administración debe apoyar a la familia tanto económica como educativamente. El derecho del menor se corresponde con el deber que tienen los padres (y guardadores) de protegerles y cuidarles. Si ellos no pueden o no quieren dar el amparo, afecto y seguridad necesarios, serán la Sociedad y el Estado las que, subsidiariamente, deban adoptar las medidas de protección que su condición de menor requiere.

(33) Como acertadamente se ha señalado por la doctrina, el complejo tejido de derechos y responsabilidades que unen al menor con la familia y el Estado ocupa un lugar central en la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. La familia y el Estado aparecen como corresponsables en la realización de algunos de los derechos del niño, trazándose los límites de la autoridad paterna y materna frente a la autonomía y el bienestar del niño, y definiéndose, a su vez, la responsabilidad del Estado en la «tutela» de esos límites.

¿Es correcta su ubicación sistemática? En principio, la tutela legal, pese a la crítica que ha recibido en este sentido, no ha supuesto un cambio en la concepción de instituciones del Derecho de familia como la patria potestad o la tutela, sino, bien al contrario, una profunda revisión de las relaciones personales entre menores y mayores de edad en el seno familiar. Y siendo materia estrictamente civil, el legislador, al amparo en el artículo 149.1, 8, de la Constitución, la introduce en el Código Civil. Los menores, por tanto, tienen garantizados en todo el Estado los mismos derechos en esta materia, sin perjuicio de la competencia de las Comunidades Autónomas para su desarrollo legislativo de conformidad con el artículo 148.1, 20, de la Constitución, y de que, por consiguiente, las posibilidades de actuación de los servicios sociales difieran dependiendo de los medios de que disponga cada Comunidad Autónoma o entidad pública competente. Hay que significar que la normativa autonómica dictada partiendo de las prescripciones de la ley estatal de 1987, de forma unánime ha dado por supuesto que no corresponde al Juez apreciar y declarar la situación de desamparo de los menores.

Siguiendo las pautas del plan o sistema romano, se ha incorporado la tutela legal en el Libro I (de las personas), Título VII (de las relaciones paterno-familiares, expresión dada por la Ley de 13 de mayo de 1981 al sustituir la rúbrica anterior que rezaba «de la patria potestad», y no en el lugar del Título X que está dedicado a las instituciones tutelares), Capítulo V (se sustituye el encabezamiento «de la adopción» por la rúbrica general «de la adopción y otras formas de protección»), y Sección I (de la guarda y acogimiento de menores).

Adviértase que en la rúbrica de la sección no se menciona a la tutela *ex lege* porque, entiendo, el legislador ha englobado esta figura dentro del término «guarda», expresión genérica que abarca tanto la guarda administrativa del párrafo 1.^º —consecuencia de la asunción de la tutela legal por apreciarse desamparo—, como las guardas voluntaria y judicial (párrafo 2.^º) (34). Su incorporación en este capítulo se debe a que esta figura se halla muy unida a las del

(34) En el artículo 7 del Borrador de Anteproyecto de Ley de Protección Jurídica del menor y de modificación parcial del Código Civil, de 14 de noviembre de 1994, se lee: «Además de la “guarda” de los menores tutelados por encontrarse en situación de desamparo, la Entidad Pública podrá asumir la guarda en los términos previstos en el artículo 172 del Código Civil, cuando los padres o tutores no puedan cuidar de un menor o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda.»

acogimiento y la adopción, de las que es, como indica el propio preámbulo de la ley, materia complementaria. Eso no quiere decir que la tutela *ex lege* no goce de autonomía. La tutela automática ni es una etapa previa necesaria o condicionante de esas figuras (pues puede darse una adopción o un acogimiento de un menor sobre el que la entidad pública no haya asumido la tutela legal), ni su finalidad es facilitar la tramitación de los expedientes de acogimiento o de adopción. Antes al contrario, es y será siempre una prioridad en protección de menores el mantenimiento del menor en su entorno natural, procurando que permanezca en su familia mediante los oportunos apoyos técnicos y económicos a sus miembros, antes de tomar cualquier otra medida alternativa. Son dos perspectivas diferentes desde las que se puede estudiar el desamparo (tutela legal), que difieren de los fines y efectos inmediatos o mediatos a los que esta figura atiende: a la función protectora del menor propiamente dicha, y a la obtención de la medida alternativa del acogimiento o la adopción, respectivamente (35).

Cuando el artículo 222 del Código Civil enumera «a quienes estarán sujetos a tutela» (menores y mayores de edad), se está refiriendo, en todo caso, a personas a las que se le debe constituir la tutela por no estar sujetas a patria potestad, es decir, a personas a las que hay que completar con esta institución su falta de capacidad de obrar. Por tanto, cuando en el punto 4.^º de dicho artículo se dice que estarán sujetos a tutela «los menores que se hallen en situación de desamparo» no incluye a los menores que aunque estén bajo la tutela de la entidad pública siguen sometidos de derecho a la patria potestad de sus progenitores. El Código se refiere en este apartado 4.^º a los menores desamparados que no tienen padres o teniéndolos, han sido privados de patria potestad. Precisamente son los menores a los que también se refiere el artículo 239, que no hace otra cosa que reiterar en su párrafo primero, aunque sea en sede de tutela, lo dispuesto anteriormente en el artículo 172.1 (lo cual no significa cambio alguno en la concepción de su naturaleza, que sigue siendo la misma), y ordenar, en su párrafo segundo, que se proceda al nombramiento del «tutor conforme a las reglas ordinarias» cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste, esto es, sólo cuando la tutela ordinaria quepa, porque no existan pa-

(35) En este sentido, Etelvina VALLADARES RASCÓN, en «Notas urgentes sobre la nueva Ley de adopción», *Poder Judicial*, núm. 9, marzo 1988, págs. 29 y ss.

dres que ostenten la patria potestad con la que es del todo punto incompatible. Las personas que pueden hacerse cargo de los menores desamparados cuyos padres no estén privados de patria potestad, cuando así lo hacen aconsejar sus relaciones con ellos u otras circunstancias, deberán acudir al acogimiento, administrativo o judicial, para regularizar esa relación, pero no a la tutela (36).

4. *El elemento gramatical*

La expresión «por ministerio de la ley», empleada por el Código Civil en otros preceptos, no admite otra interpretación, como han señalado otros autores, que la de automatismo legal o adjudicación de consecuencias jurídicas sin necesidad de que éstas sean declaradas por los órganos jurisdiccionales (37). Y la expresión «tutela» es utilizada por el legislador en el sentido vulgar de defensa o tutela efectiva de derechos, y no en el técnico-jurídico que le podría ser aplicado de instituto complementario de la incapacidad de obrar del menor opuesto a la patria potestad (38), porque aquí no se habla de

(36) En este sentido Pedro Pablo CONTRERAS, en «Comentarios a las reformas del Código Civil», *La Ley 21/1987, de 11 de noviembre*, Tecnos, 1993 (trabajos coordinados por Rodrigo Bercovitz-Cano), artículo 239, pág. 313, que dice: «...es obvia la incompatibilidad de la tutela así constituida con la patria potestad o con la existencia de otra tutela, lo cual significa que sólo puede nombrársele tutor, en razón de lo dispuesto en este segundo párrafo del artículo 239, al menor desamparado que, inicial o sobrevenidamente, no estuviere sometido a la patria potestad o a otra tutela ordinaria.» No obstante, añade lo siguiente: «Sin embargo, sí cabrá el nombramiento de un tutor de la persona al que sólo lo tenga de los bienes, o viceversa.»

(37) En contra, Bartolomé VARGAS CABRERA: *La protección de menores en el ordenamiento administrativo*, Editorial Comares, 1994, pág. 111, que entiende que la fórmula «por ministerio de la ley» utilizada en el artículo 172 y 239 es un modo de reflejar simplemente un supuesto de tutela legítima, que, por tanto, requiere determinación judicial: «En las prescripciones legales citadas (arts. 156.4, 237 bis, 278 y 171) se configura un presupuesto de hecho cuya simplicidad y facilidad de percepción mueve al legislador a proveerlo de eficacia. En el artículo 172, por el contrario, la hipótesis de hecho es un concepto jurídico relativamente indeterminado —el desamparo— que requiere, sin duda, adecuados procesos de valoración. De otra parte la intensidad en la producción de efectos jurídicos desborda aquí con mucho la comparación con los preceptos aludidos basados en el automatismo legal.»

(38) DELACUESTA AGUILAR: *La tutela familiar y disposiciones a favor del menor e incapaz*, Bosch 1994, pág. 81: «Si releemos el artículo 172, lo primero que salta a la vista es que la significación de la palabra “tutela” es la vulgar de “salvaguarda”, “defensa”, en el mismo sentido que emplea continuamente la Constitución española al referirse a “la tutela de los derechos”; es un sentido general que no hace referencia al concepto jurídico estricto de institución tutelar.»

hijos. El destinatario de la acción protectora no es (sólo) el hijo o menor sujeto a patria potestad, sino cualquier menor desamparado. La figura que analizamos, dentro de la protección de menores, se dirige a todos los menores que se encuentren privados de asistencia moral o material, independientemente de cuál sea el régimen que sobre ellos recaiga para suplir su falta de capacidad, es decir, de que estén sujetos a patria potestad, tutela, guarda judicial o guarda de hecho de tercero. La finalidad que se persigue no es suplir la falta de capacidad de obrar del menor anulando al responsable de su protección y a la institución que encarna, sino atender las necesidades básicas cuando las personas obligadas por ley no pueden o no saben hacerlo, o cuando no haya quien las atienda. Por eso, para apreciar la situación de desamparo del menor prescindimos de que esté o no sujeto a patria potestad, de que ésta se ejerza o no adecuadamente, de que haya dejado de estar sujeto a la patria potestad por fallecimiento de los padres, de que tenga o no padres legalmente reconocidos, o de que se encuentren a cargo de personas que según el artículo 229 del Código Civil estén obligados a promover la constitución de la tutela (39).

Esta interpretación vulgar del término tutela, aparte de ser congruente con su etimología (del verbo latino *tueor*, que significa defender, proteger), y de ser compatible con la vigencia de la patria potestad o de la tutela ordinaria, con las que va a coexistir, es, sobre todo, más respetuosa con el principio constitucional de igualdad que lo pueda ser la interpretación técnico-jurídica, pues permite dispensar a los menores una tutela, esto es, una atención necesaria y efectiva, con independencia de cualquier otra consideración y en congruencia con el principio de igualdad natural y jurídica de todos (los menores) ante la ley. Con la interpretación que sostengamos, se trata al niño como una persona titular de derechos propios, considerada en sí misma y no en función de ser miembro de una familia y de tener la condición de hijo, lo que pasa a un segundo plano. La tutela legal, a no dudarlo, atiende al menor necesitado y le protege en cualquier caso como tal niño y no como miembro de una familia en la que puede estar sujeto a patria potestad o a tutela, circunstancia meramente accidental a los efectos asistenciales urgentes. Es decir, sin discriminación por razón de filiación, la cual para más engorro, se convierte en muchos casos en una nueva cuestión ju-

(39) En este sentido, José María CABALLERO GONZÁLEZ: «La tutela de los menores en situación de desamparo», *La Ley*, martes 31-5-1988.

rídica a dilucidar, ajena en principio al tema prioritario de la desatención.

El desamparo constituye el presupuesto inexcusable que legitima a la Entidad a intervenir por iniciativa propia o a instancia de parte, y que le permite ejercitarse por ministerio de ley la guarda sobre el menor. El desamparo es, ante todo, una situación objetiva que padece el menor consistente en la falta de asistencia moral y/o material, la cual puede ser o no imputable a quien ejerce los deberes de guarda sobre él. En principio se atiende a quien padece esa situación, no a quien lo puede producir, porque lo que se persigue con esta medida (y con toda actuación de los servicios sociales) es la protección del menor, no la sanción, directa o indirecta, a los padres o guardadores. Se aprecia el desamparo no dependiendo de por qué se produce ese hecho, anteponiéndose la finalidad de protección del menor a cualquier consideración sobre la causa que motive la desatención. Y esto sin perjuicio de que el menor tutelado sea entregado con posterioridad en acogimiento o en adopción tras la tramitación del oportuno expediente judicial en el que ya sí se valora por el juez la responsabilidad de los padres por incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad (que no supone necesariamente estar incurso en causa de privación de patria potestad) y la viabilidad de una reintegración del menor en el seno de su propia familia. El desamparo «moral» ha de ser interpretado restrictivamente, como la vulneración del mínimo ético colectivamente asumido, pudiendo apreciarse, por ejemplo, ante la falta evidente en el menor de una formación integral o de una educación elemental. El desamparo «material» se da en situaciones de privación de alimentos o de atenciones que comprometan la salud del menor, ante malos tratos o vejaciones graves, etc. En definitiva, se estará ante una situación de desamparo cuando el menor se halle en abandono físico, psíquico o afectivo, independientemente de que se deba a negligencia, ignorancia, incapacidad o imposibilidad de los mayores, es decir, sin entrar a valorar causas ni intenciones.

Menor, a estos efectos, es todo individuo que no ha alcanzado los dieciocho años, aunque no esté sujeto a patria potestad por cualquier causa, es decir, ya sea por haber obtenido la emancipación —pues en él pueden darse las condiciones de idoneidad para ser asistido por la entidad pública—, ya por orfandad o porque haya habido sentencia de privación de patria potestad a los padres.

Para garantizar que la tutela *ex lege* se asume en atención al interés superior del menor es preciso, a nuestro modo de ver, que antes de llevarla a efecto, se den los siguientes presupuestos. En primer lugar, la entidad pública debe tener un conocimiento real de la situación de hecho sobre la que, tras realizar en la medida de lo posible un seguimiento por un personal técnico especializado, se llega a apreciar la necesidad de intervenir dentro de la estructura familiar. La concreción de las circunstancias familiares y sociales que rodean al menor, y de los factores endógenos (desempleo, precarias condiciones de vida alimenticia y sanitaria, y de vivienda) y/o exógenos (alcoholismo, drogadicción, graves enfermedades, conductas anormales, etc.) que se estiman causantes de la desatención detectada, debe responder a la información debidamente documentada recabada por los diversos servicios (sociales, técnicos y jurídicos) de la entidad pública. En segundo lugar, se debe potenciar el empleo de los recursos de apoyo previo y de otros (recursos) alternativos a la recogida del menor para evitar en la medida de lo posible la separación del menor del seno familiar. Por último, descartada esta posibilidad y comprobada la situación de grave desprotección (40), la decisión de asumir la tutela y de intervenir debe ir acompañada, en su caso, de un concreto pronunciamiento de los expertos o especialistas en la materia sobre la idoneidad de la medida de internamiento en el que se valore principalmente, entre otros factores y como contrapunto a la situación fáctica de desamparo, la edad del menor y el lazo afectivo que le une con sus progenitores. No hay que olvidar los efectos negativos que esta intervención puede acarrear al niño, pues una recogida de un menor desafortunada o violenta en la forma de llevarse a cabo puede bloquear una posible reintegración o provocar un colapso en la vida del menor con sentimiento de rechazo, ira o impotencia, que haría aumentar, por otro lado, la desconfianza en las instituciones.

(40) En las Jornadas de Fiscales-Servicios Sociales que con la denominación de «Balance de la aplicación de la Ley 21/1987» tuvieron lugar en Madrid los días 6, 7 y 8 de noviembre de 1989, con el objetivo de abordar con un enfoque multidisciplinar no sólo cuestiones técnico-jurídicas, sino también la filosofía de la ley, el contenido psicológico de las medidas que regula y los medios con que se actúa en protección de menores, se resaltó la conveniencia de mantener un concepto amplio de desamparo, entendiendo que corresponde siempre a situaciones de extrema gravedad, señalándose la importancia de no delimitar el concepto.

3. NOTAS PROPIAS DE LA TUTELA EX LEGE

Nos queda por hacer unos breves comentarios sobre algunas características de esta figura jurídica:

a) *La ausencia de facultades jurídicas para administrar los bienes del menor desamparado*

Parte de la doctrina que conceptúa la tutela legal como una tutela asistencial otorga a la entidad pública facultades sobre los bienes del menor desamparado. Así, Pedro de Pablo Contreras concibe a la tutela asistencial con efectos de tutela civil, y admite como contenido posible de la que denomina «tutela administrativa» el de la tutela civil ordinaria, esto es, que la entidad pública, cuando lo aconseje el interés del menor, puede asumir no sólo el contenido personal como el patrimonial —la representación legal y la administración de sus bienes—, por ejemplo cuando la situación de desamparo derive de un ejercicio indigno de aquellas potestades familiares (41). M.^a Pilar Ferre Vanrell llega incluso a sostener que sería causa que da lugar a la constitución de la tutela automática el incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de representación y administración de los bienes de los hijos (art. 154. 2 del Código Civil) porque colocan al menor en una situación de desamparo. Y Sergio Llebaría Samper, pese a afirmar que la situación de desamparo hay que referirla a la esfera personal del menor, entiende que en cualquier caso, en el excepcional supuesto de que hubiese bienes que administrar y gestionar, ello no es óbice para que la tutela automática se extienda a la representación y administración de los bienes del menor (42).

Nosotros no negamos que la entidad pública pueda, y deba, hacer todo aquello que la ley permite hacer al guardador de hecho (art. 303 del Código Civil), si redunda en beneficio del menor, lo que deja mucho campo de acción en defensa de los intereses del menor. Pero entendemos que a los padres no se les priva con la tutela legal de las facultades de administración sobre los bienes del menor. Por eso, tampoco es preciso establecer a este respecto ningún control judicial en la asunción de tutela por la enti-

(41) «Comentarios a la reforma del Código Civil», *op. cit.*, art.172, págs. 36 y ss.

(42) *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, Bosch, 1990, pág. 49.

dad (43). A nuestro juicio, las facultades que se reconocen en diversas legislaciones autonómicas a las entidades públicas competentes en materia de protección (44) nunca deben entenderse como concedidas al «representante legal» del menor si antes no ha habido resolución judicial que así lo haya establecido (45). Esta autorización puede concederse cautelarmente en cualquier momento, y provisionalmente, oídos los padres, en expediente judicial en el que se ventile cualquier pretensión referida a la guarda del menor por la entidad pública.

b) *El acceso al Registro Civil*

Si por hecho susceptible de inscribirse entendemos «la situación en la que se encuentra una persona ante todos y de la que se deri-

(43) Artículo 32 del Borrador de Anteproyecto de Ley de Derechos del Menor, de 6 de mayo de 1994: «La Entidad Pública que asuma la tutela de un menor por ministerio de la ley no precisará prestar fianza y podrá solicitar del Juez, en caso necesario, el nombramiento de un administrador de los bienes del menor. No obstante, aquélla realizará los actos necesarios para la conservación de su patrimonio hasta que se proceda a dicho nombramiento y reclamará los derechos económicos que pudieran corresponder al menor.»

(44) Así, por ejemplo, en el artículo 8, párrafo segundo, del Decreto 196/1988, de 28 de julio, de Galicia (donde se dice que al tiempo de la declaración de la existencia del desamparo y de asumir la tutela, procederá la Delegación Provincial de la Consellería a efectuar el inventario de los bienes conocidos del menor y adoptará las disposiciones que sean conducentes a la conservación de los derechos de aquél, notificando tales medidas a los padres y guardadores y a aquellos otros que tengan interés con el menor y, asimismo, al Ministerio Fiscal) o en los artículos 21 y 22 del Decreto 66/1992, de 7 de septiembre, de Cantabria.

(45) Respecto de la Ley aragonesa 10/1989, de 14 de diciembre, de Protección de Menores (que en su art. 8 dispone que «la Administración de la Comunidad Autónoma formará inventario de los bienes y derechos de los menores sujetos a la tutela y administrará su patrimonio hasta la finalización de la misma, sin perjuicio de lo dispuesto en la vigente Compilación de Derecho Civil de Aragón»), Isaac TENA PIAZUELO, en «Instrumentos de la Protección de Menores de la Ley Aragonesa de 14 de diciembre de 1989», *Revista de Derecho Privado*, agosto de 1993, resalta la dificultad que existe en conectar este precepto con una ley netamente civil como la de la Compilación, y señala que la facultad de administrar no tiene en el texto de la ley, como contrapartida, ninguna otra obligación que la de hacer inventario, faltando el resto de las obligaciones de los tutores, como la de prestar fianza o establecer el derecho de retribución por el coste económico de la función protectora. En una palabra, según este autor fallan los mecanismos jurídicos de control. Sin embargo, a nuestro entender, lo que falta es simplemente la resolución judicial que autorice a la entidad pública a asumir funciones de representación jurídica de los intereses del menor que la tutela legal por sí misma no le otorga, ni tiene por qué otorgárselas de modo sistemático.

van derechos y deberes reclamables mediante el ejercicio de las denominadas acciones de estado», podemos afirmar que la declaración de desamparo en la resolución administrativa de la asunción de tutela no constituye al menor en un nuevo estado civil. No puede hablarse de estado civil cuando no se cuenta con la voluntad del menor ni de los padres o tutor afectados. Los vínculos jurídicos que unen a éstos con el menor se mantienen intactos. Lo que cambia es la guarda que, al asumirla provisionalmente la entidad pública, suspende la de sus padres o tutor. Esto no es óbice para que en el Registro se pueda tomar, a título informativo, nota marginal de la tutela *ex lege*.

c) *El régimen de visitas*

Las visitas forman parte del «derecho natural» de los padres a relacionarse con sus hijos, pero no hay que olvidar que el centro de la atribución de ese derecho y el objetivo de su ejercicio es el menor. En él incluimos, además de las visitas propiamente dichas, otras formas de relación personal, tales como la comunicación (por carta, telefónica) y la compañía, esto es, aquellas estancias del menor con su progenitor durante determinados períodos de tiempo (por ejemplo fines de semana). En caso de conflicto o contraposición de intereses a nivel afectivo o jurídico, como puede ocurrir en caso de desamparo, el interés prevalente ha de ser el del menor en quien se concretan las visitas.

El régimen de visitas a establecer queda en gran medida supeditado a que no se perjudique, sobre todo moral y afectivamente, al menor a quien se refiera. Su determinación por la entidad pública dependerá de lo que aconseje en cada momento el interés del menor. En caso de oposición de los padres o familiares a la suspensión o regulación del derecho de visitas por la entidad, el Juez deberá a la hora de resolver la contienda atender prioritariamente al equilibrio emocional y afectivo del menor, que constituye en ese momento lo más importante para el desarrollo completo de la personalidad del menor, para lo cual puede y debe ordenar de oficio la práctica de los medios de prueba o de actuaciones encaminadas a la justificación de los extremos que considere indispensable para lograr el beneficio del menor en la resolución que se dicte. El Juez ha de mantener, como ya dijimos, una posición activa, impulsadora de oficio de actividad probatoria. *A priori* interesará al menor un amplio

régimen de visitas, que sólo deberá limitarse cuando lo exijan las circunstancias del caso (46).

d) *El internamiento* es criterio de un clínico. Ruiz plantea el sentido de la separación entre el internamiento y la exclusión:

José Manuel Ruiz-Rico Ruiz ha estudiado como nadie el internamiento en centros dependientes de la entidad pública y, a este respecto se hace, entre otras, las siguientes preguntas, que son de tal enjundia que merecen algo más que una mera reflexión: «Admitiendo la aplicación de los artículos 211 y 271.1 del Código Civil a las hipótesis de internamientos por específicas razones terapéuticas y educacionales, y del artículo 172.1 a supuestos de internamientos con propósito asistencial (bajo la forma de tutela), ¿es tan grande la diferencia, la separación, entre unas y otras situaciones jurídicas como para justificar que en un caso resulte imprescindible la intervención judicial, previa o inmediatamente posterior, y en otro se opte abiertamente por la exclusión?» Más adelante el autor añade: «Mayores problemas, si cabe, plantea el tema de la coordinación de las hipótesis de “guarda” del 172.2 y su forma de constitución (por “solicitud” a la entidad pública), con los artículos 211 y 271.1, donde el internamiento puede llevarse a cabo no ya con fines asistenciales sino de otro tipo, como pueden ser correccionales, educacionales, de rehabilitación, incluso terapéuticos. ¿Dónde estaría el punto exacto de separación entre el artículo 172.2 y sus posibles y abstractas finalidades, y los artículos 211 y 271.1, limitados a los internamientos —judiciales— por razones de salud o de educación especial? ¿No se habrá producido con la introducción de la “guarda” una modificación o derogación parcial del contenido originario de los dos últimos preceptos citados? ¿Hay alguna razón objetiva que justifique la exigencia de control judicial en unos casos y la exclusión en otros?» (47).

Estas interrogantes hay que despejarlas guiándonos por el espíritu que informa la reforma. Si tenemos claro qué es lo que el legis-

(46) Artículo 17 del Borrador de Anteproyecto de Ley de Derechos del Menor, relativo a las relaciones del menor con los familiares: «...En el caso de un menor tutelado por la Entidad Pública, ésta podrá regular las condiciones del ejercicio de este derecho, atendiendo al interés superior del menor. En caso de oposición de los padres, resolverá el Juez (se sobreentiende que a instancia de ellos), oficio el Ministerio Fiscal.»

(47) *Acogimiento y delegación de la patria potestad*, Granada, 1989, págs. 156 y ss.

lador ha buscado con este nuevo tratamiento asistencial del menor, podremos resolver las dudas con coherencia. En principio, todo internamiento notificado al Ministerio Fiscal de un menor que se lleve a cabo por iniciativa propia (tutela legal) o a instancias de los padres (guarda voluntaria) con fines asistenciales, no precisa de autorización ni control judicial. Nos inclinamos por la opinión que estima que no es preciso el control judicial respecto de los padres que tengan concertada una guarda con la entidad pública para internar al hijo por razón de sus deficiencias psíquicas a fin de que reciba la adecuada asistencia en centros de educación especial dependientes de la Administración Pública (48). Por último, respecto de los menores desatendidos por familiares o huérfanos sobre los que no se haya adoptado medida alguna de protección y estén internados en establecimientos de salud mental o de educación especial, precisan necesariamente o bien de la adopción de alguna medida asistencial, o bien del sometimiento a control judicial.

En cualquier caso, al menor, y siempre de acuerdo con su grado de madurez, hay que oírle e informarle antes de la toma de decisiones importantes que vayan a afectar a sus intereses, pues hay que reconocerle la capacidad de poder ejercitar sus derechos (principio de interpretación restrictiva de las limitaciones de la capacidad de obrar), de actuar por sí mismo en materias tan delicadas como es ésta que afecta a la libertad de deambulación (art. 17 de la Constitución Española). Si el menor es mayor de doce años entiendo que se precisará su consentimiento para poder llevar a cabo cualquier tipo de internamiento, y, en su defecto, será necesario un acuerdo judicial que confirme —siquiera *a posteriori*— la procedencia de la mediada asistencial.

(48) Este problema jurídico es delicado y muy preocupante. Como muestra de la dificultad para adoptar una postura firme, reseñamos del informe al Borrador de Anteproyecto de Ley de Derechos del Menor de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado lo siguiente: «Aunque de *lege data* el internamiento de un menor, según la opinión más extendida y hoy asumida por la Fiscalía General del Estado, en un centro de Salud Mental exige previa autorización judicial, tal y como ahora viene a decir expresamente el artículo 40 del Borrador, el criterio es más que cuestionable de *lege ferenda*. Piénsese que esa rigidez obligaría a pedir autorización judicial para internar a niños de escasa edad en colegios especiales. Se estima más correcto partir de un principio de confianza en los padres y no exigir esa autorización judicial previa.»

EL FISCAL ANTE EL CONVENIO DE LA SUSPENSIÓN DE PAGOS: LA CLÁUSULA LIQUIDATORIA Y EL RÉGIMEN DE MAYORÍAS

LUIS MARÍA DELGADO LÓPEZ

Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de Valladolid

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. ARTÍCULO 23 DE LA LEY DE SUSPENSIÓN DE PAGOS Y ARTÍCULO 124.1 DE LA CE.–II. LA CLÁUSULA LIQUIDATORIA. 1. *Posibilidad.* 2. *Análisis.*–III. EL RÉGIMEN DE MAYORÍAS. 1. *Tramitación oral del convenio.* 2. *Tramitación escrita del convenio.*–IV. POSICIÓN DEL MINISTERIO FISCAL.

estos días en la industria se ha hecho un gran trabajo de análisis y reflexión. Y sin duda las conclusiones que han sacado de este análisis han sido muy útiles para el desarrollo de la legislación que se ha ido redactando. La legislación que se va a aprobar en los próximos días tendrá que ser una legislación que responda a la situación actual de la economía y a la situación social que se vive en el país. La legislación que se va a aprobar en los próximos días tendrá que ser una legislación que responda a la situación actual de la economía y a la situación social que se vive en el país.

I. PLANTEAMIENTO

Según el artículo 23 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de junio de 1922 «desde el momento de iniciarse el expediente de suspensión hasta el cumplimiento total del convenio, será parte el Ministerio Fiscal».

Dos meses después de la publicación de esta ley, la Circular del Fiscal del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1922 interpretó dicho artículo, fijando cuál debía ser la actuación del Ministerio Fiscal. Indica que «velará por la pureza y normalidad del procedimiento» y que «observará una prudente abstención... salvo que exista un interés público». Y cuando al cumplir esa misión de velar o en los casos en que el interés público le exija no abstenerse de actuar, «llamará la atención del Juzgado», «especialmente» a veces.

Esta Circular ha coartado la actuación de los Fiscales en los procesos de suspensión. Además, los otros intervenientes en el proceso a menudo han recordado la «prudente abstención» a los Fiscales que han intentado no sólo ser parte sino actuar como tal. Así que nos hemos preguntado si merecía la pena intervenir realmente en las suspensiones, y, para el caso de una respuesta afirmativa, insistimos en reclamar una modificación de la ley que dejara clara la posición del Fiscal.

Sin embargo, la misión que el artículo 124.1 de la CE encierra al Ministerio Fiscal viene a coincidir en mucho con la precisada en aquella Circular para los procesos de suspensión.

La «defensa de la legalidad» (Constitución) es el encargo de velar «por la pureza y normalidad del procedimiento» en cuanto juego de garantías (Circular).

La «defensa... del interés público tutelado por la ley» (Constitución) es la recomendación de no abstenerse cuando «exista un interés público» (Circular).

Así que la pregunta a plantear una vez promulgada la Constitución es si realmente existe en estos procesos un interés público que justifique la presencia en ellos del Ministerio Fiscal en concepto de parte. Si se llega a la conclusión de que no existe, habría que modificar la ley eliminando la actuación del Fiscal. Y si existe interés público, también procede modificar la ley para suministrar al Fiscal suficientes medios procesales para defenderlo, medios de los que ahora carece, teniendo que limitarse con frecuencia a «llamar la atención al Juzgado».

En estos últimos años he encontrado que existe interés público dentro del proceso de suspensión en varios aspectos, de los que ahora destaco la necesidad de mantener el equilibrio difícil entre los intereses del comerciante suspenso, de sus acreedores y de la comunidad en que uno y otros viven. Demasiado frecuentemente se intenta romper este frágil equilibrio con la inclusión en el convenio de la cláusula liquidatoria y con la exigencia de un régimen de mayorías incorrecto para aprobar el mismo. Y frente a ello, casi nada puede hacer el Fiscal.

Lo que sigue es, simplemente, el relato de algunas de estas experiencias.

II. LA CLÁUSULA LIQUIDATORIA

El comerciante que cesa en el pago de sus obligaciones debería, en principio, ser declarado en quiebra, con la consecuente liquidación de sus bienes y cierre de su negocio. Pero quizás cesa en sus pagos por razones extrañas a su gestión ordenada, la cual se revela en el hecho de ser su activo superior o igual a su pasivo. Este comerciante merece continuar su negocio, y para lograrlo la ley crea un mecanismo que combine este interés suyo con el de sus acreedores evitando la quiebra: es la suspensión de pagos.

En Derecho español está regulada por la Ley de 26 de julio de 1922 que extiende el supuesto a los casos en que el activo fuera me-

nor que el pasivo, a los que llama *insolvencia definitiva*, denominando a los otros *insolvencia provisional*.

La insolvencia definitiva es, estrictamente, supuesto de quiebra, pero la Ley de 1922 lo consideró como de suspensión con el fin de evitar que fuera declarada en quiebra una determinada sociedad. Ello explica las dos disposiciones adicionales: aplicación de la ley a las suspensiones en trámites, y autorización al Gobierno para suspender los efectos de la misma pasados cuatro años.

La ley brinda al suspenso la posibilidad de consignar o afianzar la diferencia entre el pasivo y el activo para convertir en provisional la insolvencia definitiva (art. 8.VI) y de este modo soslayar el tratamiento más duro que la ley da a ésta en tres aspectos: mayorías más altas para aprobar el convenio (arts. 14 y 19), aplicar los preceptos sobre la retroacción de la quiebra (art. 21) y depurar posibles responsabilidades del suspenso (art. 20).

La esencia del proceso de suspensión es un acuerdo entre el deudor comerciante y sus acreedores sobre el pago de las deudas. Con el primer escrito, en el que el empresario pretende que se le declare en suspensión de pagos, deberá presentar «una proposición para el pago de sus débitos» (art. 2.4.^º), y todos los trámites siguientes están dirigidos a lograr que tal proposición se convierta en verdadero convenio.

Quizá no se consiga esta meta, y la proposición quede desechada (art. 14.IX). Quizá se logre, y en tal caso el Juez, por auto, aprueba el convenio «mandando a los interesados estar y pasar por él» (art. 17), esto es, a los acreedores que votaron a favor, y también a los que votaron en contra, e incluso a quienes no concurrieron a las votaciones.

Si el deudor cumple el convenio, no surgirán ulteriores cuestiones en el ámbito civil. Si no lo cumple, desde la suspensión podrá pasarse a la quiebra: «Si el deudor faltare al cumplimiento del convenio, cualquiera de sus acreedores podrá pedir la rescisión del mismo y la declaración de la quiebra ante el Juez que hubiere conocido de la suspensión» (art. 17.IV).

Es práctica frecuente incluir en el convenio una *cláusula liquidatoria*, lo que determina la creación de una comisión de acreedores para controlar que el suspenso cumpla el convenio, previendo que, si no lo cumpliera, tal comisión se convertiría en liquidatoria de sus bienes para el pago de sus deudas.

Antes de analizar el funcionamiento de esta comisión, es menester preguntarse sobre si es posible la cláusula.

1. Sobre la posibilidad de admitir la cláusula liquidatoria se manejan razones de justicia y de Derecho positivo.

a) De justicia, porque significa beneficios para el suspenso y para los acreedores. Para aquél, porque le libra del paso a la quiebra. Se resalta esta razón en épocas de crisis económicas indicando que el comerciante no merece ser declarado en quiebra porque el fracaso del negocio ha sido causado por la crisis general y no por su gestión.

La cláusula liquidatoria beneficia también a los acreedores porque, agotada la vía del convenio, satisfacen sus créditos liquidando bienes del deudor por un cauce más fácil y rápido que la quiebra, controlado por ellos mismos (por medio de la comisión mencionada) y no por el Juez y el comisario de la quiebra.

Por tales razones, y por eludir un proceso de quiebra —siempre largo y trabajoso— que correspondería tramitar al mismo Juez de la suspensión (art. 17.IV), los Jueces suelen admitir la cláusula liquidatoria.

b) Los argumentos de Derecho positivo para hacerla posible se apoyan en los artículos 14 y 17.

La STS de 26 de noviembre de 1991 dice que el comerciante «formula una propuesta de convenio perfectamente lícita puesto que la Ley de 1922 —su *art. 14*— permite convenios de liquidación cuando habla de «convenio que no se limite a la espera antes expresada (que no exceda de tres años) y en todos los de insolvencia definitiva».

