REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

NÚM. 3

ENERO-JUNIO 1996

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

Director:
CARLOS GRANADOS PÉREZ

Vocales:
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

Secretario:
CONSUELO MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA

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
SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

Periodicidad: Semestral.

Precios de suscripción:
España: 2.404 pesetas.
Extranjero: 2.885 pesetas.

Precios del número suelto:
España: 1.442 pesetas.
Extranjero: 1.923 pesetas.

Estos precios se incrementarán con el 4% de IVA.

Correspondencia:
Redacción: C/ Fortuny, 4. 28010 Madrid
Distribución, suscripciones y venta: Gran Vía, 76, 8.º
28013 Madrid

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

NÚM. 3

ENERO-JUNIO 1996

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

NIPO: 060-96-011-5
I.S.S.N.: 1135-0628
Depósito Legal: M. 5.500-1995

Imprime: IRC, S. L., Cantueso, 103
28029 Madrid

NOTA DE LA REDACCIÓN

El Consejo de Redacción de la REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL, en su sesión de 26 de marzo de 1996, acordó suprimir para los siguientes números de la Revista, el espacio dedicado a reseñas jurisprudenciales por considerarlo poco acorde con el carácter semestral de la publicación, sin perjuicio de la posibilidad de incluir como notas cuantos comentarios o exégesis de Sentencias se presenten y resulten de interés.

Se reitera la invitación a los miembros de las Carreras Fiscal y Judicial y a todos los profesionales del Derecho a colaborar con la Revista con todo tipo de estudios y trabajos, en los que por razones de espacio, deberán ajustarse a una extensión máxima de sesenta folios, en el caso de los estudios, y de veinticinco en el de las notas.

SUMARIO

Págs.

I. ESTUDIOS

FÉLIX HERNÁNDEZ GIL: *Algunas observaciones a la doctrina del Tribunal Supremo sobre la alternativa arras confirmatorias-arras penitenciales* 13

ANTONIO OCAÑA RODRÍGUEZ: *Un esquema para el estudio de la responsabilidad médica* (2.ª Parte) 57

FERNANDO HERRERO-TEJEDOR ALGAR: *El Ministerio Fiscal en los procesos judiciales de protección de Derechos fundamentales* 99

KARL-HEINZ GÖSSEL: *Las investigaciones genéticas como objeto de prueba en el proceso penal* 135

PABLO A. LANZAROTE MARTÍNEZ: *La oportunidad reglada como técnica de persecución punitiva* 167

MERCEDES HEREDIA PUENTE y CRISTÓBAL FÁBREGA RUIZ: *Algunas cuestiones sobre la expulsión en el Derecho de extranjería español* 199

ANTONIO MORALES PLAZA y ANTONIO MORALES VILLANUEVA: *La inhabilitación: «Análisis penal, disciplinario y administrativo»* 229

II. NOTAS Y COMENTARIOS

ALFREDO RAMOS SÁNCHEZ: *Obligación legal de colaboración de Notarios y Registradores con el Ministerio Fiscal* 271

ALBERTO MANUEL LÓPEZ LÓPEZ: *Fiscales y régimen disciplinario* 285

Págs.

JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ DE GREGORIO: *El delito ecológico: Aspectos jurisprudenciales* 299

JESÚS VICENTE CHAMORRO: *La competencia para entender de las demandas de revisión* 327

III. RESUMEN DE JURISPRUDENCIA

Constitucional 333

Civil 347

Penal 353

Contencioso-Administrativo 379

Laboral 385

IV. DOCUMENTACIÓN

Crónica del XIV Congreso de la Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y la Familia, celebrado en Bremen del 28 de agosto al 2 de septiembre de 1994. ANA JOSÉ CRESPO CUADRADO Y GERARDO CAVERO FORRADELLAS: Fiscales del TSJ de Cataluña. 395

Crónica del Seminario Europeo sobre el Racismo y la Xenofobia, celebrado en Wustrau (Alemania) del 4 al 7 de octubre de 1995. PALOMA CONDE-PUNPIDO GARCÍA, Fiscal del TSJ de Madrid 417

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

I. Estudios

ALGUNAS OBSERVACIONES A LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA ALTERNATIVA ARRAS CONFIRMATORIAS-ARRAS PENITENCIALES

FÉLIX HERNÁNDEZ GIL
Doctor en Derecho
Ex-Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

SUMARIO: I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. 1. *Derecho romano clásico*. 2. *Derecho justinianeo y evolución posterior*. 3. *Derecho histórico español*.—II. FINES PENITENCIAL Y CONFIRMATORIO DE LA ENTREGA A TÍTULO DE ARRAS.—III. PAGO PARCIAL Y ARRAS: NO PRESUNCIÓN DE LAS ARRAS.—IV. ARRAS CONFIRMATORIAS Y DE RETRACTACIÓN: EL EFECTO PENITENCIAL NO SE PRESUME.—V. ARRAS CONTRACTUALES, CLÁUSULA PENAL Y MULTA PENITENCIAL. 1. *Arras penales y cláusula penal*. 2. *Arras penitenciales y cláusula penal*. 3. *Multa penitencial, cláusula penal y arras*.—VI. VARIEDADES LÉXICAS DE PACTOS ARRALES: CONTRAPUESTOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS ADOPTADOS POR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. 1. *Señal*. 2. *Arras y Señal*. 3. *Paga y Señal*. 4. *Señal y parte del precio*. 5. *Señal o prenda*.—VII. ARRAS E INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL: EFECTOS. 1. *Incumplimiento del contrato de compraventa celebrado*. 2. *Efectos del incumplimiento en la promesa bilateral de compraventa*.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La variedad de funciones y formas con que las arras contractuales se presentan no proceden de una misma etapa histórica. Si el derecho romano clásico (Instituciones de Gayo) conoció solamente las arras probatorias o como *argumentum* que no permitían la explicación de una facultad resolutoria, en la legislación justinianea (recogida en el Codex y las Instituciones) se designaba con el nombre de arras un instituto cuya estructura, caracteres y fines eran bien diversos a los del ordenamiento anterior, por cuanto permitían eliminar el vínculo obligatorio. Esos momentos distintos en el desenvolvimiento de la figura de las arras se aprecian también en nuestro derecho histórico, en donde la señal al modo como fue regulada en las leyes visigodas (Código de Eurico, Fuero Juzgo), signo confirmatorio de la existencia de un contrato, nada tiene que ver con las arras con función exclusivamente penitencial que aparecen, por influencia justinianea, a partir de determinados Fueros municipales.

1. *Derecho romano clásico*

El primer jurista romano que se ocupa de las arras es Gayo. En un pasaje de sus Instituciones (III, 139), así como en el comentario «Ad edictum provinciale», incluido en Digesto 18.1.35. pr., sostiene que ni el pago del precio ni la dación de arras constituyen elemento esencial para la perfección de la compraventa (*emptio et venditio contrahitur... ac sine arra quidem data fuerit*, y también, que las arras *non eo pertinet, quasi sine arra conventio nihil proficiat*). Y después afirma que las arras cumplen tan sólo una función probatoria y son signo de la perfección del contrato (*argu-*

mentum est emptionis et venditionis contractae). La verdadera causa de la entrega de arras es servir como prueba de la conclusión del contrato. El hecho de que la dación arral en algunos textos de Ulpiano (D. 14.3.5.15 y D. 19.1.11.6) consistiera en objetos de poca entidad, propios de quien los entregaba, y que debían ser restituídos, justifica que las arras fueran empleadas con función simbólica o probatoria de la perfección contractual. Constatan la existencia del contrato. Siendo las arras *argumentum* impiden la resolución voluntaria.

Teniendo en cuenta sobre sobre todo las Instituciones de Gayo (III.139), TALAMANCA (1) considera las arras en derecho romano clásico como un *pactum adiectum* de la compraventa, por el cual el comprador transfiere en propiedad al vendedor una suma de dinero u otra cosa para probar la conclusión del acuerdo sobre el contrato obligatorio y para garantizar la propia prestación.

En esta época se distinguía ya entre los conceptos de arras y de *pars pretii* (D. 19.1.11 y C. 4.45.2); pero si lo dado como arras era dinero, aparte su específica consideración de prueba de la conclusión, funcionaban como anticipo del precio de las compraventas obligatorias, por lo que, cumplida la prestación, el comprador deducía de la misma cuanto había entregado como arras, compensando su crédito de restitución con su débito contractual (2).

2. *Derecho romano justinianeo y evolución posterior*

Existen dos textos fundamentales con contenido distinto a los de la época clásica. Son los comprendidos en el Código (4.21.17) y en las Instituciones (III.23.pr), sin esenciales diferencias entre ellos. En el último de los

(1) L'arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano, 1953, pág. 71.

(2) Aunque en los textos procedentes del derecho romano clásico no fueron conocidas arras distintas a las probatorias (*testimonium vel signum venditionis*), se ha apuntado que los efectos del *arra poenitentialis* se podían alcanzar cuando en la compraventa con pacto de *lex commisoria* se estipularan arras en la forma prevenida en D. 18.3.6. Criterio rechazable, al no ser posible que se anudasen a la *lex commisoria* la pérdida del arra en perjuicio del comprador, y menos aún que sus efectos se extendieran a la restitución del doble por el vendedor que incumple, porque aquélla institución tenía como finalidad defender al vendedor frente al incumplimiento del comprador; disuelta la compraventa por aplicación de la *lex commisoria*, las arras eran restituidas. Además, las relaciones entre *lex commisoria* y arra penitencial justinianea son mínimas, pues en éstas la facultad de resolver se atribuía al comprador y en aquella corresponde al vendedor y en caso de incumplimiento del contrato.

pasajes citados —cuya primera parte virtualmente reproduce a Instituciones de Gayo III, 139— se pone de relieve la naturaleza consensual de la compraventa, al establecer que es perfecta sin el pago del precio y sin la intervención de arras, que constituyen un signo de la celebración del contrato; después, y con derogación del principio de la consensualidad, expone que cuanto se ha dicho no es aplicable a aquellas ventas que las partes se han propuesto hacer por acto escrito; para la perfección de estas ventas no basta el consentimiento sino que es necesario, además, la redacción efectiva del acto. En ellas, antes de ese momento, las partes pueden resolver libremente. Esto ocurre, sin embargo, sólo cuando no hayan sido prestadas arras, pues si hubieran mediado en el contrato las partes están sujetas al pacto arral, y entonces *qui recusat adimplere contractum, si quidem emptor est, perdit quod dedit, si vero venditor, duplum restituere compellitur.*

Estos textos justinianeos sobre arras que facultan para la resolución han sido objeto de interpretaciones diversas. Tales normas, se piensa en ocasiones, van referidas a los tipos de compraventa aún no perfectos por falta de forma (las ventas *cum scriptura* antes de concluirlas con la redacción de un documento), pero si han llegado a la perfección por la escritura no es posible la ruptura unilateral. En sentido contrario, se entiende que la dación de arras tiene carácter penitencial, permitiendo la resolución en todas las ventas, perdiéndolas quien las ha prestado o devolviéndolas duplicadas quien las recibió. Sin que falten los que distinguen según las Compilaciones: en el Código (4.21.17), la resolución sólo sería posible en las ventas *cum scriptura* antes de su elevación a escrito, mientras que en las Instituciones (III.23. pr.) el pacto arral autoriza la revocabilidad del consentimiento resolviendo todas las ventas ya perfectas (3).

La atribución del carácter liberatorio podía estar o no en función del desarrollo del contrato, pero lo indudable es que se ha pasado de las arras como *argumentum et probatio* de la época clásica a las arras con función penitencial (4).

---

(3) Sobre el tema, ampliamente, MASSEI, L'arra nella compravendita, en Bull. dell Instituto di diritto romano «Vittorio Scialoja», 1941, págs. 286 y ss.

(4) La sentencia del TS de 8-4-1931, a propósito de una compraventa de inmuebles celebrada en territorio catalán, y no existir en el derecho propio preceptos referentes a las arras, acudió al Derecho romano, estableciendo que en él «las arras tuvieron en principio (D. 18.1. 35) el concepto exclusivo de arra confirmatoria, porque se daban en prueba de que el contrato se había celebrado, estaba perfeccionado y producía las obligaciones y derechos derivados de su naturaleza jurídica, concepto que no perdieron en el derecho romano justinianeo, pero que fue ampliado al de *arrha con pacto imperfecto data*, según el cual el arra garantizaba el contrato de promesa de venta (C. 4.21.16), y también el de compraventa presente cuando ésta no había sido perfeccionada (Inst. 3.24), casos en que

Después , la interpretación y la doctrina romanista apuntó la distinción entre arras penitenciales y no penitenciales. En las no penitenciales se incluían las arras probatorias de la época clásica, denominándolas también arras confirmatorias o que *confirmat contractum*, que imposibilitaban la resolución unilateral; se las hacía coincidir con las arras *pacto perfecto data* y actuaban como un anticipo del precio y como una garantía para la ejecución de la prestación. Las penitenciales se equiparaban a las arras *pacto imperfecto data*, hábiles para la retractación.

En la época de los glosadores las arras presentaban estas funciones: medio para poder desistir válidamente de un contrato en proyecto (*arrha pacto imperfecto*) o de un contrato concluído (*arrha pacto perfecto*); medio de prueba, señal o signo manifiesto de la perfección del contrato (*argumentum*) que impedía su ruptura, así como garantía para el resarcimiento del daño en caso de incumplimiento.

3. *Derecho histórico español*

La legislación visigoda se halla en la línea de los textos romanos clásicos, en tanto que buena parte de caracterizados Fueros municipales trataron de las arras que facultaban a las partes para desistir del contrato de compraventa (5).

a) Las leyes visigodas desconocieron arras con función penitencial. Como en el derecho antejustinianeo, constituían prueba, signo de que la venta es perfecta.

Si a la conclusión de la venta se había entregado una parte del precio no era imaginable el desistimiento válido. Así lo dispone el Código de Eurico (Cap. 296: *si pars praetii data est... non propter hoc venditio facta rumpatur*). Lo mismo Lex Visigothorum (5.4.5) y su traducción al romance plasmada en el Fuero Juzgo (5.4.5: «si la una partida del precio es pagada y el otra partida finca por pagar, non se debe por ende desfazer la vendición»), que consideran perfecta la venta cuando se entrega una parte del precio, y debía cumplirse.

---

si el comprador se retractaba perdía lo entregado por arras, y si era el vendedor, debía entregar el doble de lo recibido». Criterio ajustado, salvo la afirmación de que las arras del derecho romano clásico pasaron al justinianeo.

(5) Véase OTERO VARELA. Las arras en el Derecho español medieval, en Anuario de Historia del Derecho español, T. XXV, págs. 189-210, en donde se ocupa del origen de las arras penitenciales en el derecho peninsular medieval y su posible ascendencia justinianea.

Si en la venta hubiere mediado señal (Código de Eurico, 297 y Lex Visigothorum 5.4.4), constituía siempre una prueba del acuerdo, por lo que quien la toma (el vendedor) debe cumplir lo que prometió, y si el comprador no pudiera pagar al plazo... reciba la señal que dio y no valga la venta (Fuero Juzgo, 5.4.4).

Los conceptos de *pars praetii* y de señal pasan a la época siguiente. Aparecen en el Fuero Real: si el comprador no diere señal por la venta y diere alguna partida del precio, no se puede deshacer la venta fuera de la avenencia de las partes (3.10.2 inciso último).

Pero en las ventas lo entregado por el comprador podía tener el carácter de señal. Si la tomare el vendedor no puede deshacer la venta, y el comprador que la dio que no pague el precio pierde la señal y no vale la venta (Fuero Real 3.10.2). Hay, así una variante respecto al Fuero Juzgo, pues si en éste al comprador que no podía cumplir *se le devolvía* lo dado, ahora en estos mismos casos el comprador *pierde la señal* que entregó.

b) Las arras con función semejante a la del derecho romano justinianeo aparecen en algunos Fueros municipales en los que la venta se perfecciona no por el acuerdo de voluntades sino por la entrega de la cosa y del precio. Existiendo arras, antes de ese momento era posible el desistimiento unilateral. Pero no siempre. No, cuando existían pruebas de que las partes habían llegado a un acuerdo sobre la conclusión. Acuerdo que puede materializarse de distintas formas, ya sean la *datio rei* o ciertas costumbres que actuaban como signo de que el compromiso se había establecido de modo definitivo. En tales casos es improcedente la libre ruptura del vínculo obligacional; el desistimiento tenía un precio. Es lo que sucede en el Fuero de Jaca (67) con el llamado *mercat de palmada*: si las partes habían convenido sobre el precio de la venta y para hacerlo más firme se daban un apretón de manos, el que se arrepintiera de la venta tras él debía pagar una cantidad fija («... et sobre la convencia del pretio fan palmada para que sea más firme lo mercat que an fait, si lo comprador se tira atras... pague cinco sueldos al vendedor et altresí lo vendedor si no quiere lo mercat tenir»). En igual sentido Fuero de Navarra (3.12.8) y Fueros de Aragón (194).

En las observancias de Aragón cabía desistir de la compraventa realizada *sine traditione et sine carta et sine arra* (4.6.1), pero pagando una cantidad (cinco sueldos). Sin embargo, el desistimiento no era posible cuando se había entregado en el acto de la venta señal y parte del precio (4.5.5). Si el comprador diere una cantidad como *senyal y paga*, la venta en todo caso, es firme, pues *non potest vendi duplando la senyal*. Pero si la entrega fue solo como *senyal* y, no al mismo tiempo, como *paga*, es posible el

desistimiento, perdiéndolas o devolviéndolas dobladas (*sed si pro senyal tantum potest vendi duplando el senyal*). La llamada en este texto *paga* es la *pars praetii*, y si lo entregado lo fue en este concepto es inimaginable el desistimiento.

En el Fuero de Cuenca, bajo el título de «venditore vel emptore qui post pactum penituerit» (165), se establece que en caso de arrepentirse el comprador pierda el dinero dado como señal., y si se trata del vendedor pagará el doble de lo recibido. Lo mismo dispusieron Fueros posteriores e influenciados por él, como los de Coria y Usagre.

El Fuero de Soria preve que las partes se arrepientan de la compraventa cuando no hubiera mediado señal, y después regula separadamente los efectos de la entrega como señal y de lo dado al concluir el contrato como parte del precio. Si alguno recibiere señal por la venta, no se puede arrepentir salvo si doblara la señal al comprador, y el comprador tampoco se puede arrepentir de la compra, salvo si quiere perder la señal entregada (Cap. 367). Pero la venta permanece si lo dado fuera como *señal y partida* (parte del precio), en cuanto en tal caso se atribuyen los riesgos al comprador (Cap. 369: «si alguno comprare casa... et diere sennal por ella tal que es partida porque la cosa fue comprada»).

Las Partidas (5.5.7, párrafo primero) señalan los efectos de lo entregado como *señal* en las compraventas cuando subsiga el arrepentimiento. Ajustándose a la formulación justinianea del C. 4, 21.17, sanciona el carácter penitencial: si es el comprador quien se arrepiente pierde la señal, y si es el vendedor, debe tornar doblada la señal. En ambos casos el contrato queda extinguido. El párrafo segundo del precepto citado, procedente del Fuero Real, disponía que cuando lo dado al concluir el contrato lo fue como *señal y parte de precio o por otorgamiento*, no es posible el arrepentimiento por ninguna de las partes y la venta debe cumplirse.

II. Fines penitencial y confirmatorio de la entrega a título de arras

Funciones diversas pueden desempeñar las cantidades que el comprador entrega tras la perfección del contrato. Siempre constituirán un signo de la conclusión. Pago parcial, la generalidad de las veces. Arras o señal en alguna de sus formas, cuando claramente resulte ser esta la voluntad de los contratantes y no la de pago del precio. En particular, se tratará de arras penitenciales o de retractación, si el pacto faculta para desligarse del contrato mediante la pérdida de lo entregado si quien desiste es el *tradens* o

la devolución duplicada de lo recibido si la decisión de arrepentirse proviene del *accipiens*. O bien de arras confirmatorias excluyentes del válido desistimiento unilateral, que constatan la existencia o confirmación de una relación contractual, actúan como un cumplimiento parcial y anticipado de la prestación y que, en caso de incumplimiento, representan una garantía para el resarcimiento en favor del no infractor. Así, estas arras que son simplemente confirmatorias con el cumplimiento, imputándose al crédito de quien las recibe, se convierten en arras penales con el incumplimiento imputable, pues si la prestación no es satisfecha, quien cumple tiene la facultad de dejar sin efecto el contrato conservando las arras o exigiéndolas duplicadas, con lo que su efecto normal es reparatorio o sin adición al *quantum* de las arras de los eventuales daños y perjuicios resultantes, para cuya consecución, y en el ejercicio de la otra alternativa, podrá acudirse a vías judiciales demandando la ejecución o la resolución del contrato.

La pérdida o restitución doblada es común a las arras penales y a las penitenciales. Mas su causa es distinta. En las penitenciales no es el incumplimiento, sino que se halla en el ejercicio de la facultad pactada, por lo que quien desiste cumple. Ante el ejercicio de la facultad de retractación no puede hablarse de incumplimiento ni de la correlativa reparación de daños y perjuicios. Hay cumplimiento tanto si se realiza la prestación como si se desiste. La causa en las arras penales sí es el incumplimiento. De otro lado, la pérdida o devolución duplicada en las penitenciales no constituye resarcimiento, al no ser efecto de la inejecución sino el precio de la facultad de retractación (6). Hay otra nota común entre ellas. Las arras confirmatorias, caso de cumplimiento, no se restituyen sino que se imputan al precio, lo mismo que las penitenciales cuando no se ha utilizado la facultad de desistir, con lo que ambas vienen a coincidir con una anticipada parcial ejecución de la prestación debida.

El artículo 1454 del Código Civil tan solo preve uno de los fines del pacto arral: el propio de las penitenciales. Pero pueden perseguirse otros de distinta naturaleza. La sentencia de 1-4-1958 fue la primera en establecer de modo expreso los tipos de arras que tienen cabida en nuestro ordenamiento civil, enumerando las confirmatorias, penales y penitenciales,

(6) Así, la sentencia de TS de 19-6-1986. La de instancia había identificado el arrepentimiento o desistimiento del artículo 1454 del CC con el incumplimiento culpable del contrato. El Tribunal Supremo declaró que tal identificación es inadmisible, en cuanto el desistimiento implica el lícito ejercicio de una facultad o derecho potestativo concedido por el ordenamiento jurídico, y el incumplimiento supone la vulneración del contenido obligacional asumido por la parte.

coincidiendo con la doctrina más caracterizada de la época (7) y también con nuestro propio criterio (8). Sin embargo, ya mucho antes el Tribunal Supremo había admitido que la intervención de arras en los contratos no tiene siempre la misma significación. La antigua sentencia de 11-10-1927 afirmaba que las arras se dan bien con objeto de comprometerse las partes a la conclusión del contrato y ejecución por el temor de perderlas el que las ha dado o de restituirlas dobladas el que las ha recibido, o bien con el fin de tener una señal o prueba de la perfección del mismo, para no dejar al arrepentimiento de ninguna de las partes. Quedaban así apuntados los fines de las especies de arras que describiría con específica denominación la sentencia de 1-4-1958. Esos mismos fines se hallaban implícitos en la sentencia de 8-7-1933 que, situándose ahora en el precontrato, dice que las arras pueden estimarse como prueba o señal de la intención de los contratantes de consumar un contrato proyectado, como signo de su perfección para no dar lugar al arrepentimiento de ninguna de las partes, o bien como cláusula penal encaminada a indemnizar el daño sufrido por el contratante que cumplió sus obligaciones. A esa misma pluralidad de fines de las cláusulas arrales se refiere la sentencia de 5-6-1945. Tras precisar que las arras penitenciales constituyen para cada uno de los contratantes un medio lícito de desligarse del vínculo contractual sin anuencia del otro, agrega que el objeto de la entrega de señal no es, en todo caso, el mencionado, porque el artículo 1454 al prever el supuesto de intervención de arras contempla sólo uno de los fines que pueden perseguirse mediante su entrega (el de reservarse las partes un cierto *ius poenitendi*), sin mencionar otros distintos que la jurisprudencia ha señalado en sentencias de 11-10-1927 y 8-7-1933. En análogos términos, la sentencia de 22-2-1949. Esos fines distintos a los del artículo 1454 se concretaron en la sentencia de 15-6-1945, al observar que las arras tanto pueden ser prueba de consu-

(7) CASTAN. Derecho de obligaciones, 8.ª edición, pág. 79 estudiaba ya las arras penales, las confirmatorias y las penitenciales. Estas últimas constituyen un medio lícito de desistir del contrato mediante la pérdida de las arras por quien las entregó o la restitución doblada por quien las recibió; las confirmatorias son una señal o prueba de haberse celebrado el contrato; y las penales, que tienen como finalidad establecer una garantía del cumplimiento del contrato mediante la pérdida de las arras o su devolución duplicada en caso de incumplimiento.

(8) Las arras en el Derecho de la contratación, 1958, pág. 45, en donde distinguíamos arras confirmatorias, que son las dirigidas a reforzar de algún modo la existencia del contrato, ya constituyan una señal o prueba de haberse celebrado o un principio de ejecución; arras penales que son en realidad una especie de las confirmatorias, y tienen como finalidad establecer una garantía del cumplimiento del contrato, mediante la pérdida de las arras o de su devolución doblada, caso de incumplimiento; y arras penitenciales que constituyen un medio lícito de desistir del contrato, mediante la pérdida de las arras por quien las entregó a la restitución doblada por quien las recibió.

mación como signo de perfección del contrato y también expresión de una cláusula penal encaminada a indemnizar el daño sufrido por el contratante que cumplió sus obligaciones en supuestos de incumplimiento por el otro. Se está aludiendo con esas expresiones a las arras meramente confirmatorias y a las penales. En forma parecida se pronunció la sentencia de 22-10-1948 al rechazar la pretendida infracción del artículo 1454 denunciada en el recurso, porque «las arras no tienen siempre la misma significación y se entregan para distintos fines, como pueden ser el de medio de prueba de la celebración del contrato o el de constituir un anticipo del precio», con lo que, resumidamente, vienen a considerarse las confirmatorias y las penales. No se separa de las anteriores sentencias la de 20-5-1967 al anotar que las entregas dinerarias, llamadas arras o señal, previas a la consumación, tienen muy diversas finalidades: unas veces, como cláusula penal, otras llevando implícita una resolución onerosa para la parte que toma la iniciativa en el voluntario incumplimiento de estas entregas. Este texto se transcribió en la sentencia de 19-10-1984.

En definitiva, las arras no penitenciales en la jurisprudencia de esta reseñada etapa, presentan las siguientes notas:

— Constituir señal o prueba de la perfección del contrato (sentencias de 11-10-1927, 8-7-1933).

— Ser medio de prueba de la celebración del contrato (sentencia de 22-20-1948) o prueba de la consumación (sentencia de 15-6-1945).

— Signo ostensible o prueba de su perfección (sentencias de 8-7-1933, 5-6-1945) o signo externo de perfección (sentencia de 20-5-1967).

— Ser parte anticipada del precio (sentencias de 5-6-1945, 22-20-1948, 11-11-1950, 20-4-1955).

— Expresión de una cláusula penal encaminada a indemnizar los daños producidos por el incumplimiento (sentencias de 8-7-1933, 15-6-1945).

De todas ellas se desprenden los modos de manifestarse las arras confirmatorias: son signo exterior probatorio de que ha tenido lugar la conclusión de un contrato, constituyen una anticipada ejecución parcial de la prestación pactada en cado de cumplimiento y actúan ante el incumplimiento como un preventivo resarcimiento de los daños.

Las variedades de arras, con explícita denominación, que surgieron con la sentencia de 1-4-1958 (penales, que actúan como cláusula penal compulsiva del cumplimiento; confirmatorias, que garantizan la perfección y el cumplimiento del contrato, y penitenciales, que pueden determinar el desistimiento) son reproducidas en otras muchas, incluso con mayor rigor

y exactitud. La sentencia de 7-7-1978, a la que siguen literalmente las de 10-3-1986, 12-6-1986 y 21-6-1994, entiende que el concepto de arras no es simple ni uniforme, señalando la existencia de estas clases: unas llamadas penitenciales, que son las que parece contemplar el artículo 1454, concebidas a manera de multa o pena correlativa al derecho de las partes de desistir a su arbitrio del contrato; otras denominadas confirmatorias, que son índice o expresión de un contrato con fuerza vinculante, que no facultan, por tanto, para resolver la obligación contraída y que normalmente se corresponden con las entregas a anticipos a cuanta del precio, de la que es ejemplo en nuestro sistema el supuesto del artículo 343 del Código de Comercio; junto a las cuales pueden ponerse, además, las conocidas como penales (identificadas en algún ordenamiento jurídico, como el italiano, según resulta del Código Civil de 1942), con las que, en efecto, se confunden cuando lo entregado como arras no se imputa el precio, sino que funciona de modo similar a lo que ocurre con la cláusula penal del artículo 1152, como resarcimiento —en este supuesto anticipado— para el caso de incumplimiento, y siempre con la posibilidad de reclamar que la obligación pactada sea estrictamente cumplida.

En otras sentencias posteriores se destacan esas mismas funciones para las cantidades entregadas a título de arras. He aquí una síntesis ordenada de su doctrina.

Se tratará de arras penitenciales cuando la entrega se hace en previsión de un posible desistimiento o retractación autorizados de antemano (sentencias de 17-2-1982, 2-12-1988), siendo las únicas que facultan para resolver el contrato. (Sentencias de 90301989, 31-7-1992).

Arras confirmatorias o consistentes en la entrega de una cantidad por una parte a la otra en señal de confirmación del contrato una vez perfeccionado (sentencias de 17-2-1982, 2-12-1988, 31-7-1992), o como prueba de su conclusión (sentencia de 9-3-1989); lo entregado en cuanto anticipo o parte del precio (sentencia de 31-7-1992) se imputa al precio total fijado en la compraventa (sentencia de 2-12-1988) caso de cumplimiento.

Arras penales, las entregadas para responder del cumplimiento (sentencias de 31-7-1992, 9-3-1989) o en garantía de la indemnización que pudiera originar el incumplimiento (sentencias de 17-2-1982, 2-12-1988), por lo que si el contrato es incumplido se pierden (sentencias de 31-7-1992, 9-3-1989, 2-12-1988), y al no estar autorizado el incumplimiento (sentencia de 17-2-1982) ni permitido el desistimiento (sentencias de 31-7-1992, 9-3-1989), la parte a quien se entregaron podrá exigir el cumplimiento en la forma ordinaria (sentencia de 17-2-1982).

III. PAGO PARCIAL Y ARRAS: NO PRESUNCIÓN DE LAS ARRAS

Las sumas entregadas a la conclusión de los contratos de ejecución diferida, en la duda, se reputan pago parcial y no arras. Se parte así de la no presunción de la existencia de arras para las cantidades dadas a la perfección del vínculo contractual, y de que esa dación integra una anticipada parcial ejecución de la prestación convenida, pues al tener las arras función de pena civil, en principio no puede aceptarse que las partes las hayan previsto tácitamente. Para que constituyan arras es necesario que en la intención de los contratantes aparezca que tal suma fue dada para conseguir los fines propios de los tipos de arras admitidos. Ya en el campo de las arras, se reconocerá el carácter confirmatorio si no resulta claramente del pacto la función penitencial, porque los contratos se celebran para que tenga lugar su ejecución, y en las confirmatorias la cantidad entregada es una señal de que la voluntad de las partes para la obligación contraída es la de su cumplimiento ulterior; la posibilidad de retractarse tras la aceptación, como ocurre en las penitenciales, es situación excepcional que debe constar en forma expresa al quedar la ejecución del contrato condicionada en cuanto puede sustituirse unilateralmente por la sanción (pérdida o devolución *ad duplum*).

Luego si lo entregado se considera como un principio de cumplimiento, en caso de inejecución se estará a las normas generales sobre la acción, excepciones e indemnización de daños y perjuicios.

Las cuestiones apuntadas han tenido acceso a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La declaración general de que las arras no se presumen de halla en la sentencia de 9-3-1989. Esta misma conclusión la obtenemos de otras sentencias. Estableció la de 29-10-1976 que para que la cantidad entregada por el comprador tenga el concepto jurídico de arras, es preciso que conste dicho carácter de una manera clara y evidente, y de no ser así la entrega de dinero debe considerarse como un anticipo del precio. La sentencia de 20-10-1981 negó la existencia de arras porque la cantidad que el comprador entregó al vendedor no lo fue cumpliendo ninguna de las funciones asignadas a las arras, sino simplemente como un pago parcial del precio. En la sentencia de 10-3-1986 se dice que de los documentos interpretados conforme a los artículos 1281-1282 del CC, se llega a la conclusión inequívoca de que contienen un auténtico convenio de compraventa, haciendo figurar una «entrega a cuenta del precio» que dada la interpretación restrictiva del contrato de arras y al no constar la voluntad indubitada de las partes de que se repute como tal, debe ser considerada

como parte del precio. En igual sentido, las sentencias de 31-7-1992 y 3-10-1992.

IV. ARRAS CONFIRMATORIAS Y DE RETRACTACIÓN: EL EFECTO PENITENCIAL NO SE PRESUME

Nada sobre este punto aclara el artículo 1454 del Código Civil. Pero en cuanto norma no imperativa, su contenido que asigna carácter penitencial a las arras, puede ser modificado por voluntad de las partes dando otra significación a la entrega a título de arras. Si en la estipulación se ha expresado con claridad la condición atribuida a las arras, esa voluntad debe ser respetada. El carácter confirmatorio o liberatorio y penitencial de las arras dependerá de la voluntad de las partes. ¿Mas qué decir si dados los términos de la cláusula, la voluntad aparece incierta? ¿A falta de un pacto explícito sobre la naturaleza de las arras, el artículo 1454 actúa como norma supletoria en la calificación de las mismas, presumiéndose la facultad de desistir? ¿O, al contrario, hay que presumir que fueron dadas como medio para confirmar la existencia y garantizar el cumplimiento del contrato? Para todos los pactos carentes de precisión sobre la modalidad convenida de arras, se presume que lo querido fueron las arras con función de garantía para el cumplimiento de las obligaciones asumidas. La función penitencial no se presume. Salvo pacto en contrario, las arras confirmatorias son el exponente de la regla general. Las penitenciales se presentan a título de excepción y son fruto exclusivo de la voluntad expresa de las partes, debiéndose hacer constar de forma inequívoca que esa fue la intención. La única atenuación a ese rigor penitencial es que no resulta imprescindible que se utilice en el pacto el término de arras de desistimiento, bastando con que figuren los efectos privativos de ellas.

Al criterio apuntado no es ajena la jurisprudencia, cuando, de modo general, ha establecido que aún en defecto de una clara declaración de voluntad contractual sobre el título o modalidad de la entrega de arras, no es de aplicación el artículo 1454, porque las arras sólo se entienden penitenciales cuando resulte que esa fue la intención de las partes, sin que puedan sobreentenderse; y que, en consecuencia, es esencial que conste de manera clara y evidente que mediaron esas arras para que cada parte pueda desistir válidamente.

Para el Tribunal Supremo la calificación de las arras es función de interpretación del contrato y privativo por tanto de la soberanía de los juzgadores de instancia (sentencia de 24-12-1992 y 21-6-1994) cuyo resultado ha de ser mantenido, sin que pueda ser objeto de revisión casacional, a no ser que el mismo sea notoriamente erróneo, conculcador de preceptos

hermenéuticos (sentencias de 1-4-1958, 16-3-1992, 31-7-1992, 29-9-1992), contradictorio (sentencias de 7-7-1978) o de manifiesta falta de consistencia lógica o de arbitrariedad (sentencia de 4-11-1991). Asimismo ha declarado que el problema de precisar la naturaleza de las arras se reduce, en cada caso, a una cuestión de valoración de la voluntad exteriorizada, resolviéndose las dudas que puedan surgir sobre el tipo de arras, su alcance y efectos, utilizando las normas de interpretación contractual previstas (sentencias de 7-7-1978, 20-5-1967, 7-2-1966, 1-4-1958), y que como el artículo 1454 presenta carácter excepcional, es imprescindible siempre una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales sobre arras, debiendo constar de modo expreso la naturaleza penitencial (sentencias de 23-11-1994, 21-6-1994, 28-9-1992, 31-7-1992, 3-3-1992, 6-2-1992, 8-5-1990, 9-3-1989, 30-4-1988, 12-6-1986, 10-3-1986, 19-10-1984, 17-2-1982, 20-10-1981, 7-7-1978, 16-12-1970, 8-2-1966). En otro caso, la suma recibida sirve para confirmar el contrato celebrado (sentencias de 28-9-1992, 12-12-1991), pues no en vano la nota genérica de la no presunción de arras alcanza en las penitenciales su mayor rigor, exigiendo su constancia si no denominándolas expresamente con su específico nombre, sí haciendo constar inequívocamente la función resolutoria que contienen (sentencia de 9-3-1989). Esta no presunción de la naturaleza penitencial de las arras ha sido una constante, con ocasionales rupturas, en la jurisprudencia. Las más viejas sentencias que abordaron el tema, dijeron que para la producción del efecto penitencial y desligarse las partes del contrato, es necesario que conste de una manera expresa, clara y evidente que quisieron darles el carácter y efectos que el artículo 1454 les atribuye, reputándose en otro caso anticipo del precio (Sentencias de 24-11-1926, 11-10-1927, 16-1-1933, 22-10-1948). Y las más recientes (Sentencias de 23-11-1994, 21-6-1994, 10-6-1994, 15-3-1994, 28-2-1994) reiteran que el artículo 1454, por su condición de penitencial, para que tenga aplicación es preciso que por una voluntad de las partes, claramente constatada, se establezcan tales arras, expresando de una manera clara y evidente la intención de los contratantes de desligarse de la convención por dicho medio resolutorio, ya que en otro caso cualquiera entrega o abono habrá de valorarse como parte del precio o pago anticipado del mismo. Esta construcción jurisprudencial está representada por otras muchas decisiones del Tribunal Supremo (Sentencias de 24-12-1992, 3-10-1992, 28-9-1992, 31-7-1992, 6-2-1992, 12-12-1991, 4-11-1991, 9-5-1990, 30-4-1988, 12-6-1986, 10-3-1986, 19-10-1984, 10-11-1983, 17-2-1982, 20-10-1981, 29-10-1976, 7-7-1978, 8-2-1966, 16-12-1970, 14-11-1970, 1-4-1958, 22-10-1956).

Frente a esta solución tan generalizada en sentencia aisladas se encuentra una cierta predisposición al carácter penitencial, con el consiguiente

apartamiento del principio de la no presunción de las mismas. Es el caso de la sentencia de 20-5-1967. En ella se sostiene que cuando las arras están en el contrato cumplidamente previstas y no son contrarias a la ley, han de ser respetadas, pero cuando la expresión de voluntad no aparece clara, sea por parquedad o confusión, habrá que recurrir a las normas interpretativas de los artículos 1281 a 1289, y cuando de dicha interpretación se pueda deducir solo la voluntad inequívoca de que medien arras en el contrato, sin especificar sus consecuencias, procederá la aplicación en forma supletoria del único precepto que bajo ese nombre regula la institución, que es el artículo 1454. Por su parte, la sentencia de 19-10-1984, con cita de la anterior, dice que la mediación de arras o señal en el contrato en defecto de otra voluntad claramente manifestada, confiere la facultad de resolver.

V. ARRAS CONTRACTUALES, CLÁUSULA PENAL Y MULTA PENITENCIAL

El elemento diferenciador esencial de las obligaciones accesorias en que consisten el pacto de arras, la cláusula penal y la multa penitencial, se halla en el carácter real de los variados tipos de arras contractuales, en cuanto suponen en todos los casos la dación actual de una suma de dinero o de otras cosas fungibles, mientras que la estructura de las otras estipulaciones se forma con la simple promesa de prestación para el supuesto de incumplimiento (pena convencional) o de la opción por la resolución sin incumplimiento (dinero de arrepentimiento). Son, sin embargo, de señalar algunas notas que justifican la aproximación, ya que no la identificación, entre tales figuras jurídicas.

1. *Arras penales y cláusula penal*

Un civilista muy caracterizado (9) reconduce las arras a una pena convencional pagada por anticipado, y advierte que las diferencias se reducen al carácter de promesa para la cláusula penal y al hecho de que la dación arral suele ser inferior y no superior a la real cuantía de los daños nacidos del incumplimiento. En cualquier caso, entendemos que para fijar con precisión los límites, es obligado distinguir entre las distintas formas arrales, excluyéndose desde un principio de esa caracterización general las peni-

(9) BARASSI. La teoría generale delle obligazioni, III, pág. 489.

tenciales, al no condicionarse sus efectos al incumplimiento de la obligación principal, como sucede en la cláusula penal, sino al cumplimiento o ejercicio del convencional derecho de resolución. Situados en el específico marco de las arras penales, cuya pérdida se origina, como en la cláusula penal, con el incumplimiento, destacamos algunas peculiaridades.

En las llamadas obligaciones con cláusula penal, junto a la obligación principal existe otra accesoria, que tiene por objeto el establecimiento de una sanción o pena convencional, y cuya exigibilidad depende del incumplimiento o el cumplimiento irregular de la obligación principal por el deudor. El objeto del pacto arral, también cláusula accesoria de un contrato perfeccionado, normalmente el de compraventa, está constituído por una suma dineraria que se pierde por el *tradens* o se devuelve duplicada por quien la recibe, una vez producido el incumplimiento propio, de donde se desprende que junto al incumplimiento late siempre en ellas el carácter sinalagmático, pues aún cuando sólo una de las partes hace la entrega, la aceptación crea una obligación que equipara las responsabilidades, por lo que el Tribunal Supremo ha podido decir (sentencia de 3-10-1992) que es de esencia a los pactos arrales su bilateralidad, consecuencia de la igualdad entre las partes y la reciprocidad de sus obligaciones y derechos. Al contrario, la cláusula penal aunque pueda conllevar efectos recíprocos, normalmente se emplea para asegurar la prestación de una de las partes contractuales.

Así resulta ser un elemento de relieve para la distinción entre arras penales y pena convencional el de la naturaleza meramente obligatoria para la relación de cláusula penal, al que se contrapone en las arras una efectiva dación como elemento esencial para la perfección del pacto y la constitución del vínculo. El carácter de acto real asignado a las arras representado por la entrega, que se destaca frente a los efectos obligatorios o acuerdo por el cual ante el incumplimiento se promete una prestación, propio de la cláusula penal, está recogido en la sentencia de 12-3-1965, al declarar que los actos externos que presentan las arras, de entrega de cantidad y su atribución al pago del precio, nunca se dan en la cláusula penal.

Por su finalidad, arras penales y pena convencional pueden coincidir, en cuanto ambas cumplen una función de especial garantía estimuladora de la actividad solutoria con la predeterminación del resarcimiento en límites incluso superiores al real presumible, agravándose así la responsabilidad del deudor por incumplimiento. Pero el efecto de límite al resarcimiento del daño, en condiciones normales, es también propio de arras y pena convencional; en este caso la atribución arral lo mismo que la pena convencional, tienen un valor equivalente a los producidos por el incumplimien-

to. Solo están disciplinados legislativamente en sede de cláusula penal. El régimen común a la pena convencional es el de su naturaleza sustitutiva o con función liquidatoria de los posibles daños por anticipado que habría de ocasionar al acreedor el incumplimiento o el cumplimiento inadecuado de la obligación (sentencias de 22-10-1990, 7-3-1992), y que es el previsto en el artículo 11152, inciso primero, del Código civil; de igual modo, la pérdida de la cantidad entregada como arras o la devolución *ad duplum* de lo recibido, cumple función de liquidación preventiva de los daños, pero con la diferencia de que en la cláusula penal el efecto sustitutivo de la reparación abarca tanto los perjuicios derivados del incumplimiento (pena compensatoria), como los del retraso (pena moratoria) y en las arras el efecto sustitutivo halla su límite en el incumplimiento, al no ser posibles arras penales en prevención de un simple cumplimiento retardado.