El argumento consiste en que por encima de la espera de tres años está la de trescientos o incluso la no espera de los acreedores para cobrar sus créditos sino su satisfacción liquidando bienes del suspenso. Es una interpretación literal del artículo 14 que cede ante la sistemática y la lógica.

El proceso de ejecución busca hacer efectiva la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del CC, esto es, satisfacer los créditos del acreedor ejecutante liquidando bienes del deudor ejecutado. Cuando los acreedores son varios, se reúne a todos en un proceso de ejecución universal con el fin de lograr su *par conditio*. Este proceso es el concurso para el deudor no comerciante y la quiebra para el comerciante.

Pero el sistema ofrece al deudor la oportunidad de pagar sus deudas sin ejecutar sus bienes, reduciendo lo debido o aplazando el pago, en el cauce de procesos que evitan el concurso o la quiebra, y que son, respectivamente, la quita y espera y la suspensión de pagos. En consecuencia, admitir que en ésta puedan liquidarse bienes del deudor es romper el sistema, porque este proceso no es otra cosa que el logro de un convenio de quita y espera. Así que la frase «convenio que no se limite a la espera antes expresada» (la que no excede de tres años), significa, en interpretación lógica, que el convenio contiene una espera por un plazo superior o una quita, nunca una liquidación de bienes del deudor. Ésa es la *ratio* de la Ley de 1922, como se aprecia muy particularmente en dos de sus preceptos (párrafos primero y cuarto del art. 17). El párrafo primero hace llegar los efectos del convenio a todos los interesados, pues el Juez, al aprobarlo, manda a todos «estar y pasar por él». A los acreedores que votaron a favor (serían los efectos *inter partes* el art. 1.257 del CC), pero también a los no concurrentes y a los disidentes.

Esta extensión de los efectos del convenio a quienes no consintieron en él está justificada sólo en tanto el contenido del mismo sea exactamente el previsto en la Ley, la quita y la espera. Sería injusto hacer pasar a los acreedores no concurrentes o disidentes por un convenio liquidatorio no querido por ellos porque los perjudica. En el caso más frecuente, la liquidación de bienes del deudor pone en peligro la marcha de la empresa o la causa inmediatamente, con perjuicio de los trabajadores, quienes prefieren por encima de todo mantener sus puestos de trabajo. Nada de esto preocupa a los demás acreedores cuyo único deseo es cobrar lo más posible y cuanto antes, incluso liquidando bienes del deudor.

El cuarto párrafo del artículo 17 prevé que el suspenso no cumpla el convenio y da una solución: «cualquiera de los acreedores podrá pedir la rescisión del mismo y la declaración de quiebra.» Es decir, la cláusula liquidatoria es contraria a la solución legal: la liquidación de bienes implica el paso a la quiebra, no cabe dentro del proceso de suspensión.

Para defender la posibilidad de la cláusula liquidatoria se objeta que este paso a la quiebra es una facultad de los acreedores («podrá» dice la ley), renunciable, y la cláusula liquidatoria es precisamente la renuncia. Pero la objeción no puede sostenerse porque tal renuncia sólo significaría que los acreedores no rescindieran el convenio, conformándose con su incumplimiento, o sea, con que sus créditos no fueran satisfechos según lo convenido.

La cláusula liquidatoria es, en definitiva, fruto de una convergencia de intereses del deudor y de algunos acreedores. El interés de éstos en cobrar pese al hundimiento del negocio viene a encontrarse con el deseo del deudor de no soportar el duro trato que la ley da al quebrado. En contra del interés de la sociedad en que el negocio siga si es viable, o en que se trate duramente al comerciante cuya mala gestión lo ha hecho inviable.

Aceptar esta cláusula es descolocarse de la perspectiva de la ley; es convertirse en legislador. Como ello no es posible, sólo hay dos soluciones: rechazar la cláusula si la ley capta el sentir actual de la sociedad, y en caso contrario, modificar la ley. Desde luego abandonar la dialéctica de la doble moral.

2. Pero la cláusula liquidatoria se incluye en los convenios, y es preciso analizarla. Se utilizan en ella las técnicas combinadas de la cesión de bienes y del poder, sujetándolos a una condición suspensiva.

a) El deudor *cede sus bienes* a sus acreedores, a una comisión de ellos, en los términos del artículo 1.175 del CC, esto es, los acreedores adquieren la posesión de los bienes y los enajenan para cobrarse de sus créditos.

Los acreedores son poseedores de los bienes del deudor hasta que los enajenan, no dueños, porque no se trata de una dación en pago. De ahí que, no están legitimados en los procesos que se sigan sobre el dominio de aquellos bienes (STS de 19 de mayo de 1989).

b) Los acreedores necesitan instrumentos jurídicos para enajenar los bienes de que son poseedores, y el deudor se los proporciona otorgándoles un *poder para vender*.

La regla general (art. 1.733 del CC) de que el poder es esencialmente revocable cede cuando ha sido otorgado en virtud de contrato y por consiguiente en beneficio de ambas partes, porque entra en el régimen del cumplimiento del mismo, el cual no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1.256 del CC). No puede dejarse el cumplimiento del contrato al solo arbitrio del poderdante permitiéndole revocar el poder otorgado dentro del mismo (STS de 22 de mayo de 1942, 1 de diciembre de 1944, 20 de octubre de 1987, 27 de abril de 1989). Esto es lo que ocurre con el poder conferido por el suspenso a la comisión de acreedores dentro del convenio, porque éste es un contrato (de transacción según STS de 30 de marzo 1959).

c) El suspenso cede sus bienes y otorga el poder a la comisión de acreedores para el caso de que no pague sus deudas en los términos del convenio.

Es decir, suspende los efectos de la cesión y del ejercicio del poder hasta que exista un hecho negativo: no pagar según lo convenido. Es una *condición suspensiva negativa*, para cuya regulación habrá que tener en cuenta el artículo 1.118 del CC.

d) Los convenios no suelen prever *quién ha de decidir* que la condición está cumplida —el suspenso no paga— seguramente por estimarse que la situación será tan clara que el suspenso la reconocerá en cuanto la comisión se lo indique. En este caso de silencio, un posible conflicto entre el suspenso y la comisión tendría que ser resuelto por el Juez.

Algunos convenios dejan la solución en manos de árbitros. En principio no parece que esto sea posible porque el proceso de suspensión está abierto hasta que el convenio se cumple enteramente y sigue siendo parte el Fiscal (art. 23). Pero el artículo 2.º de la Ley 36/88, de 5 de diciembre, no parece comprender esta cuestión entre las que no pueden ser objeto de arbitraje. No está en el apartado «a), relativo a las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución», porque el auto aprobatorio del convenio es resolución firme, pero aquí se trata justamente de un problema de ejecución. No lo está tampoco en el inciso «c), referente a las cuestiones en que, con arreglo a las leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos», porque la regla se contrae a los menores e incapaces. Este texto deja abierta la puerta a la duda sobre la posibilidad de arbitraje, pero no obligaría al Fiscal la resolución de los árbitros por no intervenir en el proceso arbitral y, en definitiva, por no quedar sujeto más que a la resolución judicial. Pero, ¿cómo se compaginaría ello con la posición del Fiscal en la suspensión, en la que es parte hasta el total cumplimiento del convenio?

e) Queda una pregunta. ¿Qué ocurre cuando *todo este mecanismo no funciona* porque la comisión comienza a liquidar los bienes del deudor antes de estar claro que ha dejado de pagar? O sea, ¿qué ocurre cuando la comisión en posesión de los bienes del deudor empieza a venderlos ejercitando el poder sin haberse cumplido la condición suspensiva negativa pactada? La comisión estaría in-

cumpliendo el convenio y sus miembros responderían por dolo o culpa según los artículos 1.102 y 1.103 del CC.

Sin embargo, para exigir tal responsabilidad el suspenso ha de ir a un declarativo, de tramitación larga, durante la cual la comisión podría seguir enajenando sus bienes. ¿Qué hacer por evitarlo?

En un determinado caso que conocemos, se pactó en el convenio el nombramiento de una comisión «con facultades de comisión liquidadora, investida de poderes o mandato de venta *pro=solvendo, en el supuesto de que* “el deudor no pagara determinado porcentaje de sus deudas en el plazo fijado”». La comisión comenzó a liquidar bienes del suspenso y éste protestó haber hecho los pagos convenidos. Como la comisión continuara vendiendo bienes del suspenso, éste revocó el poder «*en tanto en cuanto* no se determine judicialmente por sentencia el cumplimiento o incumplimiento del convenio» logrando así cortar las actividades de la comisión liquidadora. Pero ésta formuló demanda con la pretensión de nulidad de la revocación, razonando que el poder otorgado en virtud del convenio es irrevocable y no estaba sujeto a la condición de que se declarara judicialmente el incumplimiento del convenio.

Estimada la demanda en primera instancia, en la vista de la apelación sostuvimos que el poder otorgado en contrato es irrevocable precisamente por estar sujeto a la normativa general de los contratos, pero esa misma normativa exige tener en cuenta la condición suspensiva negativa. La cual se acordó en beneficio de las dos partes contractuales: de la comisión para que pudiera liquidar bienes del suspenso en cuanto éste dejara de pagar según lo convenido, pero también en beneficio del suspenso para asegurarle que no habría liquidación mientras pagara lo pactado. La condición era ésta, en verdad no existía manifestación de condicionar las actividades de la comisión liquidatoria a una previa decisión judicial de que el suspenso no pagara según lo convenido, pero la vía judicial era la única posible ante la falta de acuerdo de suspenso y comisión.

Por tanto, la irrevocabilidad del poder estaba afectada por esta misma condición suspensiva negativa. Y el deudor había realizado la revocación en términos respetuosos con ella porque a su vez la había condicionado a la resolución judicial. Es decir, el otorgamiento del poder se condicionó al hecho negativo de que el suspenso no pagara, y la revocación se condicionó al hecho positivo de acreditarlo. El acto de creación (otorgar) se sometió a una condición suspensiva negativa; el acto de destrucción (revocar) se sujetó a una

suspensiva positiva, paralela y contraria. En consecuencia, la revocación no era nula.

La Audiencia de Valladolid no aceptó estas razones y confirmó la sentencia de primera instancia reiterando sus argumentos. Llevado el asunto a casación, la STS de 26 de noviembre de 1991 dice que «este punto del recurso tan superficialmente propuesto es el realmente importante, puesto que plantea la licitud de otorgar poderes irrevocables y la validez de la revocación de los poderes conferidos con tal carácter». Y, después de resumir la doctrina general de la irrevocabilidad de los poderes otorgados en virtud de contrato, termina «el convenio es aceptado por los acreedores y aprobado por el Juzgado y contiene el encargo liquidatorio a una Comisión para el caso de que el suspenso no pague las cantidades previstas en las fechas fijadas. Naturalmente este poder ha de ser irrevocable para que pueda ser cumplido lo propuesto por el suspenso y convenido».

Por supuesto que el poder otorgado mediante contrato es irrevocable para que pueda ser cumplido lo convenido. Pero no era eso lo que se discutía, sino la incidencia de la condición, convenida también. Y la sentencia ni siquiera alude a ello.

III. EL RÉGIMEN DE MAYORÍAS

En la elaboración del convenio se encuentran los intereses del *suspenso* y los de sus *acreedores*. Aquél es el empresario que merece y quiere continuar en su negocio y, para ello, prefiere pagar sus deudas con la quita y la espera más amplias posibles. Los acreedores seguramente querrán también que el comerciante declarado en suspensión de pagos siga en su actividad para poder cobrar los créditos con el menor sacrificio posible en cuantía y plazo.

Pero los intereses de los acreedores, coincidiendo en el deseo de cobrar, no son convergentes en todo.

a) De un lado, están los titulares de créditos de poca entidad, cuyo total es un porcentaje exiguo del pasivo del suspenso, y sin embargo para cada uno de ellos (trabajadores, pequeños comerciantes) el cobro de su crédito es trascendental para su propia economía, mucho más que para los grandes acreedores la satisfacción de los suyos. Uno de estos empresarios podría arruinarse por dejar de cobrar un crédito que fuera la centésima parte del pasivo del suspenso, pero no caería en ruina un banco que no percibiera un crédito

que ocupara un tercio de tal pasivo. Por eso, la ley protege a cada uno de los acreedores, personalmente, cualquiera que sea el montante de su crédito, exigiendo para la aprobación del convenio una *mayoría de personal*. Mayoría simple, la mínima «la mitad y uno más», computando sólo los concurrentes.

b) De otro lado, están los titulares de grandes créditos, cuyo total es un porcentaje importante del pasivo del suspenso. La ley los protege exigiendo para la aprobación del convenio *una mayoría de capital*.

La ley la computa sobre el «total pasivo, deduciendo el importe de los créditos de los acreedores que hubiesen usado el derecho de abstención».

Y exige mayoría más amplia cuanto más grande sea el sacrificio a que vayan a comprometerse los acreedores.

— Es pequeño el sacrificio según la propia ley «si el convenio consistiera en una espera que no exceda de tres años», y para tal caso requiere una mayoría corta, tres quintos (60 por ciento).

— Es grande el sacrificio según la ley en todos los demás supuestos, es decir, «en el caso de que el convenio no se limitara a la espera antes expresada, y en todos los de insolvencia definitiva», y entonces reclama una mayoría alta, tres cuartos (75 por ciento), muchas veces difícil de lograr. Para que el convenio no se deseche, la ley abre un segundo intento hacia él rebajando esta mayoría a los dos tercios (66 por ciento).

La exigencia de ambas mayorías es idéntica en la tramitación oral (art. 14) y en la escrita (art. 19).

Sin embargo, la interpretación de estos dos preceptos presenta ciertas dificultades, y los titulares de grandes créditos tratan de aprovecharlas para manipular la suspensión en su beneficio, rompiendo el equilibrio entre grandes y pequeños acreedores que la ley busca con la exigencia de la doble mayoría de personal y de capital.

a') En la tramitación oral del convenio (artículo 14).

«Si el convenio consistiera en una espera que no exceda de tres años», «se entenderá aprobado si emitieran su voto favorable

— la mitad y uno más de los acreedores concurrentes, siempre que el importe de sus créditos represente los tres quintos del total del pasivo del deudor...» (art. 14.II).

«En el caso de que el convenio no se limitara a la espera antes expresada, y en todos los de insolvencia definitiva, será necesario para su aprobación que voten en favor del mismo

(en un primer intento, primera junta)

— la mitad más uno de los acreedores concurrentes

— y las tres cuartas partes del total pasivo...» (75 por ciento). Artículo 14.III.

(en el segundo intento, segunda junta)

«Si no se reuniere esta mayoría de capital, el Juez convocará los acreedores a una nueva Junta, en la que quedará aprobado el convenio si reuniere el voto favorable de dos terceras partes del pasivo» (la mayoría de capital baja del 75 por ciento al 66 por ciento. Art. 14.IV).

El último párrafo transcritto, el cuarto del artículo 14, es el que presenta las dificultades de interpretación anunciadas, que tratan de aprovechar en su favor los grandes acreedores utilizando verdaderos recovecos argumentales.

El supuesto siempre es el mismo: en la primera junta los pequeños acreedores votan masivamente contra el convenio. Los pequeños comerciantes, proveedores del suspenso y titulares de créditos, también pequeños, se oponen al convenio por la existencia de acuerdos subterráneos entre el suspenso y los grandes acreedores, bancos sobre todo, con el fin de satisfacer completamente a éstos fuera de la suspensión por vericuetos inverosímiles, y siempre que el convenio se apruebe, con lo que el sacrificio de los pequeños favorece a los grandes. También los trabajadores del suspenso, titulares de créditos salariales por más de los últimos treinta días de trabajo (fuera, por tanto de la preferencia absoluta del 32.1. del ET), prefieren que no se apruebe el convenio para que sus créditos no sean cobrados dentro de la suspensión con la quita y espera pactadas, y pueda seguir adelante la ejecución de la sentencia recaída en el proceso laboral (así ocurría antes de la LPL 8/89, con cuyo artículo 245.3 quizá pueda resolverse la cuestión de modo diferente).

El voto contrario de estos acreedores pequeños impide que el convenio se apruebe. Entonces los grandes acreedores intentan la celebración de la segunda junta, manejando estos dos razonamientos convergentes:

— Si la ley permite expresamente pasar a la segunda junta cuando en la primera se logra mayoría de personal y no de capital, debería permitirlo en el caso contrario de haberse conseguido en la primera mayoría de capital y no la de personal; no hacerlo es una laguna.

— Y, ya dentro de la segunda junta, este cuarto párrafo del artículo 14 no exige mayoría de personal sino sólo de capital con la que se aprobaría el convenio, forzando a los pequeños acreedores a estar en él.

Este modo de razonar fracasa:

No hay laguna de ley porque al exigirse en la primera junta una alta mayoría de capital (75 por ciento), puede rebajarse en la segunda (al 66 por ciento), pero como en la primera se reclama la mayoría de personal mínima (la mitad y uno más), no hay posibilidad alguna de reducirla en un intento ulterior.

Para un supuesto en el que habían votado a favor del convenio dos de los siete acreedores presentes, el Auto de 18 de enero de 1986 de la AT de Valladolid dijo: «El párrafo 4.^º ha de entenderse que, subsistente la mayoría de personal... ha de convocarse nueva junta pero no existiendo tal mayoría, no puede procederse a la nueva convocatoria.»

La interpretación literal del cuarto párrafo del artículo 14 queda superada por la sistemática y por la lógica. Según la primera, la sistemática, el precepto ha de concordarse con los anteriores que exigen siempre y primero la mayoría de personal, y además la de capital en diferentes porcentajes. Sobre todo, este artículo 14, cuarto párrafo, ha de ponerse en contacto con el inmediatamente precedente, pues a él se refiere cuando dice «si no se reuniera esta mayoría de capital», la del párrafo tercero, el cual exige expresamente la misma y además la correspondiente de capital. En interpretación lógica, no existe razón alguna para dejar de exigirse la mayoría de personal en este caso, después de haberse reclamado en los otros.

b') En la tramitación escrita del convenio (artículo 19):

«El Juez aprobará el convenio cuyas cláusulas sumen a su favor —según sea la espera o la insolvencia definitiva— alguna de las dos mayorías de capital previstas para cada caso en el artículo 14»... (60 por ciento o 75 por ciento). Artículo 19.III.

«En el caso de que no consistiendo el convenio en una espera de tres años y en todos los de insolvencia definitiva, no se reunieran dentro del plazo señalado la mayoría de los tres cuartos

resto del total pasivo necesario para su aprobación (75 por ciento), el Juez señalará un nuevo plazo de treinta días, bastando en este caso para la aprobación que el convenio reúna las dos terceras partes del pasivo» (66 por ciento). Artículo 19.IV.

También hay dificultades para interpretar estos párrafos tercero y cuarto del artículo 19, e igualmente tratan de aprovecharlas en su beneficio los grandes acreedores, con un doble argumento:

— como el párrafo tercero se remite al artículo 14 sólo respecto a las mayorías de capital, no exige la de personal.

— y, desde luego, el párrafo cuarto no la reclama para ese segundo intento.

Este argumento tiene una importancia superior a la del que trata de negar la exigencia de mayoría de personal en ciertos casos de la tramitación oral, porque el seguir la tramitación escrita queda al arbitrio del juez si hay más de doscientos acreedores («podrá el Juez acordar», dice el art.18). De prosperar el argumento expuesto, el juez, al decidir la vía de la tramitación escrita, estaría decidiendo despreciar la mayoría de personal, a pesar de la «dudosa justicia» de la solución. Así lo reconoció la Providencia de 22 de diciembre de 1984 dictada en el Expediente 1428/83 del Juzgado de Primera Instancia dos de Valladolid en un caso en que en el primer intento habían votado a favor del convenio dieciocho de los trescientos cuarenta y cinco acreedores.

El razonamiento está construido sobre una interpretación literal de los párrafos tercero y cuarto del artículo 19, y fracasa ante criterios sistemáticos y lógicos. Conforme a aquéllos, como la ley regula la tramitación escrita sobre el modelo de la oral, la remisión del artículo 19 al 14 ha de entenderse a su totalidad, o sea, en cuanto exige las mayorías de personal más y antes que las de capital. Los criterios lógicos dicen que si la ley exige mayoría de personal en la tramitación oral, también en la escrita, porque existe idéntica razón para proteger los intereses de los pequeños acreedores.

IV POSICIÓN DEL FISCAL

¿Qué puede hacer el Fiscal ante un convenio con el que no está conforme por falta de mayoría de personal, o por contener cláusula liquidatoria, o quizás por otras razones?

Los trámites hasta que el convenio se aprueba son los siguientes:

Celebrada la Junta, «el Juez se limitará a *proclamar* el resultado de la votación favorable al convenio» (art. 15), y dentro de los ocho días siguientes a la celebración de la Junta, los acreedores», excluidos, no concurrentes o disidentes «podrán *oponerse* a la aprobación del convenio» fundándose en siete causas taxativas (art. 16). La oposición se tramitará por la vía de los incidentes (art. 17, párrafo segundo). No habiendo oposición, «el Juez dictará auto *aprobando* el convenio» (art. 17, párrafo primero).

Insistimos; ¿qué puede hacer el Fiscal en estos trámites?

Como la *proclamación* por el Juez del resultado de la votación favorable no es una resolución, al menos es dudosa la viabilidad de un recurso. De otro lado, el Fiscal no está legitimado para *oponerse directamente* al convenio porque no es acreedor; es parte (art. 23), pero no acreedor. Es posible, además, que —como en los supuestos examinados— las razones del desacuerdo con el convenio no sean las causas taxativas de oposición.

Queda el único camino de presentar un simple escrito suficientemente explicativo de las razones del desacuerdo con el convenio («llamar la atención al juzgado», según la Circular de 16 de noviembre de 1922). Así lo hicimos en un proceso concreto, pero el juez no lo aceptó, dictando auto aprobando el convenio.

Nos planteamos entonces la viabilidad de un recurso contra el auto de aprobación de convenio.

El punto de arranque para construirlo está en que el Fiscal es parte y tiene derecho a la tutela efectiva conforme al artículo 124 de la CE en el cual está comprendido el derecho a los recursos establecidos por la ley. La Ley de 1922 no dice cuándo es posible un recurso ni cuál sería, en su caso, el utilizable, sino que señala las resoluciones irrecuperables (por ejemplo la del art. 9, párrafo segundo), dejando a las demás bajo las reglas generales de la LEC. Una de estas resoluciones es el auto de aprobación del convenio, respecto del cual el artículo 17 nada en absoluto dice sobre recursos.

En consecuencia, al amparo de los artículos 380 y 381 de la LEC, lo recurrimos en reposición. Al no tenerlo por admitido el Juez, acudimos en queja a la Audiencia, que (en Auto de 16 de febrero de 1985) mantuvo la postura de instancia, razonando que el auto de

aprobación del convenio no es estrictamente una resolución, y por ello es irrecusable. Sus razones fueron las siguientes.

a) «Aun revistiendo exteriormente la forma de auto, el Juez nada resuelve ni decide en el mismo, limitándose a homologar lo que las partes convinieron al no haberse opuesto al convenio en el plazo y forma previsto por la Ley.»

Es de notar, sin embargo, que este auto sí resuelve, en cuanto admite el contenido del convenio, pues la ley no da al Juez ni al Fiscal antes de este momento oportunidad de examinar «la proposición —que el suspenso hizo— para el pago de sus débitos» (art. 2.4.^º) y pronunciarse o informar sobre el rechazo de cláusulas del mismo. No la da ni en el momento de tener por solicitada la suspensión (art. 4.^º) ni tampoco en el de la declaración del estado de suspensión (art. 8.^º).

Sí resuelve el Juez en este auto la existencia de mayorías, pues no lo hace en el momento anterior de proclamar el resultado de la votación favorable, porque esta proclamación es vista por la ley (art. 15.I) como la constatación de un hecho y no como una resolución, pues ni siquiera exige que haya de hacerse por auto.

Es una auténtica resolución judicial este auto de aprobación del convenio porque *manda* a los interesados estar y pasar por él, o sea, extiende sus efectos más allá de las partes (art. 1.257 del CC); y además, porque *ordena* otras cosas: las providencias que correspondan y librar mandamientos a los Registros Mercantil y de la Propiedad (art. 17.I).

b) «Por consecuencia —porque este auto no es decisorio de nada, sigue diciendo la Audiencia— no cabe atribuir al Ministerio Fiscal parte imparcial en el procedimiento, artículo 23 de la Ley, un recurso del que los propios interesados carecen para oponerse, fuera de plazo, por conducta y por motivos distintos a los expresamente tasados por la Ley a cierta clase de acreedores.»

En primer término, una cosa es la oposición al convenio, que habría que formular antes del auto de aprobación, y otra el posible recurso contra este auto. Los acreedores podrán oponerse al convenio sólo por causas taxativas, pero en ninguna parte dice la ley que no puedan recurrir el auto que lo aprueba por motivos diferentes a aquéllas (por ejemplo, en caso de nulidad de los arts. 238 y ss. de la LOPJ).

Y, aunque se negara a los acreedores el recurso, como el Fiscal no está legitimado para formular oposición al convenio porque no es acreedor, ha de tener abierta la posibilidad de recurrir el auto de aprobación por motivos que coincidan con las causas tasadas para la oposición o por otros.

He aquí ahora unas conclusiones muy generales sobre algunos de los puntos tratados:

— Es de interés público que en el convenio se mantenga el equilibrio entre los intereses del deudor declarado en suspensión de pagos, de los acreedores y de la sociedad, respetando la mayoría de personal y no permitiendo las cláusulas liquidatorias.

— Para defender tal interés público, el Ministerio Fiscal debe ser parte en los procesos de suspensión, contando con medios procesales suficientes a tal fin, claramente establecidos en la Ley, como sería la posibilidad expresa de recurrir el auto de aprobación del convenio.

— De no dársele medios procesales bastantes, sería preferible prescindir de su intervención.

**REVISTA
DEL
MINISTERIO FISCAL**

II. Notas y comentarios

DELITOS MONETARIOS. LA SENTENCIA DEL TJCEE DE 23 DE FEBRERO DE 1995

201

ROGELIO GÓMEZ GUILLAMÓN

*Fiscal de Sala de lo Contencioso-Administrativo
del Tribunal Supremo*

1. INTRODUCCIÓN

«El Tribunal de Justicia, pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional mediante Auto de 19 de junio de 1993 y mediante Auto de 20 de septiembre de 1993, declara:

«...2) Los artículos 1 y 4 de la Directiva 88/361/CEE del Consejo de 24 de junio de 1988, para la aplicación del artículo 67 del Tratado, se oponen a que la exportación de monedas, billetes de banco o cheques al portador se supedite a una autorización previa, pero, por el contrario, no se oponen a que dicha operación se supedite a una declaración previa.»

Con este pronunciamiento, efectuado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con fecha 23 de febrero de 1995, se ha despenalizado el delito monetario definido en el artículo 6.A), 1.^º y 2.^º, de la Ley Orgánica 10/83, sobre régimen legal del control de cambios, consistente en la exportación o importación sin autorización previa de moneda metálica o billetes de Banco españoles o extranjeros. Pero antes de seguir con el análisis de esta Sentencia conviene hacer algo de historia, brevemente.

2. REGULACIÓN LEGAL DE LOS DELITOS MONETARIOS

La ley que acaba de citarse modificó la Ley 40/79, de 10 de diciembre, también sobre control de cambios, elevando al rango de

ley orgánica su capítulo II que establece los delitos monetarios, modificación que se llevó a cabo —sin duda temiéndose lo que iba a suceder— antes que la STC 160/86, de 16 de diciembre, resolviesen la autocuestión de inconstitucionalidad que se planteara el propio Tribunal en la STC 140/86, declarara la inconstitucionalidad de su artículo 7.1 en cuanto impone penas privativas de libertad sin ostentar el rango de ley orgánica exigible por tratarse de sanción que afecta de lleno al derecho de libertad reconocido en el artículo 17.1 de la CE, ya que sólo por ley de esta condición pueden ser desarrollados los derechos fundamentales (art. 81.1 de la CE). Dejemos constancia que con anterioridad, en la STC 25/84, de 23 de febrero, resolviendo también una cuestión de inconstitucionalidad, esta vez planteada por la Sala II del Tribunal Supremo, había decidido que los artículos 6 y 7 de la Ley de 1979 «no se oponen a las exigencias del artículo 25.1 de la CE en relación con el 81.1, no siendo inconstitucionales por razón de esta conexión». No prosperó entonces la inconstitucionalidad de la ley, siempre referida a las penas privativas de libertad que imponía, por el cauce del principio de legalidad penal recogido en el artículo 25.1, pero sí, más tarde, por vulneración del derecho de libertad.

La legislación sobre el control de cambios vino aplicándose sin mayores contratiempos. El artículo 2 de la Ley de 1979, que continúa en vigor, autoriza al Gobierno a regular las transacciones económicas con el exterior, de donde la autorización que reclama el artículo 6.A) de la LO de 1983 al definir cierta modalidad del delito monetario convertía a éste en un tipo penal en blanco: el Gobierno, en virtud de la autorización legislativa recibida para regular la exportación e importación de dinero, era el que daba contenido al tipo fijando cómo y en qué medida se requería la preceptiva autorización. Esta regulación gubernativa se llevó a efecto en el RD 2408/80, de 10 de octubre.

3. ADHESIÓN A LA CEE. RD 1816/91

Nuestra adhesión a la CEE —Tratado de adhesión de 12 de junio de 1986— obligó a la aplicación en España de las normas comunitarias y entre ellas la Directiva del Consejo 88/361/CEE, de 24 de junio, dictada para la aplicación del artículo 67 del Tratado de Roma que exigía la supresión progresiva de las restricciones de los movimientos de capitales a las personas residentes en los Estados

miembros. La trasposición de esta Directiva al Derecho nacional se llevó a cabo por el RD 1816/91, de 20 diciembre, que derogó el de 1980 y que dispuso en su artículo 1:

Son libres los actos, negocios, transacciones y operaciones de toda índole que supongan, o de cuyo cumplimiento se deriven o puedan derivarse, cobros o pagos entre residentes y no residentes, o transferencias al o del exterior..., sin más excepciones que las que se derivan de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 3.^º, 4.^º y 5.^º del presente RD y lo que dispongan las leyes específicamente aplicables.

Retengamos, por lo que luego habrá de verse, que se habla de «residentes y no residentes» sin hacer referencia a que pertenezcan o no a países comunitarios, como tampoco se hace en el artículo 2 cuando fija el concepto de «personas físicas residentes en el extranjero o de personas jurídicas extranjeras». Es claro, por lo demás, el propósito de liberalización de todas las operaciones con el exterior pues así se dice expresamente en su preámbulo: «el grado de interdependencia de la economía española con el exterior y la creciente internacionalización de la actividad económica hacen conveniente extender la liberalización no sólo a las transacciones con otros países miembros de la CEE sino también a las realizadas con terceros países.»

Pero, pese al principio de libertad proclamada tan contundentemente, y al carácter excepcional que, según se dice, tienen las limitaciones previstas, lo cierto es que el artículo 5 del Real Decreto somete a toda una serie de requisitos previos el tráfico exterior de dinero en cuantía superior a un millón de pesetas. Lo que dice este artículo tal y como ha quedado redactado por el posterior RD 42/93, de 15 de enero (meros retoques de redacción: hace desaparecer la expresión de «oro amonedado o en barras»), es:

«1. El viajero, residente o no, que a la salida del territorio nacional lleve consigo moneda metálica, billetes de banco y cheques bancarios al portador, estén cifrados en pesetas o en moneda extranjera, deberá formular una declaración previa cuando su importe sea superior a 1.000.000 de pesetas por persona y viaje y obtener previa autorización administrativa cuando su importe sea superior a 5.000.000 de pesetas por persona y viaje.

2. La introducción en territorio nacional de moneda metálica, billetes de banco o cualesquiera otros medios de pago o instrumentos de giro o crédito, cifrados en pesetas o en moneda ex-

tranjera, es libre. No obstante, los viajeros no residentes que, a su entrada en territorio español, sean portadores de moneda metálica, billetes de banco o cheques bancarios al portador, cifrados en pesetas o en divisas, por importe superior a 1.000.000 de pesetas, y pretendan efectuar con ellos alguna operación que, de acuerdo con las normas sobre transacciones con el exterior o sobre inversiones extranjeras en España, requieran la acreditación del origen de los citados medios de pago, necesitarán declararlos en la forma que se determine.»

Exportación o importación que se refiere sólo a la física, según aclara el preámbulo del Real Decreto, que añade que la restricción prevista «no supone perturbación alguna para las transacciones económicas con el exterior al estar totalmente liberalizados los cobros, pagos y transferencias por vía bancaria». Y así aparece en el artículo 5 en el que se dice que tales cobros, pagos y transferencias con el exterior «deberán efectuarse a través de una entidad de depósito inscrita en los Registros Oficiales del Banco de España», imponiendo a las mismas ciertas obligaciones de información al Ministerio de Economía y Hacienda. Por cierto, que si se liberalizan totalmente las operaciones por la mediación bancaria, no tiene demasiado sentido la autorización previa —no la declaración— que se impone para el traslado físico del dinero. Bastaba, lógicamente, la simple declaración previa que es lo que ha dicho el Tribunal de Luxemburgo.

El examen de este Real Decreto, en lo que ahora nos importa, ha de completarse con lo establecido en su artículo 10:

«El incumplimiento de las obligaciones de declaración o de solicitud de autorización previa a que se refiere el artículo 4.^º del presente Real Decreto conllevará la aplicación de las medidas de responsabilidad de índole penal o administrativa previstas en la Ley 40/79 y LO 10/83.»

Esto es, constituye el delito monetario de exportación o importación de dinero que contempla el artículo 6.A, 1.^º y 2.^º, de esta última Ley.

4. LA DIRECTIVA 88/361/CEE

Por su parte, la Directiva tantas veces mencionada recogía en su artículo 1:

«los Estados miembros suprimirán las restricciones a los movimientos de capital que tienen lugar entre las personas residentes en los Estados miembros, sin perjuicio de las disposiciones que se indican más adelante»,

las cuales están contenidas básicamente en el artículo 4:

«Las disposiciones de la presente Directiva no prejuzgarán el derecho de los Estados miembros a adoptar las medidas indispensables para impedir las infracciones a sus leyes o reglamentos, en particular, en materia fiscal o de control prudencial de las entidades financieras, y establecer procedimientos de declaración de los movimientos de capitales que tengan como objeto la información administrativa o estadística.»

«La aplicación de estas medidas y procedimientos no podrá tener por efecto la obstaculización de los movimientos de capitales efectuados de conformidad con lo dispuesto en el Derecho comunitario.»

La referencia a lo dispuesto en esta Directiva ha de completarse con lo que establece su artículo 7:

«Los Estados miembros se esforzarán por conseguir que el régimen que apliquen a las transferencias correspondientes a los movimientos de capitales con países terceros alcance el mismo grado de liberalización que el de las operaciones que tengan lugar con los residentes en los demás Estados miembros, sin perjuicio de las demás disposiciones de la presente Directiva.»

Es, pues, de observar, conectándolo con lo que antes hemos recogido, que el Real Decreto de 1991, aunque su finalidad es la aplicación de la Directiva, y así está dicho en su preámbulo, va más allá de lo que ésta dispone y da rango normativo a la mera recomendación de este artículo asignando una dimensión universal a la libertad de capitales, adelantándose así a lo que no mucho después dispondría el Tratado de Maastricht al dar nueva redacción del artículo 75.B del Tratado constitutivo.

Señalemos finalmente que no afecta al propósito de este trabajo el que la Directiva contenga una especial referencia a España en orden a su entrada en vigor que con carácter general era el 1 de julio de 1990 en tanto que para España (también para Portugal) se aceptó una demora que concluía el 31 de diciembre de 1992, con lo que el Real Decreto anticipó el término del plazo concedido.

5. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN DE PREJUDICIALIDAD ANTE EL TJCEE

Ésta era la situación existente cuando el Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional, en el juicio penal seguido por exportación ilegal de dinero, planteó de acuerdo con lo previsto en el artículo 177 del Tratado de Roma las cuestiones de prejudicialidad que ha resuelto la sentencia que comentamos. Estas cuestiones se suscitaron en el marco de sendos procesos penales, uno contra un ciudadano italiano y otro contra un matrimonio de españoles, en uno y otro caso con residencia en el país de su naturaleza, que fueron sorprendidos cuando salían de España por el puesto fronterizo de la Junquera llevando ocultos en los vehículos en que viajaban, el primero 50 millones y los segundos 38 millones sin haber solicitado autorización previa. Acusados por el Ministerio Fiscal y celebrada la oportuna vista oral, el Juzgado planteó la cuestión prejudicial que habían interesado las defensas, cuestionando en los dos casos si la reglamentación española era compatible con lo dispuesto en los artículos 1 y 4 de la Directiva 88/361, y si estos preceptos «reúnen los requisitos necesarios para ser invocados frente al Estado español ante los Tribunales nacionales y determinar la inaplicación de las normas nacionales que se le opongan».

6. POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

Con anterioridad, nuestro Tribunal Supremo se había enfrentado con la alegación de que el Real Decreto de 1991, en cuanto liberalizaba las transferencias económicas con el exterior, había des tipificado el delito definido en el artículo 6.A) de la LO de 1983. Una primera Sentencia, de 28-2-1992, entendió que dicho Real Decreto no introducía nuevas figuras delictivas sino que se trataba de una norma administrativa integradora del tipo (sustituyendo al RD 2402/80) y que la proclamada liberalización tiene el alcance que se detalla en sus artículos 3, 4 y 5. Al tratarse de exportación en cuantía superior a 17 millones de pesetas, que requería, pues, pre via autorización, no se planteó la cuestión de la criminalización de la mera declaración. En parecidos términos se manifestaron otras sentencias posteriores; así, entre otras, SS de 16-11-1992, 28-1 y 17-9-1993. Esta última consideró la compatibilidad del Real Decreto con la Directiva, concluyendo que, dados los términos en que ésta se expresaba, era legítimo conservar un régimen de declaraciones

perfectamente compatible con las previsiones comunitarias sobre la liberalización de la circulación de capitales, en aras a velar por la salud del sistema financiero. Y traía en apoyo de su tesis la propia jurisprudencia del TJCEE que en algunas de sus resoluciones (S de 20-2-1979) «establece la compatibilidad entre las disposiciones del Tratado constitutivo y aquellas reglamentaciones que aun implicando una cierta obstaculización a las opciones liberadoras, pretenden salvaguardar la protección de los consumidores, la salud pública, la eficacia de los controles fiscales y la lealtad en las transacciones comerciales. Al mismo tiempo se trata de evitar que la apertura liberalizadora sea una fuente generadora de negocios turbios, realizados a espaldas de la claridad y transparencia exigida por el tráfico de toda índole y del monetario en especial».

7. POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tampoco el Tribunal Constitucional quedó ajeno a la cuestión. La Sentencia del Tribunal Supremo de 28-2-1992 fue recurrida en amparo ante dicho Tribunal, que en su S 372/93, de 13 de diciembre, desestimatoria, resolvió que la nueva normativa sobre intercambios monetarios responde a las exigencias del artículo 25.1 de la CE —principal invocación del recurrente en amparo—, desde el momento que existe una *lex scripta, previa y cierta*, dado el rango normativo con que la LO de 1983 dotó a los delitos previstos en el artículo 6.A) y la necesaria concreción de las conductas en virtud de la integración reglamentaria efectuada según la autorización contenida en la Ley de 1979. Que el Real Decreto de 1991, según se alegaba, había venido a introducir un nuevo tipo penal sin base legal suficiente, fue objeción asimismo inestimada, afirmando la razonabilidad de la decisión del Tribunal de Casación, toda vez que el artículo 2.2, c), de la Ley de 1979 autorizaba al Gobierno a actuar como lo hizo en el Real Decreto de 1991. En cuanto a la incompatibilidad de este último con la Directiva comunitaria, también alegada con el añadido de que se planteara cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, se rechazó que, centrado el problema en estos términos, se haya vulnerado el artículo 25.1 de la CE, recordando que el recurso de amparo requiere confrontar las actuaciones de los poderes públicos con la Constitución y no con el Derecho Comunitario, «pues, como se ha declarado repetidamente por este Tribunal, las normas de este ordenamiento no constituyen canon autónomo de constitucionalidad (SSTC 252/88, 132/89, 28/91, 64/91 y

111/93, entre otras)», lo que al mismo tiempo excluye que el Tribunal dirija una solicitud de interpretación con base en el artículo 177 del Tratado Constitutivo, «pues este precepto sólo resulta operativo en los procesos en que deba hacerse aplicación del Derecho comunitario y precisamente para garantizar una interpretación uniforme del mismo (STC 28/91), lo que no es el caso de los procesos ante este Tribunal Constitucional».

8. RESOLUCIÓN DEL TJCEE. EFECTO DIRECTO DE LA DIRECTIVA

Ya vimos al comienzo que el Tribunal de la CEE ha resuelto que, conforme a la Directiva tantas veces mencionada, no cabe supeditar la exportación dineraria o de cheques a una autorización previa, aunque sí puede serlo a una declaración previa, interpretación que se desprende con claridad de los términos que emplea la Directiva en su artículo 1, al suprimir las restricciones. Una cosa es restricción y otra la adopción de medidas de control permitidas en el artículo 4. La restricción supone aquí prohibición, impedimento, justo lo que significa autorización previa, esto es, imposibilidad de la transferencia sin permiso de la autoridad económica. La declaración, en cambio, no significa otra cosa que la comunicación de la operación de que se trate de esta autoridad con una finalidad de control que, como hemos visto, la propia Directiva contempla. La consecuencia, en lo que ahora nos importa, no puede ser otra que la despenalización de los llamados delitos monetarios contemplados en la LO de 1983, como quedó apuntado al principio.

Como es sabido, las Directivas —la expresión más significativa del llamado Derecho derivado, constituido por las normas emanadas de las instituciones comunitarias, en oposición al Derecho primario, formado por los tratados constitutivos de las Comunidades— tienen carácter vinculante. No es que las disposiciones de una Directiva sustituyan automáticamente al Derecho nacional, sino que los Estados miembros están obligados a adecuar las suyas a las normas comunitarias, si bien tienen libertad para elegir la forma y medio de transposición. Es necesaria, por tanto, la intervención normativa de los Estados miembros para que se convierta en Derecho interno, ya sea, según los casos, mediante una ley o mediante una disposición de rango inferior. Así pues, los ciudadanos comunitarios sólo son sujetos de derechos u obligaciones cuando los Estados eje-

cutan las Directivas. Sin embargo, para evitar una demora indefinida de su transposición al Derecho nacional, la doctrina del Tribunal de Justicia ha reiterado que los ciudadanos pueden también, en determinadas condiciones, acogerse a las disposiciones de la Directiva y reclamar los derechos que les correspondan, y, llegado el caso, a acudir a los Tribunales nacionales. Para ello es preciso, como ha señalado la jurisprudencia del Tribunal, que se trate de preceptos claros y precisos, no sometidos a condición alguna ni a apreciación o discrecionalidad sobre su contenido, además de que haya transcurrido el plazo para la incorporación de la Directiva al ordenamiento interno. Hay que añadir a ello que no toda disposición de una Directiva es directamente aplicable reunidas estas condiciones, sino sólo cuando se trate de relación entre ciudadano y Estado miembro (el llamado efecto vertical) y, sobre ello, que el efecto favorezca al ciudadano y no le perjudique, es decir, sólo en los casos en que el Derecho comunitario preve una norma más favorable que el Derecho interno una vez adecuado a la Directiva. Por el contrario, se ha rechazado este efecto directo cuando se trata de relaciones entre ciudadanos (efecto horizontal), pues la aplicación directa, a la que se ha reconocido por el Tribunal un cierto carácter sancionador, no puede producirse entre personas privadas que en ningún momento son responsables de las negligencias en que haya podido incurrir el Estado.

Pues bien, la Sentencia de 23 febrero, en respuesta a la consulta del juez español referente a si las disposiciones del artículo 1 de la Directiva, aplicando la doctrina que acabamos de resumir, afirma (párrafo 33):

«la obligación impuesta a los Estados miembros de suprimir todas las restricciones a los movimientos de capitales está formulada de forma clara e incondicional y no requiere de ninguna medida particular de aplicación»,

agregando en el párrafo siguiente:

«Es necesario destacar que la aplicación de la reserva del artículo 4 de la Directiva es susceptible de control jurisdiccional, de forma que la posibilidad de que un Estado miembro la invoque no impide que las disposiciones del artículo 1 de la Directiva, que consagra el principio de la libre circulación de capitales, confiera a los particulares derechos que estos pueden alegar judicialmente y que los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger.»

Y concluye en el párrafo 36: «...las disposiciones del artículo 1, en relación con el artículo 4 de la Directiva, pueden invocarse ante el órgano jurisdiccional nacional y dar lugar a la inaplicabilidad de las normas nacionales contrarias a dichas disposiciones.»

En resumen, nadie puede ser condenado por trasladar fuera de España o introducir en ella moneda, dinero o cheques al portador. La autorización previa es contraria a la normativa comunitaria y la declaración previa no está tipificada en el artículo 6.A) de la LO de 1983. No es sólo que el Real Decreto de 1991 en su artículo 4 es incompatible con la Directiva del 88, sino que lo es la propia Ley Orgánica que estableció el tipo penal.

9. TRANSACCIONES CON PAÍSES NO COMUNITARIOS

Esto que venimos diciendo es claro para las transacciones entre países miembros, pero ¿qué ocurre cuando lo son con un país tercero? La Directiva sólo imponía la libertad de operaciones dinerasias entre los Estados miembros, limitándose a exhortar que el mismo régimen se aplicará a países terceros. Ahora bien, como antes hicimos notar, el Real Decreto de 1991, con toda claridad, se refiere a las transacciones con cualquier país, perteneciente o extraño a la Comunidad. Las posibles dudas al respecto ya fueron advertidas por el mismo Juzgado Central de lo Penal que, sensible una vez más a aplicación del Derecho comunitario, planteó nueva cuestión de prejudicialidad por medio del Auto de 24 de mayo de 1994, ahora con referencia al artículo 75.B) del Tratado de Roma en la redacción dada por el de Maastricht, de 10 febrero de 1992, en vigor desde el 1 noviembre de 1993, reiterando parecida consulta a la formulada en los dos anteriores autos.

No parece que puedan abrigarse muchas dudas respecto al resultado de esta nueva consulta al TJCEE. Los términos en que se manifiesta el citado artículo 75.B).1 son bien claros:

«En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países.»

Igual disposición se contiene en el apartado 2 de este artículo con referencia a pagos. Indiquemos que en otras letras del artículo 73, que hasta la letra G ha sustituido a partir del 1 de enero de 1994 a los artículos 67 a 73 del Tratado de Roma, se preven restricciones a terceros países de movimientos de capitales (las que existan el 31 de diciembre de 1993) «que supongan inversiones directas, incluidas las inmobiliarias, el establecimiento, la prestación de servicios financieros o la admisión de valores en los mercados de capitales» (G.1). Y que se reitera en la D que se pueden aplicar medidas para evitar infracciones del Derecho interno.

La redacción del artículo 73.B autoriza a esperar que el TJCEE resuelva en idénticos términos a los de su fallo de 23 de febrero. Mientras tanto, de tener que resolver sobre transacciones con países terceros y de no suspender las actuaciones, difícilmente podrá aceptarse que siga entendiéndose que existe el delito monetario definido en el tantas veces mencionado artículo 6.A) de la LO de 1983.

10. MEDIDAS DE CONTROL ADOPTABLES

Y no debemos terminar estas líneas sin hacer referencia a algunas de las manifestaciones hechas en esta sentencia y a las posibilidades existentes en la actualidad para la disciplina interna de las operaciones dinerarias con el exterior.

La primera referencia es relativa a las medidas de control que pueden adoptarse respecto a las transacciones. Transcribimos antes el artículo 4 de la Directiva que autorizaba la adopción de medidas indispensables para impedir infracciones de Leyes y Reglamentos, particularmente en materia fiscal o de control y entidades financieras. El Gobierno español argumentó lo que se recoge en el párrafo 19 de la sentencia:

«...procede indicar que la eficacia de los controles fiscales y la lucha contra actividades ilícitas, como el fraude fiscal, el blanqueo de dinero, el tráfico de estupefacientes y el terrorismo se invocaron como objetivos que justifican la normativa de que se trata.»

Pues bien, se dice en el párrafo 21:

«A este respecto debe indicarse que el párrafo primero del artículo 4 de la Directiva se refiere expresamente a medidas indispensables para impedir las infracciones de sus Leyes y Regla-

mentos, “en particular”, en materia fiscal o de control prudencial de las entidades financieras. De ello se deduce que también están autorizadas otras medidas, siempre que tengan por objeto impedir actividades ilícitas de gravedad comparable, como el blanqueo de dinero, el tráfico de estupefacientes y el terrorismo.»

Añadiéndose en el párrafo siguiente:

«...esta interpretación se ve confirmada por la introducción en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del artículo 73.D, que reproduce fundamentalmente, en la letra b) de su apartado, el párrafo primero del artículo 4 de la Directiva, añadiendo que los Estados miembros tienen derecho a tomar medidas justificadas por razones de orden público o de seguridad pública.»

Esto es, en la redacción del artículo 4 de la Directiva, que habla de infracciones normativas, particularizando el fraude fiscal y el control de entidades financieras, deben incluirse cualesquiera otras infracciones, tales como blanqueo de dinero, tráfico de drogas y terrorismo.

11. MEDIDAS SANCIONATORIAS. TIPIFICACIÓN PENAL

Otro extremo de singular relieve es el de las consecuencias sancionatorias que pueden anudarse al incumplimiento de estas medidas. El Gobierno español alegó ante el Tribunal que sólo la necesidad de autorización previa permitía incriminar penalmente las conductas. Y en efecto así es, según la redacción del artículo 6.A) de la LO de 1983. Ahora bien, se dice en el párrafo 30:

«El Gobierno español no ha demostrado de modo suficiente que sea imposible imponer sanciones penales por una omisión de hacer previamente una declaración.»

De donde se hace preciso concluir que nada impide que el Estado español pueda establecer como delito la exportación o importación dineraria si no se observa la obligación de una declaración previa. Naturalmente, tal tipificación tendría que hacerse por ley orgánica si la sanción es privativa de libertad. Lo que es inaceptable es la solución adoptada por el RD de 1991 que, apartándose de la redacción de la LO de 1983, dispuso que la falta de declaración daría lugar a las responsabilidades penales y administrativas dispuestas

en la Ley de 1979 y en la LO de 1983. Ampliaba sin duda el tipo penal por una vía completamente inadecuada, aunque, según antes se observó, no se pronunció sobre este punto la jurisprudencia del Tribunal Supremo porque los asuntos planteados, en razón a su cuantía, requería de autorización y no de la simple declaración. Es de esperar que no tarde en aparecer una nueva regulación específica del régimen legal de movimientos de capital y de pagos internacionales con la previsión de medidas sancionatorias, de las que aca-
so no haya que excluir las de naturaleza criminal.

12. CONCLUSIÓN

Como conclusión final y resumiendo lo hasta ahora dicho, puede afirmarse: *a)* que no existe, tras la sentencia del TJCEE y el efecto directo que se reconoce a la Directiva 88/361/CEE, el delito monetario de exportación e importación de dinero y cheques al portador entre residentes en países comunitarios; *b)* que a igual resultado hay que llegar en cuanto a las transacciones con países terceros en virtud de una interpretación lógica y sistemática de las disposiciones comunitarias (después de las modificaciones introducidas por el Tratado de Maastricht) y nacionales (fundamentalmente, el RD 1816/91). No cabe desconocer, sin embargo, que es cuestión planteada ante el TJCEE y que, para total certeza, habrá que esperar su decisión; y *c)* que los países miembros pueden adoptar medidas de control, no restrictivas, entre las que pueden darse aquéllas de carácter penal.

SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA DE INCAPACITACIÓN

JESÚS VICENTE CHAMORRO

Fiscal de Sala de lo Civil del Tribunal Supremo

1. En principio cabe pensar que ninguna especialidad habría de tener el recurso de casación en los pleitos sobre capacidad jurídica de la persona física —arts. 199 del Código Civil, 484.2.^º y 1.687.2.^º de la Ley de Enjuiciamiento Civil—. Sin embargo, las notas del pleito que ha de seguirse se separan de los principios que rigen los procesos declarativos en la Ley de Enjuiciamiento Civil en especial en cuanto al principio dispositivo y a la prueba de la capacidad e incapacidad.

En efecto el artículo 208 del Código Civil no deja a la sola actividad de las partes la averiguación de la verdad, de modo que el Juez, sin perjuicio de las pruebas practicadas a instancia de parte, podrá decretar cuantas estime pertinentes. Estas últimas palabras definen no sólo las facultades del juzgador sino que sirven para determinar la finalidad del proceso.

La pertinencia de la prueba contiene, como es sabido, dos notas definitorias. Por un lado, su relación con el objeto del pleito, de modo que sólo son pertinentes las pruebas que estén en referencia con el objeto del proceso. De ser así serían impertinentes —no pertenecerían al pleito—, serían peregrinas, extravagantes y en nada podrían servir para acreditar alegación alguna de las formuladas en él. Pero, además, toda prueba tiene, por su propia función una finalidad de eficacia, o sea, que ha de ser adecuada para demostrar algo útil a los fines del proceso. Esto es, junto a la pertinencia objetiva ha de darse la pertinencia funcional. De aquí que no sean admisibles las pruebas impertinentes o inútiles: artículo 566 de la LEC; LECr.: artículos 659, 850.1.^º

En el proceso de incapacitación han de acordarse las que, por tanto, versen sobre la capacidad del sometido a proceso y que sean eficaces para ese fin, lo que nos conduce a que se trata de averiguar la verdad material o real en materia de la que no cabe la disposición: artículo 1.814 del Código Civil.

El estado civil de las personas es un interés público que ha de ser protegido y definido por los órganos del poder del Estado. Sin que sea, por ello mismo, admisible la presencia de ficciones ni de verdad formal. Se necesita resolver sobre la verdad real o material.

Por otro lado la capacidad o incapacidad, como la enfermedad mental no son conceptos jurídicos ni pueden ser definidos legalmente. Basta para ello observar que el criterio distintivo está contenido en el verbo *gobernarse* (art. 200 del Código Civil) que hay que integrar con referencias sociales, de manera equivalente a lo que la LECr. enseña en cuanto a la enfermedad mental que no la reduce a una valoración técnico-médica sino que se establece por razones sociales —arts. 382 y 380 de la LECr.—. En efecto el legislador no considera suficiente el informe de los médicos forenses sino que, sin perjuicio de él ha de recibirse información a las personas que puedan deponer con acierto por sus circunstancias personales y por las relaciones que hayan tenido con el sometido a examen —art. 382, párrafo 1.^º, y 380, párrafo 2.^º, de la LECr.—, así Sentencias de la Sala 1.^a del TS de 20 de febrero de 1989, Fundamento de Derecho V.

La afirmación de la capacidad o incapacidad, por tanto, es función del Juzgador atendidos los resultados de la investigación —art. 208 del Código Civil— que concluyen en la verdad real.

La reforma de la LEC de 6 de agosto de 1984 ha venido a resolver definitivamente el problema de hacerse sumariamente. Al no existir un tipo general de juicio sumario en la LEC las opiniones eran varias. Para Plaza se trata de un procedimiento especial simple, en tanto que otros autores defendían la utilización del procedimiento de los incidentes, que si bien era el que servía en muchos casos como solución, no aparecía expresamente citado en el Código como ocurría en las remisiones a él, por regla general.

A las notas ya señaladas pueden añadirse en el proceso de incapacitación la intervención del Ministerio Fiscal —art. 206 del Código Civil, art. 2 del Estatuto Ministerio Fiscal.

La no disposición de la acción, sobre la que no cabe transigir —art. 1814 del Código Civil.

El estado civil no es parte del Derecho Privado sino que cuando menos está en zona intermedia entre el Derecho Público y el Privado.

Por todo ello, así entendido el proceso sobre incapacitación y sus notas características se presenta la cuestión de la posibilidad de impugnar en casación la sentencia que recaiga por la vía del número 4 del artículo 1.692 de la LEC. En este sentido resulta de difícil admisión la posibilidad de recurrir en casación —como infracción de normas del ordenamiento jurídico—, lo que no es sino un resultado de la investigación que, por tanto, consisten en la apreciación de la prueba y que, como tal es inimpugnable en casación, recurso que no comprende en su ámbito el examen de los hechos y más aún a partir de la Ley de 30 de abril de 1992 que suprimió como vía de casación «el error de hecho en la apreciación de la prueba, motivo 4.^º del texto anterior según redacción a la Ley de 6 de agosto de 1984.

**REVISTA
DEL
MINISTERIO FISCAL**

III. Resumen de jurisprudencia

RESUMEN DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

JUAN JOSÉ BARRENECHEA DE CASTRO
ANSELMO SÁNCHEZ-TEMBLEQUE PINEDA
Fiscales ante el Tribunal Constitucional

SENTENCIA del Tribunal Constitucional 42/95, de 13 de febrero. Ponente: López Guerra. Doctrina sobre conflicto entre derecho al honor y derecho a la libertad de expresión e información.

«Según los criterios que se han ido perfilando en la jurisprudencia constitucional, la confrontación de los derechos entre la libre comunicación de información y la libertad de expresión, por una parte, y el derecho al honor debe llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica, que respecto de los derechos denominados de la personalidad del artículo 18 de la CE ostentan los derechos a la libertad de expresión e información del artículo 20.1 de la CE, en razón de su doble carácter de libertad individual y garantía de una opinión pública indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático; contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública (SSTC 104/86, 171/90, 172/90, 40/92, 85/92 y 170/94) y «alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información» (SSTC 107/88 y 240/92).

Si bien la legislación penal otorga una amplia protección a la buena fama y al honor de las personas y a la dignidad de las instituciones mediante la tipificación de los delitos de injuria, calumnia y desacato, este Tribunal ha declarado reiteradamente (SSTC 159/86, 107/88, 51/89, 20/90, 15/93 y 336/93, entre otras) que el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de información ha modificado profundamente la problemática de

los delitos contra el honor en aquellos supuestos en que la conducta que incide en este derecho haya sido realizada en ejercicio del derecho a la libertad de información y expresión pues la dimensión constitucional del conflicto «convierte en insuficiente el criterio subjetivo del *animus iniurandi* tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos». Y ello entraña que el enjuiciamiento se traslade a un distinto plano, en el que no se trata de establecer si el ejercicio de las libertades de información y de expresión ha ocasionado una lesión al derecho al honor penalmente sancionable, sino de determinar si tal ejercicio opera o no como causa excluyente de la antijuridicidad; ello sólo se producirá, lógicamente, si el ejercicio de esas libertades se ha llevado a cabo dentro del ámbito delimitado por la Constitución.

Como se señaló en las SSTC 105/90, 171 y 172/90 y el ATC 20/93, entre otras, en el conflicto entre las libertades reconocidas en el artículo 20 de la CE y otros bienes jurídicamente protegidos, como el honor y la dignidad de las personas, los órganos judiciales no deben estimar preponderante en todo caso uno de los derechos, sino que deben, habida cuenta de las circunstancias del caso, ponderar los derechos en juego a fin de determinar si la actuación del informador se ha llevado a cabo dentro del ámbito protegido constitucionalmente, o, por el contrario, si se ha trasgredido ese ámbito. Al respecto, este Tribunal ha resaltado en abundante jurisprudencia cómo la fuerza expansiva del derecho a la libertad de expresión e información obliga a una interpretación restrictiva de sus límites y, entre ellos, del derecho al honor (SSTC 51/85, 159/86, 214/91 y 190/92, entre otras muchas). Cuando del ejercicio de la libertad de expresión e información resulta afectado el derecho al honor, el órgano judicial está obligado a realizar un juicio ponderativo de las circunstancias del caso concreto, con el fin de determinar si la conducta del agente pudiera estar justificada por hallarse dentro del ámbito de las libertades de expresión e información, de suerte que si falta tal ponderación o resulta manifiestamente carente de fundamento, se han de entender lesionadas aquellas libertades (SSTC 104/86, 107/88, 51/89, 201/90, 214/91 y 123/92 y AATC 480/86, 76/87 y 350/89).

Es, pues, necesario analizar las concretas expresiones utilizadas, su conexión o no con la opinión que se pretendía transmitir y su carácter necesario o superfluo. En este sentido el Tribunal Constitucional ha considerado que «aparecerán desprovistas de valor de causa de justificación las frases formalmente injuriosas o aquéllas que carezcan de interés público y, por tanto, resulten innecesa-

rias a la esencial del pensamiento, idea u opinión que se expresa» (STC 107/88), de forma que la libertad de expresión viene delimitada «por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas» (STC 105/90), ya que una cosa es efectuar una evaluación personal, por desfavorable que sea, de una conducta, y otra cosa muy distinta es emitir expresiones, afirmaciones o calificativos claramente vejatorios desvinculados de esa información, y que resultan proferidos, gratuitamente, sin justificación alguna, en cuyo caso cabe que nos hallemos ante la mera descalificación o incluso el insulto y sin la menor relación con la formación de una opinión pública libre, apareciendo como meras exteriorizaciones de sentimientos personales ajenos a la información sobre hechos o a la formación de una opinión pública responsable. Se colocan, por tanto, fuera del ámbito constitucionalmente protegido de la libre expresión y representan en consecuencia la privación a una persona de su honor y reputación (SSTC 105/90 y 170/94). En el mismo sentido, las SSTC 172/90 y 336/93 han declarado que las expresiones literalmente vejatorias o insultantes quedan siempre fuera del ámbito protector del derecho de información, y de la libertad de expresión y de opinión, que en ningún caso amparan el derecho al insulto. A tenor de lo expuesto es evidente que quedan al margen de la libertad de expresión los contenidos injuriosos o vejatorios, desvinculados de las ideas que se pretenden transmitir a la opinión pública, y por tanto innecesarios.

COMENTARIO: Esta Sentencia confirma y recoge toda la doctrina constitucional respecto al conflicto entre el derecho fundamental al honor y el derecho fundamental a la libertad de expresión e información. Importante para los delitos de injuria porque determina y acentúa la necesidad de que los Tribunales ponderen, no en abstracto, sino en concreto las expresiones utilizadas, su conexión o no con la opinión que se pretendía transmitir y su carácter necesario o superfluo.

SENTENCIA del Tribunal Constitucional 43/95, de 13 de febrero. Ponente: López Guerra. Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Efectos de la advertencia errónea de los recursos.

«Así, ante todo, se han de diferenciar los casos en que el órgano judicial omite toda indicación acerca de los recursos procedentes de

aquellos otros supuestos —como el que ahora se examina— en que no se trata de omisión judicial, sino de una indicación errónea o equivocada del recurso que se ha de formular contra la correspondiente resolución. Conforme se señala en la STC 107/87, a la instrucción o información errónea acerca de los recursos... «ha de darse mayor alcance que a la simple omisión, en cuanto que es susceptible de inducir a un error a la parte litigante, error que hay que considerar como excusable, dada la autoridad que necesariamente ha de merecer la decisión judicial».

Ahora bien, se razona asimismo en la mencionada STC 107/87 (recogiendo doctrina anterior, de la que son exponente las SSTC 43/83, 70/84 y 172/85) que ...«si bien los errores de los órganos judiciales no deben producir efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano, esos efectos carecerán de relevancia desde el punto de vista del amparo constitucional cuando el error sea también imputable a la negligencia de la parte, cuya apreciación habrá de tomar en consideración la muy diferente situación en la que se encuentra quien interviene en un proceso sin especiales conocimientos jurídicos y sin asistencia letrada y quien, por el contrario, acude a él a través de peritos en Derecho capaces, por ello, de percibir el error en que se ha incurrido al formular la instrucción de recursos».

A la luz de la doctrina expuesta, serán las circunstancias concretas que concurren en el supuesto planteado las que deberán analizarse para determinar si, partiendo de aquella indicación errónea judicial, la parte pudo razonablemente salvar la equivocación y actuar correctamente desde la perspectiva procesal o, por el contrario, aquel error era insalvable y a él no contribuyó su propia negligencia, de forma que merezca el amparo que a través de este proceso constitucional solicita.

No se discute en este caso, y según lo expuesto, la equivocación o error en la indicación judicial, que resulta, por tanto, un primer dato fáctico a considerar; como también lo es la efectiva asistencia letrada de la parte recurrente. Pero éstas no son las dos únicas circunstancias concurrentes en la causa. Ha de examinarse también en qué consistió concretamente la equivocación del Juzgador y cuál fue la concreta actuación de la parte.

En el primer aspecto cobra especial relevancia que el error del órgano judicial no versó sobre la inexistencia de recurso alguno contra la resolución dictada, sino en la instrucción de que contra la misma era procedente la interposición de un determinado recurso:

el de reposición. Se resalta tal hecho porque, así como la indicación acerca de la inexistencia de recurso alguno contra el Auto constituye mención que, razonablemente, no debe pasar inadvertida para persona que sea técnica en Derecho, la instrucción acerca de la procedencia de un determinado recurso no constituye dato que deba llamar especialmente la atención, ni incluso a aquél que posea conocimientos jurídicos. Pero, además, a lo anterior ha de añadirse en este supuesto la naturaleza específica del recurso indicado erróneamente como procedente, así como de aquél que lo era en realidad. El órgano judicial indicó como correcto un recurso que, salvo los supuestos especialmente previstos en la Ley procesal civil, no veda el acceso al recurso de apelación ulterior, sino, antes bien, constituye precedente del mismo (arts. 380 y ss. de la LEC). Quiere decirse con ello que la asistencia letrada de la parte pudo razonablemente pensar que la formulación del recurso de reposición que se le indicaba como correcto no impedía, sino, antes bien, constituía trámite previo a la ulterior revisión de la cuestión en segunda instancia. Frente a ello, la específica previsión sobre el acceso directo al recurso de apelación, que recoge el artículo 942 de la LEC y al que —una vez advertido el error— alude al órgano judicial, no es suficiente para contrarrestar la errónea indicación, pues ambos recursos no son, por lo expuesto, necesariamente excluyentes entre sí en todo caso; y a estos efectos se ha de apreciar como determinante la autoridad y confianza que inspira lógicamente el pronunciamiento judicial.

En el segundo de los aspectos a considerar, esto es, el relativo al proceder de la recurrente, de lo actuado se desprende que ésta no actuó de forma diligente, sino que, por el contrario, dejó patente su voluntad de recurrir la resolución, formuló el recurso de reposición que se le indicaba como correcto y lo verificó en el breve plazo de tiempo previsto para el mismo en la Ley procesal; e, incluso, el examen del escrito de interposición del recurso permite constatar que la forma y contenido de tal escrito responden más a las características propias de un recurso de apelación que a la simple cita de la disposición o disposiciones legales infringidas que exige el artículo 377 de la LEC y suelen acompañar al de reposición judicialmente indicado como correcto. Lo que, por otro lado, ha de llevarnos a la consideración de que, manifestada expresamente la voluntad de recurrir la resolución dentro del plazo legalmente previsto para cualquiera de los dos recursos, y contando en su formulación con los requisitos procesales necesarios, advertido el error por el ór-

gano judicial y entendiendo aquél que la resolución era susceptible de ser revisada en segunda instancia, nada habría impedido al mismo subsanar la equivocación cometida bien dando de oficio la tramitación que correspondía al escrito presentado, bien otorgando a la parte esa posibilidad de reparar el error inducido por su propia advertencia.

COMENTARIO: Esta sentencia abre una puerta en la doctrina constitucional anterior y considera vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva el error del Juez en la determinación del recurso procedente contra una resolución que produce su pérdida, aunque la parte estuviere dirigida técnicamente por letrado.

SENTENCIA del Tribunal Constitucional 20/95, de 24 de enero. Ponente: Vega Benayas. Juicio de faltas. Dilaciones indebidas.

«Consta en las actuaciones de este recurso, según expone el recurrente y acepta el Ministerio Fiscal, que, a partir de la Sentencia dictada por el Juez de la apelación, se interesó por la parte la ejecución de la Sentencia apelada, confirmada por la anterior, practicándose determinadas diligencias con infructuoso resultado, dada la insolvencia de la condenada. En su virtud se pidió al Juzgado ejecutor, en 15 de diciembre de 1992, que se dictase Auto de insolvencia y se requiriese de pago al Consorcio de Compensación de Seguros. Dicho escrito, como otros posteriores, no fueron proveídos por el Juzgado, el cual no se pronuncio —sin actuación alguna— hasta que nuevamente la parte presentó escrito denunciando la inactividad procesal mediante escrito de 8 de septiembre de 1993, reiterado en 10 de noviembre del mismo año, transcurriendo así casi un año sin respuesta judicial pertinente.

No cabe duda alguna, a la luz de la jurisprudencia constitucional (SSTC 36/84, 5/85, 133/88, 10/91, 63/93, 197/93, 197/93, 97/94 y 7/95), que se dan aquí y en este supuesto los requisitos que para estimar el recurso de amparo por dilaciones indebidas se fijaron en aquella doctrina: protesta y requerimiento de la parte afectada al Juez o Tribunal en demora o inactividad procesal, con el fin de que el propio Juzgador subsane el silencio indebido y remedie las dilaciones; la no justificación de la tardanza por la complejidad de proceso; la no justificación de las dilaciones por las deficiencias estructurales o

falta de medios en la Administración de Justicia, que puede permitir pensar en la inexigibilidad de responsabilidad en los Jueces o Magistrados, pero no en la objetiva del Estado; la simplicidad del proceso y la ausencia de explicación de la tardanza o silencio judicial cuando, además, la parte mostró una diligencia apreciable al requerir insistente al Juzgador de la ejecución, mostrando así una eficaz colaboración en la tutela a la que obliga el artículo 24 de la CE; y, en fin, el dato de no tratarse, en el caso, de incumplimiento de plazos (STC 37/91), sino de una falta de respuesta judicial apreciada según datos objetivos, conforme se ha expuesto.

COMENTARIO: Importante por reiterar los presupuestos necesarios exigidos para estimar la concurrencia de la violación del derecho a un proceso con toda clase de garantías: dilaciones indebidas que en este supuesto se produce en la ejecución de la sentencia dictada en un juicio de faltas. La falta de respuesta judicial a la pretensión deducida se aprecia por datos objetivos.

SENTENCIA del Tribunal Constitucional 21/95, de 24 de enero. Ponente: Rodríguez-Piñero. Procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Desalojo del inquilino de la finca objeto del proceso sin audiencia en el procedimiento.

«Lo expuesto no impide que pueda correr distinta suerte la denunciada infracción del artículo 24 de la CE, referida sola y exclusivamente a las resoluciones judiciales que, para dar posesión de la finca al adjudicatario en la subasta, ordenaron el lanzamiento del actor de su vivienda (providencias de 31 de diciembre de 1993, de 22 de febrero de 1994, de 24 del mismo mes y año y de 9 de marzo de 1994, así como la diligencia de posesión de 16 de enero de 1994), negándole la condición de arrendatario de la finca adjudicada, «y ello no tanto porque ese contrato tan beneficioso para el inquilino, a falta de otras pruebas que acrediten la solvencia de la relación, carece en principio de eficacia frente a terceros (art. 1.227 del CC) como por el hecho de que, quien figura como arrendador, no consta que tenga ni haya tenido capacidad para arrendar la finca hipotecada» (providencia de 22 de febrero, a cuya fundamentación se remite la de 24 de febrero).