La otra función, la cumulativa o estrictamente penal, tampoco es ajena a la pena convencional (sentencias de 21-2-1959, 8-2-1989, 22-10-1990), pero requiere pacto expreso (artículos 1152 y 1153, inciso final, del Código Civil) en cuanto representa sancionar el incumplimiento con consecuencias más onerosas para el deudor de las que normalmente van unidas a la infracción contractual, y se manifiesta en la exigencia conjunta de sanción e indemnización de daños y perjuicios (artículo 1152 del CC) o en el cumplimiento forzoso y la satisfacción de la pena (artículo 1153, último párrafo, del CC). Esta modalidad acumulativa o de petición simultánea de cumplimiento coactivo y exigencia de pena, ha de constar de manera inequívoca (sentencia de 18-4-1986).

La equivalencia o identidad de fines que cumplen arras penales y cláusula penal no es desconocida por la jurisprudencia. Así, se ha dicho que las arras pueden ser expresión de una cláusula penal encaminada a indemnizar el daño sufrido por el contratante que cumplió sus obligaciones en supuestos de incumplimiento del otro (Sentencias de 8-7-1933, 5-6-1945, 15-6-1945, 5-7-1956); que las arras penales funcionan de un modo similar a lo que ocurre con la cláusula penal, como resarcimiento, en este caso anticipado, para el caso de incumplimiento (sentencias de 7-7-1978, 12-6-1986, 21-6-1994), y, en fin, que las arras penales actúan como una cláusula penal compulsiva del cumplimiento del contrato (sentencia de 1-4-1958).

No es de aplicación el artículo 1154 del Código Civil a las arras penales. La cláusula penal origina la obligación accesoria de exigibilidad de la pena convencional producido no sólo el incumplimiento total de la obligación principal sino también cuando tengan lugar cumplimientos parciales, defectuosos o retardados, si bien para estos es posible la moderación equitativa de la pena (artículo 1154 del CC). Las arras penales

se establecen y son debidas dado el incumplimiento total imputable; el cumplimiento parcial impide que desplieguen sus efectos. Tesis, la de la no extensión del artículo 1154 a las arras, admitida por el Tribunal Supremo en sentencia de 12-3-1965. Discutida la interpretación de una cláusula agregada a una compraventa, entendió que ya se considere que el pacto es constitutivo de arras a cuenta del precio o de una cláusula contractual *sui generis* de obligatorio cumplimiento, en ningún caso sería aplicable la facultad moderadora del artículo 1154, que sólo afecta a la cláusula penal; de ahí que, continúa diciendo, la sentencia de instancia al entender lo contrario, haya infringido por aplicación indebida el artículo 1154 y por no aplicación el 1454, por lo que debe ser anulada, máxime que en el caso debatido la obligación no se ha cumplido en parte ni irregularmente como exige el artículo 1154 para que pueda moderarse la indemnización.

Existen cláusulas cuya adscripción a las arras penales o a la cláusula penal se presenta como dudosa. Es lo que sucede cuando se pacta —hecho frecuente, particularmente en las compraventas inmobiliarias— que el incumplimiento determine no sólo la resolución del contrato, sino, además, que los plazos ya satisfechos por el comprador sean retenidos total o parcialmente por el vendedor y hechos suyos a título de indemnización de daños. Son cláusulas resolutorias que, a su vez, incorporan un pacto que como en el comisorio, en sentido estricto, de los contratos de garantía, hay adquisición o retención de bienes o dinero a consecuencia de un incumplimiento. El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre ellas en un doble sentido. Por un lado, considera válidas las cláusulas de resolución con efectos comisorios, sin perjuicio de que por aplicación del artículo 1154 del CC proceda moderar la penalización contractual impuesta al incumplidor si el total importe indemnizatorio resultare desproporcionado o excesivo (sentencias de 3-3-1967, 31-10-1968, 30-6-1981, 25-2-1984, 18-10-1985, 26-1-1988, 2-6-1989, 26-12-1990, entre otras); y por otro, entiende que la retención de los anticipos de la prestación reviste la naturaleza propia de las cláusulas penales, tesis que se halla expresa en las sentencias de 3-3-1967 y 7-10-1990; en esta última se dice que la cláusula resolutoria con retención por el vendedor de la mitad de las cantidades ya satisfechas, comporta y supone, ciertamente, una pena convencional, pues esta existe no solo cuando se pacta con tal nombre, sino también cuando se acuerda por las partes cualquier otra estipulación que lleve al mismo resultado. Otro es, sin embargo, el criterio de la sentencia de 22-10-1990: en pacto agregado a una compraventa se prevenía que caso de incumplimiento de sus obligaciones por el comprador, si el vendedor optase por la resolución del

contrato, se producirá «la pérdida por el comprador de las cantidades por él entregados a cargo del precio total». Declara el Tribunal Supremo que este pacto no puede ser imaginado como una cláusula penal, al no darse en él ninguna de las funciones de tal cláusula (coercitiva o de garantía, liquidatoria del daño y estrictamente penal), sino meramente como una garantía encaminada a compensar económicamente la inadecuada ocupación del local objeto de la controversia después de producirse falta de pago del precio convenido en los plazos establecidos, determinante de la sanción resolutoria contractual en favor del vendedor, dado que la pérdida de las cantidades ya entregadas viene establecida no con finalidad de cumplimiento, sino para el supuesto de incumplimiento, sin que signifique evaluación anticipada de perjuicios o consecuencias más onerosas de las que normalmente lleva aparejada la infracción contractual, toda vez que aquella suma en modo alguno cubre el perjuicio de la ocupación del local.

Para negar la naturaleza de cláusulas penal al pacto que atribuye al vendedor el derecho de retener como indemnización las cantidades ya satisfechas del precio aplazado, adquiere relieve la consideración de que el campo propio de la pena convencional se reduce al de los efectos obligatorios o acuerdo por el cual la parte incumplidora ha de realizar una prestación, mientras que en las estipulaciones comisorias de las resoluciones convencionales quien cumple actúa inmediatamente su derecho, reteniendo a título indemnizatorio lo recibido como parcial cumplimiento de la obligación de pagar el precio. Bajo este aspecto estaría, en parte, justificada su aproximación a las arras penales, pues a ellas va unida la pérdida, a cargo del que incumple, del derecho a recuperar las cantidades entregadas. Pero existen razones que contribuyen al rechazo de la posible parificación con arras penales y cláusula penal. Una se cifraría en ser presupuesto implícito en la noción de arras la efectiva dación actual, requisito que se eleva a necesario para la perfección del pacto; y sin que puedan olvidarse otras dos cosas: la vigencia del principio de la no presunción de las arras por el cual sólo las entregas dinerarias coincidentes con la celebración, habiéndose así pactado, tienen la consideración de arras, pero en ningún caso los que subsigan a ese momento, que serán siempre parte del precio fijado en el contrato; y que entrega contemporánea no coincide con la realizada en cualquier momento anterior a la situación de incumplimiento. Para la existencia y eficacia jurídica de los pactos arrales agregados a un contrato, es esencial que haya mediado una entrega real y efectiva en tal concepto. También la estipulación de la pena convencional cuenta con un término esencial: al tiempo de contraerse la obligación. Debiendo agregarse que tanto en el pacto de arras como en la para-

lela cláusula penal sustitutiva, desde su creación estará fijado el invariable efecto de límite al resarcimiento del daño sin que permitan una diversa liquidación (10).

2. *Arras penitenciales y cláusula penal*

Si la pena convencional es, en muchos aspectos, semejante a las arras confirmatorias penales, las penitenciales han sido consideradas por el Tribunal Supremo como cláusula penal impropia (sentencia de 15-6-1945) porque lo que constituye su objeto se entrega anticipadamente, habiendo declarado también que la cantidad dada a la firma de un contrato en concepto de arras —que después se tipifican como penitenciales— puede calificarse de «arras con cláusula penal» o como «cláusula penal convencional» (sentencia de 18-2-1962), imprecisiones terminológicas no justificadas pero que explican la estricta parentela de las figuras en análisis.

Aparte los caracteres de real y bilateral predicables para todas las modalidades de arras y que son ajenos a la pena convencional, las penitenciales actúan en forma paralela a la pena convencional; constituyen realmente una pena privada para la parte que se decide por la retractación y un resarcimiento para la otra, lo que se halla en armonía con la cláusula penal, en la que también existe una pena convencional para el infractor y un resarcimiento para quien cumple. Pero aquí terminan las identidades, porque en un caso se trataría de una pena con causa en el incumplimien-

---

(10) Los pactos en virtud de los cuales se atribuye a la parte cumplidora la facultad de retener y hacer suyas las cantidades que, como parte del precio, se hayan entregado antes del incumplimiento, son calificadas generalmente por la doctrina de cláusulas penales. Pero con excepciones, que sitúan tal cláusula en el radio de las arras penales. Así DELGADO ECHEVERRÍA (Comentarios a la resolución de la Dirección General de los Registros de 16-9-1987, en CCJC 1987, núm. 15, pág. 5012) cuando afirma que aunque tales pactos suelen considerarse cláusula penal, el hecho es que no consisten en la obligación accesoria de pagar una cantidad en concepto de indemnización, sino en la apropiación de cantidades que el vendedor recibió como precio, por lo que más que de pena convencional cabe hablar de arras penales con la peculiaridad de que estas arras se van constituyendo sucesivamente conforme el comprador va pagando los plazos del precio y adquieren este carácter al producirse la resolución. Tesis con la que coincide JORDANO FRAGA (La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria, 1992, pág. 187) al confirmar que tal pacto está más cerca de las arras que de la cláusula penal, pero con la particularidad respecto a las arras penales típicas de que la entrega no se produce en un único acto sino que puede producirse sucesivamente en varios (tantos como pagos parciales haya realizado el comprador) previamente a su incumplimiento, y la consecuencia derivada de ello de la variabilidad de la suma que actúa como indemnización. A esta dirección se adhiere SANZ VIOLA (La cláusula penal en el Código Civil, 1994, pág. 45).

to, y en el otro, el de las penitenciales, la pena trae su causa de la resolución. De igual modo, los respectivos presupuestos básicos se contraponen, al desenvolverse las arras en el área del cumplimiento, en tanto que la pena convencional se origina y desarrolla en el ámbito del incumplimiento. También es antitético el mecanismo de sus funciones; si la cláusula penal asegura una reparación por el incumplimiento o el cumplimiento inexacto del deudor, las arras penitenciales, que son entregadas en previsión de un desistimiento unilateral, limitan el resarcimiento si se ejercita el derecho potestativo de resolución, que es facultad alternativa tan lícita como el cumplimiento, porque quien desiste mediando arras penitenciales también cumple (sentencias de 17-2-1982, 19-6-1986, 2-12-1988, 31-7-1992).

Cuando se agrega una cláusula penal a un contrato si la pena convencional prevista es de entidad y exigible cumulativamente, se está pensando desde un principio en su ejecución, ya que al reforzarse el vínculo coercitivo la ruptura es más difícil; en el pacto de arras penitenciales, aunque no excluye el cumplimiento, es previsible desde el momento del convenio su inejecución, en cuanto se dispone de un derecho de resolución cuyo precio se conoce anticipadamente por estar limitado a la medida de la pena arral.

El sentido esencial de la separación entre arras penitenciales y pena convencional se recoge en la sentencia de 22-2-1949, cuando afirma que «las arras penitenciales, dado su objeto, no pueden estimarse, identificadas con la pena convencional, bastando para llegar a esta conclusión tener en cuenta que así como a tenor del artículo 1454 la intervención de arras penitenciales implica una facultad de separarse del contrato allanándose el comprador a perderlas o el vendedor a devolverlas duplicadas, la finalidad de la pena convencional es distinta según claramente aparece del texto de los artículos 1152 y 1153 del Código Civil e hizo notar ya esta Sala en su sentencia de 28-12-1946».

3. *Multa penitencial, cláusula penal y arras*

Aparte otras características ya anotadas, la pena convencional normal coincide con las arras penales en que ambas sancionan el incumplimiento, y se distingue de las penitenciales porque estas legitiman la resolución. Pero existe otro tipo de pena convencional, la que faculta para librarse de la obligación mediante la realización íntegra de la prestación en que consiste la pena, que es semejante a las arras de retractación y recibe el nombre de multa penitencial o dinero de arrepentimiento. Esta facultad de sustitución, que no es normal general en el derecho de obligaciones (el artículo

1166 del CC se opone a ella), está reconocida en el artículo 1153, inciso primero; si la regla general en las obligaciones con cláusula penal es que el deudor no puede elegir entre cumplir la obligación o la pena, sin embargo puede concederse la facultad de opción, en cuyo caso la prestación principal, que tiene prioridad, puede ser sustituida por la accesoria o pena convencional. Estaríamos así ante una obligación facultativa que no es propia pena convencional sino multa penitencial (sentencias de 28-12-1946, 123-6-1962, 21-2-1969 y 7-5-1977) o mejor, ante una obligación con facultad alternativa, llamada también facultativa, porque el deudor se libera con una prestación preventivamente determinada pero distinta de la debida, pero con la variante de que la multa penitencial se distinguiría de la facultad alternativa en ser medio para resolver y no para cumplir.

La multa penitencial aunque por su encuadre normativo es una pena convencional, se aleja de ella no sólo por su naturaleza sino también por su funciones, en cuanto representa la ejecución de la promesa de entregar la suma estipulada si el deudor ejercita la facultad reservada de desistir unilateralmente de la obligación principal a la que sustituye, lo mismo que al resarcimiento. El Tribunal Supremo entiende que solo si se considera la cláusula penal en sentido amplio, la multa penitencial sería una modalidad de ella. Así, la sentencia de 21-2-1969, en la que se cuestionaba la naturaleza de una cláusula que facultaba al deudor para eximirse del cumplimiento de la obligación principal pactada pagando la pena que se estipuló, reconoce que en nuestro ordenamiento jurídico la cláusula penal presenta una triple finalidad, con asignación de una función liquidatoria o sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios (artículo 1152, párrafo primero del CC), una función liberatoria (artículo 1153 párrafo primero) o *multa poenitencialis* y una función verdaderamente penal o pena cumulativa (artículo 1153 inciso segundo); concluye la sentencia afirmando que «en sentido estricto solo merece ese nombre —el de cláusula penal— cuando se estipula que el acreedor puede pedir el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena (pena cumulativa), dejando de merecer aquel nombre tanto en el supuesto de que por pacto expreso se deje al arbitrio del deudor la posibilidad de liberarse del cumplimiento de la obligación principal pagando la pena, en cuyo caso existe más bien una obligación facultativa con cláusula de sustitución y surge la pena de arrepentimiento o *multa poenitencialis*, como en el supuesto de que se le asigne una función liquidatoria o de cubrimiento del riesgo en el que, en realidad, viene a consistir una anticipada fijación del importe de los daños y perjuicios que pueden derivarse del incumplimiento, sin necesidad de acudir a un ulterior proceso para tal fijación». Y la sentencia de 28-12-1946, cuya doctrina se reproduce literalmente en la de 7-3-1992, diferen-

cia la multa penitencial o dinero de arrepentimiento de la cláusula penal, señalando al efecto que «mientras la pena convencional aparece *in obligatione*, si bien con el carácter de condicional y accesoria, el dinero de arrepentimiento no se halla en igual caso, pues solamente surge la obligación de pagar la cantidad señalada cuando existiendo la reserva del derecho de resolución, a cambio de esta prestación pecuniaria se hace uso de tal facultad por su titular, siendo de observar un reflejo de la apuntada diferencia en nuestro Código Civil si se compara el efecto de las arras penitenciales (artículo 1454) con lo dispuesto respecto a la pena convencional (artículo 1152)».

La analogía fundamental entre arras penitenciales y multa penitencial reside en que ninguna de ellas constituyen manifestaciones del incumplimiento, sino que al tener su origen en un *ius poenitendi*, preventivamente reservado, que se hace depender del ejercicio de la facultad de resolver, no puede decirse que integran un acto irregular sino un acto totalmente lícito que extingue la relación obligatoria. A lo que debe añadirse que, en su objetividad, ambas sanciones, tanto la representativa del *quantum* del dinero de arrepentimiento como la de las arras, no están previstas como agravatorias del resarcimiento, sino que lo sustituyen al ser incompatibles con otros recargos indemnizatorios.

Las líneas de su separación aparecen también con claridad. Nos hallaremos ante una cláusula accesoria de multa penitencial, si se ha determinado la cantidad considerada como pena en el momento de formalizarse el contrato pero con la promesa de entregarla su titular al tiempo de ejercitar la facultad de desistir. La entrega de las arras es contemporánea a la perfección del vínculo obligatorio y son titulares de la facultad de resolver las partes contractuales, dado el carácter bilateral y recíproco de aquellas.

VI. VARIEDADES LÉXICAS DE PACTOS ARRALES: CONTRAPUESTOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS ADOPTADOS POR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Aparte los supuestos en que resulte de modo claro, expreso y evidente la voluntad de las partes sobre la naturaleza atribuida a las entregas arrales, en la jurisprudencia se han analizado muy variadas expresiones gramaticales cuya adscripción a una u otra modalidad de arras ha ofrecido dificultades. Se recogen algunas de ellas, para las que el Tribunal Supre-

mo no ha dado soluciones únicas aun cuando los hechos dados eran virtualmente idénticos.

A la no clara configuración jurisprudencial de las modalidades de arras contribuye la terminología, que es imprecisa y no permite una noción unitaria, porque con el mismo nombre se comprenden arras con distinta estructura jurídica y funciones diversas.

1. *«Señal»*

¿La utilización de la palabra «señal», sin más especificaciones, refiriéndose a la cantidad entregada a la perfección del contrato, permite el desistimiento, con lo que tal vocable equivaldría a arras penitenciales? Hay que aclarar la terminología conforme a los precedentes. Para evidenciar un acuerdo sin forma escrita, u otros tampoco dotados de fuerza probatoria, ha sido costumbre muy continuada, entregar como justificación objetos de poco valor que después debían ser restituídos; y también sin necesidad de entregar algo, cumplían esa finalidad ciertos usos (palmada y alboroque) que constituían un signo o señal de que el compromiso se había establecido de modo definitivo. Pero en ningún caso eran imaginados como un medio para resolver que pudiera actuar como eventual resarcimiento. Esta señal o signo representaba exclusivamente una función probatoria, atestiguaba la conclusión del contrato, pero no permitiría el lícito desistimiento. Después, cuando su objeto era ya dinero, «señal» pasó a tener el mismo significado jurídico que las «arras»: en un principio, como éstas, su única función era probatoria (*signum vel testimonium emptoris*) o que constataban la existencia del vínculo, y más tarde se configuran como garantía del cumplimiento reforzando la declaración de voluntad y también como reserva del ejercicio de un *ius poenitendi*. Así arras y señal se utilizaron indistintamente. Esta transformación se aprecia claramente en nuestro derecho medieval cuando la palabra «señal» sustituyó a la de arras que figuraba en los textos romanos clásicos y justinianeos. Si en la Lex Visigothorum (5.4.4.) el término empleado era arras, en su traducción siglos después, con la que surgió el Fuero Juzgo, apareció en su lugar *sennal* (5.4.4.), locución que permaneció en otros Cuerpos legales y Fueros municipales con algunas variaciones exclusivamente gramaticales, como *seinal* (Fuero de Navarra 3.12.18), *senyal* (Observancias de Aragón 4.5.5.), *sennyal* (Fuero de Teruel, 756, 757), y ya *señal* en el Fuero Real (3.10.2) y Las Partidas (5.5.7). En todos ellos las consecuencias de su intervención era la posibilidad del arrepentimiento.

En el artículo 1454 del CC se equiparan arras y señal, por lo que al relacionarse después sólo los efectos de las arras penitenciales, sin dificultades debería concluirse que «señal» encierra siempre la misma idea que arras de desistimiento. Sin embargo, la interpretación que de «señal» ha hecho la jurisprudencia del Tribunal Supremo no es uniforme. En algunas ocasiones el empleo de sólo la palabra «señal», ha dicho que equivale a arras penitenciales; y otras veces, las más, que su utilización en los contratos, significa confirmación del mismo o anticipo del precio.

Para la sentencia de 22-10-1956 «señal» tiene el mismo significado que arras penitenciales, al expresar que «la palabra señal sin ningún otro aditamento que la modifique, expresa el concepto en que el artículo 1454 la emplea para sus efectos». En los hechos de la sentencia de 1-4-1958 constaba que se había entregado por el comprador una cantidad «como señal de este contrato y que caso de cumplirle se le deducirán del total del precio, y para caso de incumplimiento y como garantía del mismo perdería dicha cantidad». Entendió el Tribunal Supremo que en tal cláusula estaban perfiladas arras penitenciales que legitimaban el desistimiento hecho por el vendedor. Mas si se observa el tenor literal del pacto, de él no se extrae efecto penitencial alguno sino los propios del cumplimiento y del incumplimiento correspondientes a las arras confirmatorias penales, por lo que lo decisivo fue el empleo de «señal».

Pero es reiterada la doctrina jurisprudencial que no reconoce a «señal» la función de las arras penitenciales. Ya la sentencia de 5-6-1945 expresaba que las llamadas arras penitenciales constituyen para cada uno de los contratantes un medio lícito de desligarse del vínculo contractual sin anuencia del otro, pero no puede admitirse la tesis de que el objeto de la entrega de «señal» es, en todo caso el mencionado... y no cabe entender que el empleo de esta palabra exprese necesariamente la facultad de separarse del contrato.

He aquí, ahora, otras sentencias más recientes en la misma dirección.

Sentencia de 12-12-1991. El vendedor recibió del adquirente una cantidad «en concepto de señal por la compra de una parcela», pero en un momento determinado la devolvió duplicada con el fin de dar por resuelto lo inicialmente pactado, al entender que la entrega «como señal» integraba la modalidad de arras penitenciales. Razones que no convencieron al Tribunal Supremo. Afirma que la suma recibida lo fue para confirmar el contrato celebrado, porque «si nada se pactó expresa y claramente, las arras han de entenderse confirmatorias y para ser arras penitenciales necesitan la expresión clara y manifiesta de tal carácter; sin que pueda estimarse que la entrega de cantidad "como señal" por sí sola signifique que cada parte

pueda desistir del contrato a su arbitrio en contra del criterio del artículo 1256 y cumpliendo el artículo 1454, toda vez que tal frase, en sí equívoca, puede entenderse como entrega de cantidad en concepto de parte del precio». Para la sentencia de 3-3-1992, esa misma frase de recibir una cantidad «como señal para la compra de una parcela», no entraña el reconocimiento de una facultad resolutoria.

La sentencia de 31-7-1992 recuerda la doctrina de que no cabe entender que el empleo de la palabra «señal» exprese necesariamente la facultad de separarse del contrato, sino que puede ser estimada sin error como anticipo del precio (Sentencias de 11-10-1927, 5-6-1945, 20-4-1955, 15-10-1956).

Sentencia de 28-9-1992. El contrato litigioso después de expresar que el precio de la venta era de 4 millones, dice que «como señal» recibe el vendedor 500.000 ptas, haciéndose constar que la escritura se otorgará en la fecha en que el comprador pueda y decida liquidar el resto. El vendedor ejercitó la acción de desistimiento de la compraventa fundándose en que las arras que habían mediado eran penitenciales. Decae el recurso de casación, puesto «que no cabe entender que el empleo de la palabra "señal" exprese necesariamente la facultad de separarse del contrato, sino que puede ser estimado como anticipo del precio». En los mismos términos, la sentencia de 15-3-1994.

2. *«Arras y señal»*

Si en el artículo 1454 figuran estos vocablos como sinónimos, sin diferencia de significados, el tratamiento jurídico de los mismos será unitario, ya se emplee uno de ellos o ambos de modo conjunto o alternativo. Si son términos semejantes y sustituíbles no es posible su diferenciación y la ruptura de la unidad gramatical. Si «señal» por sí solo no es hábil para el ejercicio de la facultad de desistir, tampoco lo serán «arras y señal» ni «arras o señal». Así se reconoce en la sentencia de 14-11-1991. El comprador de acciones de una sociedad mercantil entregó en el acto de la firma del contrato 10 millones en concepto de «arras y señal», estableciéndose el pago fraccionado del resto del precio. Sostuvo en su demanda que aquella entrega tenía el carácter de arras penitenciales, por lo que el vendedor conforme al artículo 1454 viene obligado a devolver el doble de lo recibido. No prosperó el recurso.

En la sentencia de 21-6-1994 se interpretó el significado de la entrega de 10 millones «en concepto de arras o señal». Se rechazó que con tal ex-

presión haya posibilidad de aplicar el artículo 1454 porque aparte la recepción de aquella cantidad, el vendedor entregó al comprador la escritura para cancelar las cargas del inmueble, acto con el que manifestó una firme voluntad de cumplir, por lo que «es de estimar que la suma entregada en concepto de arras o señal tuvo el carácter y significación de confirmatoria del contrato, sin que por tanto pueda entrar en juego la norma supletoria del artículo 1454».

3. *«Paga y señal»*

Es curioso que en compraventas actuales exista unidad terminológica con expresiones utilizadas hace varios siglos en textos legales. Esto acontece con «paga y señal», giro que ha sido objeto de interpretación en varias sentencias recientes del Tribunal Supremo, y que ya era conocido y valorado por las Observancias de Aragón. En ellas, mediando en los contratos *senyal*, se permitía el arrepentimiento, pero si la entrega había sido hecha por el comprador como *senyal et paga*, se excluía el desistimiento unilateral al reputarse *pars praetii*. Tampoco en este punto el tratamiento dado por el Tribunal Supremo a expresiones idénticas ha sido el mismo. En efecto, «paga y señal» en alguna sentencia se ha interpretado como arras penitenciales, y otras veces como confirmatorias. Mas el uso general y continuado de estas palabras hasta la actualidad apoya la identificación de su significado con el originario.

La sentencia de 20-5-1967 afirma, en principio, que en los contratos de compraventa en los que hubieren mediado arras o señal, el artículo 1454 determina una configuración supletoria de la voluntad manifestada que es decisiva para resolver cualquier duda, lo que obliga a analizar en cada caso que medien arras, si se ha especificado su finalidad para atenerse a ella, o si no se ha especificado tal extremo, para acudir a la norma supletoria. En el supuesto resuelto por el Tribunal Supremo, se acudió a la aplicación de la norma supletoria, por entender que al constar en la cláusula a interpretar solo las palabras «paga y señal», se habían sometido las partes a las consecuencias penitenciales del artículo 1454. Y se argumenta del siguiente modo: en el documento después de describir la finca vendida y señalar la cantidad fijada como precio, se dice haber recibido el vendedor 100.000 pesetas como «paga y señal», frase que por su parquedad sólo afirma la existencia de la institución (de las arras) y ante cuya escueta afirmación ha de aplicarse en forma supletoria el artículo 1454; y sin que sea obstáculo que se dé también a la cantidad entregada el carácter de «paga», ya

que, en definitiva, ese carácter también tienen las arras en caso de cumplimiento del contrato.

Razones que no parecen del todo ajustadas. En primer lugar, porque atendidos los antecedentes, si «señal» podía significar arras liberatorias, al ir acompañada de «paga» la frase formada era incompatible con la función de pena de los incumplimientos legitimados por la facultad de desistir. Y en segundo término, porque pactada la eventual retractación, sólo con la no utilización de la facultad en el tiempo convenido queda expedida la vía para el cumplimiento, voluntario o no, sin que sea necesario convenir que con la falta de ejercicio de *ius poenitendi* lo entregado es «paga» o parte del precio.

La sentencia de 9-5-1990 entendió que al no mediar pacto expreso de arras penitenciales, lo entregado como «paga y señal» tiene la naturaleza de arras confirmatorias y parte del precio. En los antecedentes de la sentencia de 31-7-1992 consta que para la compra de una finca se entregó una cantidad como «paga y señal», debiéndose aplicar a cuenta del total del precio convenido. Llegado el momento de otorgar la escritura y hacerse efectivo el resto del precio, el vendedor, amparándose en el artículo 1454, interesó la resolución devolviendo duplicado lo recibido, tesis aceptada por las sentencias de instancia, pero que el Tribunal Supremo rechazó, dando lugar al recurso del comprador en el que se combatía la calificación de arras penitenciales para lo entregado como «paga y señal».

En los hechos de la sentencia de 28-2-1994 figura que para la compra de un apartamento por documento privado, se entregó una cantidad en concepto de «paga y señal»; el comprador demandó para que se condenara al vendedor al otorgamiento de la correspondiente escritura, momento en que se pagaría el resto del precio. Petición que al ser atendida en ambas instancias, dio lugar a la formalización de recurso de casación por el vendedor denunciando la infracción del artículo 1454, recurso que fue desestimado, declarando el Tribunal Supremo que en él «se olvida la copiosa doctrina de este Tribunal en punto a la necesidad de que conste de manera evidente la intención de las partes de dar a las arras el carácter del artículo 1454 para que produzcan este efecto, evidencia bien lejos del caso presente en que, indebidamente, se da a la expresión "paga y señal" la significación de arras penitenciales en lugar de las de arras confirmatorias, que sobre más conforme con el sentido interpretativo de la total expresión y del resto del documento, es el que le atribuye el Tribunal de instancia con objetivo y prevalente criterio». Se obtiene de los antecedentes de la sentencia de 15-3-1994, que los vendedores recibieron una cantidad en

concepto de «arras o paga y señal» por la compra de la totalidad de las acciones de una sociedad propietaria de una finca. Se rechaza por el Tribunal Supremo que la frase equivalga a arras penitenciales, porque «en el caso litigioso no obstante el uso de las palabras "arras o paga y señal", no aparece establecida una voluntad claramente constatable de atribuirse mutuamente las partes la facultad resolutoria del contrato con las consecuencias del artículo 1454, sino que, al contrario, en una de las condiciones del convenio se imputa esa cantidad que se dice entregada en concepto de arras a cuenta del precio, por lo que ha de entenderse que tal entrega tiene carácter confirmatorio del contrato».

Similar es el caso resuelto por la sentencia de 10-6-1994. Fue vendido un piso, figurando en el contrato una cláusula en la que se hacía constar que el vendedor recibió una cantidad «en concepto de pago y señal», y que el resto se entregaría al otorgar la escritura pública, lo que no tuvo lugar. El Tribunal Supremo entendió que «a la vista de lo dispuesto en el pacto del contrato privado de compraventa, y dado que en el resto de dicho contrato no se contiene referencia o alusión a las consecuencias de su desistimiento o incumplimiento, dicha entrega no puede tener otra consideración que la de ser unas arras confirmatorias y por tanto manifestación de un contrato vinculante».

4. *«Señal y parte del precio»*

Si «señal», individualmente considerada, no cabe interpretarla como previsión de un desistimiento, con menos razón estaremos ante arras liberatorias si «señal» va acompañada de otras palabras indicativas de una voluntad de cumplimiento. Es lo que acontece con «señal y parte del precio», expresión conjunta que encaja en el concepto genérico de arras confirmatorias, porque en situación de cumplimiento lo querido es que lo dado se impute al pago (son parte del precio), aunque no sea inicialmente pago anticipado. Si lo entregado «a cuenta del precio» sin más añadidos, impide la existencia de arras por tratarse de un pago parcial, lo dado con la usual fórmula de «señal y a cuenta del precio» no es parcial y anticipado cumplimiento, sino expresivo de arras confirmatorias, pero que en el cumplimiento tienen función de anticipo del precio. Ya en las Partidas (5.5.7, inciso segundo) esta misma frase «señal y parte del precio» excluía la posibilidad del arrepentimiento del contrato.

Expresiones equivalentes, como «señal y parte del precio», «pago a cuenta del precio y arras» o «reserva, señal y parte de pago», han formado parte del contenido de recursos de casación resueltos por el Tribunal

Supremo con ausencia total de similitud interpretativa. Tanto las arras confirmatorias como las penitenciales han tenido alli cabida.

Sentencia de 7-7-1978. En documento privado se vendió una casa fijándose el precio, haciendo entrega el comprador a la firma de aquel de una cantidad que «tiene el concepto de pago a cuenta y arras»; y después en un llamado «esclarecimiento», se añade «que por tener la cantidad entregada concepto de a cuenta del precio y para garantizar el cumplimiento del contrato de compraventa, si el incumplimiento para la enajenación es imputable al vendedor, este tendrá que devolver el doble de lo que recibe». El Tribunal Supremo establece, en primer lugar, que las arras confirmatorias normalmente se corresponden con las entrega o anticipos a cuenta del precio, y que las permitidas en el artículo 1454 tienen un carácter excepcional que exige interpretación restrictiva de las cláusulas, por lo que la voluntad ha de resultar indubitada en tal sentido, debiéndose entender en caso contrario que se trata de un simple anticipo a cuenta del precio que sirve, precisamente, para confirmar el contrato celebrado. Y seguidamente afirma que la cláusula cuestionada no describe unas arras penitenciales como entiende el recurrente, sino que «claramente demuestra que lo querido por las partes no fue establecer un pacto de desistimiento en relación con las arras, que serían penitenciales, sino simplemente fijar una pena o sanción privada para el incumplimiento de un contrato celebrado en firme, en el que se entregó una cantidad "a cuenta del precio", es decir, se otorga a lo dado como arras el carácter de penales y confirmatorias, con la consiguiente facultad de exigir el puntual cumplimiento de lo pactado».

Aunque no con tanta claridad y precisión, en la misma línea se halla la sentencia de 4-11-1991. En el recurso se sostuvo que la cantidad entregada debía conceptuarse como arras penitenciales, apreciación que no prosperó, porque al estar incluida la suma recibida como señal dentro del precio, como un elemento parcial del mismo, no es posible mantener la calificación de arras penitenciales, ya que toda percepción como señal o parte del precio convenido no es un pacto de arras; y que al no mediar pacto alguno ni expreso ni tácito acerca de arras penitenciales, la suma entregada lo fue en concepto de arras confirmatorias y como parte del precio. En parecidos términos, la sentencia de 23-11-1994. El actor acudió a la oficina de la parte demandada interesando la compra de una vivienda en edificio que se hallaba en construcción, y tras conocer el precio, las condiciones y plazos para su pago, entregó una cantidad que en los recibos figuraba recibida «en concepto de reserva para la adquisición de vivienda», cuyo piso y planta se especificaba. Por el vendedor se sostuvo la inexistencia de la compraventa y, subsidiariamente, que lo entregado

serían arras penitenciales que facultan para resolver. Para el Tribunal Supremo la utilización de la frase «en concepto de reserva», en modo alguno merece la conceptuación de la entrega como arras penitenciales —dados su carácter excepcional y la interpretación restrictiva de las cláusulas de tal tenor—, lo que es explicable, además, al tratarse de una vivienda aún no construída, por lo que la cantidad entregada habrá de imputarse al pago del precio.

Otras sentencias dicen justamente lo contrario. Así la de 19-10-1984. A la conclusión del contrato de compraventa celebrado, se había redactado un documento en el que se expresaba que el vendedor «recibe la cantidad de 500.000 pesetas en concepto de reserva, señal y parte de pago del precio de los pisos de su propiedad, cuyo precio de venta es de 15 millones». En su demanda el comprador reclama la cantidad que había entregado y los intereses legales. Fue estimada en instancia y revocada en apelación en donde se interpretó aquella frase como significativa de arras penitenciales, agregándose que el comprador incluso se había abstenido de formalizar el contrato por considerar el precio excesivo, no atendiendo un requerimiento notarial en el que se le daban facilidades para la consumación del contrato. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso del comprador, porque el contrato utiliza la expresión literal de cantidad pagada en concepto de «reserva, señal y parte de pago», interpretada por la Sala de instancia como arras penitenciales, apreciación que compete a dicho Tribunal y que no ha sido eficazmente impugnada en el recurso, y porque la mediación de arras o señal en el contrato en defecto de otra voluntad claramente manifiesta confiere la facultad de resolver, a lo que debe añadirse el dato fáctico sustancial de que el comprador se abstuvo de consumar el contrato porque el precio le pareció elevado, lo que equivale a desistimiento, por su parte, del contrato, al cual va unida la rescisión y consiguiente pérdida de lo entregado en concepto de señal.

En esta misma dirección se halla la sentencia de 16-3-1992. En documento privado suscrito en febrero de 1987 se hacía constar que una persona, como vendedor, había recibido 100.000 pesetas como «señal y parte del precio» de un piso de su propiedad, cuya escritura se formalizaría en el mes de julio siguiente, siendo el precio total de 9.250.000 pesetas; en marzo de 1987, el vendedor por conducto notarial participó al comprador que desistía de la venta, ofreciendo la devolución del cheque por 100.000 pesetas que no había sido hecho efectivo y la indemnización que la ley establezca. El comprador dedujo demanda con petición del cumplimiento del contrato y otorgamiento de escritura pública; el vendedor reconvino para interesar la resolución de la compraventa con arras penitenciales con

devolución por su parte, duplicada, de la suma recibida en aquel concepto. Con revocación de la sentencia de instancia, la de apelación, analizando el alcance de la frase «como señal y parte del precio», resolvió que dada la interpretación restrictiva de los pactos de arras y no constar la voluntad indubitada de las partes para que se reputen como tales, la entrega debe ser considerada a cuenta del precio, por lo que impuso al vendedor la obligación de cumplir el contrato otorgando escritura por el precio fijado en el documento privado. Según el recurso de casación del vendedor, los datos que avalaban la existencia de una compraventa con pacto de arras penitenciales eran los siguientes: la utilización de la palabra «señal» en la cláusula, que es la empleada en el artículo 1454; la poca entidad de la cantidad entregada, y el hecho de no haber cobrado el cheque y la notificación notarial del desistimiento.

El Tribunal Supremo dio lugar al recurso. Discrepa totalmente de la interpretación hecha en la sentencia impugnada de la cláusula contractual, a pesar de reconocer que esa interpretación solo puede combatirse cuando se estime carente de lógica, dado que es función privativa de los Tribunales de Instancia. Así, el Tribunal Supremo reinterpreta la locución «como señal y parte del precio» y fundándose en el artículo 1281 del CC afirma resultar evidente que la literalidad de aquella frase no permite estimar que la cantidad recibida en un talón nominativo fuese representativo de una entrega a cuenta del precio, ya que en tal caso la frase supondría una redundancia, lo cual no sucedería si la palabra señal se entiende como sinónimo de arras, sin que pueda olvidarse al respecto la equivalencia con que son empleados los vocablos arras y señal en el artículo 1454, y otro argumento favorable a la indicada sinonimia es el insignificante importe del talón en relación con el total precio de la compraventa. La interpretación que precede la completa el TS con el artículo 1282 del CC, destacando como actos posteriores: la falta de cobranza del talón entregado, por lo que no produjo efecto alguno dentro del ámbito del pago (artículo 1170, párrafo segundo del CC). Y en la carta notarial en que se manifestaba la imposibilidad de vender el piso. La sentencia concluye del siguiente modo: «la entrega dineraria efectuada por medio de un talón bancario lo fue en el concepto de las arras penitenciales que autoriza el artículo 1454, lo que facultaba a los contratantes para un posible desistimiento o retractación de lo convenido, sin que el resultado interpretativo presente pueda quedar desvirtuado por la doctrina jurisprudencial concerniente a que las arras tienen un carácter excepcional que exige una interpretación estricta, solo susceptible de apreciar como existentes cuando se evidencia una voluntad indubitada de las partes en tal sentido».

Ahora unas notas sobre las anteriores sentencias.

La solución dada en la de 19-10-1984 es correcta, aunque no sus fundamentos. La mediación de arras o señal confiere la facultad de resolver solo cuando la voluntad en ese sentido sea expresa, pero no autorizan a desistir en defecto de otra voluntad manifestada, dada la no presunción de las arras de retractación, que, por lo demás, resultan inimaginables cuando a «señal» sigue «parte de pago». Idea a la que no es ajena la sentencia de 14-5-1991 al afirmar que las cantidades entregadas como «reserva o arras» se refieren al pago del precio.

Decidir el comprador no realizar la prestación por acto voluntario, cualesquiera sea la causa, —en este caso la reconsideración de que el precio pactado era excesivo— no equivale a desistimiento. Esa falta de pago no es de desistimiento derivado del ejercicio de la facultad de resolver, sino un verdadero incumplimiento, al que incluso precedió un requerimiento de pago, que, situado en el marco de las arras confirmatorias, determina la pérdida de lo entregado como resarcimiento para el no infractor.

Los fundamentos que conforman la estructura de la sentencia de 16-3-1992 no los juzgamos del todo ajustados.

Una razón aducida para apoyar la tesis de arras penitenciales y no de la entrega a cuenta del precio (arras confirmatorias), es la poca entidad de lo dado en relación con el precio de la compraventa. Mas el *quantum* de la dación no es índice esencial y condicionante de la calificación de las arras. Existirá siempre un límite máximo para el precio de la resolución y para el precio del incumplimiento, por cuanto no serán arras la transmisión de una suma de valor igual a la prestación debida. Pero no es exigible un límite mínimo que comporte una adecuación entre el valor del objeto de la venta y el de las arras, o una elevada parte alícuota del precio pactado. Lo que sucede es que la posibilidad de desistimiento se reducirá, al hacerle más gravoso, si los dos valores, el de las arras y el de la prestación, tienden a aproximarse, constituyendo arras por una parte relevante del precio. Basta, pues, un valor económico estimable, lo suficiente para confirmar la certeza y seriedad de las obligaciones asumidas.

Otra razón que pondera la sentencia es esta: al tener los vocablos arras y señal un mismo significado en el artículo 1454, si se emplea uno de ellos en la cláusula negocial es porque se están contemplando las arras penitenciales, pues pensar de otra manera equivaldría a que entre los términos del pacto, «señal y parte del precio», existiría una patente redundancia, al venir a decir los mismo. Ya hemos explicado nuestro punto de vista sobre «señal y parte del precio» en el sentido de que la frase no exonera del de-

ber de cumplimiento del contrato. Y además está confirmado doctrinalmente (11).

Por último la sentencia, coincidiendo con el recurso, se apoya en el hecho de que el talón recibido no fue cobrado y en la inmediata notificación notarial del desistimiento. Datos que serían relevantes para justificar que una de las partes ha ejercitado la facultad de desistir eliminando el vínculo, porque al no estar previsto legalmente plazo alguno para el arrepentimiento, puede tener lugar en cualquier momento posterior a la entrega por breve que sea, pero que resultan ineficaces para legitimar el incumplimiento cuando lo pactado eran arras ajenas a la facultad resolutoria.