A la luz de lo expuesto es obvio que el actor no fue parte en el procedimiento de ejecución porque, de acuerdo con la interpretación, razonablemente mantenida por el Juzgador, de la normativa

que resultaba de aplicación (arts. 131 y 132 de la LH) no estaba previsto cauce alguno para su intervención, y por ello, no tuvo ocasión de hacer alegaciones y probar sobre la existencia y validez del contrato de arrendamiento suscrito en su día con el Sr. G. H, ni sobre la eventual vigencia del contrato tras la adjudicación de la finca. Pese a lo cual, el Juzgador se pronuncia sobre la existencia del contrato de arrendamiento y su eficacia frente a terceros, ordenando el lanzamiento como consecuencia de las conclusiones a las que previamente ha llegado sobre estos extremos.

Como este Tribunal tuvo ocasión de sostener en su STC 6/92, no le incumbe resolver la cuestión de si el contrato de arrendamiento había sido o no válidamente concertado en este caso, ni tampoco sobre si podía considerarse vigente tras la venta judicial de la finca. Estas son materias de legalidad ordinaria que sólo a los Jueces y Tribunales *a quo* corresponde resolver. Ello no obstante, sí entra dentro de la competencia de este Tribunal «la tutela del derecho fundamental de quien, sin poder defender sus derechos en un procedimiento» por las razones expuestas, puede resultar y de hecho resulta «gravemente perjudicado al verse despojado, sin posibilidad de contradicción de un derecho nacido de una relación contractual que merece una protección específica» (STC 6/92, FJ 6). Unas graves consecuencias que se encuentran vedadas por el artículo 24 de la CE, en cuanto impone la necesidad de posibilitar la defensa de los derechos e intereses legítimos que puedan verse recortados por una resolución judicial.

Por ello se hace preciso reiterar también en este caso las conclusiones a que se llegó en nuestra Sentencia 6/92, en el sentido de que la exigencia implícita en el artículo 24 de la CE puede alcanzarse propiciando «una interpretación y aplicación del artículo 132 de la LH que elimine aquellos efectos no queridos o, al menos, en contradicción flagrante con el derecho fundamental a la defensa y con normas de derecho necesarias (art. 57 en relación con el 114.4 de la LAU), dado que el lanzamiento coloca al arrendador —sin ser oído en juicio— en posición notoria y gravemente disminuida para una eficaz defensa de su derecho».

Además, la tutela del derecho del arrendamiento recurrente «no supone desconocer o aminorar el de la otra parte», adjudicataria de la finca, pues «a ésta... si en la diligencia de ejecución y entrega del piso se abstiene el ejecutor de lanzar a la familia ocupante —como arrendataria— no se le provoca en modo alguno una pérdida o dis-

minución de su derecho de propiedad (que es lo adquirido), pues justamente se le da lo que el ordenamiento jurídico permite, es decir, el dominio de la finca» (FJ 6). Todo ello sin perjuicio de que, también para el adjudicatario, quede abierta la posibilidad de intervenir en el proceso declarativo para hacer las alegaciones que convengan a su derecho y, en su caso, de exigir por la vía judicial correspondiente las responsabilidades a que hubiera lugar.

Por todo lo expuesto, cabe concluir que, efectivamente, las resoluciones judiciales a que se contrae este segundo motivo de amparo, en cuanto han desconocido la doctrina descrita, han vulnerado el artículo 24 de la CE, debiendo por consiguiente estimarse la demanda en este punto.

COMENTARIO: El inquilino de la finca adjudicada en la subasta como consecuencia de este procedimiento no tiene cauce para su audiencia y sin embargo es desalojado del inmueble arrendado sin que pueda hacer las alegaciones pertinentes sobre el contrato, su validez y vigencia, lo que determina que se produzca indefensión: Esta obliga al adjudicatario a acudir al procedimiento correspondiente para el desahucio del inquilino en el que pueda alegar y probar, es decir, defenderse.

SENTENCIA del Tribunal Constitucional 11/95, de 16 de enero.

Ponente: González Campos. Procedimiento abreviado. Postulación procesal. Inasistencia del procurador a la vista del recurso de apelación. Denegación por el Tribunal al letrado de la posibilidad de hablar en el recurso.

«En relación con la primera de las quejas, la demandante de amparo ha sostenido que ni las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que regulan el recurso de apelación ni las que se refieren al procedimiento penal abreviado contienen un precepto que, de forma expresa, exija que el recurrente o su Procurador se hallen físicamente presentes en el acto de la vista de la apelación. Ahora bien, en relación con esta alegación dos precisiones son necesarias:

A) En primer lugar, ha de tenerse presente que la postulación es un presupuesto general de la validez de los actos procesales y comprende tanto la dirección y defensa a cargo del Letrado como la representación procesal que compete al Procurador, actuando éste

ante el órgano jurisdiccional en nombre de la parte, como se desprende de los párrafos 3.^º y 4.^º del artículo 118 de la LECr. y de los artículos 436 y 438 de la LOPJ. En particular, respecto a la representación de la parte mediante Procurador cabe observar que el primer apartado del artículo 438 de la LOPJ la requiere con carácter general, salvo las excepciones legalmente previstas que permiten bien la intervención personal de aquélla o el ejercicio de ambas funciones, defensa y representación, por un mismo profesional; como es el caso del artículo 788.3 de la LECr. para el procedimiento abreviado, que permite al Letrado la representación de su defendido hasta el trámite regulado en el apartado 1 del artículo 791, esto es, hasta la apertura del juicio oral. Por tanto, si salvo esta excepción resulta preceptiva la intervención de Procurador en el procedimiento penal abreviado y le corresponde actuar ante el órgano judicial en representación de la parte, no cabe entender que la exigencia legal no haya de operar en un acto tan relevante para el ejercicio del derecho de defensa como es el de la vista de un recurso de apelación.

B) Más concretamente, en el procedimiento penal abreviado la Audiencia podrá acordar la celebración de la vista del recurso de apelación cuando lo estime necesario para la correcta formación de una convicción fundada, «citando a las partes» (art. 795.6 de la LECr.). Citación que constituye un acto de comunicación mediante el cual se hace saber al destinatario el día y la hora en el que ha de lleverse a cabo un acto personal del citado, en este caso de «las partes». Y si el Letrado, obvio es, ni es parte en el proceso penal ni puede ostentar la representación de su defendida en la apelación, por la limitación que se deriva del artículo 788.3 de la LECr. de ello se desprende que su presencia en el acto de la vista no es suficiente caso de no comparecer su defendida o el Procurador que la representa.

Sentado lo anterior, ha de recordarse que los principios de contradicción y audiencia bilateral integran el derecho de todos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE). De suerte que la adopción de una resolución judicial *inaudita parte* sólo está constitucionalmente justificada cuando existe incomparecencia voluntaria o simple negligencia imputable a la parte, como reiteradamente ha declarado este Tribunal (SSTC 151/87, 251/87, 114/88, 37/90 y 195/93, entre otras muchas). Y esto último es lo que ha acontecido en el presente caso, pues es un hecho no controvertido que en el proceso *a quo* la parte apelante y hoy demandante de amparo ni por sí misma ni representada por su Procurador compareció al acto de la vista del

recurso de apelación, pese a haber sido citada en tiempo y forma, extremo que tampoco ha sido cuestionado. Ni tampoco se desprende de las actuaciones que, tras conocer la fecha y hora de la vista del recurso, hubiera comunicado al órgano judicial un motivo o circunstancia legalmente prevista que impidiese su comparecencia a dicho acto. Por lo que es aplicable en el presente caso la doctrina antes mencionada y, en consecuencia, la decisión de la Audiencia Provincial contra la que se dirige esta queja, por lo expuesto en el fundamento precedente, no puede considerarse que sea ni manifiestamente irrazonable ni arbitraria (SSTC 132/1994, Fundamento Jurídico 4.^º, y 148/94, Fundamento Jurídico 4.^º).

Asimismo, tampoco cabe entender que la no suspensión por la Audiencia Provincial del acto de la vista del recurso ante la incomparecencia de la parte apelante y de su Procurador haya sido manifiestamente irrazonable o arbitraria, pues en el presente caso no concurría ninguna de las causas previstas en los artículos 745 y siguientes de la LECr. Sin que pueda olvidarse, además, que la incomparecencia voluntaria o negligente de la parte apelante no puede redundar en un perjuicio para la otra parte, que sí compareció al acto de la vista; pues el órgano judicial le corresponde velar no sólo por el cumplimiento de los requisitos de los actos procesales sino también por el derecho de ésta a obtener una resolución judicial fundada en Derecho y, en general, porque no se produzcan dilaciones indebidas en el proceso (art. 24.2 de la CE).

De otra parte, en atención a lo anteriormente expuesto no es posible estimar que la decisión de la Audiencia Provincial de celebrar la vista sin permitir la intervención del Letrado de la apelante haya causado a la hoy recurrente de amparo una indefensión material prohibida por el artículo 24.1 de la CE. Dicha lesión, de haberse materialmente producido, no sería imputable, como hemos visto, al órgano judicial, que se limitó a velar por la pureza del procedimiento y por el derecho de la otra parte a la tutela judicial y a un proceso sin dilaciones indebidas, evitando un injustificado aplazamiento de la vista señalada. Y sabido es que el recurso de amparo sólo protege contra violaciones de los derechos fundamentales que tengan su origen inmediato y directo en un acto u omisión del órgano judicial —art. 44.1 de la LOTC—. Por esta razón, según abundante y reiterada doctrina constitucional (SSTC 167/88, 141/92 y ATC 526/89, entre otras muchas resoluciones), no puede invocarse indefensión cuando ésta se deba de manera relevante a la inactividad o negligencia del interesado o se genere por su voluntaria actuación des-

acertada, no sólo de la persona del recurrente, sino también de su representación procesal o asistencia letrada, por lo que las eventuales lesiones derivadas de esta clase de actuaciones no son amparables, al no ser atribuibles al órgano judicial. Procede, por lo tanto, la desestimación del motivo de amparo analizado.

COMENTARIO: Sentencia interesante y de aplicación en la práctica judicial porque resuelve el problema procesal de la inasistencia del procurador de la parte a la vista del recurso de apelación y la posibilidad o no en este caso de la intervención del letrado. La sentencia inaudita parte se produce por la incomparecencia del procurador sólo imputable al mismo, tomando la Sala la decisión de no suspender la vista y no permitir la actuación del letrado que si aparentemente vulnera el derecho de contradicción y bilateralidad sin embargo al ser sólo imputable a la parte la no suspensión de la vista al no solicitarla porque el Tribunal no podía hacerlo al no concurrir ninguna causa para ello. Las consecuencias perjudiciales no son imputables al órgano judicial.

SENTENCIA del Tribunal Constitucional 41/94, de 15 de febrero. Ponente: Rodríguez Piñero. Libertad de información. Artículo. 20.1, d), de la CE.

La citada resolución acota el derecho fundamental en relación con lo que se denomina «reportaje neutral» en el que el autor de la noticia no es el emisor de la misma, actuando el medio informativo como simple marco para su difusión.

La STC contiene la doctrina en sus FJ 5 y 6, que señalan:

«Centrado el debate en la actuación del medio —al no haberse cuestionado en este proceso que el autor de las declaraciones se hubiese extralimitado en el ejercicio de su derecho a difundir información— no puede ser equivalente la diligencia exigible en casos como el presente de información neutra de manifestaciones de otro, que la que se impone en la ordenación y presentación de hechos que el medio asume como propia. Como ya se puso de manifiesto en la STC 336/1993 —bien que en otro contexto— la diligencia mínima exigible al medio de comunicación le impone, por una parte, la identificación necesaria del sujeto que emite las opiniones o noticias, que de este modo queda limitada por la propia credibilidad de su autor. La exigencia del control de fundamento de la información proporcionada por su

jetos externos provocaría una alteración de la función meramente informativa asumida por el medio, simplemente narrador de las declaraciones acusatorias, para asumir una labor censora o arbitral que no le es propia, máxime cuando el contenido de la noticia no supone una imputación de conducta desproporcionadamente grave en relación con la finalidad por ella perseguida.

Deslindado el campo de lo que es noticia, y dada la peculiaridad de la información transmitida, el mínimo de diligencia exigible ha de entenderse que abarca, además de a los extremos anteriores, a la entidad de la noticia valorada, en relación con su conexión material con el objeto del debate público y a la ausencia de indicios racionales de falsedad evidente de los datos transmitidos, para evitar que el reportaje neutro sirve indebidamente de cobertura de meras suposiciones o rumores absolutamente injustificados para cualquier sujeto mínimamente atento.

Todas las circunstancias enunciadas, por su parte, concurrieron en el caso presente, en el que el autor de las declaraciones era portavoz de un colectivo ciudadano interesado en el uso deportivo del Parque Natural en que no se han declarado existentes datos fácticos que pusiesen en duda la verosimilitud de la información y en que ésta se encontraba directamente relacionada con el objeto del debate (pues se vinculaba al respeto real por el entorno ecológico del Parque Natural).

Por otro lado, al tratarse de un reportaje en el que el medio se ha limitado a transcribir con fidelidad unas declaraciones externas a él, no es posible calificar al medio mismo de “autor de la noticia”, de ahí que no sea posible en este caso, como se deduce del artículo 9 de la LO 1/1982, de desarrollo del derecho al honor, en integrante del llamado “bloque de constitucionalidad”, imputarle responsabilidades por la autoría de “noticias” que no le son atribuibles. Con independencia de la constitucionalidad del artículo 65 de la Ley de 18 de marzo de 1966, de Prensa e Imprenta, que no ha sido aquí cuestionada, lo cierto es que la responsabilidad solidaria allí prevista tiene como necesario presupuesto la imputación de la noticia difundida a los redactores de la misma, y de ahí al propio medio. No siendo así en este caso, no es constitucionalmente admisible que deriven consecuencias perjudiciales del ejercicio legítimo del derecho fundamental cualesquiera que sea el ámbito del ordenamiento en que rigen o la naturaleza de aquéllas. Por eso, no cabe sino estar de acuerdo con el Ministerio Fiscal, cuando afirma que las consideraciones efectuadas con anterioridad por este Tribunal en relación con la responsabilidad penal (SSTC 159/1986 y 105/1990), resultan extensibles a la esfera civil en relación con el derecho reconocido en el artículo 20 de la CE.»

COMENTARIO: En el fallo de la sentencia se otorgó el amparo al medio periodístico, anulando la sentencia de la Sala 1.^a del TS que había entendido lesionado el honor de los afectados por la noticia en base a darse los presupuestos de su fundamentación y la buena fe al no constar que se negara a publicar una rectificación de los aludidos en la información.

AUTO del Tribunal Constitucional 189/94, de 6 de junio de 1994. Derecho a la libertad e internamiento psiquiátrico. Artículo 17 de la CE y 211 del Código Civil.

El auto inadmitiendo la demanda de amparo por carencia de contenido constitucional contiene la siguiente argumentación en su Fundamento Jurídico 1:

«Por lo que se refiere, en primer lugar, a la pretendida vulneración del derecho, garantizado en el artículo 17.1 de la CE, que dispone que nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y en las formas previstas en la ley, es necesario recordar, como se desprende de los antecedentes relatados, que en el presente caso, tal privación estuvo determinada por la resolución de internamiento que fue acordada por el Juez de Instrucción competente, preventivamente, dada la urgencia de la situación, y posteriormente, por el Juez de Primera Instancia que conoció el procedimiento de internamiento no voluntario. Pues bien, de la lectura de tales acuerdos impugnados, se deduce que estos contienen una fundamentación plenamente razonada que se basan en la situación de perturbación mental que presentaba en aquel momento el recurrente. Así, hay que recordar que el procedimiento en que se adoptó la medida del internamiento en un Centro Psiquiátrico, se inició en virtud de comparecencia del padre del hoy actor, que puso en conocimiento del órgano judicial que su hijo presentaba fuertes desequilibrios, y, solicitaba su internamiento a fin de evitar posibles daños. A la vista de lo anterior, y tras el correspondiente informe emitido por el Médico-Forenses del Juzgado de Guardia, en el que se exponía que el actor presentaba un cuadro de manía con síntomas psicóticos, y que aconsejaba su internamiento, el Juez de Instrucción número 2 de Vitoria, acordó conceder la autorización para el internamiento del demandante en un centro psiquiátrico preventivamente. Remitidas las actuaciones, el Juez de Primera Instancia competente, tras proceder al reconocimiento personal del actor y a la vista del informe médico emitido, consideró, razonadamente, que procedía

continuar el internamiento en un centro especializado. De igual modo, en los dos Autos posteriores, el primero del propio Juzgado de Instancia, desestimatorio del recurso de reposición formulado, y el de la Audiencia Provincial, que, asimismo, desestimó la apelación, se ratifica y declara la procedencia del internamiento, atendidas las circunstancias concurrentes. En esta última resolución, se pone de manifiesto, ante la invocación actora de la vulneración de los artículos 17 y 24 de la CE, que en el caso examinado concurren los requisitos previstos en el Código Civil (art. 211) para la adopción de la medida del internamiento no voluntario.

Así las cosas, es evidente que no se ha vulnerado el derecho fundamental invocado por cuanto la privación de libertad se fundó en la existencia de la perturbación mental real y efectiva, que padecía el actor, debidamente acreditada, a través de los informes médicos emitidos en los que tras exponer la situación mental del actor, aconsejaron la adopción de la medida. La circunstancia de que a los quince días se acordara el alta médica, resulta irrelevante, toda vez que no evidencia, como sostiene el actor, que el internamiento fuera incorrecto, sino que fue consecuencia de la remisión de la fase aguda diagnosticada, como se desprende del informe psiquiátrico de Alta unido a las actuaciones.

En definitiva, no se ha infringido el derecho fundamental a la libertad, por cuanto la medida de internamiento a la que se imputa tal lesión fue acordada por los órganos competentes, conforme al procedimiento legalmente previsto y respetando absolutamente las garantías exigidas en este tipo de intervenciones, con una fundamentación racional y proporcionada a la efectiva y acreditada alteración mental que padecía el actor.»

COMENTARIO: Es de observar que, como en otras ocasiones, la pauta de constitucionalidad viene marcada por los criterios de racionalidad de la medida y motivación de la resolución judicial sin que quede afectado el derecho fundamental por un acto judicial que respete tales coordenadas.

RESUMEN DE JURISPRUDENCIA CIVIL

VICTORIA CÁCERES CASSILLAS

ADRIÁN ZARZOSA HERNÁNDEZ

Fiscales del T.S.I. de Madrid

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1994. Ponente: Burgos Pérez de Andrade.

La sentencia se refiere a las consecuencias de la negativa injustificada a someterse a las pruebas de paternidad, reafirmando una línea jurisprudencial consolidada (STS de 28-4-1994, 29-4-1994 ó 18-5-1994) y negando que la citada prueba suponga vulneración de los artículos 15 y 18 de la CE, al tiempo que cita, con carácter abierto, una serie de supuestos que justificaría tal negativa. Se reproduce su Fundamento de Derecho primero:

«PRIMERO.—Después de las inadmisiones que figuran en el Auto de 11 de junio de 1992, el presente recurso ha quedado reducido a sólo dos motivos, en el primero de los cuales se denuncia la infracción de los artículos 1.249 y 1.253 del CC, en cuanto a la valoración que deba dársele al hecho de la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas; y el segundo referido a la aplicación de los derechos fundamentales de los artículos 15 y 18 de la CE, que, según el recurrente, legitiman la actitud negativa del demandado antes referida.

Siguiendo un proceso expositivo presidido por la lógica, resulta obligado tratar en primer lugar las alegaciones del último motivo, pues la valoración de la conducta negativa del demandado está directamente condicionada a la pretendida declaración sobre su licitud, ya que si resultara como se pretende, que D. Miguel estaba perfectamente legitimado según la CE para negarse a la extracción de sangre, resultaría innecesario tratar el problema valorativo que se discute en el otro motivo.

Los derechos a la integridad física y a la intimidad personal, que garantizan los artículos 15 y 18 citados, no se pueden considerar vulnerados, cuando es acordado judicialmente un reconocimiento hematológico, como prueba propuesta y razonadamente admitida en un procedimiento de reclamación de filiación, entre cuyos medios de justificación la propia Ley autoriza esta probanza. El principio también constitucional del artículo 39.2.^º hace que necesariamente prevalezca el interés social y de orden público, connatural a toda declaración de paternidad, y base fundamental de los demás derechos correspondientes a la filiación, al proteger a ésta tanto dentro como fuera del matrimonio. Así pues la negativa del demandado que no vaya acompañada de unas justificaciones muy cualificadas, no puede conducir a la consagración de la impunidad, respecto a la aceptación de las cargas y deberes directamente derivados de unos posibles vínculos familiares. La intervención quirúrgica que supone la extracción de unos cuantos centímetros de sangre, no se puede calificar, desde otro punto de vista, como un atentado a la integridad física, ni mucho menos una injerencia degradante para la intimidad o dignidad de la persona, pues realizada la operación por un profesional de la medicina, y con las modernas garantías asépticas y sanitarias, queda eliminado cualquier riesgo físico; resultando pueril alegar como justificación de la negativa, un posible contagio de enfermedades infecciosas, o un ataque al recaudo de una persona.

Decíamos antes que sólo la existencia de causas muy cualificadas, y debidamente justificadas, podrían legitimar la negativa al sometimiento a las pruebas biológicas; entre estas causas, y sólo a título de ejemplo, podríamos citar: el grave riesgo o quebranto para la salud del que ha de soportarla; la inexistencia evidente de indicios serios de la conducta que se atribuye al demandado; la absoluta falta de necesidad de la misma, pues existen otros medios probatorios, fácilmente utilizables, que pueden conducir al mismo fin justificatorio, etc. Sin la existencia de estos evidentes obstáculos, cualquier conducta obstrucciónista del demandado, sólo merece el calificativo de ilegítima por falta de justificación, y llevará aparejada la sanción valorativa que el Tribunal considere oportuna. En el caso de autos, las razones dadas por D. Miguel, intentando justificar su negativa a colaborar en la práctica de las pruebas hematológicas, carecen de toda clase de validez, y razonablemente resultan infundadas; y como por otra parte resultaba obligado conocer el resultado de esta prueba pericial, para el necesario esclarecimiento de

la paternidad de la menor, puesta en duda en la litis, no puede ser atendible la alegada violación de ninguna clase de derechos fundamentales, más bien al contrario, la conducta del demandado debe calificarse como ilegítima y obstrucciónista.

El Tribunal *a quo* así lo entendió, mas como en la legislación vigente, tanto penal como procesal, no existe medio de clase alguna que permita a los Jueces obligar físicamente al litigante reticente a someterse por la fuerza a la extracción de sangre (v. arts. 496 y 372 del CP, el segundo referido sólo a los peritos y testigos y la STC 341/1993) hizo lo único que estaba a su alcance: efectuar un proceso valorativo de la irregular e injustificada conducta del demandado.

Siguiendo el proceso expositivo (y con esto entramos en la materia que se denuncia en el motivo primero), la Sala de Apelación, como decimos, valoró la conducta negativa del demandado y esa valoración sólo le pudo conducir a estimarla como un valioso indicio en favor de la apreciación de la paternidad que se reclamaba: de distinta naturaleza de la *ficta confessio* que autoriza el artículo 593 de la LEC (pues tal negativa no está plasmada en norma legal alguna. Y en todo caso sería una *ficta pericia*), pero sí de inestimable eficacia probatoria, complementada con otros elementos de prueba. En el fundamento IV de la sentencia que se combate se declaran como hechos probados: A) el hecho del nacimiento de la menor y su fecha, B) las relaciones habidas entre actora y demandado, comprendiendo las fechas de diciembre de 1986 y junio de 1987 (época de la concepción), C) la posibilidad de la fecundación al haberse relacionado sexualmente los litigantes, y no existir prueba de la intervención de otro varón y D) la negativa injustificada del demandado a someterse a las pruebas biológicas. Este conjunto probatorio conduce al Juzgador de instancia, aplicando un proceso presuntivo, a estimar la petición de paternidad que se articulaba en la demanda, respetando con ello la reiterada y pacífica jurisprudencia de esta Sala, contenida entre otras en las SS de 17 de marzo de 1992, 18 de mayo de 1992, 4 de febrero de 1993 y 30 de octubre de 1993, por sólo citar las más recientes. Los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida, no han sido combatidos en forma, por lo que deben ser tenidos por inamovibles, sirviendo para complementar el valioso indicio que supone la negativa del demandado a someterse a las pruebas hematológicas, conociendo, como conocía perfectamente, el alcance y los resultados que científicamente se pueden conseguir con las mismas.»

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1993. Ponente: Santos Briz.

El TC (S 223/93) ha considerado incluido en el derecho al honor el prestigio profesional con la matización de que no cualquier crítica a la pericia profesional puede ser considerada automáticamente como un atentado a la honorabilidad personal. La STS de 20 de diciembre de 1993 cuyo Fundamento Jurídico tercero se reproduce realiza la distinción entre la crítica admisible a la pericia profesional y el atentado al honor.

«TERCERO.—La consideración jurídica, a los efectos de la LO de 5 de mayo de 1982, que tales hechos merecen a esta Sala obtenidas previa interpretación de la jurisprudencia recaída ya copiosamente sobre temas análogos se deduce de los siguientes razonamientos: a) *La CE en su artículo 18.1.^º «garantiza el derecho al honor», y esta garantía se concreta en el artículo 2.1.^º de la citada Ley Orgánica, de modo que se delimita por las leyes y «por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia», y dentro de ese marco ha de interpretarse el número 7.^º, artículo 7, de la misma Ley Orgánica.* b) De las expresiones derivadas de los artículos de prensa, examinados, apor- tados por el actor, dado que se integran en artículos o noticias de extensión amplia, con ámbito reducido en principio al aspecto deportivo y social del club de fútbol mencionado, resulta que las líneas que se estiman ofensivas si bien parecen diluirse en gran medida en la amplitud de la información, de ellas resultan frases insultantes, insidiosas o vejatorias para el recurrente al venir repetidas en la prensa diaria de gran difusión a que la demanda se refiere. Como ya observó la Sentencia de esta Sala de 31 de julio de 1992, se trata también ahora de expresiones inequívocamente injuriosas, situadas más allá de las simples faltas a la normal convivencia y buena educación, que incluso llegan al insulto personal, prescindiendo de un hipotético *animus injuriandi* no necesario a este respecto.

En el mismo sentido se ha pronunciado con reiteración el TS (Sentencia de 21 de diciembre de 1992, y las que en ella se citan). c) Desde otro ángulo visual, las expresiones discutidas si bien no se hicieron principalmente a título personal o individual sobre el recurrente ni afectando a su esfera privada, sino referidas al prestigio profesional, atacan a su honor, y pueden considerarse humillantes o escarnecedoras de tal honor, como se ha exigido (así en *SS de 11 de junio de 1990 y 22 de marzo de 1991*); puesto que el honor, como de-

clara la última de estas sentencias, no es un valor absoluto, permanente e inmutable, y su tutela efectiva puede aparecer en algunos casos restringida por ciertos condicionamientos que provengan de las leyes, de los valores culturales o sociales de la comunidad en cada momento. d) Es cierto que en el ámbito del llamado prestigio profesional se admite generalmente la crítica o censura de las actuaciones de ese tipo; pero ello es siempre que el ataque a la esfera profesional no invada el honor, como ocurre en el supuesto aquí contemplado de acusar al profesional de haber cometido infracciones no declaradas como delictivas pero sí muy próximas a esa esfera de actos ilícitos. Así la S de esta Sala de 18 de noviembre de 1992 y del TC de 14 de diciembre 1992, han distinguido la crítica a la pericia profesional, del atentado al honor y honorabilidad personal, que en el caso debatido existe según las circunstancias acreditadas. Como así se deduce sin duda de acusar al profesional de una desmedida pasión por el dinero con abandono de las instalaciones médicas y desmantelamiento de las mismas, y utilizando su profesión para la promoción de todos los amigos del club, sirviéndose de éste para su propio beneficio; lo que implica ciertamente una indudable agresión personal y profesional contra el recurrente, el que fue designado repetidamente por su nombre y apellidos y otras veces de forma inequívoca utilizando palabras tan ofensivas que lo identifican con "buitres carroñeros, trepadores y arribistas"; expresiones que difundió el recurrido entre los numerosos socios del club por medio de carta circular, que evidentemente hacen desmerecer al demandante en el concepto público y en el público aprecio, y que, como se ha repetido por esta Sala, son reprochables a todas luces, sean cualesquiera los usos sociales del momento (Sentencia, entre las últimas, de 28 de abril de 1993). Lógicamente esta panorámica de apreciaciones acreditadas en autos por los Juzgadores de instancia, pues figuran en la prensa aporizada y no negada, entrañan una conducta vejatoria y humillante para el recurrente, muy lejos de una mera y lícita crítica profesional.»

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1994. Ponente: Almagro Nosete.

La sentencia trata de los requisitos que deben concurrir para la eficacia civil de las sentencias canónicas y el alcance del juicio homologador. Establece cómo dicho juicio, por lo que respecta a los requisitos de fondo, debe limitarse a comprobar cómo las declara-

ciones de la sentencia canónica no contradicen «disposiciones equiparables o análogas del derecho estatal», sin que deba extenderse a cuestiones distintas. Se reproducen los Fundamentos de Derecho primero al cuarto.

«PRIMERO.—El asunto causal versa sobre el alcance del “juicio homologador” en cuanto a la eficacia civil de una sentencia de nulidad canónica. La sentencia recurrida establece, en efecto, que partiendo de la sentencia firme del Tribunal Eclesiástico, en que se declara la nulidad del matrimonio celebrado formalmente entre los litigantes, por causa de falta de consentimiento motivado por engaño doloso sufrido por el actor y cometido por la demandada, la cual ha sido homologada civilmente por Auto de fecha 28 septiembre 1987, previo el correspondiente procedimiento para declarar su eficacia civil, en el cual no se entró a conocer sobre la petición de declaración de mala fe en la mujer, el Tribunal de segunda instancia, puesto que forzosamente tiene que decidir sobre esto, para poder resolver el problema litigioso que le ha sido planteado, estima que, estudiada en profundidad la primera de las resoluciones, es claro que procede decretar que dicha sentencia conceptúa de mala fe la actuación de la parte apelada, quien hizo creer al marido que todavía tenía o estaba en edad para engendrar hijos, cuando no era cierto, lo que al entender de la Sala se recoge expresamente en la parte dispositiva ya que el engaño doloso equivale a una actuación sin género de duda, de mala fe en sentido jurídico civil.

SEGUNDO.—El primer motivo del recurso que se plantea por infracción de ley o de jurisprudencia, al amparo del ordinal correspondiente del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la violación por inaplicación de los artículos 79 y 7.1.^º del Código Civil considerando que al no pronunciarse la resolución que pone término al “juicio de homologación” sobre la petición de declaración de mala fe en la mujer, en cuanto que la parte dispositiva establece que “cualquier petición no resuelta expresamente ha de entenderse denegada” se otorga a la eficacia civil de la sentencia canónica más alcance del que tiene, puesto que se ha permitido al marido optar por la aplicación a la liquidación del régimen económico matrimonial de las disposiciones relativas al régimen de participación, en vez del régimen de gananciales (art. 95 del Código Civil). Efectivamente, la sentencia recurrida razona que en aplicación de la normativa general que rige nuestro ordenamiento en materia de contratos (para esta jurisdicción el matrimonio lo es), la persona incumplidora de sus obligaciones, interviniendo dolo, está obligada al

resarcimiento de daños y perjuicios (arts. 1.101 y siguientes del Código Civil), que el propio legislador los señala, para este supuesto concreto, en el artículo 95, párrafo segundo, del mencionado texto legal, expresando que el que fue cónyuge de buena fe a la hora de liquidar el régimen económico matrimonial, pueda optar entre que se realice de la forma normal establecida o que se haga con arreglo a las normas que rigen el régimen de participaciones en las ganancias, lo que habrá de hacerse en período de ejecución de sentencia, con arreglo a las bases que en otro fundamento sienta.

TERCERO.—En definitiva, *la cuestión que se debate en el motivo no es otra que la de determinar si en el auto de homologación de la sentencia canónica de nulidad debía expresamente declararse la mala fe de la mujer, según así lo solicitó la parte o este pronunciamiento correspondía a la interpretación que el Juez de la ejecución tenía que realizar de la sentencia canónica homologada*. Al respecto, debe ponderarse que según el artículo 80 del Código Civil y la Disposición Adicional Segunda de la Ley 30/1981 (RCL 1981/1700 y ApNDL 2355) *la eficacia en el orden civil de las sentencias canónicas depende exclusivamente, sin mayores cortapisas, de la superación de un juicio de homologación que se ciña a dos extremos concretos: a) autenticidad de la sentencia firme*, esto es, comprobación o verificación de su validez extrínseca o, en otras palabras, que el documento es veraz y no falso o falsificado, y *b) adecuación de la sentencia (en su contenido) al derecho del Estado*, lo cual comporta un examen de fondo que sólo se extiende a constatar si las declaraciones de la sentencia, conforme al Derecho canónico, no están en contradicción con los conceptos jurídicos y disposiciones equiparables o análogas del Derecho estatal de manera que no se vea perjudicado o alterado el sistema de libertades públicas y derechos fundamentales del ciudadano español. Al margen de estas verificaciones el juicio de homologación no debe extenderse a hacer nuevos pronunciamientos que desvirtuarían su naturaleza y excederían del cometido que tiene atribuido por ley. Consecuentemente, ninguna declaración complementaria tenía que realizar la resolución que otorga eficacia civil a la sentencia canónica distintas de las que hizo reconociendo que la sentencia canónica se ajustaba al Derecho del Estado.

CUARTO.—*La equiparación, por ello —obvia por otra parte— entre el dolo de la esposa, causa de la nulidad por error en el consentimiento y la mala fe del cónyuge a que se refiere el Código Civil, realizada por los jueces estatales que determina consecuencias concretas de la eficacia civil en ejecución de sentencia, debe esti-*

marse plenamente conforme a derecho, y, por tanto, el motivo que se examina ha de sucumbir.»

SENTENCIA de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección decimoctava de lo Civil, de 13 de enero de 1995. Ponente: Pérez San Francisco.

La sentencia resuelve el recurso de apelación formulada por la Abogacía del Estado con adhesión del Ministerio Fiscal, contra sentencia desestimatoria de la cuestión de competencia por declinatoria planteada por el recurrente, quien actuando en representación y defensa del Consorcio de Compensación de Seguros propugnó ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Alcalá de Henares, la aplicación del fuero territorial especial del Estado establecido en el artículo 71, párrafos 2.^º y 3.^º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, rechazándolo el Juzgado al entender que aquella especialidad no es de aplicación a los procesos verbales civiles previstos en las disposiciones adicionales de la Ley Orgánica 3/89, ni tampoco en aquéllos en que intervenga el Consorcio.