5. «*Señal o prenda*»

No faltan sentencias del Tribunal Supremo (sentencias de 11-10-1927, 16-1-1933) que han caracterizado las arras como «prenda o señal de la perfección de algunos contratos». Pero como la asimilación entre arras o señal y prenda en sentido técnico no es posible (12), lo que aquí interesa es precisar si la expresión prenda, aislada o unida a la de arras o señal, se interpretará como arras confirmatorias o como arras penitenciales. Conforme a los antecedentes que proporciona la sentencia de 2-12-1988, el comprador entregó cinco millones como «señal o prenda» para la adquisición de una casa, y el resto hasta diez y ocho millones se haría efectivo al otorgamiento de la escritura pública. Demanda el comprador, siendo su petición principal la condena al cumplimiento y la nulidad de la escritura que el vendedor haya podido otorgar a terceros después del contrato privado de compraventa; y la subsidiaria, la condena a devolver los cinco millones y como indemnización de daños los intereses desde la entrega. El vendedor entendió que la canti-

---

(11) DIEZ PICAZO, Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, I, 1970, pág. 577, dice que con la expresión «señal y a cuenta del precio» queda demostrada la existencia del contrato consensual de compraventa (señal de celebración) y también que el propio contrato de compraventa ha comenzado a ser ejecutado mediante el cumplimiento parcial de las obligaciones que de él dimanan. LÓPEZ LÓPEZ, en Comentario del Código Civil, dirigidos por Paz Ares y otros, II, 1993, pág. 901, entiende que en la duda la expresión «señal y parte del precio» indica pago del plazo inicial de una operación en firme no resoluble. En contra de la interpretación que hace la sentencia de 16-3-1992 de la frase «señal y parte del precio», RIVERA HERNÁNDEZ en su reciente trabajo Arras: una construcción jurisprudencial, en Revista General de Derecho, marzo 1994, pág. 1714 y ss.

(12) ROYO MARTÍNEZ, Notas sobre la función de las arras en la contratación, 1949, pág. 21, rechaza la identificación por dos razones. Una es el carácter sinalagmático de las arras, y otra, que la posibilidad de la *restituio ad duplum* exige para el bien objeto del arra una fungibilidad incompatible con el concepto riguroso de la prenda.

dad recibida tenía el carácter de arras penitenciales, y que como el comprador había incumplido, procedía la pérdida de lo cinco millones. El Tribunal Supremo dio acogida a la petición subsidiaria, negando que la entrega en concepto de «señal y prenda» responda a tipo alguno de arras sino al de anticipo parcial del precio, porque las arras tienen carácter excepcional que exige interpretación restrictiva, sólo susceptible de apreciar como existentes cuando se evidencia una voluntad indubitada de las partes en tal sentido emanada de una adecuada interpretación del contrato, que es precisamente lo efectuado por el Tribunal *a quo*, puesto que las palabras y los términos del referido documento ponen de manifiesto que la suma de los cinco millones respondía solo a la efectividad en parte del total del precio fijado en la compraventa, y por tanto como asignación al mismo.

Aunque la prenda irregular, fianza en metálico o depósito caucional de dinero, no pueda confundirse con las arras (13), la utilización de la palabra «fianza» para designar la cantidad entregada a la conclusión del contrato como garantía de su cumplimiento, se ha identificado con arras confirmatorias en la sentencia de 31-10-1963. Dice, en efecto, que en el caso de autos el concepto de entrega de la cantidad fue el de «fianza», no en el sentido técnico contractual en que la misma se regula en el Código Civil (Título VIV, Libro IV), sino en su amplia acepción de garantía, y nada se aprecia en lo actuado que permita suponer que tal garantía no se establezca con vista al cumplimiento del contrato y sí como un medio de facilitar su incumplimiento, no existiendo, por tanto, posible violación del artículo 1454, pues falta la necesaria base de que esté clara la voluntad de las partes sobre el efecto penitencial y no meramente confirmatorio de la garantía.

VII. ARRAS E INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL: EFECTOS

El tema de los efectos del incumplimiento de los contratos con pacto de arras penales debe plantearse del siguiente modo: si las arras sustitu-

(13) Como señala DIEZ PICAZO (Fundamentos del Derecho Patrimonial, cit., pág. 577) existen dificultades para distinguir las arras de las entregas de suma de dinero como garantía bajo forma pignoraticia; en tales supuestos, denominados «fianzas», una de las partes entrega una suma de dinero o constituye un depósito de efectos o de valores para responder del cumplimiento de la obligación dimanada de un contrato, de manera que en caso de incumplimiento las sumas o los efectos podrían ser aplicados al pago. Fija la distinción entre tales formas de prenda irregular y arras en el diferente desenvolvimiento que en uno y otro caso posee la relación entre las partes. Las formas pignoraticias aludidas presuponen un depósito de los bienes entregados en prenda y un posterior destino de su valor al pago; en cambio, en las arras hay una *datio* traslativa que cumple funciones claramente distintas.

yen en cualquier caso a la indemnización de daños y perjuicios que el incumplimiento pueda originar (arras con función sustitutiva o exigencia exclusiva de las mismas) o si es posible su concurrencia con el resarcimiento, al que, en consecuencia no absorben (arras con función cumulativa o exigencia de la totalidad de los perjuicios probados). Ante el incumplimiento existe una alternativa de la que es titular la parte no infractora: conformarse con el *quantum* que representan las arras u optar por el cumplimiento forzoso de la obligación principal. La opción del perjudicado por conservar las arras, o en su caso, por la recuperación doblada de las mismas en lugar de exigir el cumplimiento, sustituye al resarcimiento; ello supone la extinción del vínculo contractual y de todos sus efectos jurídicos. Cumplen, pues, las arras penales función sustitutiva, o de liquidación anticipada del *id quod interest*, siempre que no prefiera ejercitarse la acción dirigida a obtener el cumplimiento coactivo.

¿Pero este tipo de arras únicamente desempeña esa función liquidatoria preventiva, límite el resarcimiento? ¿O en los supuestos de incumplimiento culpable de la contraparte, mediando arras penales, puede demandarse la ejecución contractual junto a un sanción resarcitoria distinta y mayor que las arras? En el Código Civil italiano, a diferencia de lo que sucede con la pena convencional (artículo 1382), en las arras confirmatorias penales una de las opciones atribuidas a quien cumple es pedir la ejecución o la resolución y de poder obtener con ellas el resarcimiento del daño según las reglas generales (artículo 1385), lo que significa que el importe de las arras no constituye en tal caso un tope que limite la declaración judicial del daño. De donde resulta que si la elección se concreta en el ejercicio de la acción para obtener la ejecución forzosa del contrato con arras penales, estas no funcionan como sustitutivas sino que son acumulables a la indemnización de daños y perjuicios. En nuestro ordenamiento jurídico al no estar previstas las arras penales, cabe preguntarse si, en el marco de sus efectos, será viable o no la admisión de una pretensión que, en instancia judicial, tienda al resarcimiento del año por entero cuando la parte cumplidora se decide por el cumplimiento coactivo del contrato, o si, por el contrario, rige la prohibición, a falta del pacto expreso, de reclamar de modo conjunto arras y eventuales resarcimientos. Entendemos que cuando, situados en la compraventa, el vendedor tras recibir y aceptar las arras rehusa el precio, o el comprador no paga pasado el tiempo determinado previsto, producido así el incumplimiento, la cuantía de las arras será límite de la sanción para el infractor y el resarcimiento para la parte cumplidora, pero siempre que esta no haya optado por la ejecución o cumplimiento de la obligación principal, supuesto en que las arras no integrarán un inmodificable resarcimiento, sino que concurrirán con la justificada indemnización de daños y perjuicios re-

sultantes. No puede olvidarse que las arras penales cumplen una función de garantía del cumplimiento, por lo que si este se frustra resulta obligada una prestación adicional que haga más onerosa la posición del deudor incumplidor, lo que no sucedería si sustituyeran al resarcimiento también en los casos de exigibilidad del cumplimiento forzoso. En resumen, en el incumplimiento las arras penales no funcionan necesariamente dentro del resarcimiento de los daños. Son límite al resarcimiento, reteniéndose como indemnización, si incumplida la prestación no se opta por exigir el cumplimiento, pero si se prefiere la ejecución coactiva las arras pueden ser sólo parte del resarcimiento, imputándose a él (14).

En las arras penitenciales, como el desistimiento es un acto jurídico lícito, ejercitado el derecho de retractación por cualquiera de las partes, la sanción (pérdida o devolución doblada) sustituye siempre al cumplimiento, siendo improcedente cualquier petición de resarcimiento aún acreditados daños excedentes de las arras. Mas como el estado de suspensión (condición suspensiva negativa) en que se hallan los contratos con arras penitenciales no es ilimitado, el desistimiento unilateral deberá promoverse durante el plazo fijado, y, en otro caso, su día final coincidirá con el tiempo pactado para la realización de las respectivas prestaciones. Su expiración, sin ejercitarse por ninguno de los titulares el derecho reservado, implicará su renuncia y extinción, por lo que ya la única alternativa es el cumplimiento o el incumplimiento. No ejercitado el derecho e incumplida además la prestación, cuando la parte que cumple accione en juicio para pedir la resolución o la ejecución del contrato, el límite de resarcimiento arral desaparece (15).

---

(14) Parte de la doctrina española no excluye el resarcimiento íntegro dado el incumplimiento del contrato con arras confirmatorias penales. LACRUZ (Elementos de Derecho Civil, II, vol. 1.º, Derecho de obligaciones, 1977, pág. 166) dice que las arras penales representan un tanto alzado de indemnización de daños para el caso de incumplimiento que se ha entregado anticipadamente a resultas de imputarlo en el precio o restituirlo en su caso; es dudoso, añade, si la entrega de bienes libera de la indemnización de daños cuando el importe de estos sea superior al de los objetos o sumas entregados. ALBACAR (Comentarios al Código Civil, Tomo V, 1991, pág. 112) entiende que en caso de incumplimiento del contrato con arras confirmatorias y ejercitada la acción resolutoria del artículo 1124, la cuantía de las arras nada prejuzgará a la hora de señalar la indemnización por daños. RIVERA HERNÁNDEZ (Arras: una construcción jurisprudencial, en Revista General de Derecho, marzo 1994, págs. 1710-1711) no separándose de GARCÍA CANTERO (Comentarios al Código Civil dirigidos por Albaradejo, Tomo XIX, pág. 108) afirma que es posible exigir el cumplimiento forzoso en forma específica de la relación obligatoria o bien resolver el contrato con base en el artículo 1124, con independencia de que se pueda solicitar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

(15) Así, LÓPEZ LÓPEZ (Comentarios del Código Civil, dirigido por Paz Ares, y otros, Tomo II, 1992, pág. 902 para quien la facultad de desistir puede ejercitarse judicial o extrajudicialmente, y si el allanamiento no se produce deberá aplicarse el régimen del con-

Destacar, por último, que el derecho a resolver el contrato, sea por la mera retención de las arras confirmatorias o su exigencia duplicada o en virtud del ejercicio de la acción resolutoria o de cumplimiento, se condiciona a que uno de los contratantes incumpla, no bastando el simple retardo en el cumplimiento, salvo una diversa manifestación de la voluntad contractual; que el incumplimiento requerido es el normal que da lugar a la resolución de los contratos, sin que la resolución, ya se trate de ventas mobiliarias o inmobiliarias, esté subordinada a la prevista intimación a cumplir; y que la opción por la retención de las arras o su restitución doblada debidamente notificada precluye la eventual acción para el total resarcimiento del daño.

Véamos ahora los temas precedentes a la luz de la jurisprudencia. ¿Para el Tribunal Supremo las arras confirmatorias penales, presupuesto el incumplimiento, funcionan siempre como liquidación y límite del resarcimiento del daño? ¿Si la parte cumplidora ha preferido la ejecución coactiva y no sólo la retención arral o su obtención *ad duplum*, le corresponderá el resarcimiento íntegro con imputación al mismo de las arras? En las arras penitenciales dados la extinción del pacto arral y el incumplimiento del contrato ¿puede solicitarse por el comprador sólo la ejecución del pacto con el límite de las arras duplicadas, o también el cumplimiento forzoso del contrato con la indemnización de los daños y perjuicios que procedan?

Hay que distinguir según se trate del contrato de compraventa o de la promesa bilateral.

1. *Incumplimiento del contrato de compraventa celebrado*

a) ¿Si se pretende el cumplimiento forzoso concurriendo arras confirmatorias, en su forma de penales, se acumula su cuantía a los efectivos daños y perjuicios sufridos por el incumplimiento?

La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre este punto tampoco es uniforme. Directamente del tema se ocupó la sentencia de 12-3-1965, concluyendo que la indemnización presupuesto el incumplimiento no

---

trato principal (ejecución forzosa, resolución ex artículo 1124) dentro del cual se liquidarán o imputarán los efectos de la entrega de arras. Cree LACRUZ (Ob. cit., pág. 163) que el pacto de arras no excluye la aplicación del artículo 1124 cuando ningún contratante ha desistido al tiempo de pedirse la resolución, y probablemente (salvo cuando haya de considerarse caducada la estipulación de arras) la indemnización no podrá exceder de la pérdida de éstas, o, respectivamente, devolución del duplo.

excede de las arras, sin que, por tanto, se comprendan los intereses de las cantidades entregadas por el comprador en aquél concepto. Otra serie de sentencias más recientes, que se inician con la de 7-7-1978, aún sin particularizar, vienen a aceptar la función cumulativa.

Según se desprende de la sentencia de 12-3-1965, un comprador ejercitó acción resolutoria de un contrato de compraventa por incumplimiento y solicitaba la devolución del dinero que había entregado en garantía del cumplimiento, así como otro tanto y el interés legal de esas dos pérdida desde la fecha de la interposición de la demanda. El Tribunal Supremo coincide con la sentencia impugnada en que la cláusula no es constitutiva de pena convencional sino de arras a cuenta del precio («regulada en el artículo 1454», asegura), dados los actos externos de entrega de cantidad y su atribución al abono del precio, lo que nunca sucede en la cláusula penal; pero da lugar parcialmente a la casación, anulando la sentencia recurrida, porque «al establecer el artículo 1454 la obligación del vendedor de devolver duplicadas las arras recibidas, bien claro está que ello se hace en concepto de indemnización de los daños ocasionados al comprador por el incumplimiento del contrato, que veda la concesión de otra indemnización consistente en la condena, como la contenida en la sentencia recurrida, de abonar los intereses de la suma entregada en concepto de arras».

Las sentencias de 7-7-1978, 10-3-1986 y 12-6-1986, observaron que las arras penales conllevan «siempre la posibilidad de reclamar que la obligación pactada sea estrictamente cumplida». Y la de 17-2-1982 anota que las arras penales derivan de la entrega hecha en garantía de la indemnización que pudiera originar el incumplimiento, pero que no lo autorizan, «por lo que la parte a quien se entregaron podrá exigir el cumplimiento en la forma ordinaria». Y, en fin, la sentencia de 21-6-1994, al referirse a las arras penales, expresa que funcionan de modo similar a la cláusula penal, como resarcimiento, pero «siempre con la posibilidad de reclamar ese estricto cumplimiento de la obligación pactada». Si en el tenor literal de estas sentencias, ante el incumplimiento puede exigirse el cumplimiento «en la forma ordinaria» o «el estricto cumplimiento de la obligación», parece claro que esas reglas generales remitidas serán las previstas en el artículo 1124 y concordantes, y que si se ejercita la acción de cumplimiento hay derecho a ser indemnizado en los daños y perjuicios que el incumplimiento haya podido originar (16).

(16) En pleitos sobre incumplimiento de contratos con arras se ha planteado en ocasiones, de forma explícita, si el resarcimiento se agota en las arras o si es exigible la totalidad de los daños, pero sin que el Tribunal Supremo haya tenido ocasión de pronunciarse dado el contenido de la casación. Así sucedió en la sentencia de 3-10-1992. Entregada

b) En contratos con arras penitenciales no ejercitada la facultad de retractación si, comenzado o no el cumplimiento, se llega al incumplimiento imputable, no será ya de aplicación el artículo 1454 sino las normas generales del artículo 1124. El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la resolución en esta modalidad de arras, y de modo especial sobre si es aplicable el artículo 1454 en casos de incumplimiento contractual o ha de invocarse exclusivamente el artículo 1124. La sentencia de 14-11-1991 dijo que puede optarse entre la acción emanada del artículo 1454 y la que atribuye el 1124. Elección que procederá cuando no haya caducado la facultad de desistir. Mas una vez extinguida, parece que la única vía será la del artículo 1124. En la citada sentencia se trataba de lo siguiente: un comprador formalizó demanda con la pretensión de que la cantidad que había entregado a la perfección del contrato como arras y señal tenían el carácter de penitenciales, y como el vendedor ha incumplido el contrato viene obligado a devolverlas duplicadas. El Tribunal Supremo no atiende la petición, porque aparte de no poderse atribuir al vendedor una actitud obstativa al cumplimiento,

---

por el comprador una cantidad a la firma de un contrato privado, en una de sus cláusulas se estableció que en caso de incumplimiento por los vendedores al no otorgarse la escritura en la fecha prevista, devolverían una suma al comprador como indemnización; producida esta situación, el comprador demanda el cumplimiento del contrato imputándose lo dado como arras al precio pactado con la obligación de indemnizar el importe de los daños y perjuicios que se cuantifican. Los vendedores formularon reconvención solicitando la resolución conforme al artículo 1454 por tratarse de un supuesto de arras penitenciales, debiéndose allanar el comprador a recibir la cantidad que entregó más otra igual. Las sentencias de instancia estiman íntegramente la demanda, fijando indemnización de daños y perjuicios. Como en la impugnación de estas sentencias el vendedor sostuvo que lo pactado fueron arras pontenciales, el Tribunal Supremo se limitó a negar esta naturaleza para la entrega hecha por el comprador. De los hechos de la sentencia de 1-4-1958 se obtiene que un comprador dio determinada cantidad como señal de la compraventa celebrada; pasado cierto tiempo el vendedor le notifica que utilizando la facultad que le concede el artículo 1454, rescindía el contrato con devolución duplicada de lo recibido. Estimando el comprador ser un supuesto de arras confirmatorias el discutido y que el vendedor había incumplido, instó la condena al cumplimiento y a satisfacer los daños y perjuicios causados. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso del vendedor que sostuvo la tesis de las arras penitenciales.

Otras veces ni siquiera quienes promovieron la acción de cumplimiento forzoso pidieron indemnización específica de daños y perjuicios. En las sentencias de 9-3-1989, 28-2-1994 y 15-3-1994, dado el incumplimiento de los vendedores de una compraventa con arras confirmatorias, el comprador sólo interesó y obtuvo el cumplimiento con imputación al precio de lo dado a título de arras; el vendedor había sostenido que el pacto arral era de arrepentimiento. En las sentencias de 12-12-1991 y 31-7-1992, los vendedores habían decidido el desistimiento de un contrato privado de compraventa con devolución duplicada de las arras recibidas, no allanándose los compradores al sostener que las cláusulas se configuraban como arras confirmatorias, por lo que solicitaron el cumplimiento forzoso sin más.

«es también rechazable la infracción del artículo 1124, ya que además de partir de un no probado incumplimiento imputable al vendedor, ha de tenerse en cuanta que al acudir el actor recurrente al artículo 1454 para fundar la acción ejercitada, no puede ahora alegar la infracción del artículo 1124, pues como dijo la sentencia de 14-5-1929, este artículo se aplica a la compraventa aunque hayan mediado arras si las partes no prefieren acogerse al artículo 1454, que es lo que ocurre en este caso en que el actor solicita la devolución doblada de las arras pactadas al amparo exclusivamente del 1454». Hay que resaltar algunas notas. Una, que, en efecto, no es posible el cambio de acción después de haberla propuesto y tramitado el pleito a su amparo; otra, que según la sentencia es posible la aplicación del artículo 1124 a la resolución de la compraventa con arras penitenciales, si bien queda en pie la cuestión de la indemnización excedente de las arras; y por último, habrá de acudirse en todo caso a la resolución legal del artículo 1124, no a la convencional del artículo 1454 (sentencias de 13-5-1930, 22-2-1949) cuando la contraparte no se allane, dado que la facultad de desistir es productora de efectos si tiene lugar el allanamiento o aceptación de los términos del pacto arral.

En la sentencia de 29-9-1992 un vendedor en su reconvención fórmula pedimentos alternativos en armonía con las acciones deducidas. La de resolución de la compraventa por falta de pago del precio, fundada en los artículos 1124 y 1504, y la de rescisión o desistimiento de dicho contrato al haber mediado en el mismo arras penitenciales o de arrepentimiento. El Tribunal Supremo declara que entraña una *contraditio in terminis* el ejercicio de esas dos pretensiones, aunque lo hayan sido en forma alternativa, ya que mediante la primera y principal de ellas (la acción resolutoria por falta de pago del resto del precio) ya se está reconociendo que la primera entrega que hizo el comprador lo fue en concepto de parte de parte del precio y no con el carácter de arras penitenciales (17).

(17) En un plano teórico no se excluyen las aludidas acciones, en cuanto una tiene como presupuesto el cumplimiento de lo pactado en la cláusula, no la ejecución de la obligación contraída, y la otra el incumplimiento de las prestaciones del contrato. No se pide con el ejercicio de esas acciones el cumplimiento forzoso de la obligación y su resolución, sino el cumplimiento del pacto arral o la resolución por incumplimiento. Serían incompatibles cuando su ejercicio simultáneo es conjunto o cumulativo, no si se ejercitan en forma subsidiaria o alternativa (la resolución y si esta no es posible el cumplimiento del pacto de arras). Y la falta de pago del resto del precio es incumplimiento que legitima tanto la acción resolutoria de la compraventa con arras penitenciales como la de la compraventa con arras confirmatorias.