Reproducimos a continuación los Fundamentos de Derecho segundo y tercero de la sentencia:

«SEGUNDO.—El origen de la actual redacción del artículo 71 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es antiguo, tanto como la discusión que suscita y que sucesivamente ha sido zanjada por el Legislador siempre en favor de la pervivencia del fuero territorial, pensado no tanto como un privilegio, sino como una necesidad derivada de la organización y estructura de los servicios jurídicos del Estado; así, la Ley adicional a la Orgánica del Poder Judicial, aprobada por Real Decreto del 14 de octubre de 1882, después de establecer audiencias de lo criminal en ejecución de lo prescrito en la recién promulgada y vigente todavía Ley de Enjuiciamiento Criminal, dispuso en su artículo 77 ese fuero territorial, estableciendo que para el conocimiento de los asuntos de esta clase que se incoen en lo sucesivo serán únicamente competentes los Jueces de 1.^a Instancia o los municipales en su caso de las poblaciones donde existan Audiencias; por necesidades presupuestarias se suprimieron las Audiencias de lo criminal, radicando exclusivamente éstas en las capitales de provincia pasando a denominarse Audiencias Provinciales; ello conllevó que la regla de competencia anterior se contrajera a los Juzgados de las ca-

pitales de provincia. Asimismo, por Real Decreto-ley de 21-1-1925, que aprobó el Estatuto Orgánico de la Dirección General de lo Contencioso del Estado y del Cuerpo de Abogados del Estado, se estableció en su artículo 7 que para el conocimiento de todos los asuntos de carácter civil que interesen al Estado o a los establecimientos de instrucción y beneficencia general, serán únicamente competentes los Jueces de 1.^a Instancia o los municipales en su caso de las poblaciones donde existan Audiencias; esta norma fue reafirmada en el Reglamento Orgánico de la citada Dirección y Cuerpo de 27-7-1943. Asimismo, esta especialidad ha tenido también reflejo legislativo en normas sectoriales como la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24-12-1964, artículo 121.2, o la Ley de Montes de 8-6-1957, artículo 11.6.^º, A; a pesar de lo anteriormente expuesto, la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo inmediatamente anterior a la reforma procesal de la Ley 10/92, se pronunció en un sentido restrictivo en la interpretación de la regla del fuero territorial, entendiendo formalmente que no podía mantenerse la vigencia del artículo 7 del Estatuto Orgánico de 1925 tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1-7-1985; por ello, y como una interpretación auténtica, el Legislador viene a zanjar la polémica con la reforma de la Ley 10/92 al establecer en el artículo 71 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que las reglas establecidas en los artículos anteriores se entenderán sin perjuicio de lo que disponga la ley para casos especiales, y para el conocimiento y resolución de los procesos civiles en que sean parte del Estado, las Entidades Estatales de Derecho público y los órganos constitucionales, serán únicamente competentes los Juzgados y Tribunales que tengan su sede en capitales de provincia, en Ceuta o en Melilla; este precepto constituye hoy la situación normativa vigente en torno al principio del fuero territorial, y su aplicación, como la de cualquier otra norma legal, resulta vinculante e inexcusable; ésta es la opción que, una vez más, ha confirmado el Legislador y la que en abstracto no puede discutirse en un proceso ordinario, puesto que debe acotarse salvo que se suscite cuestión de inconstitucionalidad y a tal fin es significativo el Auto del Pleno del Tribunal Constitucional de fecha 26-10-1993, por el que se inadmite la cuestión de constitucionalidad promovida por el Juzgado de 1.^a Instancia número 7 de Tarrasa, en relación con el artículo 71 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por ello, y teniendo en cuenta que el Consorcio de Compensación se Seguros creado por la Ley de 16-12-1954 es una Entidad de Derecho público, como ya se indicaba en su primer Reglamento aprobado por Decreto de 13-4-1956, lo que se reitera en el vigente aprobado por Real Decreto de

15-5-1987, en cuyo artículo 1.^º se establece “que es un organismo autónomo adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda que tiene la naturaleza de Entidad de Derecho público de las comprendidas en los artículos 2 y 5.^º de la Ley de 26-12-1958 sobre Régimen Jurídico de Entidades Estatales Autónomas y el artículo 4.^º, 1, B, de la Ley General Presupuestaria de 4-1-1977”, naturaleza jurídica de Entidad de Derecho público que ha sido reiterada en el vigente Estatuto legal del Consorcio, como figura en su artículo 1.^º según la redacción dada por la Ley de 10-12-1990.

TERCERO.—Por lo anteriormente expuesto, y dado el carácter de Entidad de Derecho público del Consorcio de Compensación de Seguros y la vigencia del artículo 71 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe declararse expresamente que la competencia para el conocimiento del procedimiento incoado debe venir atribuida a los Juzgados de la ciudad de Madrid y no es competencia por tanto del Juzgado de Alcalá de Henares, procediendo en consecuencia la íntegra estimación del recurso de apelación interpuesto y la revocación de la sentencia de instancia.»

SENTENCIA de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección vigésimo segunda, de 22 de marzo de 1994. Ponente: Hijas Fernández.

La sentencia declara la nulidad de lo actuado en el procedimiento de Modificación de Medidas Provisionales de Separación seguido ante el Juzgado de Primera Instancia de Coslada, al haberse dictado el Auto de Medidas por el Juzgado de 1.^a Instancia número 3 de Alcalá de Henares y venir a éste atribuida la competencia funcional del artículo 55 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Reproducimos a continuación los Fundamentos de Derecho, primero, segundo y tercero.

«PRIMERO.—Dispone el artículo 55 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que “los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer de un pleito, la tendrán también para las excepciones que en él se propongan, para la reconvención en los casos que proceda, para todas sus incidencias para llevar a efecto las providencias y autos que se dictaran, y para la ejecución de la sentencia”, declarando el Tribunal Supremo que el término “incidencias” ha de conducir a comprender dentro del mismo cuantas actuaciones o

procedimientos aparezcan en íntima conexión con el proceso principal, sin que para ello sea obstáculo el que se sustancien por un procedimiento distinto; se inspira tal precepto en principios de unidad y economía procesales, en atención a que el buen orden de enjuiciar no admite la duplicidad de Juzgados en asunto principal e incidencias, ni se concibe en competencia territorial que pueda dividirse la continencia de los autos (según Sentencias de 22 de marzo de 1945 y de 5 de marzo de 1970), siendo tal el sentido y espíritu del referido precepto que deben observar los Juzgadores para no prorrogar su jurisdicción a asuntos que por la sola voluntad de las partes no puedan serles sometidos, sin subvertir normas del procedimiento que son de orden público (Sentencia de 6 de julio de 1917), a lo que añade dicho tribunal que las normas reguladoras de la competencia funcional son de índole absoluta, ya que pertenecen al *ius cogens*, por lo que no pueden ser alteradas por las partes, a las que obligan, así como también al Juzgador y han de ser apreciadas de oficio (Sentencia de 17 de noviembre de 1972).

SEGUNDO.—La litis sometida, en virtud del presente recurso de apelación, al conocimiento de esta Sala se halla inmersa plenamente en la problemática competencial expresada, en cuanto seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Alcalá de Henares procedimiento de separación matrimonial entre los hoy litigantes, por el mismo se dictó, en fecha 29 de marzo de 1989, Auto en la pieza separada de medidas provisionales, ulteriormente modificado en virtud de la Sentencia recaída en el incidente de oposición de fecha 25 de julio de 1989, acordándose en la Sentencia dictada en el pleito principal, de fecha 8 de junio de 1989, no entrar en la regulación de los efectos accesorios de la separación, al no haberse solicitado nada al respecto en demanda y contestación por los litigantes, y ello “sin perjuicio de la subsistencia de las medidas provisionales acordadas”; y sobre tales antecedentes la cuestión que hoy se somete al conocimiento de este Tribunal, según la demanda definidora del mismo, afecta a la modificación de las medidas provisionales precedentemente acordadas, con base en hechos posteriores, según previene el artículo 1.893 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que claramente implica, a tenor de la doctrina jurisprudencial expuesta, una incidencia respecto a los anteriores procedimientos de medidas provisionales e incidente de oposición, incardinable necesariamente en el artículo 55 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ha de determinar imperativamente, y sin excepción alguna, la competencia funcional para su conocimiento del mismo Juzgado que resolvió aquéllas, en cuan-

to en otro caso se dividiría, en forma proscrita legalmente, la continencia de los autos, hasta el punto que de no ser ello así se daría el contrasentido, no admitido en Derecho, de que dentro de un mismo pleito de separación, conociera y ejecutara unas medidas un Juzgado y otras correspondieran a órgano distinto, con posibles resoluciones contradictorias entre sí, de no llegar a conocer uno de dichos Juzgados lo que, sobre una cuestión objeto de ejecución, ha resuelto el otro, lo que podría conducir a un auténtico caos, contrario a elementales principios de economía y armonía procesales.

Por otro lado, y contra lo argumentado en el Auto dictado, en fecha 29 de julio de 1992, por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Alcalá de Henares, no es aplicable en modo alguno a la presente litis las previsiones contenidas en la Disposición Adicional 3.^a de la Ley 30/1981, de 7 de julio, en cuanto las mismas sólo afectan, en orden a la determinación de la competencia territorial, a los pleitos de separación, divorcio o nulidad, pero, en modo alguno, a los incidentes de modificación de las medidas acordadas en los mismos, respecto de los cuales no puede ya, ni aun por creación de nuevos Juzgados que de existir al inicio de aquellos hubieran sido competentes para conocer de los mismos, alterarse la competencia funcional que ha venido inderogablemente atribuida a quienes entendieron del pleito principal cuya modificación, respecto de sus efectos complementarios, se insta, y a cuya contienda deben ser aplicables indefectiblemente las previsiones del artículo 55 de la expresada ley rituaria.

A mayor abundamiento, y encontrándose específicamente la litis que nos ocupa dentro de las previsiones del artículo 1.893, es lo cierto que el mismo remite al artículo 1.900, regulador del incidente de oposición, y este último precepto, dispone con diáfana claridad que el procedimiento se formulara “ante el mismo Juez”.

No puede dejar de destacarse finalmente que el caos jurídico-procesal a que se ha visto abocada esta cuestión, conforme a lo antecedentemente expuesto, podría complicarse aún más si en sede del procedimiento principal, y en fase de ejecución de sentencia, conforme a lo prevenido en el artículo 91 del Código Civil, se instara la adopción de medidas definitivas, que habrían de sustituir a las que, con carácter provisional, aún se están debatiendo, de conformidad igualmente con lo prevenido en el artículo 106 del mismo texto legal, para cuyo conocimiento será competente, sin ningún género de dudas, el mismo Juzgado que dictó la sentencia de cuya ejecución se trataría, según lo prevenido en el repetido artículo 55 de

la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el antedicho 91, lo que obligaría, de mantenerse la competencia del Juzgado que dictó la sentencia hoy apelada, a un nuevo trasiego de órganos jurisdiccionales, con evidente confusión de la efectividad de las medidas acordadas en los distintos procedimientos.

TERCERO.—En definitiva, una vez delimitada territorialmente y por razón de la materia la competencia para conocer del pleito de separación matrimonial a favor del Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Alcalá de Henares, ha quedado inderogablemente determinada la competencia funcional del mismo para seguir conociendo de cuantas cuestiones incidentales deriven de aquél o de su pieza de medidas provisionales, lo que obliga a este Tribunal en virtud de lo prevenido en el artículo 74 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con los artículos 238.1.^º y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a declarar la nulidad de todo lo actuado en este procedimiento, desde el Auto dictado por el referido órgano judicial en fecha 29 de julio de 1992, en la que declinaba la competencia en favor de los Juzgados de Primera Instancia de Coslada, debiendo ser el primero el que, con la práctica si lo estima oportuno de diligencias para mejor proveer a tenor de lo prevenido en el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en orden a la incorporación a las actuaciones de documentos aportados tras su improcedente declaración de incompetencia, resuelva definitivamente, en la instancia, las cuestiones de fondo objeto de esta litis.»

SENTENCIA de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección vige- simo segunda, de 27 de febrero de 1995. Ponente: Hijas Fernández.

Sentencia que resolviendo recurso de apelación, suspende el régimen de visitas con el progenitor no custodio presuntamente afectado por el VIH hasta tanto se efectúen pruebas médicas que aclaren y dictaminen el estado patológico y neuropsicológico con pronóstico sobre los riesgos y vías de contagio. Mantiene patria potestad compartida.

Reproducimos a continuación el Fundamento de Derecho segundo:

«Son ciertamente complejos los factores que en el caso inciden a la hora de tomar una decisión judicial en orden a los hijos habidos de

la unión nupcial de los litigantes, en lo que concierne a su guarda, ejercicio de la patria potestad y régimen de comunicaciones con el progenitor no custodio, al entremezclarse, en razón a la grave enfermedad que padece el señor y que ha sido el principal elemento desencadenante de la ruptura convivencial, una serie de intereses, todos ellos legítimos, que, en principio y en consecuencia, no pueden quedar desamparados por Juzgados y Tribunales, y que abarcan desde el derecho de los menores a no perder el contacto con ninguno de sus procreadores, hasta el de éstos, cuya crisis convivencial no ha de privarles, ni eximirles tampoco, del entramado de derechos y deberes integrados en la función de la patria potestad que, por derecho natural y positivo, a ambos corresponde, en los términos prevenidos en los artículos 154 y siguientes del Código Civil...

El interés preponderante, que ha de guiar necesariamente la difícil resolución de la controvertida suscitada, es el representado por los hijos, conforme así lo sancionan la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959, así como el artículo 39 de la Constitución Española y el 92 del Código Civil, a cuyo tenor las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ello.

En consecuencia procede mantener el sistema de custodia acordado en la sentencia de instancia y, por el bien de los hijos, suspender el régimen de visitas paterno-filial, y ello al menos en tanto se practiquen las pruebas médicas que, conforme a lo acordado como diligencia para mejor proveer, aclaren y dictaminen el estado patológico y neuropsicológico a corto, medio y largo plazo de la infección por el VIH que el mismo padece, su evolución, y pronóstico sobre los riesgos y vías de contagio que puedan existir respecto de las personas que con él mismo convivan.

Esta Sala es la primera en lamentar tan drástica medida, que sólo está guiada por el imprescindible y prioritario principio de protección de la prole, lo que sin embargo no habrá de impedir el ejercicio compartido de la patria potestad por ambos progenitores, habiendo de ser consultado el no custodio en cuantos asuntos de interés se presentaren, y no pudiendo impedirse la comunicación epistolar, telefónica u otra similar, que no implique contacto físico, entre los hijos y el padre, a cuyo cumplimiento debe ser exhortada y requerida seriamente la madre, bajo apercibimiento de los perjuicios a que hubiera lugar en derecho, y medidas que al respecto pudieran adoptarse en el futuro.»

RESUMEN DE JURISPRUDENCIA PENAL

103

JOSÉ LUIS BUEREN RONCERO

PILAR FERNÁNDEZ VALCÁRCEL

En la jurisprudencia penal se ha establecido que el secreto de las comunicaciones telefónicas es un derecho fundamental que no puede ser vulnerado por el Estado ni por las autoridades de justicia, salvo en los casos de necesidad imperiosa y de acuerdo con las normas establecidas en la Constitución y en la legislación procesal. La Constitución establece que el secreto de las comunicaciones telefónicas es inviolable, salvo en los casos de necesidad imperiosa y de acuerdo con las normas establecidas en la legislación procesal. La legislación procesal establece que el secreto de las comunicaciones telefónicas es inviolable, salvo en los casos de necesidad imperiosa y de acuerdo con las normas establecidas en la legislación procesal.

SENTENCIA de 27 de enero de 1995. Intervenciones telefónicas. Precisiones sobre motivación, proporcionalidad, subsidiariedad y utilidad y control judicial.

TERCERO.—En el motivo 1.^º de los dos que se formularon por infracción de precepto constitucional, por la vía procesal del artículo 5.4 de la LOPJ, con cita de los artículos 24.2 y 117.3 de la CE, se alega violación del secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 del mismo Texto Fundamental.

Para estudiar de modo ordenado las cuestiones que sobre este tema se han planteado hemos de hacer aquí los siguientes apartados:

A) Se alega falta de motivación en las tres resoluciones del Juzgado de Instrucción número 6 de Algeciras que autorizaron las intervenciones de los dos teléfonos de autos.

Tiene razón el recurrente en cuanto que tales resoluciones debieron ser más explícitas en sus argumentaciones sin limitarse a rellenar los espacios en blanco de sendos impresos que se utilizaron al respecto.

El titular del órgano judicial, al que la Constitución y la Ley procesal encomiendan velar por que la actuación de los funcionarios y autoridades de otro orden en el ejercicio de sus respectivos cargos se realicen con el debido respeto a los derechos de los ciudadanos, particularmente cuando de derechos fundamentales o de libertades públicas se trata, tiene el deber inexcusable, no sólo de examinar cuidadosamente las peticiones que al respecto le sean hechas por ta-

les funcionarios o autoridades para ver si en el caso se encuentra o no justificada la concreta medida de limitación de derechos que se solicita, sino también de expresar en el correspondiente auto cuáles son las razones específicas que en cada supuesto sirven de fundamento a la correspondiente autorización judicial.

En el caso concreto de autorización de intervenciones de teléfonos debe hacerse constar en tales resoluciones la existencia de indicios concretos y no meras sospechas genéricas en la solicitud policial, debiendo exigirse las correspondientes aclaraciones o ampliaciones si ello fuera necesario, como asimismo debe argumentarse sobre la proporcionalidad de la medida en relación a la infracción penal que se pretende perseguir y sobre su necesidad por no existir otro medio de investigación menos lesivo (subsidiariedad).

Cierto es que las tres resoluciones que se dictaron en la presente causa por el Juzgado de Instrucción número 6 de Algeciras adolecen en sí mismas de insuficiencia en cuanto a que en su texto no fueron expresados los mencionados extremos. Pese a ello, entendemos que hubo motivación suficiente, pues, por la remisión a las solicitudes policiales que les precedieron y sirvieron de causa y por la clase de delitos que aquí se trataba de esclarecer, sobre todo por la importante cuantía de la operación que podía fundadamente sospecharse por los antecedentes de alguna de las personas intervenientes en la trama, cualquiera podía comprender las razones que movieron al Juzgado a autorizar las mencionadas intervenciones telefónicas y la gravedad de los hechos.

Con fecha 8 de enero de 1993 hubo una primera solicitud de intervención del teléfono del domicilio de Antonio Fajardo que se encontraba a nombre de su esposa, en la cual se concretaban las sospechas existentes sobre tráfico de importantes cantidades de hachís, a la que se accedió por Auto del día 12 del mismo mes.

Después, el 8-2-1993, por el mismo Servicio de Vigilancia Aduanera, se hicieron simultáneamente dos solicitudes, una para prórroga de la intervención vigente y otra, por las mismas razones que se vuelven a hacer constar, para el teléfono de la Peña «El chumbo», que utilizaba dicho Antonio, a las que también accedió el Juzgado utilizando, como en el caso anterior, los impresos referidos que se rellenaban con los datos necesarios.

En este último caso, la solicitud de prórroga (folio 5) fue tan escueta que nada decía sobre el motivo de tal prórroga, pero en rela-

ción con la petición relativa a la nueva intervención del teléfono de la peña referida (folio 8), ambas de la misma fecha y resueltas a la vez aunque mediante resoluciones formalmente independientes, nos permite acudir al mismo argumento de la motivación por remisión a las respectivas solicitudes policiales que esta Sala viene admitiendo en base a la amplia doctrina que respecto de la motivación mantiene el Tribunal Constitucional.

La jurisprudencia de este último Tribunal, que considera suficiente la mencionada motivación por remisión, ha precisado el contenido y significación de tal requisito que concierne no sólo a las sentencias, a las que expresamente se refiere el artículo 120.3 de nuestra Ley Fundamental, sino también a los autos que, según la LOPJ (art. 248.2) y nuestras Leyes Procesales (arts. 141, 579 y 550 de la LECr., entre otros), han de ser siempre fundados, de modo que la carencia de tal exigencia implica lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE (SSTC 14, 122 y 199/1991 y 27, 159 y 175/1992, entre otras muchas).

Tal jurisprudencia insiste reiteradamente en que el derecho a una resolución motivada consiste en el derecho del justiciable a conocer las razones de las decisiones judiciales, sin que sea exigible una extensión determinada, y sin que el Juez o Tribunal esté obligado a realizar una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleva a resolver en un determinado sentido, siendo suficiente el que tales razones se expresen de modo que pueda entenderse el porqué de lo resuelto, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad y siendo las peculiares circunstancias del caso, así como la naturaleza de la resolución de que se trate, las que han de servir para juzgar sobre la suficiencia o no de las razones expuestas a los fines de tener o no por cumplido el requisito aquí examinado.

Estimamos que cualquiera que lea los mencionados tres autos en relación con las solicitudes policiales que les precedieron puede comprender su verdadero alcance y las razones que movieron al Juez a conceder las autorizaciones respectivas. Por consiguiente, fueron suficientemente motivados.

B) Dice el recurrente que faltaron aquí los requisitos de proporcionalidad y subsidiariedad.

Tales dos requisitos se deducen de la doctrina de esta Sala iniciada al respecto por el ya mencionado Auto de 18-6-1992 y continua-

da en diversas Sentencias, entre otras las de 25-6-1993, 15-7-1993 y 25-3-1994 (véase también la STC 85/1994, de 14 de marzo, antes citada).

Una medida de investigación judicial que afecta tan directa y gravemente a la intimidad de las personas como la que ahora nos ocupa sólo puede encontrar su justificación, en el ámbito del proceso penal, cuando lo que se persiga sea un delito grave (lo son siempre los sancionados con penas graves y también lo pueden ser los que, con penas inferiores, pueden tener una importante repercusión social). De aquí hemos de deducir una triple exigencia para esta clase de medidas:

1.^a Proporcionalidad, pues por infracciones de escasa consideración no cabe acordar una medida como la de intervención u observación telefónica, lo que en cada caso habrá de valorar el Juez al no existir en nuestro Derecho, a diferencia de otras legislaciones, un catálogo cerrado de delitos con esta finalidad.

2.^a Subsidiariedad, ya que sólo ha de acordarse cuando no haya otro medio de investigación menos dañoso para las libertades y derechos ajenos.

3.^a Utilidad, porque se entienda que con tal medida se puede descubrir o comprobar algún hecho o circunstancia importante para el proceso.

Entendemos que tales exigencias concurrieron en el caso presente:

1.^o Porque nadie duda hoy día de la importancia de los delitos relativos al tráfico de sustancias estupefacientes, que afectan a un bien jurídico tan especialmente protegido por el Derecho penal como lo es la salud pública y ello de manera tan significada como lo pone de manifiesto nuestra experiencia diaria relativa a los muchos jóvenes y familias que ven destrozada su vida por mor de la droga, lo que así ha valorado el Legislador a la vista de las importantes penas previstas en el artículo 344 del CP.

2.^o Porque en el supuesto de autos se estaba persiguiendo a una banda de traficantes de droga, lo que justificó la solicitud policial y la autorización judicial de las intervenciones telefónicas de autos.

3.^o Porque para la persecución de esta clase de delitos cometidos en la clandestinidad se ha revelado como particularmente eficaz

el conocimiento de lo que sus posibles autores hablan por teléfono con sus proveedores o compradores.

Conviene poner aquí de manifiesto que estos requisitos deben ser objeto de razonamientos específicos en la resolución por la que el Juez autoriza la observación telefónica, siendo éste el extremo más importante de los que deben conformar la antes referida exigencia de motivación de tal resolución; pero es lo cierto que, apareciendo en las resoluciones de autos que el delito que se persigue es el tráfico de drogas, referido en el caso a importantes cantidades de hachís, es claro que aquí fue suficiente tal referencia en las distintas resoluciones para que podamos estimar cumplido dicho requisito de la motivación una vez relacionados, como ya se dijo, los autos correspondientes con las comunicaciones policiales que les sirvieron de causa.

C) Asimismo se alega en el motivo aquí examinado que en las mencionadas intervenciones telefónicas no existió el necesario control judicial de la actividad policial.

La jurisprudencia de esta Sala ya citada, ante la imposibilidad de que el Juzgado con los medios materiales de que dispone pueda actuar directamente en las complejas operaciones técnicas que toda intervención telefónica conlleva, con las subsiguientes grabaciones, audiciones y transcripciones, lo que obliga a una importante actividad policial en la materia, viene exigido que el Juez autorizante no se desentienda de la medida autorizada y la controle en la medida de lo posible, particularmente cuando se extienda en el tiempo o afecte a un número importante de teléfonos.

Entendemos que en medida suficiente existió aquí tal control judicial.

Hubo una petición inicial del Servicio de Vigilancia Aduanera el 8-1-1993, a la que se accedió con fecha 12, prorrogada el 8 del mes siguiente al tiempo que se concedía otra para otro teléfono, lo que tuvo éxito, de modo que el día 23 del mismo mes se procedió a las correspondientes detenciones y puesta a disposición de la autoridad judicial precisamente por lo que se conoció a través de las conversaciones intervenidas.

Luego se remitieron al Juzgado las correspondientes cintas (folios 42) con las transcripciones que había hecho la Policía (folios 59 a 163), cuya coincidencia (de las cintas con sus transcripciones) certificó el Secretario del Juzgado (folio 326) por orden judicial (folio 222).

D) Por último, hemos de hacer mención a la importancia que tuvo la medida policial debidamente autorizada por el Juzgado de Algeciras en el caso presente contra el aquí recurrente Juan Heredia Carmona.

No sólo sirvió como medio de investigación para averiguar la realidad de un hecho delictivo y la participación que en el mismo tenía cada uno de los implicados, sino que, particularmente para dicho Juan, sirvió de medio de prueba, porque en el juicio oral se procedió a la audición de una parte de las grabaciones efectuadas (la correspondiente a la transcripción de los folios 156 a 160) por lo que se conoció que Juan se comunicó con Antonio la víspera de la aprehensión del hachís con un contenido del que parece razonable deducir (así lo entendió la Audiencia) que Juan iba a recibir la mercancía ilícita en Las Palmas, iba a pagar su precio y a distribuirla, incluso manifestando que, si le enviaban más, también podría hacerse cargo de ella.

Como hemos dicho ya en alguna otra ocasión (Sentencia de 16-1-1992, entre otras), la prueba que consiste en las grabaciones magnetofónicas obtenidas de conversaciones mantenidas en los teléfonos intervenidos por la policía con autorización judicial, constituye una modalidad de la prueba documental, porque se trata de objetos muebles que incorporan un determinado texto a través de los sonidos que quedaron incorporados a tales objetos cuyo contenido puede ser conocido a través de la correspondiente reproducción.

Como en toda prueba documental, problema básico es el de su autenticidad, es decir, el de la atribución del documento a su autor, en este caso, la atribución de las palabras grabadas a una persona concreta, lo que puede estimarse acreditado, *bien porque el titular de la voz así lo reconoce* (en paralelo con el reconocimiento del documento privado —arts. 1.225 y 1.226 del CC y concordantes de la LECr.—), reconocimiento que con frecuencia se realiza tácitamente, cuando a alguien se le pregunta por el contenido de una determinada conversación (con audición de lo grabado o con lectura de lo transcrita) y contesta dando por auténtico dicho contenido, *bien, a falta de tal reconocimiento, porque haya otro medio de prueba que acredite tal autenticidad*, como puede ser *la testifical* (caso de la Sentencia de 17-4-1989), o *la pericial* por los procedimientos técnicos que actualmente permiten comparar la voz grabada con la de la persona a quien se le atribuye (a semejanza de la pericial caligráfica en los documentos privados de carácter escrito), o incluso *la*

directa observación del Tribunal que escucha las grabaciones y la voz del acusado y, por las razones que sean, llega a adquirir la convicción firme sobre tal autenticidad, que es lo que ocurrió en el supuesto presente.

En efecto, en el juicio oral el propio Juan Heredia Carmona reconoció que tartamudeaba un poco, el Tribunal pudo escuchar la voz de dicho Juan y apreciar ese defecto al que calificó de «tartamudeo característico» en el apartado 5.^º de su relato de hechos probados, lo que aclara luego en el apartado siguiente (el 6.^º) afirmando que «posee un defecto de la palabra que le lleva a tartamudear en ocasiones y que se nota perceptiblemente en las grabaciones magnetofónicas de las conversaciones que mantuvo con Antonio Fajardo», sobre lo cual luego se razona al analizar la prueba en el Fundamento de Derecho 1.^º insistiendo en el citado «tartamudeo característico» y llegando por ello a la conclusión cierta de la intervención de Juan en las conversaciones grabadas, lo que la Audiencia utiliza como medio de prueba para acreditar la coautoría de éste en el hecho por el que se le condenó.

En suma, nos encontramos ante una valoración de que el Tribunal de instancia hizo sobre una prueba que con todas las garantías se había celebrado en el juicio oral y que venía precedida de las exigencias necesarias para que pudiera ser considerada como legítimamente traída al proceso, pues hubo autorización judicial de las intervenciones telefónicas, control suficiente del Juzgado respecto de la actuación judicial, aportación de las cintas grabadas al Juzgado, transcripción policial autenticada por certificación del Secretario y, por último, audición en aquella porción que solicitaron las partes y cuyo contenido (el de los folios 153 a 160) puede ser considerado como prueba de cargo precisamente contra quien ahora recurre según razonada y razonablemente expone la propia sentencia recurrida.

Así pues, hubo prueba contra Juan Heredia Carmona practicada con todas las garantías exigidas por la Constitución y la Ley Procesal (art. 579.2 y 3) de la cual la Audiencia pudo disponer para considerarla suficiente a los efectos de obtener la certeza necesaria respecto del hecho delictivo y de la participación que en el mismo tuvo quien aquí recurre, todo ello en la forma que quedó reflejada en el relato de hechos probados.

Por tales razones, hemos de rechazar el motivo 1.^º de los dos que por infracción de precepto constitucional formuló Juan Heredia

Carmona, y también el 2.^º que, con el mismo amparo procesal (art. 5.4 de la LOPJ), denuncia violación de la presunción de inocencia como consecuencia de la ilicitud de la prueba a que se había referido en el 1.^º

SENTENCIA de 27 de diciembre de 1994. Derecho a un Juez imparcial. No se quebranta tal principio constitucional por el hecho de que los Magistrados que formaron Sala para celebración del juicio oral se hubieran pronunciado sobre la situación personal del procesado al resolver sendos recursos de apelación.

PRIMERO.—El inicial motivo de impugnación, se formula por la parte recurrente, alegando quebrantamiento de forma, al amparo del número 6 del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por violación de los artículos 54.12 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 219.10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dado que los tres Magistrados que formaron la Sala para la celebración del Juicio oral y dictaron posteriormente Sentencia, se habían pronunciado ya, en dos ocasiones, sobre la situación personal del procesado, manteniendo su prisión provisional al resolver sendos recursos de apelación interpuestos contra autos desestimatorios de los de reforma planteados frente a los dictados por el Juez instructor.

Es doctrina constante de esta Sala, que el instituto de la recusación responde a la finalidad de asegurar la imparcialidad de la resolución y al prestigio de la Administración de Justicia, pero la Ley no excluye al Juez porque sea parcial, sino porque puede temerse que lo sea, *iudex suspectus*, en virtud de unas determinadas relaciones extraprocesales taxativa y legalmente enumeradas. Por tanto, la labor judicial se constriñe a examinar si unos elementos de hecho valorados conforme a reglas de experiencia, pueden influir dañosamente sobre el ánimo de cualquier Juzgador, independientemente de que pudiera superar, el riesgo o peligro de incurrir en parcialidad.

Son principios básicos de la regulación legal, el carácter taxativo de las causas de recusación, que no admiten interpretación extensiva o analógica; que ha de referirse a relaciones entre personas, sin que puedan invocarse relaciones rivales, a creencias religiosas opuestas, a Corporaciones o clases de estado en conflicto, o inclu-

so a familias enfrentadas, mientras las relaciones no se hayan traducido en actos recíprocos de los individuos que las forman; y no implica un juicio moral sobre la persona del Juzgador, ni tampoco debe constituir ofensa para aquél, siendo independiente de la decisión del Juez, al conocer éste o anteriores litigios, conforme o no a derecho.

Es importante a efectos de recusación, el que no cabe fijar *a priori* normas generales, sino que habrán de examinarse todas las circunstancias que concurran en cada caso individualizado, a efectos de determinar si un acto procesal practicado en fase de instrucción de las diligencias penales, tiene carácter de mera tramitación o naturaleza constitutiva.

Respecto a la causa legítima de recusación que aquí se invoca, prevista en el número 10 del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, «haber actuado como instructor de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia», concordante con el número 12 del artículo 54 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dice, «haber sido instructor de la causa», preceptos ambos, que obedecen a una regla fundamental en el proceso penal, cual es, la rigurosa separación entre el Juez que instruye, y el Juez que falla, ya que el derecho a un Juez imparcial, según declara el Tribunal Constitucional en Sentencia 131/91, de 20 de junio, es un elemento organizativo indispensable de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho, en cuyo marco la prohibición de que un mismo Juez sea competente para la instrucción y fallo de las causas, busca preservar la llamada imparcialidad objetiva, es decir, aquélla que se deriva no de la relación del juez con las partes, sino de su relación con el objeto del proceso, y en esta línea de conducta se pronuncia el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Públicas, al proclamar que toda persona tiene derecho a que su causa sea vista equitativa y públicamente dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial establecido por la ley —art. 6.1.

Es, sin duda, esencial reconocer que el derecho a ser juzgado por un Juez o Tribunal imparcial, es un derecho inherente a la exigencia de un proceso con todas las garantías, según expresa el artículo 24.2 de la Constitución Española, —Sentencia Tribunal Constitucional de 6 de mayo de 1993—. Entre los derechos fundamentales que enumera el citado artículo 24.2 de la Constitución Española, se recoge el derecho a un juicio público con todas las garantías.

Y entre éstas, como afirma la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de julio de 1988, aunque no se cite de forma expresa, se halla el derecho a un Juez imparcial.

La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, acogida por el Tribunal Constitucional, distingue entre imparcialidad subjetiva y objetiva. La vulneración de la imparcialidad subjetiva, tiene su fundamento en la existencia de vínculos personales, parentesco, enemistad, entre el Juez y las partes que intervienen en el proceso.

La imparcialidad objetiva, quiebra como consecuencia de la relación con el objeto mismo del proceso, tratando de evitar que el juzgador, al desempeñar sus funciones, no parta de una idea preconcebida, por razón de su vinculación previa con el objeto del proceso, del cual ha de ser la orientación del fallo —Sentencias del TEDH de 1 de octubre de 1982, caso Piersack; de 26 de octubre de 1984, caso Cubler; de 6 de diciembre de 1988, caso Barberá Messegue y Jabardo; de 22 de junio de 1989, caso Langborger; de 1 de marzo de 1990, caso Kritinsson; de 23 de marzo de 1991, caso Oberschlick; de 30 de octubre de 1991, caso Borgers, y la de 25 de febrero de 1992, caso Pfeifer y Plankel.

Según la Sentencia del propio Tribunal, caso Hauschildt, de 24 de mayo de 1989, y la de esta Sala de 9 de julio de 1983, consiste la imparcialidad objetiva, en averiguar si, con independencia de la conducta personal del Juez, algunos hechos que pueden comprobarse permiten poner en duda su imparcialidad. A este respecto, incluso las apariencias pueden ser importantes. Lo que está en juego es la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben merecer a los que acuden a ellos, y sobre todo, en cuestiones penales a los acusados. Por consiguiente, cualquier juez de quien se pueda temer legítimamente la falta de imparcialidad debe ser recusado. De lo dicho se deduce que, para resolver si en un determinado caso hay un motivo legítimo para temer que un juez no sea imparcial, el punto de vista del acusado es importante pero no es decisivo. Lo que sí será decisivo, es que sus temores estén objetivamente justificados.

En este sentido, hay que recordar, como han reiterado las Sentencias del Pleno del Tribunal Constitucional de 6 de mayo de 1993, y la de 27 de mayo del mismo año, que las causas de abstención y de recusación en nuestras leyes procesales se ordenan a preservar en el proceso la imparcialidad subjetiva y objetiva del Juzgador.