2. *Efectos del incumplimiento en la promesa bilateral de compraventa*

¿Arras penitenciales y arras confirmatorias penales producen los mismos efectos en el incumplimiento de la promesa bilateral que en el de la compraventa? ¿Dadas arras penales en la promesa, el contratante que ha cumplido conserva la opción entre quedarse con las arras y constreñir al cumplimiento? Es indispensable distinguir entre aquellas promesas que por sus características aparecen como compraventas aplazadas (las partes se obligan a cumplir en el futuro la relación jurídica ya concertada), y que autorizan el cumplimiento coactivo de lo pactado sin necesidad de prestar un nuevo consentimiento, y las demás promesas, es decir, en las que su objeto es la prestación de un nuevo consentimiento (se obligan las partes a obligarse), que se resuelven a falta de cumplimiento voluntario en la obligación de indemnizar daños y perjuicios. La jurisprudencia, con gran precisión, ha señalado esas diferencias en las promesas de compraventa. Sirvan de ejemplo las sentencias de 7-2-1966 y 24-12-1992. Declaran ser incuestionable que no siempre se presenta de la misma forma el contrato de promesa de compraventa, pues unas veces los contratantes han dejado para el futuro no solo la obligación de celebrar el contrato definitivo sino también la total y completa determinación de los elementos y circunstancias del referido contrato, en cuyo caso el incumplimiento no puede conducir más que a la exigencia (por el contratante dispuesto a cumplir su compromiso) de la indemnización por los daños y perjuicios que dicho incumplimiento le haya podido acarrear, mientras que en otros supuestos las mismas partes demuestran su decidida voluntad (en todos los pormenores y detalles) de celebrar un auténtico contrato de compraventa que de momento no pueden actuar por impedirlo la concurrencia de determinados obstáculos, como falta de autorización o liberación de gravámenes, o porque en dicho instante no les conviene la celebración en firme y desean esperar cierto plazo, poniendo de manifiesto no sólo su voluntad presente, sino exacta y total para cuando cesen aquellos obstáculos o venza el término establecido, momento a partir del cual es incuestionable que si uno incumple lo prometido, el otro estará facultado para exigir el cumplimiento de la promesa en sí, y para cuya verificación no existe ya el obstáculo anterior; posibilidad de cumplimiento forzoso con la sustitución de la voluntad del obligado por la del Juez, circunstanciando el derecho a la indemnización para el supuesto de que el contrato no se pueda cumplir.

Este criterio interpretativo conduce a la identificación de los efectos del incumplimiento, mediando arras confirmatorias, en los contratos de compraventa y en las promesas bilaterales que no precisan la renovación del consentimiento. Y así se deduce de los casos particulares resueltos por el

Tribunal Supremo. En la sentencia de 3-3-1992 se establece que el documento a interpretar en manera alguna evidencia un contrato de compraventa sometido a arras o señal con facultad resolutoria contractual, sino simplemente un convenio de promesa de compraventa en cuanto se cumplen las exigencias del artículo 1451 de conformidad en la cosa y en el precio, lo que en este caso da derecho al demandante-comprador para reclamar el cumplimiento del contrato, de tal manera que como ha sido reconocido por esta Sala (Sentencias de 1-7-1950, 2-2-1959, 21-3-1965) se permite y posibilita el cumplimiento forzoso de la promesa de compraventa. Para la sentencia de 6-2-1992 lo discutido era si lo reflejado en un contrato debía calificarse de promesa irrevocable de compraventa (o sin posibilidad de resolución convencional) o de un precontrato con arras penitenciales (que permiten la revocación o resolución), resolviéndolo en el primer sentido indicado, tanto por la clara intención de obligarse a formalizar el futuro contrato de compraventa una vez subsanados los defectos de titulación, como porque las arras concurrentes habían de entenderse como confirmatorias. Según los antecedentes de la sentencia de 7-2-1966, el promisario-comprador solicitó y obtuvo en instancia el cumplimiento forzoso, lo que fue confirmado por el Tribunal Supremo, por tratarse de una promesa bilateral que, dadas sus características, es de las que facultan para exigir el cumplimiento del contrato definitivo y no sólo la indemnización de daños y perjuicios, lo que no puede quedar desvirtuado porque en el pacto mediaren arras o señal, pues al no constar de forma clara y evidente la facultad resolutoria del contrato, aquella entrega ha de reputarse anticipo del precio.

Pero la dación de arras confirmatorias penales en las promesas de compraventa que descartan la ejecución forzosa reducen sus resultados a los de las arras penitenciales agregadas en cualquier modalidad de promesa bilateral. La única diferencia estaría en que, en un caso, la pérdida o devolución doblada tiene su causa en el incumplimiento de las obligaciones, y en el otro se produce cuando se utilice el derecho de resolución reservado. Se elimina una de las opciones de las arras penales porque el contrayente que ha cumplido no puede constreñir a la otra parte al cumplimiento. En definitiva, como el incumplimiento de estas promesas bilaterales de compraventa se resuelve en indemnización de daños, las arras penales en tales relaciones obligatorias carecen de propia autonomía, viniendo a identificarse con la esencia propia de las penitenciales, pues su única solución, como en estas, es la resolución. Si no es posible que un precontrato de compraventa, en caso de incumplimiento, pueda transformarse en cumplimiento forzoso del contrato definitivo, las arras entregadas a la conclusión del precontrato producen solamente los efectos de las penitenciales (confieren solo la resolución) aunque realmente lo pactado sean arras penales (que atribuyen la opción de resolución o cumplimiento).

UN ESQUEMA PARA EL ESTUDIO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

ANTONIO OCAÑA RODRÍGUEZ
Fiscal. Audiencia de Sevilla.

SEGUNDA PARTE

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL SUJETO EN CUANTO PERSONA CAPAZ, CONSCIENTE Y LIBRE

SUMARIO: 1. EL CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO, BASE MATERIAL DE LA LEGITIMIDAD DEL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN MÉDICA. 2. LAS INTERVENCIONES QUIRÚRGICAS. 3. LOS ENSAYOS CLÍNICOS. 4. LA CIRUGÍA ESTÉTICA. 5. LAS MUTILACIONES REGULADAS POR EL ART. 428 DEL C. PENAL. 6. LA ESTERILIZACIÓN DE INCAPACES. 7. SUPUESTOS DE ABORTO PERMITIDOS. 8. EL AUXILIO AL SUICIDIO Y LA EUTANASIA EN SUS DIVERSAS FORMAS. 9. EUGENESIA Y RESPONSABILIDAD MÉDICA.

1. El consentimiento del ofendido, base material de la legitimidad del ejercicio de la profesión médica

En Derecho, a veces el consentimiento excluye la tipicidad; otras veces elimina la antijuridicidad. Ello incide en el tratamiento del error sobre la presencia de tal consentimiento. Debe ser prestado por persona capaz, consciente y libre, es decir sin vicios de la voluntad. Debe referirse a un bien jurídico susceptible de poder de disposición. Ello se ha de detectar con criterio analítico caso por caso y delito por delito.

Hemos visto al principio de esta exposición, cómo el consentimiento del sujeto, enfermo o no enfermo, junto con la lex artis, es la base material de la legitimidad de cualquier actuación médica realizada con «fines curativos o con fines reconocidos por el Derecho», con dos excepciones: casos de estado de necesidad «bien entendidos», y supuestos en que se impone por la Administración pública de modo forzoso al sujeto la actuación médica en interés de la salud pública general.

En todos estos supuestos el enfermo asume en realidad el riesgo de fracaso del tratamiento médico, en lo que éste no exceda de la lex artis o no la infrinja. Veamos esta problemática desde el punto de vista constitucional y penal.

Se discute si el derecho a la vida (sólo limitado por el derecho de guerra y la pena de muerte) es un bien disponible para el individuo, no ya de hecho, por ser obvio, sino de derecho. Puede pensarse en teoría que el acto de disposición del sujeto podría,

— de modo positivo, «dejar impunes» a terceros que ataquen la vida activamente, a virtud de la conformidad prestada; no es así en general, a la vista del art. 409 del CP;

— de modo negativo, impedir, por su mera oposición, a cualquier tercero, incluido el Juez, su intervención a favor de la vida y en contra de su actitud suicida o destructora.

Se discute, si el Estado puede limitar el derecho a la vida (de quien desee vivir), porque existe insuficiencia de medios y éstos se han de destinar a quienes tengan mejor pronóstico o sean más jóvenes etc... cosa esta última inadmisible, salvo que ello suponga alargamientos artificiales de la vida.

En torno a la integridad corporal, se ha polemizado largamente, al hilo de la tajante afirmación del art. 428 del CP pfo. 1.º (más matizado está el tema en el Derecho alemán cuando apela a las buenas costumbres), si existe un derecho de autodisposición del propio cuerpo el cual pueda,

—de modo positivo, «justificar al tercero» a virtud de su anuencia, cuando lesiona o agrede nuestra envoltura corporal, puesto que la automutilación es impune salvo para eximirse de un servicio público (art. 422 del CP); no es así en general a la vista del art. 428 del C;

— o, de modo negativo mediante su oposición, impedir al tercero cualquier ayuda que quiera prestar.

En esta materia, preferimos, como es nuestro propósito en este breve trabajo, quedarnos en el Derecho positivo. Desde el punto de vista constitucional, coincidimos con la posición, muy matizada de Romeo Casabona en su excelente obra «El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana». Madrid 1994. Defiende este autor, ante la obligación del Estado de proteger la vida humana (cfr. STC 120/90), que ni el DF a la vida es absoluto ni tampoco el derecho a la disponibilidad de la propia vida.

La vida no es un derecho renunciable a favor del Estado o de los particulares; pero el reconocimiento de un derecho de disposición y del acto derivado plenamente voluntario, «en tanto el sujeto disponente mantenga el dominio del hecho», no se prejuzga por el art. 15 de la CE y permitiría al Estado (en el caso sobre todo de la eutanasia directa activa) eximir de pena al auxilio material al suicidio o, —lo que parece menos aconsejable— al homicidio suicidio. Lo que no puede el Estado es admitir que quede exento de pena el homicidio consentido, —sin perjuicio de que no sea lo mismo matar a alguien en contra de su voluntad de hacerlo conforme a ella— o al inducción al suicidio.

Ello no implica que se tenga derecho a recabar el auxilio del Estado o de los particulares para acabar con la propia vida ni menos que éstos tengan derecho a tal auxilio. El acto de disposición únicamente determina hoy por hoy que el tercero está exento de intervenir en pro de la vida o de la integridad corporal e incluso que esté obligado a no intervenir (*op. cit.* pp. 95 a 118). En cuanto a la integridad corporal, se ha de tener en cuenta que la CE prohíbe en cualquier caso los tratos inhumanos o degradantes, aún consentidos, sean realizados por agentes del Estado o por los particulares, aparte las necesarias limitaciones a la disponibilidad del derecho a la integridad, que pueden y deben imponerse en un Estado social de derecho (*op. cit.* p. 118)

En presencia de actos médicos, asumidos con fines curativos (tratamiento de enfermedades, intervenciones quirúrgicas) o de otra índole asimilada y reconocida por el derecho (cirugía estética, experimentación no terapéutica, cirugía transexual, donación de órganos para transplante, esterilización con fines de planificación familiar), en cuanto afectan al libre desarrollo de la personalidad del art. 10, 1 de la CE, no cabe duda de que:

A) «el consentimiento informado para la intervención», constituye un verdadero «acto potestativo de disposición en sentido positivo, permitido y eficaz» sobre la vida y la integridad corporal, cuyo déficit se supone, ha aceptado «libremente» el sujeto de antemano en caso de fracaso, al menos en principio.

El sujeto ejercita positivamente «de modo lícito y eficaz» su facultad de autodisposición corporal, eximiendo de cualquier responsabilidad al médico que cumple con la lex artis y a pesar de ello fracasa. Además, tal consentimiento informado, de persona capaz y libre aparece como imprescindible para justificar cualquier intromisión, con las excepciones referidas, en que el tratamiento puede y debe imponerse. Tales excepciones son:

1.ª Existencia de un peligro para la salud pública general, apreciado por la Administración, la cual puede vencer la voluntad contraria del sujeto:

Se ha de vencer en su caso la oposición del sujeto y es «debida y lícita» la intervención médica forzosa, cuando la ordene la Administración pública en interés de la salud general.

El tema está regulado en la Ley Orgánica 3/86 de 14-4-86, la cual permite medidas coactivas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control (arts. 2 y 3). Es Ley Orgánica precisamente porque incide en el aspecto negativo de la facultad de autodisposición del sujeto, limitándola y condicionándola, en desarrollo del art. 15 de la CE.

Más dudosa es esta intervención coactiva cuando el sujeto se encuentre en una relación administrativa de «sujeción especial» (militares, presos o detenidos etc...)

Para la STC 120/1990 (Grapos en huelga de hambre), el art. 15 de la CE protege la inviolabilidad de la persona contra toda clase de intervención que carezca del consentimiento de su titular. Este derecho constitucional del art. 15 de la CE resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más diversos móviles. Tal asistencia médica «coactiva constituirá limitación vulneradora del D. Fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional». Esta justificación la encontró el TC en la relación de sujeción administrativa especial existente, lo cual es discutible como se verá más adelante.

Desde esta perspectiva, entiende Fernández Bermejo, Fiscal del TSJ de Madrid (*op. cit.*), es como las modernas leyes en materia de sanidad han regulado el consentimiento, con mayor o menor acierto (1).

No es legítima ni está justificada, para el derecho positivo vigente, la muerte o lesión ocasionada por el tercero «de modo activo», cuando el sujeto deje de estimar su propia vida e integridad (arts. 409 y 428 del C). Ni siquiera es lícito por ahora el mero auxilio al suicida. Todo lo más habría de respetarse su voluntad de no iniciar o proseguir el tratamiento curativo o prolongador de su vida, en armonía con lo antes expuesto.

2.ª Casos de estado de necesidad en que el consentimiento no puede materialmente ser prestado por el sujeto ni por sus familiares. Hay un peligro inminente y grave; se supone el consentimiento tácito del sujeto que

(1) Aunque no insiste suficientemente en que, salvo fines relacionados con la propia salud que el sujeto trata de salvaguardar o fines que sitúen la integridad corporal o la vida, según su criterio o el criterio legal, en plano inferior a su libertad o dignidad, no puede con su autodisposición legitimar y justificar la conducta de terceros que «de modo activo al menos» le lesionen o causen la muerte, con dolo o por imprudencia (Cfr. S. de 17-7-90 RA 6728: la norma de cuidado no cede en su protección de la vida o integridad por el consentimiento de la víctima. Condena en caso de reto a «acertar a la botella» con el disparo, mientras bebía la víctima).

Como dijimos antes, el homicidio consentido debe ser siempre castigado por respeto al derecho a la vida, aunque se imponga menor pena. Problema distinto es proporcionar al suicida los medios adecuados (la inyección letal v. gr.) para que sea él quien acabe con su vida, o incluso realizar esta misma acción a petición expresa (homicidio-suicidio) cuando ello se haga por móvil humanitario y constando su libre voluntad, de modo que aquél siempre conserve el dominio del acto. Podría el derecho positivo, en base a concepciones sociales que llegaran a predominar, eximir de pena en tales casos, sin vulnerar quizá el art. 15 de la CE, al menos en los que respecta al puro auxilio o participación en el suicidio.

no puede expresarse ni reflexionar. El médico está entonces autorizado a intervenir en auxilio ajeno; y es más, si no lo hace, incurre «cuando menos» en delito de omisión del deber de socorro.

Pero no existe verdadero estado de necesidad ni situación de desamparo, si antes de caer en la inconsciencia, el sujeto mayor y capaz expresó su oposición de manera consciente y libre a cualquier tratamiento o intervención. En cambio, sería lícita y necesaria la intervención cuando se opongan abusivamente a un tratamiento o intervención necesaria los representantes de enfermos menores e incapaces, o sus familiares. Los derechos de la personalidad no son ejercitables por representación en numerosos casos ni menos en perjuicio de su titular. Sólo pueden y deben los representantes legales evitar actos de disposición de los titulares cuando sean perjudiciales a los mismos.

Si acaso el poder de representación se ejerce en forma indebida, no sólo el Juez debe adoptar las medidas cautelares del art. 158, 232 y 233 del Cc y el Fiscal debe promover la remoción de los cargos, sino que el médico, sin esperar a estas determinaciones, debe proceder por sí mismo en calidad de auxilio necesario.

B) Por el contrario, debemos establecer que la terminante oposición del sujeto capaz, consciente y libre que se encuentre en estado precario de salud, es suficiente, aún en casos de «aparente» estado de necesidad, para:

— eximir al Médico de responsabilidad penal por omisión del deber de socorro: no tiene aquel «deber» alguno de intervenir (2);

— para impedirle cualquier auxilio que deseara proporcionarle: no tiene el médico o el tercero (aunque sea Juez), «derecho» a intervenir y si interviene puede realizar el tipo penal de coacciones cuando menos. No por ello creemos que se tenga el deber de colaborar en la muerte voluntaria de otro a petición del mismo, a virtud de un presunto derecho del suicida a obtener su propia muerte influyendo de este modo en la esfera jurídica del tercero.

Mediante su oposición al tratamiento, el sujeto ejercita negativamente (prohibiendo cualquier intromisión de forma eficaz) su facultad de auto-

(2) Como antes decíamos, no existe situación de garantía a efectos de pechar con los resultados de muerte o lesiones, en contra de la voluntad del garantizado. Tampoco quien se opone a cualquier intromisión, por muy curativa que sea, puede decirse que esté en situación de desamparo, pues el propio sujeto no se considera a si mismo desamparado o necesitado.

disposición. No es que exista un «derecho a morir» que impida toda ayuda, pero sí existe esta facultad de autodisposición, derivada del derecho fundamental del art. 15 de la CE, la cual no impone desde luego «un deber de vivir».

Veamos los problemas con más detalle.

2. Las intervenciones quirúrgicas

«Supuesto el empleo de la lex artis», excluyente de cualquier tipo de imprudencia o de responsabilidad, la cobertura «formal» al menos de estos casos se encuentra en el plano de la antijuricidad: art. 8, 11 del CP, como dijimos (3). Su cobertura material reside en el consentimiento informado del paciente y su aceptación a correr el riesgo que toda intervención quirúrgica representa, como requisito imprescindible, a salvo las excepciones antes referidas.

— No debe el médico recabar el consentimiento del paciente o de sus familiares, cuando la intervención no aparece como necesaria (pues serían inanes los resultados), o sólo prolongaría artificialmente la vida con sufrimientos. No infringe por ello el médico ningún deber objetivo de cuidado; más bien, lo infringe la actitud contraria.

— El consentimiento no se extiende más que a la intervención prevenida, sin que el médico, salvo peligro inminente para la vida, pueda extender la intervención a otros extremos del cuerpo humano (cfr. caso del pene cortado, Sala 2.ª de 10-3-1959 en que se condenó al cirujano por imprudencia temeraria). Siempre que sean posibles otras comprobaciones y análisis, se ha de esperar y recabar el consentimiento del enfermo.

Se discuten las características del consentimiento informado. Tal y como expone Albin Eser, (*op. cit.*, pp. 12 y ss) si la salud del enfermo es

---

(3) El tratamiento médico quirúrgico, cuando desemboca en muerte o lesiones objetivas, por falta de éxito de la operación, ha preocupado desde siempre a los penalistas. Se ha situado el fundamento de la impunidad en la finalidad de curar, i. e. en el plano de la culpabilidad. Se ha buscado un fundamento más radical en el plano de la tipicidad, lo cual es aplicable en los casos de éxito de la operación llevada a cabo por un profesional (o un no profesional en los casos de urgente necesidad pues de otro modo habrá intrusismo). Pero subsiste el problema en los casos de fracaso cuando el enfermo ha quedado formalmente con su integridad física disminuida o ha fallecido. Modernamente se ha acudido a la teoría de las acciones socialmente adecuadas, que presupone el respeto a la autodecisión del enfermo y la actuación del médico conforme a la lex artis.

la suprema lex, pierde importancia el consentimiento pues la información del médico irá dirigida a obtener su mejor disposición (información terapéutica).

Si prima el derecho a la autodeterminación, el consentimiento es fundamental y sólo está justificado el tratamiento cuando ha dado la conformidad el enfermo con plena motivación (información para la autodeterminación). Ahora bien, a veces la información debe tener ciertos límites, pues no se debe dar a cualquier precio, acarreando al enfermo un peligro más grave aún que el perjuicio de su propia autodeterminación (un shock puede anular la defensa física y psíquica del paciente). Habría un principio de ponderación.

Creo esencial el consentimiento informado para eximirse del fracaso, debiendo existir una asunción consciente del riesgo. En estas condiciones cabe justificar la conducta del médico a través de la teoría del «riesgo permitido», o mejor aún excluirla del ámbito penal.

Tal consentimiento, sin perjuicio del delito de intrusismo, excluye el dolo directo del falso médito al que se acude a sabiendas y que utiliza sus propios medios «para curar», si bien cualquier fracaso le será imputable a título de dolo eventual, o de culpa si no utiliza la «lex artis medica» y agrava la situación del enfermo.

Sin el consentimiento del paciente, como sujeto capaz, consciente y libre y sin la adecuada información previa para su libre configuración, máxime en contra de su oposición —fuera de los casos en que el consentimiento no puede expresarse y existe verdadero y urgente estado de necesidad—, no caben intervenciones de ningún tipo.

— Si tiene éxito la intervención o experimentación, habrá en algún caso delito de coacciones, —se sea culpable o no del mismo es otra cuestión—. Podrá existir quizá «un trato inhumano y degradante» (art. 15 de la CE); habrá un grave atentado a la libertad individual, aunque el tratamiento fuera en teoría beneficioso. Podría incluso apreciarse el delito de mutilación o esterilización pertinente por dolo o culpa, si existió ablación de un miembro u órgano corporal (4).

---

(4) El tema está discutido en la doctrina y Jurisprudencia alemana pues un «tratamiento correcto a priori» (sin consentimiento) no encaja, según la doctrina, en los tipos de lesiones, siendo inadecuado el bien jurídico. También se habla de que tal actividad está conforme con el principio de adecuación social.

Pero de este modo se llega a minimizar el consentimiento, de modo inadmisible. Aparte de que, a veces, sobre todo si ha mediado una inducción engañosa (miedo, precio...),

— Si hay fracaso, además del delito de coacciones (y del delito de mutilación en su caso), «aun cuando se hubiera empleado la lex artis», creo que se aplicaría «cuando menos» el tipo penal culposo de lesiones o de homicidio correspondiente, pues la relación de causalidad se remontaría a la decisión misma de intervenir o de establecer el tratamiento, en contra de la negativa del paciente.

Si ha mediado ausencia de información, así como en cualquier de los casos anteriores habrá al menos responsabilidad civil por los perjuicios materiales y morales causados.

La STS Sala 1.ª de 12-7-94 R.A. 6730 estudia el problema del consentimiento en una situación anterior a la vigencia de la Ley General de Sanidad 14/86: antes no era exigible que el consentimiento del paciente se recogiera por escrito. Al paciente correspondía, según el TS, demostrar que no le fue interesado su consentimiento ni se le dieron a conocer las consecuencias que del tratamiento post-operatorio podrían derivar, lo que no hizo. Casa por ello la sentencia que había condenado a los médicos y al Insalud al pago de una fuerte indemnización. La STS Sala 1.ª de 24-5-95 RA 4262 acuerda una fuerte indemnización solidaria a cargo del médico y del Insalud del cual dependía, por haber realizado a la demandante, durante el parto, ligadura de trompas, no consentida y ayuna de cualquier información previa, con graves secuelas físicas y psíquicas derivadas. Existía un riesgo futuro y grave para la embarazada, pero no urgente ni perentorio. Ello no deja de conectarse en esta sentencia, con la lex artis y la deontología médica: es obligación impuesta por la lex artis —según se nos dice— la de recabar el consentimiento informado de la paciente. Previamente se habían sobreseido las diligencias penales abiertas, sin duda por ausencia de culpabilidad del médico.

La Ley General de Sanidad 14/86 de 25 de abril de 1986, enumera en el art. 10 los «derechos» del usuario de los servicios de salud. Su número 6 (tras decir el núm. 5 que ha de darse información completa y continuada verbal y escrita al paciente o a sus familiares, relativa al diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento) exige el consentimiento en for-

---

no estarán tan claras las coacciones. En Austria, donde se opina (cfr. Zipf, *op. cit.* p. 156) que un tratamiento correcto conforme a la lex artis no puede incidir en el tipo de lesiones o muerte, está previsto un tipo especial autónomo (que tiene carácter de delito privado; por tanto no es acumulable el proceso al que se siga de oficio por las lesiones o muerte imprudente). Es el art. 110: «el que tratare a otro sin su consentimiento, aun cuando lo haga siguiendo las reglas de la ciencia médica».

ma escrita del interesado para la realización de cualquier intervención, salvo que:

1.º suponga un riesgo para la salud pública, extremo desarrollado por la Ley Orgánica antes aludida 3/86; o se trate de sujeto «no capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho (de decidir) corresponderá a sus familiarse o allegados», si bien creo han de ser preferidos los representantes legales de los menores o incapacitados. La ley no se refiere a estos últimos tan sólo sino que abarca a los incapaces. El cónyuge actuará a virtud del mutuo auxilio a que está obligado por el art. 68 del Cc.

También creo que deben ser mínimamente informados (debe recabarse en lo posible su anuencia) menores a incapacitados en la medida en que tengan suficiente juicio, y ello por virtud de lo dispuesto en el art. 154 y 162 del Cc.

2.º Y, lo que es más discutible, cuando «la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento». En este supuesto y en el anterior nos encontramos ante un verdadero estado de necesidad. Aún así, el art. 10, 9 consagra como derecho la negativa al tratamiento, «salvo en los casos señalados en el art. 6» debiendo entonces solicitar el alta voluntaria.

Para Fernández Bermejo (Revista de Actualidad de Aranzadi núm. 133), la Ley General de Sanidad, indebidamente (máxime siendo ordinaria y no orgánica) no ha reconocido un derecho incondicional a negarse al tratamiento; sacrifica aparentemente la libertad de decisión e incluso ambulatoria (art. 17 CE), a los bienes de la vida o integridad corporal, en supuestos en que el riesgo de la intervención puede ser muy notable o en que el sujeto se opone por valores que asume él, como más importantes. Es un tercero quien puede tomar, según la Ley, la decisión de qué riesgos y sufrimientos, aun no queridos, ha de soportar el sujeto y a qué bienes ha de renunciar (amputaciones v. gr).

Tales riesgos son reales (la ciencia médica es inexacta) y con estas decisiones se ataca a los mismos bienes que se pretende preservar. Debe impedirlo el valor superior de la libertad y la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad, inconcebibles sin la libertad en todas sus expresiones (arts. 1 y 10 de la CE). Los derechos del art. 15 son derechos del individuo, no deberes al mismo tiempo para él.

La urgencia debe ser interpretada para él como supuesto de «innecesariedad de la forma escrita», siempre que se cuente con el consentimien-

to tácito del enfermo, éste sea inexpresable o exista incapacidad de reflexión en el paciente ante la inminencia del mal (aparte la necesidad e indicación del tratamiento o intervención como mal menor y de posible éxito). Si consta la precedente oposición motivada, consciente y libre, de persona mayor de edad en pleno estado de lucidez, no se debe iniciar a proseguir el tratamiento.

Estima con razón que la vida y la salud humana no puede reducirse a un puro hecho biológico, desligado del conjunto de ideas, valores y sentimientos que la distinguen del animal. La vida es el substrato de todo ello; pero sin los bienes de la libertad y la propia estima puede carecer de valor para el individuo. Solo él mismo puede decidir el dolor y el riesgo a soportar. De este modo se preserva la vida humana en su conjunto (5).

---

(5) Como nos dice Romeo Casabona, el respeto y protección de la vida ha experimentado variaciones motivadas por las concepciones éticas o políticas dominantes, siempre en revisión. Los progresos científicos han puesto de relieve situaciones-límite y se ha elevado a un primer plano el sentimiento de la dignidad humana. Se contrapone sobre todo, santidad versus calidad de la vida humana.

1.º En una concepción sacralizada de la vida, propia de la cultura occidental y de la tradición judeo-cristiana, aceptada desde una perspectiva laica en base a la intuición y la experiencia, se afirma que la vida humana es digna de protección en sí misma fuera de fines utilitarios sin tener en cuenta discapacidades ni deficiencias psíquicas; sólo se puede agredir la vida con causa justificada (legítima defensa, situaciones de guerra o conflicto...) y no puede ser modificada radicalmente.

2.º El principio de calidad estima la vida humana como valor relativo, aunque objetivable, en tanto tal vida tenga un cierto nivel de calidad (entendida como capacidad del individuo para sostener autoexperiencia y relacionarse o comunicarse con los demás).

Ambas concepciones, irreconciliables en sus versiones extremas, coinciden en ciertos puntos (muerte cerebral, anencéfalos) pero chocan en situaciones límite (nacidos con graves taras, enfermos terminales, suicidio y eutanasia). Hoy se pretende su aproximación o reconciliación partiendo como base del principio de santidad de la vida para evitar brechas en su protección; pero el opuesto ayuda, despojado de connotaciones extremas de utilitarismo, a resolver las situaciones límite, habida cuenta del derecho de autodeterminación y del respeto a la dignidad humana, punto de encuentro de ambas teorías.

— El principio de autonomía o de libertad (de decisión sobre los propios intereses de modo racional no constreñido siempre que no afecte a terceros; o el principio de autorresponsabilidad conforme a las propias concepciones, aunque sean erróneas) se ha situado a veces sobre la propia vida y se reconoce en Medicina desde primeros de siglo frente al paternalismo imperante. Su importancia aparece en la eutanasia o suicidio; en el rechazo de tratamientos vitales. O cuando el enfermo está inconsciente o es menor o ha nacido con graves taras ya que, no constando la libertad del sujeto, operará el principio de beneficiencia en interés del afectado y de acuerdo con las propias concepciones del mismo. Fuera de tal caso, el principio de paternalismo podría atentar contra la dignidad humana por tratar de imponer al afectado las propias concepciones, rompiendo así el principio de igualdad, base de toda justicia (*op. cit.*, pp. 42-44).

Creo, no obstante, que están justificadas las excepciones en casos de peligro general y de verdadera incapacidad declarada o de hecho.

También para Romeo Casabona, si el sujeto no está en condiciones de prestar su consentimiento en tal momento y esperar a que lo preste puede ser demasiado tarde, hay un estado de necesidad. La perplejidad surge cuando se contempla la remisión del núm. 9 del art. 10 al núm. 6 c). En tal situación, ¿cabe o no negarse al tratamiento estando el paciente en condiciones de tomar sus propias decisiones?. Existen dos posibles interpretaciones ante la ambigüedad del texto legal, criticada por toda la doctrina.

Una primera interpretación considera irrelevante la negativa en casos urgentes, pues se ha de proteger a toda costa la vida o salud del paciente (el cual no tendría un derecho de disponibilidad sobre la propia vida o mejor sobre su puesta en peligro); la posición de garante del médico se mantiene o se origina con esta situación: habría aplicación del art. 409 por omisión o bien del art. 421, 2.º en comisión por omisión; u omisión del deber de socorro.

Esta primera interpretación se adapta mejor al sentido literal de la ley y tiene apoyo en las SSTS anteriores a la Ley General de Sanidad, pero es contraria al principio de autonomía y respeto de la personalidad, dignidad e intimidad que consagra el art. 10 de la CE; no casa con el art. 15 de la CE, el cual no establece un deber de vivir ni con los razonamientos de la STC de 27-6-1990 Fdtos. 7 y 8: el derecho constitucional a la integridad física y moral «resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad... y por consiguiente esa asistencia médica coactiva constituiría limitación vulneradora del DF a no ser que tenga justificación constitucional». Tal limitación debe constar en Ley con rango de orgánica cual la ley complementaria de 14-4-86.

Para una segunda interpretación, la remisión legal opera para cuando el sujeto está inconsciente o no puede tomar decisiones y no se puede es-

---

— El principio de la dignidad humana como valor superior, ha pasado al derecho positivo y supone el reconocimiento del valor del ser humano por el mero hecho de ser hombre: éste debe ser considerado igual a los demás por encima de sus circunstancias personales o sociales, de su capacidad física o mental y de su propia conducta. No puede ser usado como instrumento para fines de otros hombres (Kant). El respeto a la dignidad humana se ha antepuesto a la vida misma en el contexto de la proximidad de la muerte, y, aunque ello sea exagerado, explica la supresión de tratamientos inútiles; se ha aducido para explicar la indicación criminológica en el aborto; tiene aplicación respecto de las manipulaciones genéticas... Pero se puede abusar de este principio si no se conecta con otros DF o valores constitucionales (*op. cit.* pp. 44-48).

perar por el peligro que ello entraña, a que recupere el conocimiento o a que consientan sus familiares o allegados. Fuera de estos casos, la negativa del paciente ha de ser respetada. Cesa la posición de garante del médico, sin perjuicio de las medidas paliativas que acepte el paciente.

Cuanto más delicado es el estado de salud, mayores riesgos comporta el tratamiento, cuya ponderación científica corresponde al médico, pero que debe asumir el paciente como persona libre, sin perjuicio de los diversos móviles que le pueden animar (religiosos, deseo directo de morir etc...). Puede pues el paciente negarse al tratamiento y ordenar su suspensión si se inició: ni hay comisión por omisión ni omisión del deber de socorro pues el médico sigue disponible y el sujeto no está desamparado.

Si media pues una petición, aun verbal, de abstención o ésta se manifestó con anterioridad por escrito, previéndose la eventualidad de la imposible toma de decisiones, el médico no tiene por qué imponer un tratamiento vital forzoso. Si la persona no puede expresar su voluntad (está en coma, es un recién nacido) o es irrelevante la negativa (menores, deficientes mentales), y se produce la omisión del tratamiento, habrá comisión por omisión por parte del familiar o médico garantes. El médico asume tal posición con la asunción del tratamiento por voluntad del paciente o de sus representantes (siendo discutible si ello procede de otros familiares). Es punible pues la eutanasia pasiva o mejor la omisión de la asistencia debida, cuando el paciente no ha expresado su voluntad contraria al tratamiento; máxime cuando lo ha pedido o solicita que el tratamiento continúe (*op. cit.*, pp. 431 a 442).

En cuanto a la forma escrita de expresión del consentimiento, no estamos ante un requisito esencial ni tampoco ante una declaración de voluntad configuradora siempre de un contrato con el médico, sino que se trata de una garantía de prueba preestablecida a favor del facultativo, por supuesto renunciable, siendo legitimador el consentimiento tácito o deducido de hechos concluyentes. Claro está que la forma escrita, junto con la información escrita despeja mejor cualquier duda sobre la libertad del consentimiento.

3. Los ensayos clínicos

En materia de experimentación terapéutica (al margen de la usual metodología curativa o práctica médica), es fundamental el consentimiento informado.

Pero se debe tener en cuenta el riesgo que se corra y el posible beneficio, el estado de necesidad concreto. No bastaría el puro consentimiento, dado que en Alemania una lesión realizada con consentimiento del ofendido sigue siendo antijurídica «cuando el hecho se opone a las buenas costumbres», no estando admitida en favor de un tercero la autodisposición de la integridad corporal. Tampoco en nuestro derecho a tenor del art. 428.

En materia de experimentación no terapéutica (con puros fines de investigación), su único fundamento parece estar en la autodisposición y el consentimiento informado del sujeto (art. 7 del Pacto Internacional sobre derecho políticos y sociales), siendo dudoso que se pueda ejercer a través de representante legal como propugna la Asociación Internacional de Médicos en su declaración de Helsinki-Tokio (1964/1975). No sería admisible un experimento mortal o muy peligroso que no sea verdaderamente útil o que sea ajeno en sus fines al peligro que se corre. Al igual que en el caso anterior, la ponderación provecho-riesgo debe complementar el consentimiento.

Ahora bien ¿cómo justificar los experimentos en fetos, niños o incapaces, cuando se realizan en provecho de ellos y han de practicarse en ellos?. Para Albin Eser (cfr. Avances de la Medicina y D. Penal. pp. 15 y ss.) cabría acudir a la figura del estado de necesidad o a la teoría del riesgo permitido en la imprudencia.

La Ley del Medicamento 25/90 de 20-12-90, y su Reglamento de 19-4-93 rigen los ensayos clínicos en humanos, totalmente supeditados al consentimiento informado del interesado (cfr. arts. 59 y ss.). Destaca en esta ley, que exige numerosos requisitos para cualquier ensayo (autorización administrativa con condicionantes muy rigurosas, cfr. arts. 64, 65 y ss.) la distinción antes aludida.

— Si el ensayo no tiene interés terapéutico para el sujeto, el consentimiento constará siempre por escrito. Se reduce la contraprestación o retribución que reciba el sujeto, si desiste de la experimentación (art. 60, 5 y 7).

También se ha de concertar a su favor un seguro que cubra «enteramente» todos los daños y perjuicios, daños que «se presumen producidos por el ensayo», salvo prueba en contrario, cuando se produzcan durante el ensayo y en el año siguiente (art. 62).

El art. 11 del R. Decreto de 19-4-93 regula minuciosamente los requisitos, muy rigurosos, para que puedan efectuarse ensayos sin interés terapéutico en menores, incapaces y gestantes. Los ensayos en menores e incapaces, por regla general, sólo pueden realizarse en ellos (incluso cuando

sean de interés para su salud particular), cuando no pueden ser efectuados en sujetos normales, por ser la patología en estudio sólo propia de aquellos.

— «En todo caso», el consentimiento «libremente expresado» (lo cual incluye a mi juicio un examen de la capacidad de hecho del sujeto: tratándose de incapaces no incapacitados, creo que sólo será admisible un ensayo terapéutico con la conformidad de los familiares o allegados por analogía con los dispuesto en la Ley General) debe emitirse por escrito o ante testigos, previa información, revocable en cualquier momento sin expresión de causa (art. 61).

Aparte del consentimiento del representante legal (del menor o incapacitado), se exige con buen criterio la conformidad del representado «si sus condiciones le permiten comprender la naturaleza, importancia, alcance y riesgos del ensayo» (art. 60, 4 y 6).

El art. 12 del R. Decreto de 19-4-93, en desarrollo de los preceptos legales, sigue sin contemplar la situación de los incapaces no incapacitados. Añade a la ley la necesidad de poner en conocimiento del Fiscal, antes del ensayo, el consentimiento del representante legal y del menor en su caso; sin duda para que, si el Fiscal entiende abusivo el consentimiento, pueda pedir del Juez la adopción de las medidas cautelares urgentes del art. 158 del Cc o las de los arts. 232 y 233. También, en casos de urgencia, permite el Reglamento prescindir del consentimiento del representante legal y aún del consentimiento del sujeto, para cuando no fuese posible recabarlo («no fuera posible disponer del consentimiento», lo cual se ha de interpretar restrictivamente), si el ensayo tiene un específico interés terapéutico particular para el paciente: en cuanto sea posible se procederá a obtener el consentimiento informado en orden a continuar el tratamiento.

El ensayo clínico ha de realizarse bajo la vigilancia de un médico con la necesaria competencia clínica (art. 63 in fine). El incumplimiento de estos requisitos puede dar lugar a responsabilidades civiles y penales de muy diversa consideración.

4. La cirugía estética

Se diferencia de la intervención médico-quirúrgica en que no existe propiamente un móvil curativo. Tampoco está en marcha un proceso previo ya desencadenado de enfermedad que determine como necesaria y adecuada la indicación del tratamiento: el riesgo de fracaso, supuesta la lex artis, se asume de modo mucho más libre y espontáneo por el sujeto, en base también al consejo médico, fiado de su habilidad para soslayarlo. Por ello existe una

mayor responsabilidad del médico, ante la menor relevancia del fin perseguido. Sin embargo no estamos tampoco, al menos siempre, ante una estricta obligación de resultado. Si la obligación fuese de resultado, no sólo se eximiría el «paciente» de pagar los honorarios, cuando tal resultados no se consiga, sino que podrá exigir daños y perjuicios cuando sean evidentes.

A veces existen operaciones de cirugía estética que están impuestas o se estiman forzadas por la necesidad de convivir en sociedad, dada la repugnancia que pueden inspirar en los demás ciertas deformaciones corregibles, y la repercusión que ello puede tener en el psiquismo de quien las padece.

Creo fundamental el consentimiento informado del sujeto, emitido de modo consciente y libre por persona mayor de edad y capaz. Será conveniente el compromiso escrito. Salvo el supuesto de estado de necesidad, que ahora en principio no existe por falta de urgencia ex hipothesi, creo que todos los requisitos de la Ley General de Sanidad son aplicables al caso.

Cuando operaciones de este tipo sean precisas en cierta medida por las razones antedichas, para preservar la salud psíquica del sujeto, tratándose de menores e incapacitados, deben éstos prestar su consentimiento si tienen suficiente juicio, por aplicación del art. 154 y 162 1.º e in fine del Cc, a más del necesario consentimiento de sus representantes legales. Lo mismo se diga de los familiares o allegados de personas incapaces.

A) Punto de vista civil.

Hoy se estima que sólo la infracción de la lex artis, puede dar lugar a responsabilidad penal o civil. No se garantiza la infalibilidad del resultado. Puede existir ruptura del nexo causal, si la complicación fue inevitable (6).

Lo que ocurre es que en este tipo de contratos y obligaciones, que se aproximan al menos a las de resultado, la no consecución del mismo y, lo que es peor, la agravación o menoscabo del estado de salud del «paciente», supone el incumplimiento de los compromisos o promesas de mejora de la estética realizadas por el médico y por tanto se habrá de presumir en cierto modo la culpa del mismo, salvo prueba en contrario de un verdadero caso fortuito y de que existió el empleo por su parte de toda la diligencia exigi-

(6) En Francia en 1928 se conoció del caso de un cirujano que operó a una señora para adelgazarle las piernas, y por efecto de ulteriores complicaciones, ante un proceso gangrenoso hubo de serle amputado el miembro. Se le condenó por haber realizado la intervención sobre un miembro sano: en tal caso era ilícita la actividad médica e ilícito el móvil, con independencia de que se actuara o no conforme a la lex artis. Hubo protestas airadas (cfr. Garzón Real en Rev. «La Ley» de 2-10-87).

ble. No cabe aducir en este aspecto responsabilidad objetiva, pues siguen siendo aplicables los arts. 1101 y siguientes del Cc. basados en la culpa, pero quizá deba, a mi juicio, quedar invertida la carga de la prueba (7).

B) El punto de vista penal se comporta en igual sentido que la intervención médico quirúrgica antes vista, en estrecha dependencia de la lex artis.

5. Las mutilaciones reguladas por el art. 428 del C. Penal

Tales intervenciones no suelen tener por finalidad restaurar la salud propia precisamente. No suele estar presente un proceso causal que conduzca a una situación más grave si no se le pone algún tipo de remedio. Si así fuera (especialmente por lo que respecta a la esterilización), la conducta debe considerarse atípica, cuando la operación debidamente consentida (a salvo un supuesto de necesidad bien entendido), resultó conforme a la lex artis. No cabe hablar desde luego de fin curativo en relación al donante vivo, que es quien cede sus órganos.

Se fundamentan las excepciones del art. 428 en la finalidad altruista del trasplante, en la planificación familiar (esterilización) a la que se tiene derecho, y en definitiva en el derecho al libre desarrollo de la persona-

---

(7) La STS Sala 1.ª de 7-2-90 alude a que en prótesis dentarias se asegura un resultado al modo del contrato de obra. Ello quiere decir que no hay obligación de pagar honorarios si no están bien hechas, como contrato bilateral, aparte los daños y perjuicios que se hayan ocasionado por culpa.

La STS Sala 1.ª de 16-4-91 encuentra la culpa del médico en la promesa o compromiso del mismo sobre la mejora de la paciente, a más de no haber realizado correctamente la operación. La acción se fundó en el art. 1902 del Cc y no fue rechazada por el TS con tal fundamentación. La STS de 3-12-91 condena al cirujano por no comprobar la existencia de tejidos cancerosos antes de la primera intervención, lo que era probable, y por no darse cuenta del abultamiento producido antes de decidir la segunda operación. Reconoce que no hay responsabilidad por no conseguirse el resultado si hay interrupción voluntaria e injustificada del tratamiento.