El problema planteado es si el órgano judicial que ha conocido y resuelto, podría ser considerado un Juez imparcial, pues por exigencia del principio acusatorio, lo excluye, la posibilidad de acumulación en un mismo órgano judicial de funciones instructoras y decisorias. Ahora bien, las Sentencias 136 y 137, ambas de 1992, expresan que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se asienta sobre dos ideas esenciales; de un lado, que, al estar en contacto con el material de hecho necesario para que se celebre el juicio, pueden nacer en el ánimo del Juez o Tribunal sentenciador, prejuicios y prevenciones respecto de la culpabilidad del imputado, quebrándose así la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre la función instructora y la juzgadora; pero, por otro, que no toda intervención del Juez antes de la vista tiene carácter instructor ni compromete su imparcialidad objetiva; por lo que será necesario examinar caso por caso, la actividad realizada, para determinar si se ha producido o no vulneración del artículo 24.2 de la Constitución Española, teniendo en cuenta que no basta con constatar el hecho de que el juez sentenciador hubiese realizado actos de naturaleza instructora, sino que es preciso acreditar además, siquiera sea indicariamente, que la actividad instructora llevada a cabo por el juez para averiguar el delito y sus posibles responsables, pudo provocar en su ánimo prejuicios.

La Sentencia del TEDH, caso Hauschildt, ya mencionados y, aquí invocada, declara que aun cuando una situación como ocurría en el supuesto allí enjuiciado, pudiese suscitar dudas sobre la imparcialidad del Juez, que eran comprensibles, esto no significaba que se deban considerar como objetivamente justificadas en todos los casos. La contestación a la pregunta, se dice, dependerá de las circunstancias que concurren.

Hay, pues, que determinar, cuáles fueron las existentes en el supuesto que se examina.

Al igual que en el caso Hauschildt, el temor a la falta de imparcialidad se debía al hecho de que el Tribunal que juzgó en la instancia, participó en la resolución de recursos de apelación sobre la prisión provisional del acusado, que mantuvo. En el mismo, se sostuvo la tesis de que el mero hecho de haberse dictado resoluciones antes del juicio, especialmente sobre la libertad provisional, no bastaba para justificar los temores sobre su imparcialidad.

El Tribunal Constitucional en Sentencias 145/88, de 12 de julio; 164/88, de 26 de septiembre; 11/1989, de 24 de enero; 151/91, de 8 de

julio; 85/92, de 8 de julio, y 170/93, de 27 de mayo, mantiene la tesis de que el Tribunal de apelación no queda contaminado por resolver un recurso de apelación contra un auto de procesamiento, siendo clara y evidente la analogía existente entre esta situación y la aquí analizada.

Esta Sala tiene declarado que no pueden calificarse como actos de instrucción llevados a cabo por el Tribunal, el hecho de haber conocido contra las resoluciones del instructor, y ello por la sencilla razón de que la causa de recusación establecida en el número 12 del artículo 54 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y la procedencia de la correspondiente abstención, tiene su fundamento el eliminar la posible prevención que el Instructor haya podido adquirir como consecuencia de la lucha para tratar de vencer todo aquello que se oponga al fin perseguido, de manera que la razón de ser de la recusación, como es obvio por elemental, es excluir al Juez, no porque sea parcial, sino el de eliminar toda sospecha de que pudiera llegar a serlo (*iudex suspect*) y que de alguna manera pueda empañar la recta aplicación del Derecho inherente a la función de juzgar, circunstancias que en absoluto pueden concurrir en quienes se hallan llamados, como miembros del correspondiente órgano jurisdiccional colegiado, a conocer jurisdiccionalmente de los hechos objeto de enjuiciamiento, bien con carácter definitivo dictando la procedente sentencia, o bien conociendo de los recursos interpuestos contra las resoluciones interlocutorias, porque al conocer en única instancia, no se quebranta el principio que pretende eliminar la posibilidad de que se pueda intervenir en dos diferentes fases, como son las de instrucción y las posteriores del proceso —cfr. Tribunal Supremo, Sentencia de 24 de diciembre de 1991 y 8 de junio de 1992.

El auto de esta Sala de 8 de febrero de 1993 —caso Tous— y la Sentencia de 8 de noviembre de 1993, distinguen dos supuestos que consideran diferentes, y que dan lugar a distintas consecuencias: cuando la Audiencia Provincial resuelve un recurso interlocutorio contra el procesamiento acordado por el Juez instructor para confirmarlo, no queda afectada su imparcialidad objetiva, a diferencia de lo que sí ocurre cuando dicta el procesamiento *ex novo* y en base a imputaciones no formuladas por aquél.

Es evidente, pues, que no concurrían en los Magistrados integrantes del Tribunal sentenciador, la causa de recusación invocada, por no haber efectuado ningún acto estrictamente de instrucción, y por tanto, afectada su imparcialidad objetiva.

El motivo, pues, debe rechazarse.

AUTO de 22 de diciembre de 1994. Por el que se establece la posibilidad de escindir de una causa que se siga contra varias personas, algunas de ellas aforadas, las diligencias que se refieran a éstas, para que sean conocidas por el TS sólo las relativas a los aforados.

PRIMERO.—La Constitución representa, sin duda, como ha dicho el Tribunal Constitucional, la Ley Fundamental y, al mismo tiempo, fundamentadora del Ordenamiento Jurídico. Su promulgación supuso muchas veces, incluso respecto de aquellas zonas del Sistema no directamente afectadas por ella, un nuevo entendimiento del correspondiente texto legal. En este sentido, se pueden citar, entre otros, los temas correspondientes a la admisión e inadmisión de denuncias y querellas, a la apreciación de las pruebas, al sobreseimiento, etc.

El procedimiento contra Diputados y Senadores tiene una especial significación. Se rige por las disposiciones de la Ley de 9 de febrero de 1912, que tiene carácter de *lex specialis*, y, en lo no pre visto ni contrario a la misma, por las reglas del Título I, Libro IV, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 750 a 756), así como por los correspondientes Reglamentos Parlamentarios.

La necesidad de que existan determinadas garantías de la labor legislativa —o juzgadora— es compatible con la finalidad de proteger al ciudadano —o al justiciable— frente a los posibles desvíos en el desempeño de estas importantes funciones.

Por otra parte, el principio de igualdad supone, en definitiva, la prohibición de desigualdades o desarmonías cuando la diferencia de trato carezca de una justificación objetiva y razonable.

Juzgar a un ciudadano, en el que no concurre la condición de Diputado o Senador —en análoga situación, de otras Altas Autoridades del Estado o de las Comunidades Autónomas— por un Tribunal que, en principio, no conocería de la causa, si no fuera porque el delito por él presuntamente cometido está íntima e indestructiblemente unido a otro que se presume realizado por un aforado, puede constituir un agravio, por lo que en seguida se dirá, que, a veces, no es fácilmente explicable para la persona afectada.

En efecto, el que determinadas personas estén sometidas a un *status* especial por el cargo que desempeñan, desde el punto de vis-

ta de su enjuiciamiento, no debe, en principio, arrastrar una desviación de la competencia ordinaria de los que no tienen tal *status*, salvo cuando ello sea indispensable. No ha sido infrecuente recibir esta queja en supuestos como el que ahora se analiza.

La razón del cambio de competencia, como ya se anticipó, no es, desde luego, la de constituir un privilegio que, de existir, sería inconstitucional, sino, más bien, el reforzamiento de las garantías en el sentido de que, pese a su condición, estas personas tendrán un juicio justo, tanto desde la perspectiva del justiciable como —y seguramente con más fuerza— de la propia sociedad.

SEGUNDO.—Por ello, cuando, de acuerdo con las reglas que respecto de la conexión establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su artículo 17 y concordantes, sea absolutamente inseparable el comportamiento indiciariamente delictivo del aforado y del no aforado, es obvio que esta exigencia de inescindibilidad del enjuiciamiento habrá de primar sobre cualquier otra consideración, y éste deberá realizarse conjuntamente por el Tribunal que haya de conocer del comportamiento indiciariamente delictivo del aforado.

Pero, en cambio, cuando la abrazadera o denominador común se sitúe, desde la perspectiva procesal, a una cierta distancia, será procedente la separación. El aforado, con su *status* indivisible, inseparable de su persona, debe ser enjuiciado por el Tribunal que corresponda, conforme a estas reglas especiales, y ninguna objeción válida podrá hacerse a la consecuencia de verse privado de unos determinados recursos, puesto que él será de manera directa e inmediata, el Juez ordinario predeterminado por la Ley. Pero, por el contrario, esta consideración puede ser puesta en tela de juicio si, como ya se anticipó, el no aforado llevó a cabo su comportamiento en lejanía, desde la perspectiva de los principios inspiradores de la conexión porque sólo por ella —aunque tal consideración sea legítima y legal— es juzgado por quien en principio no era «su Juez natural», expresión que se utiliza en sentido muy amplio.

El Protocolo número 7 a la Convención de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, en su artículo 2.^º, 1, proclama el derecho de toda persona condenada a la doble instancia, pero inmediatamente, en el apartado 2, establece, entre otras excepciones a este principio general, la de que el interesado haya sido juzgado en primera instancia por la más alta jurisdicción y, en el Informe o Rapport explicativo que acompaña al Pro-

ponen como ejemplo de esta excepción los supuestos de enjuiciamiento de una persona por la más alta jurisdicción por razón del rango de aquélla (Ministro, Juez o titular de un Alto Cargo).

Por otra parte, la atribución de competencia a esta Sala o las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, ha de hacerse con un carácter restrictivo y, por ello, el intérprete ha de procurar reducir la excepción sólo a los supuestos efectivamente incluidos en la norma, a salvo como ya se dijo, los casos en los que la separación o autonomización sea imposible.

En otras palabras, las competencias especiales por razón de la competencia de la persona o de otras circunstancias, han de ser interpretadas siempre con un carácter restrictivo. Esta doctrina ha sido ya establecida en el Auto de esta Sala de 6 de octubre de este año, que recoge en su acertado informe el Ministerio Fiscal y a la que nos remitimos íntegramente.

AUTO de 25 de enero de 1995. Por el que se declara que la competencia para conocer de las actuaciones penales que se sigan contra un Secretario de Estado corresponde a los Juzgados de Instrucción y no a la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

PRIMERO.—El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional, se dirige a esta Sala, a petición del Ministerio Fiscal y con apoyo en los artículos 21, 22, párrafo 3.º, 303, párrafo 5.º, y 309 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, solicitando de ella decida sobre si dicho Juzgado tiene o no competencia para conocer, dentro de las actuaciones penales del Sumario Ordinario 17/89-J sobre delitos contra la libertad y seguridad, tentativa de asesinato y malversación de caudales públicos, de los presuntos hechos delictivos realizados por «el posible aforado» D. Rafael Vera, elevando a estos efectos una pormenorizada Exposición, a la que nos remitimos expresamente.

SEGUNDO.—Aunque el sistema competencial, en general, no ofrece, por desgracia, la precisión y certeza deseables, teniendo en cuenta que la seguridad es uno de los fines esenciales del Derecho y, acaso, el que más fácilmente puede llevarse a la práctica, parece que no está fuera de las previsiones legislativas o, al menos, no es seguro que no lo esté, al hecho de que un Juez se dirija a la Sala Pe-

nal del Tribunal Supremo «en aras a garantizar al máximo la seguridad jurídica y la pureza de las actuaciones del Juzgado Instructor».

TERCERO.—Así las cosas, y sin otro alcance que el de establecer la competencia que aquí se somete a nuestra consideración y sin prejuzgar en lo más mínimo ningún otro tema, hay que señalar lo siguiente:

1.^a El llamado aforamiento, que jamás ha de ser entendido como privilegio, sino como garantía de determinadas funciones —de aquéllas especialmente relevantes— y de la propia sociedad y que sirve al bien común, conforme a los principios y mandatos constitucionales, conduce al establecimiento de una serie de reglas especiales de competencia objetiva *ratione personae* que determinan la atribución de la instrucción y/o conocimiento de un asunto penal a un Tribunal de grado superior al que le correspondería, según las reglas generales, cuando el sujeto imputado ejerce, como acaba de decirse, cargo, oficio o empleo público que lleva anejo tal aforamiento.

2.^a La propia naturaleza de la institución conlleva una interpretación de las normas que la desarrollan de carácter restrictivo, de tal manera que los supuestos de duda, si los hubiere, deben quedar fuera de la competencia especial.

3.^a El artículo 102.1 de la Constitución establece que la responsabilidad criminal del Presidente y demás miembros del Gobierno será exigible, en su caso, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Consecuente con ello, el artículo 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con las modificaciones llevadas a cabo por la Ley Orgánica 7/88, de 28 de diciembre, determina que dicha Sala conocerá de la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra el Presidente del Gobierno y miembros del Gobierno.

4.^a Dentro del tema concreto del aforamiento de los «miembros del Gobierno», es obligado descubrir el verdadero sentido y alcance de la expresión. En este orden de cosas, la Ley 10/83, de 16 de agosto, que por razón de la fecha podría estar, en su caso, en juego, determina, en su artículo 2 que el Presidente del Gobierno ostenta la representación del mismo y él, el Vicepresidente o Vicepresidentes y los Ministros, se reúnan en Consejo de Ministros o en Comisiones Delegadas de Gobierno (art. 4) sin que los demás órganos superiores que se enumeran en el artículo 8 puedan ser considerados —entre ellos los Secretarios de Estado— como miembros del Gobierno. Concepto este de Gobierno coincidente con la idea, generalmente admitida en la doctrina, de «conjunto de los Ministros de un Estado».

Por último, debe añadirse, en este sentido, que el artículo 11 de dicha ley contiene una disposición que refuerza lo que acaba de decirse, en el sentido de exigir que las modificaciones referentes a los Ministros sean realizadas por Ley, mientras las que afectan a los Secretarios de Estado, Subsecretarios, etc., pueden tener lugar por medio de Real Decreto. De ello surge que el Legislador ha establecido claramente los distintos niveles funcionariales y de jerarquía y que excluyen de la posición de integrados en el Gobierno a los funcionarios cuya jerarquía está por debajo de los Ministros, que en caso de fallecimiento, cese, viaje, etc., no son sustituidos por un Secretario de Estado, sino por otro Ministro del Gabinete.

El Reglamento del Congreso de los Diputados, de 24 de julio de 1992, en su artículo 55.2, se refiere a la existencia de un banco especial en el salón de sesiones destinado a los miembros del Gobierno, en el que únicamente toman asiento el Presidente, el Vicepresidente y los Ministros, conclusión que se fortalece con la lectura de los artículos 180, 185, 188 y 189, a los que nos remitimos. Y, en igual sentido, el Reglamento del Senado, de 25 de mayo de 1982 (arts. 83, 164, 167, 168 y 170) y el nuevo texto de 5 de mayo de 1994.

5.º El fuero especial de la competencia objetiva opera respecto de los delitos anteriores, que no hubieran sido todavía enjuiciados o hubieran motivado ya un proceso pendiente de decisión, a la adquisición de la condición de aforado electo y subsiste en relación con todos los delitos cometidos por el mismo sólo mientras dure su condición.

6.º Esta doctrina, en general, se viene manteniendo de manera reiterada por esta Sala, así el Auto de 16 de septiembre de 1994 respecto de la Ley de 16 de noviembre de 1983, número 17 de la Jefatura de Estado, al regular la figura del Delegado de Gobierno en las Comunidades Autónomas y cuyo artículo 3.2 estableció que dicho Delegado debía ser juzgado por esta Sala, frente a lo cual y de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley Orgánica y posterior, se entendió que tal disposición había quedado derogada.

El Auto de 1 de julio de 1994 mantuvo esta misma doctrina respecto de la Secretaría de Asuntos Penitenciarios, y en este sentido otras muchas resoluciones. El Auto de 3 de diciembre de 1993 había mantenido el mismo criterio respecto también del Secretario General de Instituciones Penitenciarias, y el de 5 de noviembre de 1991 así lo declaró respecto del Jefe del Gabinete de la Presidencia

del Gobierno, sobre el que se sometió a la Sala el problema de considerar si tenía o no categoría de Secretario de Estado. Por otra parte, el Auto de 15 de diciembre de 1993 mantuvo que, cesada una persona en el cargo determinante del fuero, a salvo las excepciones expresamente establecidas, cesa también la competencia de esta Sala. En idéntica dirección el Auto de 2 de diciembre de 1994.

Es más, en el deseo de llevar a cabo una interpretación lo más conforme posible con la finalidad del Ordenamiento Jurídico, en este orden de cosas, lo que se dice a título complementario, esta Sala, muy reiteradamente ha sostenido que, habiendo aforados y no aforados entre los presuntamente implicados, en la medida de lo posible, salvo cuando la conexidad lo impida, es procedente que el Juez de Instrucción ordinario, competente con arreglo al artículo 14 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siga conociendo de la causa, con la excepción de lo que afecta a la persona aforada (lo que, como ya queda explicado, no es el caso), criterio que, entre otros apoyos, cuenta con el de evitar, mientras ello sea hacedero, la ruptura del sistema de recursos establecido por las leyes respecto de los no aforados, que se altera por la única razón de aparecer estos implicados en una causa donde haya de exigírseles responsabilidades a los aforados (ver Autos de 13 de enero de 1995, en Causa Especial 2760/94, y de 22 de diciembre de 1994, en Causa Especial 2620/92).

Es cierto que los Autos dictados por esta Sala, de 21 de marzo y 25 de octubre de 1984, se pronunciaron en sentido contrario, pero también lo es que así lo hicieron en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.1 de la citada Ley 10/83, de 16 de agosto, precepto que en la actualidad, por las razones expuestas, no ha de considerarse vigente.

Obligado resulta en la actualidad el examen pormenorizado de las normas vigentes, con la finalidad de extraer de ellas un sistema coherente y armónico. En este sentido, el Auto ya citado de 13 de enero de este año 1995 establece que «el derecho fundamental a que la causa sea oída por un Tribunal independiente e imparcial (art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales) tiene como manifestación instrumental la exigencia inicial de que tal Juez sea el ordinario y legalmente preestablecido, que fija el artículo 24.2 de la Constitución», añadiendo consideraciones muy interesantes sobre la interpretación penal del sistema.

Finalmente, hay que destacar que, como ya se anticipó, a salvo las excepciones legalmente establecidas, que aquí no se dan, cesado el aforado en el cargo cesa el aforamiento (ver Ley de 9 de febrero de 1912 y Reglamentos del Congreso y del Senado, arts. 11 y 12, respectivamente).

En su virtud, y de acuerdo con lo informado por el Ministerio Fiscal, procede declarar que esta Sala no es competente para conocer de las actuaciones penales que puedan llevarse a cabo respecto de un Secretario de Estado, a las que se refiere esta resolución, lo que debe ponerse en inmediato conocimiento del Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Instrucción Central número 5.

AUTO de 28 de febrero de 1995. Por el que se acuerda no solicitar del Congreso de los Diputados el Suplicatorio para proceder contra un Diputado. Análisis de los requisitos que integran el tipo del artículo 149 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General.

PRIMERO.—El Instructor, en su pormenorizada Exposición, somete a la consideración de la Sala la procedencia o no de pedir el correspondiente suplicatorio a las Cortes solicitando autorización para proceder, con todas sus consecuencias legales, contra D. Alfonso Guerra González por un presunto delito electoral, previsto y penado en el artículo 149 de la Ley Orgánica 5/85, de 19 de junio, de Régimen Electoral General.

SEGUNDO.—Antes de dar respuesta motivada a la Exposición, conviene hacer algunas precisiones:

A) La especialidad del proceso penal contra Diputados y Senadores consiste en la necesidad de obtener la previa autorización de la Cámara respectiva para inculpar o procesar a un Senador o Diputado, a la que se accede por medio del suplicatorio. Y es al Tribunal Supremo a quien corresponde solicitarlo, si hubiere lugar a ello (art. 5 de la Ley de 9 de febrero de 1912).

B) El presupuesto del suplicatorio viene constituido conforme al artículo 2 de dicha ley (que, en cuanto no aparezca contradictoria con otra ley de igual o superior rango, por ejemplo la Constitución, está vigente) por los llamados indicios de responsabilidad.

C) Esta idea debe complementarse con otros datos importantes: con anterioridad a la Ley Orgánica 7/88, de 28 de diciembre, las funciones de instrucción y de enjuiciamiento se llevaban a cabo por la misma Sala que, en su caso, era la llamada a sentenciar; y el suplicatorio, por consiguiente, sin necesidad de ninguna otra petición, lo solicitaba ella misma. Por tanto, no podía existir entonces contradicción entre «petición» y «decisión». En la actualidad, en las causas a las que se refieren los números 2 y 3 del apartado 1 del artículo 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en este sentido no modificada por la Ley Orgánica del Poder Judicial 16/94, de 8 de noviembre), es decir, en los supuestos de aforamiento, hay que designar un Instructor de entre los miembros de la Sala que no formará parte de la misma en el supuesto de que se llegue al enjuiciamiento, que es quien ha de interesar de aquélla lo procedente, como a partir de la citada reforma se viene haciendo frente a cualquier decisión que por mandato legal haya de tomar dicha Sala.

D) En el ámbito judicial los recursos son expresión permanente de lo que la ley quiere: la independencia de cada Juez o de cada Órgano Judicial en el ejercicio de sus funciones, sin que ello suponga la más mínima censura o reproche, cuando se dan, lo que no es infrecuente, puntos de vista distintos, no siempre contradictorios, entre unas y otras resoluciones.

E) Así las cosas, pueden deslindarse las funciones de instrucción e investigación, por una parte, y de enjuiciamiento, por otra, cada una independiente, en idéntico sentido a lo que sucede en las causas ordinarias. Por consiguiente, cuando las posturas jurídicas difieren una de otra, no hay nada anormal en ello, sino que se trata de una consecuencia de la distinta posición que en el proceso ocupan respectivamente.

TERCERO.—Por otra parte, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional 7/81, de 30 de marzo, el artículo 24.1 de la Constitución debe aplicarse en cada caso según la naturaleza y fines de cada tipo de procedimiento, doctrina que, rechazando cualquier atisbo de privilegio, que sería contrario a la justicia y a la igualdad (art. 1.1 de la Constitución Española), reviste un acentuado carácter finalista.

La proximidad en algunos aspectos, no en todos, por supuesto, entre el auto de procesamiento (art. 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y el suplicatorio, al que ya hemos hecho referencia, su-

pone que, de alguna manera, son decisiones que encierran una especie de resolución formal de imputación. Deben, pues, existir indicios racionales de criminalidad, esto es, como dice la doctrina científica, ha de existir la fundada sospecha de participación de una persona en un hecho punible, no obstaculizada por la ausencia de alguno de los presupuestos procesales que impiden el procesamiento o por la evidencia en la concurrencia de alguna de las causas de extinción y, en menor medida, de exención de la responsabilidad penal.

CUARTO.—A cuanto queda dicho ha de agregarse una nueva consideración: la idea, cada vez más acentuada en los Estados de nuestro entorno cultural, del gravamen que el proceso en sí mismo supone, lo que ha dado lugar a una nueva interpretación de los artículos 269 y 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Sala del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y por esta misma Sala Penal del Tribunal Supremo, en el sentido de llevar a cabo, antes de iniciarse un proceso penal contra una persona, una adecuada reflexión sobre el contenido mismo de la denuncia o querella, para evitar actuaciones procesales penales innecesarias.

QUINTO.—Esta Sala se ha caracterizado, como no podía ser de otra forma, por el especial respeto a las Cortes Generales, que representan al pueblo español y ejercen la potestad legislativa del Estado (art. 66.1 y 2 de la Constitución), lo que exige un muy cuidadoso examen, caso por caso, para evitar situaciones no justificadas conforme al propio Sistema. Ello supone que, frente a la Exposición del Magistrado Instructor, es obligada la meditación y el análisis por esta Sala, que es a quien incumbe, como ya se dijo, dirigir el suplicatorio (art. 5.^º de la Ley Especial de 1912) y juzgar, en su caso, a Diputados y Senadores (art. 71 de la Constitución).

SEXTO.—El artículo 149.1 de la LOREG declara punible la acción de «falsear cuentas reflejando aportaciones o gastos o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables» ejecutadas por los «administradores generales y de las candidaturas de los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones electorales». Como se ha visto, el Excmo. Sr. Instructor estima que la investigación realizada proporciona elementos que, si bien excluyen la ejecución de este delito por el Sr. Guerra, permiten suponer que éste habría realizado una actividad accesoria, que puede consistir en «haber forzado o inducido directamente» al Administrador General Sr. Moreda Luna, según el artículo 14.2 del

Código Penal, o bien que habría cooperado con el delito de este último «con un acto sin el cual (el delito) no se hubiera efectuado», en el sentido del artículo 14.3 del Código Penal.

Ambas formas de participación están regidas por el principio de accesoriedad y presuponen la ejecución por el autor del hecho principal (ver, entre otras, STS de 5 de mayo de 1988). Como esta Sala no ha tenido acceso a la investigación realizada, es preciso suponer hipotéticamente, sin emitir juicio alguno todavía sobre la autoría del delito del artículo 149 de la LOREG por el Sr. Moreda, que éste hubiera tenido lugar, con el fin de estudiar la cuestión planteada, respecto del comportamiento accesorio del Sr. Guerra González que afirma el Excmo. Sr. Instructor.

SEPTIMO.—Es cierto —como lo ha expuesto el Excmo. Sr. Instructor— que esta Sala ha admitido la punibilidad como inductores, cooperadores necesarios o cómplices de los cualificados *extraneus* que hayan tomado parte de un delito especial propio, como el previsto en el artículo 149.1 de la LOREG. Sin embargo, no es menos cierto que, en todo caso, esa responsabilidad presupone que el agente haya realizado una acción que pueda ser subsumida bajo las previsiones de los artículos 14.2, 14.3 ó 16 del Código Penal. Es preciso para ello comprobar si las acciones, que se atribuyen al Sr. Diputado, pueden justificar la petición del suplicatorio por constituir *prima facie* comportamientos típicos en el sentido de los citados artículos 14.2 ó 14.3 del Código Penal.

a) Del extenso relato de los hechos expuestos no surge, en primer lugar, razón para suponer que el Diputado Sr. Guerra haya forzado al Administrador *Moreda Luna* a falsear las cuentas electorales. En efecto: el uso de fuerza, en el sentido del artículo 14.2 del Código Penal, presupone, como lo ha establecido esta Sala en las pocas oportunidades que ha tenido de referirse a este precepto (ver STS de 24 de abril de 1958 como ilustrativa), una *vis compulsiva*, es decir, al menos la amenaza de un mal sensible por medios físicos, dado que la influencia psicológica o moral ha sido siempre considerada como elemento de la inducción o instigación *stricto-sensu*. La circunstancia de que el Coordinador General de la campaña electoral tenga «una personalidad tan acusada» (folio 23 del Informe del Instructor), que haya tenido el «dominio de la campaña electoral» (*ibidem*), que haya tenido facultades de supervisión de las cuentas (folio 28 del Informe) o que haya conocido los gastos de la campaña (*ibidem*), no significa, sin más, que haya forzado al Administrador General a falsear las cuentas electorales.

b) Asimismo, no parece que estas mismas circunstancias permitan suponer que hubiera inducido directamente al Sr. Moreda Luna, en los términos del artículo 14.2 del Código Penal, a falsear las cuentas electorales. En la interpretación del artículo 14.2 del Código Penal esta Sala tiene dicho que la *inducción debe ser «concreta, directa y eficaz»* (SSTS de 9 de junio de 1954, 17 de enero de 1964 y 25 de febrero de 1974). Ya en la STS de 20 de enero de 1917 la Sala había apreciado, en este mismo sentido, que «la inducción sobre el autor material es directa y suficiente cuando ha servido para decidirle a ejecutar el hecho punible, que no hubiera realizado sin ese impulso». Conceptos similares se reiteran en la STS de 25 de junio de 1962 y en la STS de 5 de mayo de 1988, en la que se subraya que la incitación ha de ser «intensa y adecuada» para motivar al inducido.

No es posible considerar que «la personalidad acusada» o el «dominio de la campaña electoral» tengan el carácter de un influjo «concreto, directo y eficaz» capaz de motivar al Administrador General Sr. Moreda Luna a falsear las cuentas. Ninguna de esas acciones autoriza a suponer siquiera una sugerencia al Administrador General de falsear las cuentas y, por lo tanto, un principio, al menos, de influencia psíquica como la requerida por la jurisprudencia para configurar la inducción. No tienen un mínimo de concreción ni son directas. Es indudablemente difícil suponer que aquellas circunstancias puedan constituir una orden, mandato o alguna forma de acción psicológica sobre otro de la que se pueda afirmar, en el sentido de la STS de 25 de junio de 1962, que directamente han provocado la decisión del Administrador General de ejecutar la supuesta falsedad de las cuentas electorales.

El Excmo. Sr. Magistrado Instructor, por otra parte, no ha sostenido en ningún pasaje de su Informe que el Administrador General Sr. Moreda Luna o el Sr. Galeote hayan, por lo menos, sugerido o insinuado que han obrado bajo el influjo psíquico, que la STS de 25 de junio de 1962 considera como elemento esencial de la inducción.

Es cierto que en la STS de 30 de enero de 1945 se admitió, aunque aisladamente, que una mera «actitud silenciosa» podía fundamentar una inducción omisiva. Sin embargo, este precedente no es aplicable a este caso. Sin perjuicio de su carácter aislado y del rechazo por falta de la doctrina, ampliamente dominante desde hace tiempo, de la posibilidad de las inducciones omisivas, lo cierto es que en el caso señalado la sentencia exigió un conocimiento directo de parte del padre de una menor de la proposición delictiva que

le hizo a éste un tercero y no actuó sobre la misma, que estaba bajo su guarda. Nada de esto es similar a lo que se supone debió ocurrir en el presente caso, dado que es evidente que el Administrador General, al que se imputa la falsedad, no estaba bajo la guarda del Coordinador, ni éste tuvo conocimiento de que un tercero requiriera a aquél para el falseamiento de las cuentas electorales.

c) La segunda alternativa posible, señalada por el Excmo. Sr. Instructor, para la solicitud del suplicatorio, se fundamenta —como se dijo— en el artículo 14.3 del Código Penal, es decir, en la cooperación necesaria. Hace más de un siglo el Tribunal Supremo sostuvo al respecto que *son cooperadores necesarios «aquéllos que conscientemente ejecutan un hecho distinto del constitutivo del delito, pero indispensable para la realización de éste»* (STS de 20 de junio de 1892). Estos conceptos, que mantienen todavía su vigencia, pueden servir ahora de base a las comprobaciones que es preciso realizar para verificar si existe alguna conducta que *prima facie* pueda constituir un acto de cooperación en la supuesta falsedad de cuentas electorales que se imputa al Sr. Moreda Luna. Las SSTS de 29 de diciembre de 1969, 1 de marzo de 1972 y 19 de febrero de 1976, han dejado claro que *los actos de cooperación deben ser «causalmente eficientes»*.

Tampoco en este punto el Informe del Excmo. Sr. Instructor expresa cuál fue la acción del Diputado Sr. Guerra causalmente eficiente que se debe tomar en consideración. En realidad en el Informe sólo se hace referencia, en lo que a este respecto podría interesar, a que el Administrador General carecía «de facultades para disponer del dinero del partido» y que tal disposición, se supone, sólo podía hacerla el Coordinador General, que jerárquicamente estaba sobre el Vicecoordinador Económico. Ello surgiría del testimonio del Sr. Moreda (ver folio 28 del Informe). Pero es claro que la autorización de un gasto —aunque se haga con el conocimiento de las dificultades financieras del partido— no puede ser considerada, ni siquiera inicialmente, como un acto causalmente eficiente del falseamiento de las cuentas, pues, si se suprime mentalmente, la falsedad no desaparecería. Más aún; no es siquiera un acto de mero favorecimiento del mismo, pues no ayuda en nada al Administrador General a omitir la inclusión de ciertas sumas en las cuentas electorales. Es evidente que *el delito consiste en falsear cuentas y no en disponer gastos y que la disposición de los gastos no contribuye al falseamiento realizado por un tercero plenamente responsable*. Aquí ocurre lo mismo que en la administración de cualquier perso-

na jurídica, en la que un contable comete una adulteración de las cuentas: nadie piensa que quienes tienen facultades para disponer gastos —sólo por esto— sean en principio sospechosos del falseamiento de las cuentas.

En suma, sobre la base de lo informado por el Excmo. Sr. Magistrado Instructor, ni desde la perspectiva del artículo 14.2, ni de la del artículo 14.3 del Código Penal, es posible sostener que existen elementos que señalen que el Sr. Guerra hubiera participado en el delito de falseamiento de cuentas que se atribuye al Sr. Moreda Luna.

OCTAVO.—El Informe del Excmo. Sr. Instructor *no se ha referido a la posible responsabilidad del Sr. Diputado Guerra por haber omitido impedir el falseamiento de las cuentas por parte del Administrador General*. De todos modos en dicho Informe tampoco se encuentran elementos que puedan fundamentar una responsabilidad por omisión.

a) Por una parte es claro que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 122.1 de la LOREG, el deber de garantizar las cuentas electorales incumbe expresamente al Administrador General y no al Coordinador de la campaña electoral. La ley ha sido muy previsora en este punto y exige la designación expresa de un responsable para evitar que la organización se convierta, como ha dicho recientemente un autor, en una desorganización de las responsabilidades. Consecuentemente, *no cabe confundir al garante de la autenticidad de las cuentas con el máximo responsable de la organización de la campaña. Si la ley hubiera querido atribuir la posición de garante al Coordinador, no hubiera creado la figura jurídica del Administrador*. Es obvio, por lo demás, que este marco legal no puede ser modificado por una supuesta «personalidad tan acusada» que haga suponer que la delegación de funciones es incompatible con ella. Se trata de una delegación impuesta por ley y no decidida por las personas físicas ni por organizaciones determinadas.

b) Por otra parte, esta Sala ha aceptado en los delitos de comisión por omisión que la delegación —por exigencias de racionalidad de la organización— de deberes de vigilancia que incumben a un garante, puede exonerar de responsabilidad bajo ciertas condiciones (cfr. STS 653/94, de 26 de marzo de 1994). En principio, en la medida en la que aquí la delegación está impuesta en la LOREG, no es necesario recurrir a este precedente. Pero, si de todos modos, la posición de garante del Coordinador se quisiera fundamentar

en el artículo 1.903 del Código Civil, lo cierto es que, aunque este artículo fuera aplicable al caso, tampoco existe en el Informe del Instructor elemento alguno que demuestre que, al menos en principio, el Coordinador General de la campaña haya sido quien designó al Administrador General de la candidatura, ni que la persona designada no haya tenido las condiciones necesarias como para que no se falsearan las cuentas. En este sentido, se dijo en la citada STS 653/94, de 26 de marzo, que *el «ordenamiento jurídico reconoce valor exonerante de la responsabilidad a la delegación de la posición de garante, cuando tal delegación se efectúa en personas capacitadas para la ejecución de los cometidos que corresponden al deber de actuar»*. Nada encontramos en el Informe del Excmo. Sr. Instructor que impida la aplicación de estos principios al caso que ahora se somete a nuestra consideración.

NOVENO.—Todo ello se dice con expreso reconocimiento al contenido de la Exposición que ha elevado a esta Sala el Magistrado Instructor y *prescindiendo del problema que plantea una de las Defensas, en relación con el tema de la prescripción del presunto delito electoral*, teniendo en cuenta la fecha en que se dice cometido y el tiempo transcurrido.

En consecuencia, procede dictar la siguiente parte dispositiva:

LA SALA HA ACORDADO no solicitar al Congreso de los Diputados el suplicatorio para proceder contra el Excmo. Sr. Diputado D. Alfonso Guerra González.

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1995. La Sentencia resalta la proporcionalidad de la medida en virtud de la cual la Administración Penitenciaria procedió a la grabación de las conversaciones mantenidas en un Centro Penitenciario entre un interno por delito de terrorismo y el acusado, que no era su Abogado defensor ni había sido expresamente llamado por aquél.

PRIMERO.—El primer motivo de ambos recursos se acoge al cauce casacional del número 1.º del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 659 del mismo texto legal, y denuncia el vicio procesal cometido por la Sala de instancia al haber denegado la prueba constituida por la grabación en cinta magnetofónica, así como su transcripción, correspondientes a

la conversación mantenida el día 12 de enero de 1993 por el acusado con los internos Ignacio de Juana Chaos y José Artola Ibarreche, en el locutorio del Centro Penitenciario Madrid II, sito en Alcalá de Henares, así como cualquier otra prueba que traiga causa directa o indirecta de tal intervención.

Entre las pruebas solicitadas por la acusación popular en su escrito de calificación provisional de 12 de julio de 1993, figuraba bajo los epígrafes «5» y «Documental» que en el acto del juicio se procediera a la audición de la cinta magnetofónica continente de la grabación de la conversación mantenida por los internos de ETA Esteban Esteban Nieto, Ignacio de Juana Chaos y José Artola Ibarreche, con los letrados José Miguel Gorostiza Vicente y Aránzazu Zuñeta Amuchástegui el día 12 de enero de 1993 en el Centro Penitenciario Madrid II, habilitándose por el Tribunal los oportunos medios para su práctica.

Pese a que el Auto de la Sala *a quo* de 7 de octubre de dicho año de 1993 acordó «admitir todas las pruebas propuestas por las partes, y asimismo requerir a éstas para que manifestaran su parecer sobre la posibilidad de la práctica anticipada de la prueba documental de audición de cintas, lo que habrían de evacuar en un plazo de cinco días», por Auto de dicho Tribunal de 20 de diciembre de 1993 se declaró nula la prueba de grabación y, por derivación, se rechazó la práctica de cualquier otra prueba que trajera causa directa o indirecta de tal probanza, declarada nula e ilícita.

A la solicitud de la Sala, manifestó el Fiscal por escrito con data de 13 de octubre de 1993 que la audición de las cintas debiera realizarse en el mismo acto del juicio y, además, a presencia de los funcionarios que las grabaron y de los peritos propuestos, ya que no existía motivo alguno para practicar tal prueba antes de la vista.

La defensa, sin pronunciarse sobre tal cuestión, que el Tribunal había planteado a todas las partes, manifestó en su escrito de 15 de octubre del citado año de 1993 que no debieran ser objeto de audición previa, dadas las circunstancias concurrentes en las mencionadas cintas y la posibilidad de que se cuestionase su valor como prueba en el procedimiento. A más de dicho escrito, en el momento de la vista planteó la defensa del acusado, y utilizando el trámite preliminar del artículo 793.2 de la Ley Procesal Penal, la nulidad de las grabaciones por vulneración del derecho fundamental reconocido en el artículo 18.3 de la Constitución Española. La Sala *a quo*, como

ya ha quedado recogido, resolvió tal cuestión por Auto de 20 de diciembre.

Tal resolución fue impugnada en súplica por ambas acusaciones, pero tales recursos fueron desestimados por Auto de 7 de enero de 1994.

Reanudadas las sesiones del plenario, suspendidas por el Tribunal tras el planteamiento de dicha cuestión por la defensa del acusado, la Asociación de Víctimas del Terrorismo formuló la oportuna reclamación y protesta, mediante escrito de 13 de enero siguiente, dictándose proveído en el siguiente día, teniéndose por formulada la protesta a efectos del recurso de casación.

El Ministerio Fiscal dirigió en el acto del juicio oral sus preguntas a testigos y peritos con la finalidad de acreditar la veracidad de los hechos en que se apoyaba su acusación, pero el Tribunal declaró impertinentes las preguntas formuladas.

Ambas partes recurrentes parten de la supuesta legalidad de las intervenciones practicadas en el establecimiento penitenciario. Este tema de la corrección constitucional o no de las referidas intervenciones decretadas por la autoridad del centro penitenciario constituye la cuestión fundamental, el *thema decidendi* de esta resolución.

No cabe duda de que el Auto de la Audiencia Nacional de 20 de diciembre de 1993 fue extemporáneo, pues el planteamiento formal de cuestión que decidió negativamente tal resolución tuvo lugar en el pórtico del juicio oral de un procedimiento abreviado y al amparo del artículo 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que exige dar una respuesta *in actu* y no prescribe que sea desarrollada tardíamente en una resolución motivada y extensa.

Parte dicha resolución, ahora cuestionada por los recursos de casación, de la vulneración del principio fundamental relativo al secreto de las comunicaciones de un letrado con un preso en un centro penitenciario.

La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, recoge en su artículo 51.5 que «las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo (familiares, amigos, representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, profesionales en lo relacionado con su actividad, asistentes sociales y sacerdotes o ministros de su religión) podrán ser sus-

pendidas o intervenidas motivadamente por el director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente». En el número 2 de dicho precepto se incluyen las comunicaciones de los internos con su abogado defensor (o con el abogado expresamente llamado en relación con los asuntos penales y con los procuradores que les representen) y se permite que sean suspendidas o intervenidas por «orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo».

El Auto de la Sala de instancia de 20 de diciembre de 1993 parte en su fundamento jurídico tercero de la condición de letrado defensor de Ignacio de Juana Chaos y Joseba Artola Ibarretxe en José Miguel Gorostiza Vicente, añadiendo que «no puede presentar dudas, tanto porque así aparece reconocida, no sólo por las autoridades penitenciarias que ordenaron la intervención de su comunicación, sino por los propios datos de hecho, tales como hora, lugar y duración de la entrevista (desde las 18,05 a las 21,30 horas), que así lo confirman».

Esta Sala de casación, haciendo uso de la facultad de examinar las actuaciones, que le confiere el artículo 899.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha podido comprobar: 1.º Que el propio oficial del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya que aportó el acusado en el centro penitenciario y, que llevaba data de 4 de enero de 1992, era para entrevistarse con los siguientes internos: Juan Lorenzo Lasa Michelena, Isidro Geralde Benialauneta, Henri Parot, Juan María Tapia Irujo y Juan Carlos Arruti Azpitarte (folios 435 y 439 v.º). 2.º Que no interesó entrevistarse con el también preso, Ignacio de Juana Chaos, y comunicó exclusivamente con los internos a que se ha hecho referencia —folio 429—. 3.º Que, por el contrario, la que solicitó comunicación con Iñaki de Juana Chaos y asimismo con Esteban Esteban Nieto, Antonio Cabello Pérez, Joseba Artola Ibarretxe y Santi Díaz Uriarte fue la abogada Aránzazu Zulueta —folios 436 y 436 v.º—. 4.º Que Gorostiza se entrevistó en una de las cabinas del locutorio con el interno Juan Lorenzo Lasa Michelena, mientras que la abogada Aránzazu Zulueta lo hacía en otra de las cabinas del mismo locutorio con otros internos. 5.º) Como recoge el propio relato histórico de hechos probados, «en un momento no precisado se reunieron en el lado del locutorio correspondiente a internos, los que lo eran: De Juana Chaos, Artola Ibarreche y Esteban Nieto, permaneciendo Gorostiza Vicente en el lugar a él correspondiente en la misma cabina, acompañado de la letrada». 6.º) «Tras un rato de conversación conjunta,

la letrada y Esteban Nieto se trasladaron a otra cabina, permaneciendo en la anterior, y en sus respectivos lados, Gorostiza Vicente, De Juana Chaos y Artola Ibarreche, sosteniendo todos una conversación que fue intervenida y grabada por el director accidental del centro y que se prolongó durante una hora y media.

Con tales datos puede concluirse que el acusado, ni era el abogado defensor del interno De Juana Chaos, ni había sido llamado expresamente por él. Resulta así argumento total de inanidad el recogido en el citado auto, como que acompañara a la letrada Zuluetta para la visita del mencionado preso, como si por formar parte del séquito le transmutara en abogado del visitado.

Queda así patentizado que la peculiaridad de estas comunicaciones penitenciarias radica no sólo en la condición de abogado en ejercicio del visitante, sino en serlo del interno relacionado o en haber sido llamado especialmente por tal preso o penado.

La consecuencia de ello es que la comunicación mantenida y que aparece intervenida por acuerdo del director del centro penitenciario no puede incardinarse en el artículo 51.2 de la mencionada Ley Orgánica 1/1979 y en el artículo 101 del Reglamento (Real Decreto 120/1981, de 8 de mayo) y sí en el artículo 51.1 de la Ley y 90 del citado Reglamento, donde se permite al director del establecimiento su intervención.

A cuanto aquí se expresa no se opone la doctrina del Tribunal Constitucional, pues la reciente sentencia 183/1994, de 20 de junio, en recurso de amparo 587/92 («BOE» número 177), se refiere al artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y que recoge, precisamente, que no deben confundirse las dos clases de comunicaciones que son de distinta naturaleza y vienen, por ello, a suponer regímenes legales claramente diferenciados. Dice así el principal intérprete de nuestro texto fundamental: «Es evidente, en efecto, que el artículo 51 de la LOGP distingue entre las comunicaciones que podemos calificar de generales, entre el interno y determinada clase de personas —art. 51.1— y las comunicaciones específicas que aquél tenga con su abogado defensor o con el abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales —art. 51.2—; la primera clase de comunicación viene sometida al régimen general del artículo 51.5, que autoriza al director del centro a suspenderlas o intervenirlas “por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento”, según precisa el artículo 51.1, mientras que las segundas son sometidas al régimen es-

pecial del artículo 51.2, cuya justificación es necesario encontrar en las exigencias y necesidades de la instrucción penal, a las cuales es totalmente ajena la Administración penitenciaria, que no tiene posibilidad alguna de ponderar circunstancias procesales que se producen al margen del ámbito penitenciario».

La razón resulta clara y es explicitada por el propio Tribunal Constitucional: la intervención de una conversación de un interno y su abogado defensor (o el abogado llamado por aquél) realizada por autoridad administrativa «es totalmente incompatible con el más intenso grado de protección que la norma legal confiere al derecho de defensa en los procesos penales». Por eso, la legislación penitenciaria exige no como alternativas, sino como acumulativas para tal restricción el «supuesto de terrorismo» y «la orden de la autoridad judicial». Pero ello no se exige en los supuestos normales a que se refiere el primer apartado del artículo 51, tantas veces citado, donde se atribuye al director del centro penitenciario la adopción de tal medida restrictiva de uno de los derechos de la persona consagrado en el artículo 18.3 de la Constitución Española. Aquí, la Ley Orgánica citada, normativa postconstitucional, permite su intervención motivadamente por el director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente —art. 51.1—, y ello cuando venga impuesto «por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento» (art. 51.1, 2.º).

El artículo 91.1 del Reglamento expresa que se dará cuenta al juez de vigilancia, pero entiende esta Sala que una norma de inferior categoría no puede modificar una norma de rango superior, y que la dación de cuenta dependerá de los supuestos normales, que será al juez de vigilancia penitenciaria, de aquéllos que descubren un delito, en que la cuenta se dará al juez de instrucción competente.

SEGUNDO.—Si bien el artículo 18.3 garantiza el secreto de las comunicaciones, salvo resolución judicial, tal precepto debe conjugarse con lo dispuesto en el artículo 25.2, que después de recoger para el condenado a pena de prisión el goce de todos los derechos fundamentales del Capítulo, exceptúa los limitados por el fallo condenatorio, el sentido de la pena y la propia Ley penitenciaria.

La citada Ley penitenciaria atiende, en primer lugar, a razones de seguridad para decretar tales medidas restrictivas de la libertad de las comunicaciones, pero añade también el interés del tratamiento y el buen orden del establecimiento.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha estimado la violación del artículo 8.1 del Convenio cuando la injerencia resulta necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la defensa del orden y las prevenciones penales —Sentencia de 6 de septiembre de 1978, caso Klass y otros— o sea, cuando está prevista por la ley y es justificable como necesaria en una sociedad democrática —Sentencia de 25 de marzo de 1983, caso Silver y otros.

La Sala de instancia, en la censurada resolución, plantea la cuestión de la restricción de los derechos de la persona en libertad en su comunicación con la que se halle presa y tiene que reconocer, con cita del caso Schonenberg y Durmaz, Sentencia de 20 de febrero de 1988, que pueden resultar justificadas unas injerencias de mayor intensidad.

El planteamiento de tal tema no supone la limitación de los derechos del sujeto en libertad, sino de éste en un ámbito de peculiares características como es el mundo penitenciario y en la relación intersubjetiva con persona en situación de detenida, presa o condenada.

Hay que destacar, por último, la obligación que pesa sobre el propio Gobierno y en concreto sobre la Administración penitenciaria de velar por la seguridad de los internos y sobre los propios funcionarios, y por ello, y en presencia del fenómeno terrorista, la proporcionalidad de la medida resulta evidente.

Finalmente, queda por examinar lo referente a la decisión de cuenta a la autoridad judicial, que si bien realizada tardíamente —la Ley no impone plazo alguno— y no por el propio director originador de la restricción de la libertad de comunicaciones, sino por la Subsecretaría del Ministerio, diecisiete días después y a los efectos de participación de la comisión de un presunto delito, no puede determinar una nulidad de una decisión autorizada por una Ley Orgánica, dentro del ámbito competencial con ponderación y proporcionalidad y participación a la autoridad judicial aunque sea tardíamente.

El motivo debe ser estimado.

TERCERO.—El segundo motivo de ambos recursos se acoge al número 3.º del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 702 del mismo cuerpo legal, por la negativa del presidente del Tribunal a que los testigos contestaran a las preguntas que les formularon las partes acusadoras, oficial y popular. El motivo tiene que ser estimado, porque la Sala de instancia

parte de la nulidad de las grabaciones y dejó el interrogatorio a los testigos reducido a puras cuestiones circunstanciales e irrelevantes, habida cuenta de la licitud y validez de las grabaciones realizadas.

Las preguntas del Ministerio Fiscal dirigidas al director del centro penitenciario pretendían aclarar extremos tan importantes como si la grabación de la conversación fue íntegra o parcial, si se envió copia al Juzgado, y si se remitió también la cinta original, si esa misma tarde se grabó la conversación del acusado y de Juana Chaos o si, por el contrario, se grabaron otras conversaciones.

Asimismo, las preguntas destinadas a averiguar quién es el «Tirillas» y quién Don Manuel Avilés, y si corresponde su identidad con directores de centros penitenciarios, no cabe duda que presentan virtualidad en una causa por delito de colaboración con banda armada.

También las preguntas dirigidas a los funcionarios números 15908929 y 31328846 pretendían saber la traducción del vascuence al castellano entre el inculpado y De Juana y el tiempo de realización de este trabajo.

Otro tanto ocurre con las preguntas dirigidas por las acusaciones a Ignacio de Juana Chaos y José Artola Ibarreche, denegadas por la Presidencia de la Sala de instancia, y ello con independencia de la negativa de éstos a declarar. Ha existido una clara y patente denegación de prueba sin causa justificada para ello. Las preguntas eran pertinentes y tenían verdadera importancia para el resultado del juicio, por lo que procede estimar el motivo y anular la sentencia dictada por la Sección de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en la forma que más adelante se dirá.

CUARTO.—Por la misma razón y por la vía del número 4 del artículo 850 de la Ley Procesal Penal, debe estimarse el motivo tercero de ambas acusaciones con relación a las preguntas dirigidas al acusado y con independencia del derecho que asiste a éste a contestar o no, porque tal derecho no puede cuestionar la pregunta o preguntas en sí, que si son pertinentes y presentaban importancia para el resultado de la causa debieron ser admitidas, y al no hacerlo así el Tribunal de instancia conculcó el derecho reconocido a las partes acusadoras. El motivo debe ser estimado.

QUINTO.—Igual suerte estimatoria ha de correr el motivo cuarto del Ministerio Fiscal referido a la denegación de la prueba pericial.

Los técnicos habían realizado un extenso dictamen en la etapa instructora de la causa con referencia a las cintas grabadas y preguntas dirigidas al comandante y al teniente de la Guardia Civil respecto a la grabación y otros extremos relacionados con ella deben reputarse pertinentes y su denegación arbitraria.

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1995.

Apertura de PAQUETE POSTAL. En la sentencia se analizan los requisitos que deben presidir la apertura de los paquetes postales a fin de salvaguardar el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia. Una interpretación amplia del término «correspondencia» permite asignar a los paquetes postales las mismas garantías constitucionales.

PRIMERO.— El primer motivo del recurso interpuesto por el acusado Luis Viforcos Marinas lo es al amparo del artículo 849, 1, c), en relación con el artículo 5.4 de la LOPJ, señalando como infringido el artículo 18.3 de la CE, en cuanto garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. Asimismo existe vulneración del artículo 8 del Convenio de Roma y el 17.1 del Pacto Internacional de Nueva York. También se señalan como infringidos el artículo 11 de la LOPJ y los artículos 579 a 588 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En definitiva, y a reserva de una más extensa exposición, se denuncia en el motivo haberse procedido por Guardias Civiles pertenecientes a GIFA, de la unidad especial del Aeropuerto de Madrid-Barajas a la apertura y reconocimiento en presencia del Jefe de Área de Aduanas y funcionarios de Correos, de un paquete postal procedente de Colombia y con destino a Madrid, sin dar cuenta a la Autoridad Judicial y, por lo mismo, sin autorización alguna de ella y sin darse debido cumplimiento a los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal alusivos a la apertura de correspondencia.

En el intento de sentar unas normas suficientemente orientadoras sobre la cuestión suscitada, habremos de partir, como faros orientadores, de principios recogidos en nuestra Carta Magna e igualmente aceptados en Convenios de rango internacional. En el artículo 18.3 de la CE se garantiza el secreto de las comunicaciones postales, salvo resolución judicial. Toda persona tiene derecho al respeto de su correspondencia, según reza el artículo 8.1 de la Con-

vención de Roma de salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950. Igualmente en el artículo 17 del Pacto de Nueva York de 16 de diciembre de 1966 se consigna que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su correspondencia. Pronunciamientos de carácter general que no ciñen su inspiración garantista a la estricta correspondencia epistolar, en tanto su cierre o precintado puedan hacer pensar en la posible existencia de un contenido personal o intimista, incluso portador de un privativo o singular mensaje, en cualquier caso sustraído a su eventual vertencia a terceros. No anda lejos de ello el Reglamento de Servicios de Correos aprobado por Decreto de 14 de mayo de 1964, cuando proclama que la Administración de Correos garantiza la libertad, el secreto y la inviolabilidad de la correspondencia, base de la función pública que le está encomendada, como derecho fundamental de las personas. Afecta a la inviolabilidad de la correspondencia su detención arbitraria o contra derecho, su intencionado curso anormal, su apertura, sustracción, destrucción, retención u ocultación, y, en general, cualquiera de los actos de infidelidad en su custodia (arts. 26 y 28). Un núcleo de resoluciones de esta Sala dictadas a partir de 1993 ha sido constante en sostener, con apoyo en la normativa constitucional e internacional antedicha, que la naturaleza de derecho fundamental del secreto de las comunicaciones postales ha de propiciar una interpretación amplia en cuanto al sentido a asignar a la «correspondencia», extendiendo a los paquetes postales las garantías constitucionales referidas al secreto e inviolabilidad de aquélla.

SEGUNDO.—Como pronunciamientos más relevantes de la doctrina legal pueden enumerarse:

1C) La correspondencia postal a la que alude la Constitución y la Ley Procesal, se refiere a todos aquellos envíos que puedan facturarse utilizando la vía del servicio postal de correos y por extensión de entidades privadas que ofrezcan análogos servicios, añadiéndose que bajo la protección del derecho a la intimidad se encuentran no solamente las cartas o correspondencia postal, ya que a su través se pueden enviar mensajes o efectos personales de carácter confidencial que estén asimismo bajo la salvaguarda del derecho fundamental. Pudiéndose incluir en un paquete postal objetos que excediendo del volumen de lo que es una carta o misiva tengan una connotación personalísima o íntima que no puede ser investigada si no es con la previa autorización judicial (Sentencias de 25 de junio de 1993 y 23 de diciembre de 1994).

(2C) En los artículos 30 y 31 del Reglamento de Servicios de Correos se pone de manifiesto que la interceptación o detención de la correspondencia se pone en manos de la autoridad judicial que entienda en asuntos criminales, y si bien a los funcionarios de Aduanas que tengan intervención en Correos se les reconocen ciertas facultades de intervención, ello será sin formalidades especiales sobre los objetos abiertos y sobre cuantos ostenten etiqueta verde. En cambio la intervención de los objetos cerrados y no provistos de etiqueta verde no podrá en ningún caso practicarse más que en presencia de los destinatarios; aun mediando Auto del Juzgado la diligencia de apertura es nula por no haber sido citado el interesado para que pudiera presenciar la operación (art. 584 de la LECr.), afectando ello a aspectos básicos de la comunicación privada, conculcando toda una previsión normativa, entroncada, en definitiva, con el artículo 18.3 de la CE (cfr. Sentencias de 22 de febrero de 1994 y 8 de julio de 1994).

(3C) Los artículos 581 a 588 de la LECr. establecen los requisitos que han de regir cuando de registrar la correspondencia se trata, a tener en cuenta ostensiblemente dada la naturaleza que como fundamental corresponde al derecho sobre el secreto de las comunicaciones postales establecido en el artículo 18.3 de la Constitución, artículo 8 del Convenio de Roma y 17.1 del Pacto Internacional de Nueva York; la legitimidad de la actuación judicial invadiendo este aspecto parcial de la intimidad que la correspondencia representa, ha de ir precedida por un formalismo procedimental ahora evidentemente trascendental en lo que se refiere a los trámites esenciales del mismo, a) auto motivado acordando la detención y registro de la correspondencia concreta de que se trata equivalente en otro orden al mandamiento de entrada y registro domiciliario, b) inmediata remisión de la correspondencia al Juez Instructor de la causa, y c) apertura por el Juez y a presencia del interesado o de la persona que designe, salvo que no hiciere uso de este derecho o estuviese en rebeldía, en cuyos dos supuestos la diligencia judicial llevaríase a cabo a pesar de tales ausencias. Igualmente ha de ir precedida de una auténtica necesidad, de la mano de la proporcionalidad, antes de adoptar medida de tanta importancia por lo que significa de limitación de un derecho fundamental (Sentencia de 23 de febrero de 1994).

(4C) Solamente la Autoridad Judicial, mediante resolución motivada, está autorizada para acordar la detención, apertura y examen

de la correspondencia si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancias importantes de la causa (arts. 579 y 583 de la LECr.). Aun contando con la autorización judicial para la apertura del paquete, ni el registro y examen fue practicado por el Juez, ni fue citado el destinatario para dicho acto, lo que conduce a estimar que la diligencia fue nula de acuerdo con los artículos 238.3, C), y 240.1, C), de la LECr., nulidad de pleno derecho en cuanto se ha prescindido de normas esenciales del procedimiento establecidas en la Ley para la debida observancia de los principios de audiencia y defensa. La ley debe ser referida a todos los envíos postales cerrados sin limitación a la simple correspondencia escrita; y si bien es cierto que la presencia del interesado en el acto de apertura y examen puede frustrar la finalidad de la investigación, también es posible, cuando existen sospechas de contenido fraudulento, no interrumpir el curso postal y a través de un bien organizado sistema de vigilancia del destinatario en el momento de su recogida en la Oficina de Correos o de entrega en su domicilio conseguir los mismos fines, como son muestra y ejemplo muchos casos sometidos a la jurisdicción de esta Sala (Sentencia de 8 de julio de 1994).

5C) El secreto de la correspondencia tiene su reflejo, desde el punto de vista administrativo, en el vigente Reglamento de Servicios de Correos aprobado por Decreto de 14 de mayo de 1964, a través del cual se garantiza la libertad, el secreto y la inviolabilidad. Se trata de proscribir y evitar su apertura ilegal, substracción, destrucción, retención, ocultación o cualquier otra infidelidad en su custodia. La interceptación se pone en manos de la autoridad judicial, aunque los funcionarios de Aduanas destinados en Correos tengan reconocidas algunas facultades específicas cuando se sospeche de envíos con un contenido fraudulento, si bien nunca podrán afectar al secreto o a la inviolabilidad antes dicha. Es cierto sin embargo que, según tal Decreto, el reconocimiento de los envíos postales puede efectuarse de oficio, y sin formalidades especiales, sobre objetos abiertos y sobre cuantos ostenten etiqueta verde. La intervención de los objetos cerrados y de los no provistos de tarjeta verde, en ningún caso se practicará más que en presencia del interesado, bien entendido no obstante que la normativa administrativa nunca podrá afectar a los requisitos y prevenciones establecidos en la Constitución, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal o en los Pactos Internacionales. En ningún supuesto de los antes dichos y bajo ningún pretexto. El derecho fundamental al secreto de las comuni-

caciones postales, de conformidad con lo establecido en el artículo 18.3 de la Constitución, obliga a la mayor escrupulosidad a la hora de intervenir cualquier clase de correspondencia entendida ésta desde el punto de vista gramatical en su más amplio significado. La correspondencia postal de la Ley Procesal y la Constitución ha de entenderse referida a todos aquellos envíos que puedan hacerse a través del servicio postal de correos y, por extensión, a través de las entidades privadas que ofrezcan análogos servicios, siendo así que también por medio de los paquetes postales pueden enviarse objetos, de mayor volumen que la simple carta, de carácter íntimo y personal igualmente necesitados de la protección constitucional (Sentencia de 19 de noviembre de 1994).

6C) Se precisa la «proporcionalidad» entre la medida, con la consecuencia propia de afección del derecho fundamental al «secreto» e «intimidad», y la gravedad y trascendencia de la presunta infracción delictiva, lo que únicamente puede llevar a cabo la «autoridad judicial» por medio de la pertinente «resolución motivada». La prueba de «apertura del paquete» referido, adolece de falta de toda garantía y como «prohibida» e ilícitamente obtenida, contrariando el derecho fundamental de inviolabilidad del «secreto» de las comunicaciones «postales», ínsito el de la «intimidad», según el artículo 11.1 de la LOPJ, ha de reputarse nula, con carencia de todo efecto probatorio, extensible a las posteriormente practicadas y que traen causa de la misma y que por ella quedan contaminadas, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (arts. 24.2 y 14 de la CE), lo que atrae la infracción del principio presuntivo de «inocencia», que no puede quebrar ante pruebas practicadas sin las debidas garantías constitucionales (Sentencia de 23 de diciembre de 1994).

SEGUNDO.—De las resoluciones judiciales que anteceden ha de deducirse que si bien perduran en su vigencia determinadas disposiciones administrativas, tales como el Reglamento del Servicio de Correos y Ordenanzas de Aduanas, la interpretación de sus normas atinentes a la libertad, secreto e inviolabilidad de la correspondencia y a las facultades de control y vigilancia reconocidas a los funcionarios de aquellos servicios, ha de atemperarse actualmente a las disposiciones de más alto rango a que la Constitución da albergue en garantía de derechos fundamentales, así como a los principios y postulados incorporados a Convenios de rango internacional a los que España mostró su adhesión. La correspondencia postal a

que la Constitución y la Ley Procesal Penal alude ha de ser entendida en sentido amplio y en su más amplio significado. Bajo la protección del derecho a la intimidad se encuentran no sólo las cartas —correspondencia epistolar—, sino todo género de correspondencia postal, entre ella los paquetes postales cerrados, al poder ser portadores de mensajes personales de índole confidencial no necesariamente de configuración escrita, sede de un contenido cualquiera de carácter íntimo o singular, incluso rayano en el secreto que presida unas relaciones interpersonales, aun de índole negocial o empresarial.

La interceptación o detención de la correspondencia queda bajo la salvaguarda de la autoridad judicial, quien adoptará la decisión que corresponda en resolución motivada, atenta a las exigencias derivadas de una investigación por sospechas de actuación criminal, es decir, en correlación con insoslayables principios de «necesidad» y de «proporcionalidad». Las facultades puestas en manos de los funcionarios de Aduanas adscritos a Correos, no afectarán al secreto e inviolabilidad de la correspondencia, y habrán de realizarse, cuando de apertura de envíos se trate, en presencia de destinatarios o interesados. La normativa referente a la intervención de los objetos cerrados nunca podrá afectar a los requisitos y prevenciones establecidos en la Constitución, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal o en los Pactos Internacionales. De ahí la insoslayable aplicación de los artículos 579 a 588 de la LECr., protagonismo de la Autoridad Judicial traducido básicamente en el dictado de auto motivado, remisión inmediata de la correspondencia al Juez, y apertura de la correspondencia por el Juez en presencia del interesado, salvo que se hallase en rebeldía o no hiciere uso de ese derecho. El reconocimiento de los envíos postales puede efectuarse de oficio, y sin formalidades especiales, sobre objetos abiertos y sobre cuantos ostenten etiqueta verde.

La diligencia de apertura de la correspondencia desprovista de las garantías que la legitiman, deviene nula; la prescripción de los artículos 238.3 y 240.1 de la LOPJ así lo abona, confirmando la nulidad de pleno derecho del acto cuando se prescinde total y absolutamente de normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión. Nos hallamos ante una prueba ilícitamente obtenida violentando derechos fundamentales, carente, por tanto, de efectos (art. 11.1 de la LOPJ), consecuencia extensible a las pruebas posteriormente prac-

ticadas que traen causa de la misma y que, por tanto, quedan contaminadas ante la colisión que otra solución supondría con el derecho a un proceso con todas las garantías y al de igualdad de las partes (arts. 24.2 y 14 de la CE). Si la prueba es nula bien puede concluirse que el principio de presunción de inocencia no ha sido enervado, aquél no puede quebrar ante pruebas practicadas sin las debidas garantías.

RESUMEN DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

ROGELIO GÓMEZ GUILLAMÓN
Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

SENTENCIA de 1 de diciembre de 1994. Ponente: Conde M. de Hijan. Recurso de casación. Materia de personal. Derechos fundamentales. Artículo 9.1 de la Ley 62/78 y 93.1, a), de la LJCA.

PRIMERO.—La caracterización del objeto del proceso como cuestión de personal no se discute ni por el Abogado del Estado ni por el Ministerio Fiscal que, pese a ello, y con invocación de la reciente Sentencia 188/1994 del Tribunal Constitucional, entienden que procede la apelación, al estar en juego el principio constitucional de igualdad. Sobre el significado de la referida sentencia del Tribunal Constitucional, en cuanto base para un posible cambio de criterio de la jurisprudencia de la Sala sobre la aplicación en el proceso especial de la Ley 62/1978 de las normas generales de la Ley Jurisdiccional, y en concreto de su artículo 93.1, a), relativo a las cuestiones de personal, por exigencias de la expresión «en su caso» del artículo 9.1 de la Ley 62/78, y consecuente cierre de la apelación en el proceso especial de esta ley, cuando versa sobre cuestiones de personal, nos acabamos de pronunciar en Sentencia de 11 de octubre de 1994, dictada en el recurso 2529/92, en la que, ratificando nuestra jurisprudencia, justificamos tal postura sobre la base de que frente a la aludida y única sentencia del Tribunal Constitucional existe una doctrina anterior del mismo, contenida en múltiples resoluciones, entre las que citábamos los Autos 103/82, 344/88, 779/88 y 163/89, y que no podía atribuirse a la Sentencia 188/1994 una intención rectificatoria de la doctrina constitucional anterior, al proceder de una Sala, la Primera, y no del Pleno, como exige el artículo 13 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, para el

caso de que formalmente se quiera rectificar por este su jurisprudencia anterior, por lo que, ante la existencia de una dualidad de criterios jurisprudenciales de dicho Tribunal, optábamos por la doctrina más reiterada, y no por la que se apartaba de ella, razonando además sobre el significado de «*obiter dicta*», más que de auténtica *ratio decidendi*, de los contenidos de la nueva sentencia del Tribunal Constitucional.

Procede así reiterar lo expresado en nuestra Sentencia de 11 de octubre pasado citada, y, ateniéndonos a nuestra consolidada doctrina, declarar indebidamente admitido el presente recurso de apelación, por versar el proceso sobre una cuestión de personal, toda vez que la reclamación de la vivienda militar objeto del mismo forma parte del contenido de la relación funcionarial del recurrente.

COMENTARIO: Esta sentencia, cuya doctrina encontramos reiterada en el posterior Auto de 2 de marzo de 1995 (mismo ponente), persiste en la línea marcada por la Sentencia de 11 de octubre de 1994 (igual ponente), que mantuvo que los asuntos tramitados conforme a la Ley 62/78, de Protección de los Derechos Fundamentales, están excluidos de la casación en los mismos casos contemplados en la LJCA, esto es, los que versan sobre materia de personal y los de cuantía que no exceda de seis millones de pesetas. Es la doctrina que desde un primer momento adoptó la jurisprudencia con apoyo en la expresión «en su caso» utilizada por el artículo 9.1 de la Ley 62/78, que obligaba, según se entendió, a remitirse a las reglas generales contenidas en el artículo 93 de la LJCA y que hizo suya el Tribunal Constitucional. La Sentencia 188/94, de 20 de junio (vio el comentario a la misma en el número 1 de esta Revista) sin embargo, se apartó de este criterio afirmando que «cuando lo planteado en el proceso sea manifiestamente un problema relacionado directamente con la tutela de los derechos fundamentales es necesario permitir la segunda instancia y darle ocasión al Tribunal Supremo a fin de que pueda restablecer el derecho fundamental violado». Según se dijo, la expresión «en su caso» no puede interpretarse siempre como un referente obligado al contencioso ordinario. La Sentencia de 11 de octubre de 1994 razonó con amplitud que este nuevo entendimiento, disconforme con el sostenido previamente, sin que evidenciará un verdadero propósito rectificadorio al no evocarse el asunto al Pleno del TC como exige el artículo 13 de la LOTC, no obligaba a los tribunales ordinarios (cfr. art. 5.1 de la LOPJ).

El Auto de 2 de marzo de 1995, antes mencionado, añade: «a mayor abundamiento, conviene significar que con posterioridad a la Sentencia 188/94 de la Sala 1.^a, la 2.^a del TC ha dictado la Sentencia 243/94, de 17 de octubre (“BOE” de 22 de noviembre) en la que se viene a continuar la doctrina tradicional acerca de la inadmisibilidad del recurso de apelación en cuestiones de personal, pese a que se canalicen por el cauce especial de la Ley G2/78.» Efectivamente, en su FJ 2 puede leerse, a la hora de rechazar la tacha de inadmisibilidad opuesta (falta de agotamiento) que «a tenor de lo dispuesto en el artículo 94.1 de la LJCA el recurso de apelación queda excluido para aquellas sentencias que se refieren a cuestiones de personal...». Naturalmente, lo dicho para el anterior recurso de apelación (arts. 94.1 de la primitiva redacción de la ley), vale para el presente recurso de casación (art. 93.1 del texto vigente). En resumen, los asuntos sobre derechos fundamentales que se tramiten con arreglo a la Ley 62/78 están sometidos, en cuanto a casación, a las reglas comunes del procedimiento contencioso-administrativo ordinario.

SENTENCIA de 6 de marzo de 1995. Ponente: D. Trillo Torres. Competencia territorial. Acto procedente de órgano de competencia no nacional. Artículos 10.1, a), y 11.1.^a de la LJCA.

La cuestión de competencia negativa suscitada entre las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de la Región de Murcia, y la del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, hemos de resolverla declarando la competencia de esta última para el conocimiento del recurso, pues no obstante estar domiciliado el recurrente en la Región de Murcia, y haber interpuesto el recurso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de dicha Región, no rige aquí el fuero alternativo previsto en la regla 2.^a del artículo 11 de la LJCA (el del lugar del acto o el del domicilio del recurrente, a la elección de este), sino que hemos de estar a la regla 1.^a del susodicho artículo, en la que se establece que en los supuestos de los apartados a) y c) del artículo 10 será competente aquella Sala en cuya circunscripción se hubiera realizado el acto originariamente impugnado.

No es aplicable la regla 2.^a del artículo 11, porque ella está prevista para el supuesto contemplado en el artículo 10.1, b), que requiere la concurrencia de un doble presupuesto: a) que el acto im-

pugnado emane de un órgano que extienda su competencia a todo el territorio nacional y cuyo nivel orgánico sea inferior a Ministro; b) que la materia verse sobre cuestiones de personal, propiedades especiales o expropiación forzosa. Y en el presente caso se da la concurrencia del segundo presupuesto (materia de personal), pero no del primero, pues el acto impugnado emana del Director Provincial de Educación y Ciencia, de Zamora, que es órgano cuya competencia no se extiende a todo el territorio nacional.

Estamos por tanto ante el supuesto del artículo 10.1, a), de la LJCA, al tratarse de un acto que aunque versa sobre materia de personal, (listas de admitidos y puntuación obtenida para la cobertura de interinos en la asignatura de Prótesis Dental), emana de un órgano que no extiende su competencia a todo el territorio nacional (la Dirección Provincial del Ministerio de Educación y Ciencia, en Zamora), a cuyo supuesto es aplicable la regla 1.^a del artículo 11.

AUTO de 15 de marzo de 1995. Ponente: Trillo Torres. Suspensión de la resolución entre actos y disposiciones. Ley 62/78. Artículo 7.4.

Es conveniente traer a colación la doctrina que hemos mantenido en alguna ocasión, señalando que aun cuando desde la Sentencia de 14 de agosto de 1979 venimos considerando que la garantía contencioso administrativa de los derechos fundamentales se refiere no solamente a los actos, como dice literalmente el artículo 6.^º, sino también a las disposiciones de categoría inferior a la ley, sin embargo esto no debe hacernos olvidar que el mencionado artículo 7.4 alude también solamente a los actos, lo que nos obliga a considerarlo aplicable sólo matizadamente, cuando lo que se pone en entredicho es una disposición general que, como en este caso, contiene una ordenación de amplio alcance subjetivo. En estos casos, acontece con frecuencia que es difícil deslindar la entidad del perjuicio que pueda seguirse al interés general o al de los administrados recurrentes, según la decisión que se adopte respecto a la pretensión de que la norma administrativa se suspenda cautelarmente en su ejecución, mientras dura el proceso judicial. Por eso entendemos que, en principio, salvo evidencia de que puedan producirse atentados irreversibles e irreparables a algún derecho fundamental, lo normal será entender que constituye un grave perjuicio al interés general que se deje temporalmente sin efecto la disposición impugnada.

**SENTENCIA de 6 de marzo de 1995. Ponente: Trillo Torres.
Plazo para recurrir. Supuesto en que reglamentariamente se establece para resolver. Ley 62/78. Artículo 8.1. Real Decreto 86/87, de 16 de enero.**

El artículo 8.º de la Ley 62/78 establece que, en caso de silencio administrativo, el plazo para interponer el recurso se computará una vez transcurridos veinte días desde la solicitud del interesado ante la Administración, sin necesidad de denunciar la mora. Pero a este precepto no puede dársele el sentido de que en todo caso la actuación administrativa respecto a la que se acuse alguna incidencia sobre los derechos fundamentales deba considerarse consumada y susceptible de ser enjuiciada en dicho plazo, por la vía presuntiva del silencio administrativo, porque esto supondría negar la precisa existencia de unos procedimientos administrativos que son establecidos por el ordenamiento, en la finalidad de aportar los elementos de conocimiento precisos para asegurar el acierto, objetividad y legalidad de la decisión, que en ocasiones sería imposible constreñir el breve plazo que establece el mencionado artículo octavo.

En este caso es necesario traer a colación el procedimiento para la homologación de títulos académicos extranjeros de educación superior, regulado en el Real Decreto 86/87, de 16 de enero, que establece en su artículo noveno que en el supuesto de que la resolución de concesión o denegación de homologación se adopte de acuerdo con los tratados o convenios internacionales, el Ministerio de Educación y Ciencia tendrá la facultad de pedir informe a la Comisión Académica del Consejo de Universidades, que deberá emitirlo en el plazo de tres meses, en cuyo caso —según el artículo décimo del propio texto reglamentario— recibido el informe por el Ministerio de Educación y Ciencia, resolverá sobre la homologación solicitada en el plazo máximo de tres meses, que es también el de resolver cuando no se haya optado por pedir informe de la Comisión, si bien en este caso comenzará a contarse a partir de la recepción correcta y completa de la solicitud.

Según informa el Ministerio de Educación y Ciencia, respecto a la solicitud del demandante se optó por acudir al dictamen de la Comisión, al darse la circunstancia de que para obtener el título en la República Dominicana le fueron convalidadas veintidós materias por los estudios del Curso de Orientación Universitaria realizado en España. Nos encontramos, por tanto, ante una situación en la que al socaire de la norma procesal del artículo octavo de la Ley 62/78, se

trata de dar por decidido por la Administración una solicitud de tramitación compleja y razonablemente no susceptible de decisión en tan corto plazo, en absoluto compaginable con el reglamentariamente previsto, por lo que sin perjuicio de la admisibilidad del recurso contencioso-administrativo, sin embargo procede su desestimación, al no poderse atribuir a la Administración en el tiempo en que fue interpuesto que hubiese denegado —siquiera en forma presuntiva— la homologación solicitada.

(De idéntica redacción, Sentencia de 17 de octubre de 1994. Mismo ponente.)

SENTENCIA de 17 de febrero de 1995. Ponente: Murillo M. de los Santos. Extranjero. Expulsión. Abandono no voluntario del territorio nacional. Artículo 88.3. Real Decreto 1119/86, de 26 de mayo.

En segundo lugar alega el Abogado del Estado apelante que el súbdito extranjero, después de conocer la Resolución de expulsión que aquí enjuiciamos, abandona «voluntariamente» el territorio nacional, lo que, a criterio de dicha parte apelante, supone haber aceptado la Resolución impugnada.

No podemos acoger tal alegación, porque ni hubo la pretendida «voluntariedad» en el abandono del territorio, ni menos aún conformidad con la resolución de expulsión.

Efectivamente, el súbdito extranjero, una vez notificada la Resolución de expulsión en fecha 27 de septiembre de 1990, quedó detenido para llevarse a efecto su expulsión, y encontrándose en ese trance de expulsión, se le permitió, a petición propia, su salida del territorio nacional el 29 de septiembre de 1990, autorización ésta que tuvo lugar con fundamento en lo que dispone el artículo 88.3 del Real Decreto 1119/86 de 26 de mayo, que aprobó el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio. Así se deduce del escrito de 19 de octubre de 1990, firmado por el Gobernador Civil de Alicante, al que antes hemos aludido.

Siendo ello así, obviamente que el abandono no fue «voluntario», sino, antes al contrario, forzado, ya que con la salida, a petición propia, sólo se perseguía evitar que la detención, que habría de desembocar en la expulsión, se prolongara más días. Y menos aún esa salida, a petición propia, puede interpretarse como una confor-

midad con la Resolución impugnada, cuando, precisamente el súbito extranjero, el día antes de abandonar el territorio español, esto es, el 28 de septiembre de 1990, presentó recurso de reposición contra dicha Resolución, y además, en esa misma fecha, otorgo poderes notariales a favor de Procuradores, en uso de los cuales se interpuso el recurso contencioso-administrativo del que trae causa la presente apelación.

SENTENCIA de 3 de febrero de 1995. Ponente: Burón Barba.

Extranjero. Expulsión. No procede de ciudadano de país comunitario. Libertad de establecimiento. Actividades no asalariadas. Artículo 52 del Tratado Constitutivo de la CE.

Para examinar la cuestión, debemos partir de la situación en que se encontraba el afectado —de nacionalidad holandesa— que, según las propias diligencias policiales, es socio propietario de un negocio de bar sauna, llamado «Love Land», en la carretera de Mijas, urbanización Las Lomas, en el que trabajaba en su calidad de propietario, a pesar de lo cual aún no había solicitado su tarjeta de Residente Comunitario con trabajo por cuenta propia, siendo de notar, por otra parte, que no aparece que contra él se haya seguido con anterioridad cualquier clase de procedimiento administrativo o judicial, habiendo, además obtenido la mayor parte de la documentación precisa para obtener la citada tarjeta.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, observamos que, en principio, el recurrente estaba amparado por el derecho de establecimiento que proclama el artículo 52 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Rep. Leg. CC.EE. 1986,8), que regula la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro, señalándose en el mismo que dicha libertad comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas, sin que el Tratado de adhesión del Reino de España haya impuesto restricción alguna en la materia, a diferencia del período transitorio que ha previsto para los trabajadores de cuenta ajena.

En este sentido, entendemos que para realizar la actividad que desarrollaba el Sr. Jan no necesitaba de permiso de trabajo alguno, al estar comprendida en el citado artículo 52 del Tratado Constitutivo, por lo que al haber sido ésta la causa alegada para decretar su expulsión, debemos considerar ilegal, sin perjuicio de las potestades

administrativas que contra él puedan ejercitarse en orden a la obtención de la tarjeta de residencia.

SENTENCIA de 13 de marzo de 1985. Ponente: Cancer Lalan-ne. Presunción de inocencia. Función judicial en la impugnación de sanciones. Examen de la prueba. Artículo 24.2 de la CE.

Lo anteriormente transscrito da a entender que la Sala de instancia no ha valorado, ni positiva, ni negativamente la prueba documental y la abundante testifical que tanto el actor, como la Abogacía del Estado han ofrecido ante el Tribunal Superior para fundar sus respectivas posiciones respecto de la alegada vulneración del artículo 24 de la CE, en su aspecto de la presunción de inocencia. Y ello se ha hecho exagerando las afirmaciones que se contienen en la transcrita jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC de 18 de septiembre de 1990) que ha sido mal interpretada, pues de ella no se deduce que en sede de amparo judicial a efectuar por el cauce de la Ley 62/1978, no pueda aportarse prueba, y ésta ser valorada por el Tribunal que entonces conoce, sino que la que en dicha jurisprudencia viene a decirse es cuál es el límite de la acción del Tribunal Constitucional, frente a la actuación valorativa de los hechos realizada por la Jurisdicción ordinaria, cuando aquel Órgano Supremo Intérprete de la Constitución, conoce en amparo de una vulneración constitucional que se imputa a la actuación de un órgano judicial, respecto del enjuiciamiento de una anterior actuación administrativa sancionadora, y ello para dar efectividad al artículo 117.3 de la CE, y no invadir la función jurisdiccional que sólo a los Jueces y Tribunales corresponde, en los términos de los artículos 44.1, b), y 54 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; lo que según la sentencia del Tribunal Constitucional que se ha transscrito, ni siquiera excluye que ese órgano Constitucional, entre a constatar si, en los casos de alegación de infracción de la presunción de inocencia, del artículo 24 de la CE, la prueba aportada para desvirtuarla, ante la Administración, y valorada por la jurisdicción ordinaria, existe, es legal y ha sido razonablemente interpretada por el Tribunal ordinario. Es decir, que según la propia jurisprudencia constitucional que se cita en la sentencia impugnada, no se excluye en absoluto, que al verificar el amparo judicial y luego en sede constitucional respecto de la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, quien se ocupa sucesivamente del amparo,

haya de entrar a dilucidar sobre los hechos y su prueba, en cuanto se refieran a la delimitación de la presunción de inocencia. Deducción que está en lógica coordinación con la existencia misma del proceso de la Ley 62/1978, y de su configuración como tal en la que, según hace notar el recurrente, existe —art. 8.6 de la Ley 62/1978— una fase probatoria, cuyo resultado habrá que valorar antes de sentencia, naturalmente referida a si existe o no la vulneración constitucional en cada caso invocada. Dejar imprejuzgada la prueba, por estimar que ello es materia de legalidad ordinaria, determina infringir las reglas procesales sobre prueba del proceso de la Ley 62/1978, y los demás de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o del Código Civil aplicables para valorar la aportada por el recurrente y la Abogacía del Estado —en este caso testifical y documental—, precisamente para demostrar si existían, o no, los hechos imputados como fundamento de la sanción de expulsión, y su alcance.

RESUMEN DE JURISPRUDENCIA LABORAL

FRANCISCO JAVIER COMYN RODRÍGUEZ

Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1994, dictada en casación para unificación de doctrina, siendo Ponente Martínez Emperador. Interpreta el artículo 10.2, a), del TALPL.

Los hechos que motivaron el procedimiento son los siguientes: la actora, que reside en Manresa, donde existe un Juzgado de lo Social, formuló demanda, ante el Juzgado de lo Social de Barcelona, reclamando el reconocimiento de una Invalidez Permanente Total. Este último acogió la excepción opuesta por el INSS de incompetencia territorial, correspondiendo dicha competencia al Juzgado de Manresa. Recurrida en suplicación fue revocada. El INSS formuló recurso de casación para unificación de doctrina, que fue desestimado.

La sentencia analiza el artículo 10.2, a), del TALPL. Reproducimos el Fundamento de Derecho segundo.3.

3. La Sala no comparte los expuestos argumentos. Como bien señala en su informe el Ministerio Fiscal, *el ámbito provincial que corresponde al órgano administrativo que hubiera dictado la resolución que el beneficiario decidiera impugnar no permite entender que dicha resolución se hubiera producido en lugar distinto de aquél en que en realidad fue dictado; consiguientemente, producida dicha resolución en Barcelona, resulta evidente que el beneficiario que tiene su domicilio en Manresa, localidad ésta no incluida en la circunscripción territorial asignada a los Juzgados de lo Social con sede en la capital, goza de la facultad de elección reconocida en el citado artículo 10.2, a), por lo cual, cuando dirige su*

demandado al Juzgado de la sede de la capital, tal Juzgado tiene competencia territorial para conocer de la pretensión impugnatoria de la mencionada resolución administrativa. Tal facultad de elección, así entendida, no supone trato desigual con respecto de aquéllos que estuvieran domiciliados en localidad incluida en la circunscripción territorial de los Juzgados de Barcelona, pues parte de la existencia de situación desigual, cual es el alejamiento del residente en circunscripción territorial distinta del lugar en que se produjo la resolución, siendo su finalidad favorecer el acceso a la jurisdicción a través de aproximar el justiciable al órgano jurisdiccional al que la Ley atribuye competencia para dirimir la controversia.

Debe significarse, por último, que el argumento relativo al mejor reparto de la carga de trabajo, también esgrimido, carece de consistencia desde el plano de la legalidad vigente al respecto, pues no es conciliable con la clara literalidad del precepto aplicable.

Todo lo razonado fuerza a concluir que la sentencia impugnada, al resolver como lo hace, no incurre en la infracción denunciada, sino que da recta interpretación a lo dispuesto por el artículo 10.2, a), de la citada Ley Procesal, no siendo ajustada, por el contrario, la doctrina sentada por las sentencias que han sido aportadas como término de comparación.

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1994, siendo Ponente Linares Llorente.

Aborda la incompetencia de la jurisdicción social para impugnar las retenciones a cuenta del IRPF que hubiesen efectuado las empresas, reproducimos parte de su fundamentación jurídica.

La determinación de si han de realizarse retenciones a cuenta del IRPF y, en su caso, el importe de las mismas, es tema que está sujeto a leyes de naturaleza fiscal y no laboral, cuya interpretación y aplicación corresponde a los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Este criterio es tanto aplicable a las retenciones sobre indemnizaciones como a los salarios de tramitación, por lo que la determinación de si el percibo de estas cantidades constituye un hecho imponible a efectos de tributación corresponde a los Tribunales del orden contencioso-administrativo, lo que obliga a apreciar la incompetencia del orden jurisdiccional social (cfr. TS 4.^a SS de 25 de mayo y 20 de junio de 1992).

Complementaria a la anterior es la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1994, dictada en recurso de casación «ordinario», siendo Ponente Campos Alonso, reproduciendo el Fundamento de Derecho tercero.

TERCERO.—1. El objeto del presente conflicto colectivo que constituye la pretensión en él interpuesta consiste, como ya se ha dicho, en resolver quién debe asumir las tarifas fiscales derivadas de las retribuciones en especie de los rendimientos de trabajo. Cree la parte, y lo dijo así en el acto del juicio, que el tema debatido afecta a la retribución de los trabajadores, y que esto es competencia del orden social.

2. El artículo 26.3 del ET dispone que el trabajador debe soportar a su cargo las cargas fiscales y que el pacto contrario es nulo. Pero la cuestión, que versa sobre la determinación de la procedencia o no de las retenciones a cuenta del IRPF y el importe de las mismas, es materia sujeta a leyes fiscales y no laborales, cuya interpretación y aplicación corresponde a los Tribunales del orden contencioso-administrativo. Así lo tiene declarado esta Sala con reiteración, según resulta, entre otras, de sus SS de 2 de octubre de 1990 y 25 de mayo y 20 de junio de 1992, así como del Auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencia de este TS de 27 de noviembre de 1989.

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1994, dictada en casación para unificación de doctrina, siendo Ponente Víctor Fuente López. Incompetencia de la jurisdicción social para conocer las peticiones de reintegro de capitales-renta hechas por las Mutuas Patronales al INSS.

Reproducimos el Fundamento Jurídico primero y tercero.

PRIMERO.—La Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social número 2, La Previsora, solicita en la demanda de estas actuaciones que la Tesorería General de la Seguridad Social le reintegre la cantidad de 549.317 pesetas. Funda tal pretensión en que reconocida al trabajador Don Anselmo Gamarra López de Arcaute, por resolución administrativa la situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo derivada de accidente laboral hubo de ingresar en la Tesorería demandada al correspondiente capital coste de renta, en cuantía de

1.413.289 pesetas; en que falleció dicho trabajador el 17 de agosto de 1990; en que al reconocerse a su viuda una pensión vitalicia equivalente al 45 por ciento de la del fallecido, se le practicó por dicha Tesorería nueva liquidación del capital coste de renta por importe de 540.252 pesetas con abono además a la mencionada viuda de la cantidad de 81.372 pesetas como indemnización a tanto alzado.

Entiende la entidad demandante que el coste de la nueva renta e indemnización a tanto alzado deben ser abonados por la Tesorería con cargo a remanente del primer capital consignado en favor del fallecido.

La Sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Vitoria de 31 de diciembre de 1991, desestima la demanda, después de rechazar la excepción de incompetencia de jurisdicción a favor del orden jurisprudencial contencioso-administrativo alegada por el INSS; la que recurrida en suplicación fue confirmada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 20 de abril de 1993.

TERCERO.—Con carácter previo debe plantearse la Sala de oficio la cuestión de la competencia de la misma para el conocimiento de la cuestión de fondo objeto de la demanda, la cual si bien se alegó en la instancia por el INSS, siendo desestimada, no volvió a plantearse ni en suplicación ni en el escrito de interposición del presente recurso, al tratarse de una cuestión de orden público procesal; sobre dicha cuestión competencial la Sala ya se ha pronunciado en su Sentencia de 25 de mayo de 1994, en unificación de doctrina, en el sentido de declarar la incompetencia de jurisdicción de los tribunales de orden social para conocer de la demanda como la de autos, conforme a las siguientes argumentaciones, que aquí se reiteran y reproducen: «Conforme a lo establecido en el artículo 16.1 de la Ley 40/1980, de 5 de julio, sobre Inspección y Recaudación de la Seguridad Social en relación con el artículo 1 del Real Decreto Ley 10/1981, de 19 de julio, y el artículo 4.^º del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social de 11 de octubre de 1991, se conceptúan como actos de gestión recaudatoria, entre otros, el cobro por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social de los capitales costes de renta y otras cantidades que deban ingresar las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo y las empresas responsables de prestaciones a su cargo, siendo tales actos impugnables en vía económico-administrativa, con posterior recurso ante el

orden contencioso-administrativo de la jurisdicción, lo que hace entender que la cuestión debatida en el presente recurso está excluida del ámbito de competencia de este orden jurisdiccional social, ya que se trata de examinar únicamente la procedencia del ingreso por la Mutua en la Tesorería General del capital coste de renta de la pensión de viudedad que generó el causante de la codemandada, sin que quede comprometida en este debate la prestación que corresponde a la viuda, por lo que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Ley de Procedimiento Laboral de 27 de abril de 1990 y el criterio mantenido por esta Sala, entre otras, en Sentencias de 22 de enero de 9 y 23 de marzo de 1990, procede declarar la incompetencia de jurisdicción de los Tribunales del orden social para conocer de la cuestión», todo lo cual conduce, aplicando dicha doctrina al caso debatido a casar y anular la sentencia recurrida, así como anular todas las actuaciones desde la admisión a trámite de la demanda iniciadora del proceso de instancia, sin que haya lugar a imponer las costas, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 232 de la Ley de Procedimiento Laboral.

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1994, dictada en unificación de doctrina siendo Ponente Gil Suárez. Artículos 1.3, c), y 2.1, a), del Estatuto de los Trabajadores.

El Tribunal Supremo mantiene la línea jurisprudencial iniciada en la Sentencia de 19 de septiembre de 1988, Ponente: Félix de las Cuevas, que tendría continuidad, entre otras en 21 de enero, 13 de mayo, 3 de junio, 18 de junio de 1991, 11 de marzo de 1994, donde se mantiene que la inclusión o exclusión del ámbito laboral de los Consejeros y asimilados se encontraba no en las funciones que desarrollan, sino en la naturaleza del vínculo que les une con las empresas, imposibilitando su calificación como relación laboral, pues siempre sus actividades se llevarán a cabo en ejecución de una relación societaria y por tanto mercantil.

Reproducimos los Fundamentos Jurídicos tercero, cuarto, quinto y parte del sexto.

TERCERO.—El artículo 1.3, c), del ET dispone que se excluye del ámbito regulado por esta ley «la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de Consejero o miembro de los órganos de administración de las empresas que revistan

la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo». Ahora bien, hay que tener en cuenta que las actividades de dirección, gestión, administración y representación de la sociedad son las actividades típicas y específicas de los órganos de administración de las compañías mercantiles, cualquiera que sea la forma que éstos revistan, bien se trate de Consejo de Administración, bien de Administrador único, bien de cualquier otra forma admitida por la ley; y así, en el ámbito de la sociedad anónima, los órganos de esta clase, que se comprendían en los artículos 71 a 83 de la LSA de 17 de julio de 1951 y actualmente se recogen en los artículos 123 a 143 del TR de la LSA aprobado por el RDL 1564/1989, de 22 de diciembre, tienen precisamente como función o misión esencial y característica la realización de esas actividades, las cuales están residenciadas fundamentalmente en tales órganos, constituyendo su competencia particular y propia. Por ello es equivocado y contrario a la verdadera esencia de los órganos de administración de la sociedad entender que los mismos se han de limitar a llevar a cabo funciones meramente consultivas o de simple consejo u orientación, pues, por el contrario, les compete la actuación directa y ejecutiva, el ejercicio de la gestión, la dirección y la representación de la compañía. Por consiguiente, todas estas actuaciones comportan «la realización de cometidos inherentes» a la condición de administradores de la sociedad, y encajan plenamente en el «desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad», de ahí que se incardin en el mencionado artículo 1.3, c), del ET.

Se estima conveniente recordar aquí que voces muy autorizadas han manifestado que «la sociedad anónima, como entidad jurídica dotada de personalidad, necesita valerse de órganos para el despliegue de su actividad interna y externa», y que estos «órganos sociales son personas físicas o pluralidades de personas investidas por la ley de la función de manifestar la voluntad del ente o de ejecutar y cumplir esa voluntad desarrollando las actividades jurídicas necesarias para la consecución de los fines sociales», y así mismo que «como cualquier otra persona jurídica la sociedad anónima necesita órganos para crear, emitir y ejecutar su voluntad, así como para concertar los actos o negocios de relación con terceros a través de los cuales realiza el objeto social para cuya constitución fue constituida». Es claro, pues, que esas facultades rectoras, ejecutivas y gestoras corresponden a la propia compañía mercantil, pues son inheren-

tes a su condición de persona jurídica, pero al no tratarse de una persona natural las tiene que llevar a cabo mediante los órganos sociales correspondientes, constituidos generalmente por personas físicas que forman parte integrante de la sociedad; de tal modo que la actuación de estos órganos, es decir, de las personas naturales que los componen, es en definitiva la actuación de la propia sociedad. De ahí que esas personas o individuos que forman o integran los órganos sociales están unidos a la compañía por medio de un vínculo de indudable naturaleza societaria mercantil, y no de carácter laboral.

CUARTO.—Y precisamente, en la sociedad anónima las funciones de dirección, ejecución, gestión y representación, como hemos apuntado en líneas anteriores, corresponden y pertenecen al órgano de administración de la misma, cualquiera que sea su forma.

Por ello no es posible estimar que todo aquél que realiza funciones de dirección, gestión y representación en una empresa que revista la forma jurídica de sociedad, es necesaria y únicamente un trabajador de la misma, sometido al Derecho laboral, como personal de alta dirección del artículo 2.1, a), del ET. Por el contrario esas actividades y funciones son, como se ha venido reiterando, las típicas y características de los órganos de administración de la compañía, y las personas que forman parte de los mismos están vinculados a ésta por un nexo de clara naturaleza jurídico-mercantil. Evidentemente el personal laboral de alta dirección también desarrolla esa clase de actividades, pero es obvio que las facultades para poderlas llevar a cabo las recibe, precisamente, de ese órgano de administración que es al que competen por la propia naturaleza de la institución. Pero aunque unos y otros realicen funciones análogas, la naturaleza jurídica de las relaciones que cada uno de ellos mantiene con la entidad es marcadamente diferente; son muy diversas las razones que fundan y justifican esa diferencia o disparidad, pero entre ellas cabe destacar la circunstancia de que en la relación laboral del personal de alta dirección impera y concurre de forma plena y clara la ajeneidad, nota fundamental tipificadora del contrato de trabajo, mientras que la misma no existe, de ningún modo, en la relación jurídica de los miembros de los órganos de administración, ya que éstos, como se ha dicho, son parte integrante de la propia sociedad, es decir, la propia persona jurídica titular de la empresa de que se trate.

QUINTO.—Así la importante Sentencia de esta Sala de 21 de enero de 1991, tras analizar los artículos 1.3, c), y 2.1, a), del ET,

estima que «se aprecia la existencia de un punto de coincidencia en la delimitación de las actividades consideradas en los mismos, pues la alta dirección se concreta en el ejercicio de poderes correspondientes a la titularidad de la empresa y el desempeño de un cargo de miembro de los órganos de administración de la sociedad implica también la actuación de facultades de esta naturaleza», añadiendo que «cuando se ejercen funciones de esta clase la inclusión o exclusión del ámbito laboral no puede establecerse en atención al contenido de la actividad, sino que debe realizarse a partir de la naturaleza del vínculo y de la posición de la persona que las desarrolla en la organización de la sociedad, de forma que si aquél consiste en una relación orgánica por integración del agente en el órgano de administración social cuyas facultades son las que se actúan directamente o mediante delegación interna, dicha relación no será laboral».

SEXTO.—A todo lo expuesto debe añadirse que los Consejeros Delegados de una sociedad anónima son necesariamente miembros del Consejo de Administración y además las facultades que los mismos ejercen son facultades propias de dicho Consejo, como se desprende con claridad del artículo 141 del TR de la LSA. El número 1 de este artículo establece que «el Consejo de Administración podrá... designar de su seno... uno o más Consejeros Delegados», y en términos análogos se pronunciaba el artículo 77 de la LSA de 17 de julio de 1951, habiendo entendido la Sentencia de la Sala 1.^a de este TS de 22 de junio de 1979 que tales expresiones ponen de manifiesto que todo Consejero Delegado tiene que pertenecer al Consejo de Administración, añadiendo esta sentencia que los Consejeros Delegados son verdaderos órganos de la sociedad mercantil, criterio que reitera la STS de 19 de enero de 1980, dictada por la entonces Sala 4.^a de lo Contencioso-Administrativo.

En plena coherencia con todas las consideraciones que venimos exponiendo, la ya mencionada Sentencia de esta Sala de 27 de enero de 1992, alegada en el actual recurso como contraria a la recurrida, declaró que el vínculo del Consejero Delegado con la sociedad no es de naturaleza laboral, sino mercantil, como ya se indicó en el segundo razonamiento jurídico de la presente resolución. Pero no es ésta la única sentencia de esta Sala que llega a tal conclusión, pues ese mismo criterio es mantenido por las SS de 20 de diciembre de 1983, 27 de marzo de 1984, 6 de febrero de 1985, 24 de septiembre, 30 de septiembre y 14 de octubre de 1987, 28 de septiembre de 1988 y 18 de marzo de 1989.

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1994, en unificación de doctrina siendo Ponente Varela Antran. Concurso selectivo para acceder a puestos de ATS en la Seguridad Social. Incompetencia.

La relación estatutaria es una relación intermedia entre la laboral y la funcional, teniendo caracteres de ambas y absoluta imposibilidad de residenciar en un orden jurisdiccional único toda su litigiosidad.

El supuesto concreto que se analiza es un conflicto colectivo promovido por un sindicato sanitario para que se obligue al INSS a proveer por concurso abierto una serie de plazas vacantes en diferentes localidades de Castellón.

Reproducimos los Fundamentos Jurídicos siguientes: parte del segundo y el cuarto íntegro.

SEGUNDO.—Es cierto que, como se razona en la Sentencia de esta Sala de 5 de noviembre de 1993, el artículo 45.2 de la LSS sigue vigente en lo que hace a la asignación a este orden social de la jurisdicción de la competencia para conocer de las controversias entre las Entidades Gestoras y su personal estatutario, sin que, como es obvio, en principio dicha norma legal pueda ser derogada por la de inferior orden jerárquico, contenida en la disposición transitoria 1.^a del RD 118/1991, promulgado en desarrollo de la Ley 41/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado. Sin embargo no debe ignorarse, al respecto, la autorización legislativa que se recoge en la disposición final 2.^a, 3, del RDL de 16 de noviembre de 1978.

Por otra parte, es asimismo innegable que al personal sanitario —ATS— de la SS, al que se contrae el presente conflicto colectivo, no le es de aplicación lo establecido en la disposición adicional 16.^a, 1, de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, por cuanto dicho personal sigue teniendo carácter estatutario.

CUARTO.—Esta Sala en sus Sentencias de 11 de febrero de 1985 y 4 de marzo de 1988, ya establece el criterio que, ahora, se mantiene en la presente resolución, advirtiéndose, con absoluta claridad, en las precitadas resoluciones judiciales, en las que se hace mención al criterio sustentado por la propia Sala en Sentencias de 23 de marzo, 14 de junio y 20 de julio de 1982 y por la Sala de Conflicto de jurisdicción en Sentencias de 28 de junio y 2 de diciembre de 1977, que, pese a lo previsto en el artículo 45.2 de la

LSS, las materias relativas a concursos de personal estatutario —su impugnación, en concreto— y a facultad disciplinaria deben quedar reservadas al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en razón al carácter que reviste la propia resolución, al respecto, de la Administración Pública de la Seguridad Social en relación con su personal estatutario y al propio perfil jurídico que caracteriza a este ultimo. Pueden citarse, en tal sentido también, aunque no aborden, precisamente, el mismo problema sujeto hoy a enjuiciamiento, las Sentencias de la Sala 3.^a del TS de 8 de octubre de 1991 y 16 de septiembre de 1992.

Por estas razones y conforme a lo preceptuado en los artículos 1 y 3, a), del TA de la LPL y 1 de la LJCA, el recurso debe ser estimado, lo que comporta casar la sentencia de instancia y la declaración de la incompetencia de este orden jurisdiccional social para conocer de la pretensión configuradora del conflicto colectivo de autos.

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1994, siendo Ponente Linares Llorente.

Competencia de la jurisdicción social para conocer de las pretensiones de los médicos de asistencia pública domiciliaria, cuando se trate o relacione con los servicios prestados a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social. Reproducimos su fundamentación jurídica.

Los médicos pertenecientes al antiguo servicio de asistencia pública domiciliaria, que al mismo tiempo colaboran obligatoriamente en la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, cuando reclaman a la Entidad Gestora, para esta faceta de su prestación es competente el orden social de la jurisdicción; y este mismo criterio debe seguirse respecto de los ayudantes técnicos sanitarios que están en las mismas condiciones, pues tienen el derecho y el deber de prestar los servicios correspondientes de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, ostentando la doble condición funcional y de colaboración, al prestar asistencia a los beneficiarios del seguro público y percibir una retribución complementaria a cargo de la Entidad Gestora, por lo que, para las cuestiones que surjan sobre esta materia, es competente la jurisdicción laboral de acuerdo con lo previsto en los artículos 1 de la LPL en relación con el 45.2 de la LSS —modificado por la disposición derogatoria en relación con la disposición adicional 16.1, ambas de la Ley 30/1984, de 2 de agosto (reforma de la función

pública)—, y sin que sirva de obstáculo lo dispuesto en la disposición final 1.^a del RD 137/1984, de 11 de enero (estructuras básicas de salud), que mantiene la condición de funcionarios del personal sanitario adscrito obligatoriamente a los equipos de atención primaria, pues esta situación no afecta a su relación con la Entidad Gestora (cfr. TS 4.^a SS de 23 de marzo y 1 y 22 de julio de 1994).

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1995, dictada en casación para unificación de doctrina, siendo Ponente Linares Llorente. Fecha de efectos de la baja en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, en relación con las cotizaciones, cuando la petición de la baja es tardía. Incompetencia de jurisdicción.

Reproducimos su Fundamento Jurídico segundo, debiéndose resaltar que existían varios requerimientos de impago por parte de la TGSS a la actora.

SEGUNDO.—La Sentencia de esta Sala de 27 de septiembre de 1994, entre otras, ha resuelto recurso de casación para la unificación de doctrina sobre esta materia, sentando el criterio de que, según el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el control de la función recaudatoria de la Seguridad Social corresponde al orden contencioso-administrativo de la jurisdicción, dada la naturaleza administrativa de esta gestión. Este criterio viene avalado por el artículo 9 de la Ley 40/1980, de 5 de julio, y el artículo 1 del Real Decreto Ley 10/1981, de 19 de junio, y por los artículos 2, 4, 97 y 185 del Real Decreto 716/1986, de 7 de marzo, y los artículos 1, 2, 4, y 96 del Real Decreto 1517/1991, de 11 de octubre, regulación que es acorde con lo dispuesto en el artículo 3, b), de la Ley de Procedimiento Laboral, que expresamente excluye de la competencia de los órganos del orden social el conocimiento de las resoluciones de la Tesorería General de la Seguridad Social en materia de gestión recaudatoria.

El objeto de debate en este proceso consiste en la impugnación de una resolución de la Tesorería en la que se impone a la actora la obligación de cotizar por el período de tiempo que transcurre entre la fecha efectiva de la baja en el RETA y la de petición formal de dicha baja, todo ello después de haber recibido varios requerimientos de la entidad para que abonara las cuotas, lo que hace ver claramente que estaba en trámite el procedimiento recaudatorio, según

los artículos 77 y siguientes de los Reglamentos de 7 de marzo de 1986 y de 11 de octubre de 1991, por lo que se entiende que, de acuerdo con el citado artículo 3, b), de la Ley de Procedimiento Laboral, este orden jurisdiccional carece de competencia para conocer del asunto, lo que provoca la desestimación del recurso, sin que haya lugar a imposición de costas conforme a lo prevenido en el artículo 232.1 de la Ley de Procedimiento Laboral.

A continuación reproducimos dos sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, dada su importancia pues ante los mismos se interpone el recurso de suplicación y su conocimiento posibilitaría el recurso de casación para unificación de doctrina, dadas las contradicciones existentes entre dichos órganos.