La STS, Sala 1.ª, de 25-4-94 condena al cirujano a indemnizar nueve millones de pts por daños morales y materiales, en razón a un embarazo subsiguiente a operación de vasectomía. Cuando se acude al médico para mejorar de aspecto o para cambiar el curso de la actividad sexual, el contrato sigue siendo de servicios y de medios, pero se aproxima al de resultados (arrendamiento de obra), pues tiende a garantizarlo, sin asegurarlo del todo («hay una exigencia de mayor garantía en la obtención del resultado», pues de lo contrario no se acudiría en forma totalmente voluntaria al médico, a diferencia de una enfermedad). Se intensifican las obligaciones de informar del riesgo de falta de éxito y de los cuidados y análisis necesarios para asegurarse del éxito. De otro modo hay negligencia y no caso fortuito. En el caso concreto se probó que no fue informado el contratante de un posible riesgo de embarazo.

lidad del individuo, aunque la ética religiosa no esté a veces conforme con estos fines, en todo caso conceptuados como humanitarios o razonables.

Naturalmente, aunque nada dispongan las leyes al efecto, «el consentimiento para extracciones de sangre o reconocimientos corporales dirigidos a fines procesales» de obtención de datos para la prueba pericial, exime de cualquier responsabilidad al tercero que actúe y al Juez que emite la orden legítima. Basta ver al efecto la Ley de Seguridad vial art. 12, y las SSTC de 15-2-98 y de 17-1-94. Lo que se discute es si la extracción de sangre para estos fines puede llevarse a efecto manu militari, no estando previsto el caso por una Ley orgánica. No podemos detenernos en este tema (cfr. mi trabajo en «Poder Judicial», 2.ª época. núm. 36, pp. 107 y ss).

No cabe, en la materia regulada propiamente por el CP, hablar de urgencia en orden a salvar la vida o la integridad; si así fuera, ningún interés hubiera tenido la reforma del art. 428, pues bastaban los preceptos genéricos del CP o de nuestras leyes, aplicables incluso al caso de menores o incapacitados. Tampoco existe un interés general en la exigencia de trasplantes, operaciones de transexualismo o esterilizaciones: el art. 15 de la CE prohíbe desde luego al Estado y a los particulares utilizar la coacción para esterilizaciones, extracción de órganos, ensayos cínicos etc... Por tanto, todas estas intervenciones están basadas en el más puro consentimiento consciente y libre de la persona capaz, como acto de autodisposición, siempre que las realice un facultativo.

A) El punto de vista civil, creo que se comporta al igual que en el caso de la cirugía estética, al estar ausentes fines curativos en favor del sujeto que se somete a estas intervenciones. No sería relevante un perjuicio psíquico que pueda alcanzar a menores de edad e incapacitados por no poderse someter a este tipo de intervenciones, casi siempre irreversibles.

La Ley de Trasplantes 30/79, de 27-10-79, exige que el donante «vivo» sea mayor de edad y goce de plenas facultades mentales; que presta su consentimiento previamente informado, por escrito, de forma expresa, consciente y libre, debiendo firmar también el documento, el médico que realice la extracción (art. 4).

El móvil de precio se consideraría vicio de la voluntad pues no cabe contratar o traficar sobre órganos humanos, si bien se procurará que la operación no sea gravosa (art. 2) (8).

---

(8) El art. 6 regula las condiciones del receptor, pues la operación quirúrgica supone notables riesgos por lo general para el mismo (consentimiento escrito y previamente informa-

La Ley 42/88, de 28-12-88, supedita la donación y trasplante de embriones y fetos, al consentimiento escrito y previamente informado del «receptor», o de sus representantes (o familiares en caso de urgencia) por los riesgos que todo ello conlleva (art. 4), siempre con la intervención del equipo biomédico (art. 3).

La Ley 35/88, de 22-11-88, requiere en la «mujer receptora» de las técnicas de reproducción asistida que de su consentimiento informado, reflejado en un formulario, que haya cumplido 18 años y tenga plena capacidad de obrar, sin que su consentimiento sea sustituible por representación (arts. 2 y 6), ya que se trata de tener un hijo. Se supone que la intervención se realiza por el Centro Médico.

B) Punto de vista penal.

Hay «exención de responsabilidad penal» para el tercero (también como es lógico para el disponente, salvo que pretenda eximirse de un servicio público, pudiendo entonces ser tal tercero culpable o no según conociera esta finalidad), en los casos de transplante de órganos realizados conforme a su ley, esterilizaciones y cirugía transexual, efectuadas con «consentimiento libre» de un «sujeto capaz», por un «facultativo» (9).

El C. Penal exige mayoría de edad y capacidad mental siendo insustituible la conformidad personal del sujeto, acto personalísimo y revocable

---

do del paciente o de sus representantes legales), si bien creo que son perfectamente aplicables todas las disposiciones de la Ley General de Sanidad al respecto, la cual entra en más detalles. Opina Fernández Bermejo que esta norma indebidamente regula (en cuando como ley ordinaria y no orgánica en desarrollo del art. 15 de la CE) nada menos que el momento de la muerte, máxime determinado por normas reglamentarias (RD 426/80de 22-2). No está regulando simplemente el derecho a la salud recogido como tal derecho en el art. 43 de la CE.

(9) De realizarla un profano en ciencia médica, sería punible como mutilante la conducta de tal tercero, por demás intruso, aunque hubiera «éxito» y no surgieran complicaciones durante o tras su intervención: la autodisposición no justifica la conducta en realidad «mutilante o lesionante» de quien no sea médico, ni aún con estas finalidades. No creo que por ello sea punible la conducta del que se automutila o entrega a la mutilación, a menos que lo haga con el fin de eludir el servicio público obligatorio.

Si interviene un facultativo, podría sostenerse que, «mediando consentimiento libre», está excluida la tipicidad misma si el éxito de la operación se conforma con los fines perseguidos por ella. No obstante quizá sea preferible entender vigente la tipicidad incluso para el facultativo, dado que el CP establece los correspondientes requisitos para que sea lícita la conducta del facultativo: nunca sería lícita en esta materia la conducta del profano (juego de la regla-excepción), quien además de intrusismo habría de responder de la mutilación.

Si hay fracaso del facultativo, el tema vuelve a su consideración normal, antes vista —aplicación de la lex artis—, por lo que respecta a las lesiones o muerte derivadas de una intervención defectuosa desde el punto de vista médico, o a una esterilización no bien conseguida, sin que en ningún caso se haya de culpar al médico de la mutilación «libremente consentida».

(Cfr. Consulta de la Fiscalía General 3/85) a través de la representación legal e incluso de la autorización judicial; consentimiento libre en definitiva, sin vicios y con causa gratuita: error, dolo, violencia, intimidación o amenaza, precio o recompensa invalidan el consentimiento. Ni el menor de edad ni el incapacitado ni el incapaz pueden prestar este tipo de consentimiento, ni por sí ni por sus representantes o guardadores de hecho; de ser la incapacidad gradual habrá de estarse a lo dispuesto en la sentencia. Tampoco cabe la autorización judicial supletoria.

Si se creyera que el incapacitado por sentencia judicial tiene suficiente madurez al efecto, se habrá de promover la modificación del alcance de la incapacidad ya declarada (Romeo Casabona, en Avances de la Medicina y D. Penal p. 93). La persona ha de tener suficiente capacidad de juicio y por ello el mero incapaz, no incapacitado, no puede autodisponer de su propio cuerpo.

De no darse estos requisitos, operaría la responsabilidad del médico por el resultado mutilante o incluso por el resultado lesivo producido. Si los vicios del consentimiento se han provocado por un tercero, el mismo es inductor o autor mediato del delito de esterilización o mutilación correspondiente.

6. La esterilización de incapaces

No es admisible desde luego una esterilización sistemática de los deficientes mentales. Ello retrotraería la historia a épocas de inusitada barbarie, de nefasta recordación por su proximidad histórica.

En la reforma de 1989 (LO 3/89) se solucionó (?) el problema de la esterilización de persona incapaz, término equivalente ahora a persona judicialmente incapacitada de modo previo en juicio de menor cuantía: ha de solicitar la autorización su representante legal (único legitimado), bastando la autorización del Juez con los requisitos legales en acto de Jurisdicción voluntaria (Cfr. Consulta 1/91 de la Fiscalía General del Estado).

Si el incapacitado tiene algún tipo de juicio y se niega a la esterilización, muy probablemente habría que respetar su decisión, pues los derechos de la personalidad a él le corresponden, si que puedan impedirlos sus representantes legales a menos que el incapaz se perjudique con ello (10).

---

(10) El Auto del TS (Sala 2.ª) de 1-6-94 RA 4607 inadmite el recurso de casación y confirma la sentencia en que se condena al padre y al médico que «sin autorización judicial» intentaron la esterilización de una menor (delito en grado de tentativa), de la cual se desistió por ciertas dificultades que se presentaron.

La STC de 14-7-94 declara que este inciso del C. Penal no es contrario a la Constitución, resolviendo así la cuestión de constitucionalidad planteada. Se acepta que los deficientes psíquicos tienen los mismos derechos que los restantes ciudadanos, conforme con la Declaración de los Derechos del Retrasado mental de las Naciones Unidas de 20-12-71 (11).

La importante para el TC es la justificación y la proporcionalidad de la medida en beneficio del incapacitado. Estos no pueden cumplir los deberes de la paternidad (art. 39, 3 de la CE) y de aquí esta norma excepcional (12).

7. SUPUESTOS DE ABORTO PERMITIDOS

El art. 417 bis del C. Penal, tras su introducción por Ley Orgánica de 5-7-85, a raíz de la S. del TC del 11-4-85 recaída en recurso previo de in-

---

(11) Según el TC, el art. 428 del CP parte de la insustituible autodeterminación de la persona mayor de edad y capaz. El art. 49 de la CE impone a los poderes públicos un especial amparo para el disfrute por parte de estas personas de los derechos del Título I. Se trata de precisar si el derecho de autodeterminación puede ser otorgado a incapacitados judicialmente en su beneficio por no poder prestar un consentimiento válido al efecto.

Para la mayoría del TC se trata de examinar si las garantías de la norma son suficientes a efectos de que el Juez otorgue su autorización. Desde luego, por venir referido el precepto a supuestos concretos, se excluye cualquier política gubernamental que promueva la esterilización de deficientes psíquicos. La autorización judicial es la principal garantía en evitación de esta posibilidad.

Otra garantía es la petición del representante legal de los mayores de edad incapacitados judicialmente, «únicos cuyo consentimiento es lícito sustituir mediante semejante petición». La deficiencia debe ser grave. Se verifica por el Juez mediante el dictamen de dos especialistas y por el examen personal del incapacitado. Se ha de oír en el procedimiento al Ministerio Fiscal.

Estas garantías se reputan suficientes por el TC. Nada impide que el Juez tome en consideración el carácter irreversible de la enfermedad ni el carácter más o menos reversible de la técnica esterilizadora. Desde luego la norma se ha de interpretar restrictivamente. Si mediante el derecho a la integridad física y moral «se protege la inviolabilidad de la persona no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu sino también contra toda clase de intervención en estos bienes que carezca del consentimiento de su titular» (STC 120/90), no pudiéndose prestar un consentimiento válido por incapaces, éstos habrían de estar excluidos de cualquier intervención, lo que inadmisible.

(12) Se justifica la norma para evitar una constante vigilancia contraria a la dignidad de la persona y a su integridad moral (arts. 10 y 15 de la CE), la cual no debe impedir el ejercicio de la sexualidad. De este modo se admite el ejercicio de la sexualidad sin el riesgo de la procreación. Más aún se justifica en la mujer, cuyo estado psíquico puede resultar más dañado.

Es medida proporcionada a la finalidad legítima que se pretende siempre que no exista peligro para la vida o la salud del incapacitado, para lo cual intervienen los especialistas.

No todo acceso carnal constituye violación y el aborto es más traumática solución. Otras medidas anticonceptivas no ofrecen igual seguridad y requerirían un control constante no siempre posible y seguro. Hasta aquí lo más esencial de esta sentencia.

constitucionalidad, pivota enteramente sobre el consentimiento expreso de la mujer embarazada, salvo urgencia de riesgo vital para la gestante por lo que respecta a la «expresión» del consentimiento. Sin duda también en la necesidad de intervención de un facultativo, al estar en juego un valor importante para el Derecho como es el fruto de la humana concepción, aparte la salud de la mujer. El pfo. 2 del 417 exime siempre de pena a la embarazada, cuando se den los supuestos necesarios, aunque el aborto no se realice en Centro acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos; pero no la exime de acudir a un facultativo.

Faltando los requisitos que garantizan sobre todo la salud de la madre y la viabilidad del feto (dictámenes previos —no precisos en casos de urgencia vital y de violación— y centro acreditado), el aborto realizado por el tercero (médico o no) es punible siempre, aunque la embarazada quede exenta de pena. Salvo estado de necesidad perentorio, ni siquiera queda la madre exenta de pena, si, dándose los supuestos legales, acude a persona no médica para abortar, dado que la ley pretende un control estricto de las garantías legales y tiene en cuenta el bien de la vida humana dependiente (13).

---

(13) Según Romeo Casabona, al exigirse la intervención de un médico, se traslada al mismo la responsabilidad por prescindir de los dictámenes previos y del requisito de Centro autorizado. Ante la más que probable negativa del médico, ello determinará que se acuda al aborto clandestino, aumentando así el peligro para la mujer. Por ello quizá debería haberse excluido de pena en estos casos también al médico, por más que al mismo le es exigible, con motivo suficiente, el tener en cuenta los requisitos de dictamen previo y sobre todo el actuar en Centro autorizado.

Sin embargo, el —médico o no— que practique tal aborto, estando indicado y denunciada la agresión sexual en su caso, podrá cubrirse con la eximente completa o incompleta de estado de necesidad sobre todo. Tal ocurrirá cuando, por la urgencia del caso en la indicación terapéutica, no sea posible acudir a un médico (único legitimado en principio siempre), o se acuda a un médico que actue fuera de un Centro autorizado: tanto la gestante como el tercero podrán acogerse al estado de necesidad general (*op. cit.* pp. 315-318).

Estamos ahora (417, bis 2 del CP), a diferencia del supuesto de existencia misma de las indicaciones (causas de justificación, basadas en un verdadero estado de necesidad —la terapéutica— o en la existencia un conflicto objetivo resuelto a favor de la no exigibilidad de otra conducta para la madre), ante una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta (STC Fdo j. 12). Al tratarse de una exención personal, la impunidad no abarcaría a los terceros, sanitarios o no, que colaboran en el aborto y que han prescindido del requisito de Centro autorizado y dictámenes previos (dictamen dispensado en caso de urgencia en la indicación terapéutica), los cuales están en función —fin de la norma— de proteger la salud de la mujer, tanto consienta el aborto como practique autoaborto bajo la dirección de un médico.

Sobre la posible aplicación de causas genéricas de exención completa o incompleta o de atenuaciones genéricas, puede verse la obra de Romeo Casabona «El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana» pp. 320 y ss. El tema es sumamente complejo ante la mezcla de requisitos materiales y formales en la regulación de las indicaciones.

— El consentimiento debe ser anterior a la operación y es requisito esencial, pues la mujer puede querer dar a luz, asumiendo un acto heroico. Salvo riesgo vital (y no mediando anterior oposición consciente y libre al aborto), el consentimiento ha de ser expreso (oral o escrito, pero el médico puede exigirlo expreso ex art. 4 del RD de 21-11-86 núm. 2049/86) e informado (art. 9 del RD citado, que va más allá del tema de los requisitos de validez del consentimiento; a menos que sea innecesaria la información, sin perjuicio de la responsabilidad laboral o administrativa pertinente). Ha de estar libre de vicios como error, engaño, miedo o coacción.

El CP no dice sea ineficaz el consentimiento de mujer menor o incapaz o el de sus representantes legales: bastará la capacidad natural de juicio y la comprensión del alcance del acto (riesgo de la operación, pérdida del hijo), debiendo ser respetada su decisión de continuar el embarazo, a menos que suponga grave peligro para su vida o salud.

Si no tiene capacidad natural, consentirán los padres o tutores en beneficio de la menor o incapaz sin atender a sus intereses o ideologías. Si existe abuso de la representación, se acudirá al Juez, salvo urgente estado de necesidad, en que decidirá el médico ex arts. 8, n.º 7 del CP y 10, 6 de la LGS (Romeo Casabona, *op. cit.*, pp. 329-340).

Respecto de personas incapaces no incapacitadas, dada la breve regulación y el silencio del CP al respecto, se ha de entender que el consentimiento puede ser suplido en esta ocasión por sus guardadores de hecho, familiares o allegados actuando en beneficio de la embarazada, dada la urgencia de estos casos. Siempre que la embarazada tenga suficiente juicio debe prestar su conformidad. En la Consulta de la Fiscalía General del Estado 3/85 se admite que pueda existir una autorización judicial supletoria en caso de aborto proveniente de violación para menores o personas incapaces o incapacitadas (aunque ello no sea quizá imprescindible).

— El facultativo ha de actuar como siempre conforme a la lex artis. No puede negarse a practicar el aborto, mediante el empleo de la objeción de conciencia. (art. 16 CE), e incurre en delito de omisión propia o de comisión, cuando estamos en presencia de la primera indicación (terapéutica), pues la LO de Libertad religiosa de 5-7-80 establece como límites a la misma, la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública.

8. El auxilio al suicidio y la eutanasia

El art. 15 de la CE no impone un deber de vivir; no prohíbe por tanto el suicidio o acto similar. El art. 15 tiene por destinatario al Estado y a los

particulares y no al titular del bien jurídico protegido, dado el origen de los DF como esferas reservadas a la injerencia del Estado en la vida individual y límites a su actuación.

No por ello el art. 15 consagra un derecho al suicidio, pues ello supondría una inversión del precepto constitucional. Por tanto, el suicida no tiene derecho a recabar del tercero el auxilio correspondiente, ni el tercero tiene un derecho a prestárselo; menos aún cabe que incurra en delito de omisión quien se abstiene de intervenir a favor de quien solicita ayuda para morir.

Los particulares están obligados a respetar la vida ajena y tienen la facultad de defenderla mediante la legítima defensa de terceros. Incluso tienen el deber de defenderla si son garantes al respecto; al menos tienen el deber de impedir, si está en su mano, la comisión del delito atentatorio contra ella, así como el deber de socorro. Pero no han de incurrir en delito de omisión frente a quien rechaza la ayuda.

El valor libertad, frontispicio de la CE, ha de matizar el valor de la vida, y por ello existiría un derecho a impedir la intromisión ajena sobre el acto de disposición que implica el suicidio, siendo constitucionalmente ilícita la prohibición penal del suicidio frustrado, al igual que una decisión judicial que impidiera el suicidio de tal persona. De aquí que ningún tercero tenga el deber ni tampoco el derecho de interferir y de evitar esta decisión de modo forzoso o coactivo.

También es conforme a la CE y a la dignidad de la persona abstenerse de iniciar e interrumpir un tratamiento inútil, que prolongue artificialmente una vida; ello sería trato inhumano contrario al art. 15 por tendente a instrumentalizar a la persona, siempre que el sujeto no haya expresado o no haya podido expresar su voluntad de someterse al mismo, pues cada uno es dueño de «su» dignidad (Romeo Casabona *op. cit.* pp. 102-113).

Vamos a ocuparnos solamente de los supuestos de eutanasia, entendida como acortamiento efectivo de la vida, cuando ha sido consentida y se realiza por móviles humanitarios, es decir, cuando la muerte deseada por el propio sujeto (o por sus familiares en caso de coma irreversible) puede implicar la petición de algún tipo de ayuda a la muerte, recabada del médico o familiar (14).

---

(14) Creo muy grave la inducción al suicidio, es decir el introducir en la mente de una persona la intención de suicidarse o inclinar decisivamente su voluntad en este sentido. En el «auxilio a morir», está en juego el bien de la vida, valor extremo y bien indisponible según el sentido tradicional, lo cual deja poco espacio al «consentimiento ponderado». Aunque no sería inconstitucional una adecuada regulación que, con los requisitos y garantías necesarias de comprobación previa, excluya la pena para quien auxilia activa-

Si el enfermo se opuso al adelantamiento de su muerte, no consintió en ello, se trata de un enfermo mental, menor o deficiente psíquico, o incluso «se dejó hacer», habrá homicidio, o en su caso, asesinato con alevosía, o parricidio. No es válido el consentimiento presunto a la muerte, ni el precedente o que no sea actual (sin perjuicio de la virtualidad del llamado testamento vital previsto para supuestos de coma o inconsciencia), pues está en juego la vida. Hay que estar a la situación concreta y a la capacidad de juicio concreta.

Mucho se discute sobre el «derecho a una muerte digna». Dados los avances de la Medicina, se precisa hoy protección, no sólo frente a un adelantamiento indebido de la hora de la muerte sino frente a la prolongación artificial injusta e innecesaria de la vida, con terapias superintensivas. Suponemos en todos estos casos, que existe el consentimiento del enfermo a morir «ayudado de algún modo», en cuanto sujeto capaz, consciente y libre. Todo enfermo siempre puede poner a prueba su heroicidad y su capacidad para resistir el dolor o la muerte.

1. En la eutanasia directa activa, se ayuda a morir de modo positivo al enfermo (equiparable al suicida en general, pues en la eutanasia solicitada hay una voluntad suicida directa o indirecta), o se le da muerte, con medios activamente empleados que con seguridad acortan la vida.

Se ha de afirmar que no cabe atribuir a la renuncia al propio derecho a la vida, la virtualidad de dejar impune a los terceros que de modo positivo la pongan en peligro o la supriman. Son otras razones las que han de jugar al respecto.

En España, hoy por hoy, (cfr. art. 409 del CP) es delito el auxilio activo al suicidio, aun por razones humanitarias o eutanásicas, las cuales serán valoradas después en el plano de la culpabilidad. Se supone que la decisión fundamental de acabar con la propia vida reside en el suicida y que el tercero sólo le ayuda activamente «sin darle muerte», pero poniendo su vida en concreto peligro. No es delito el intento de suicidio, y por ello se castiga esta forma de participación como conducta típica. Se discute si el resultado suicida es elemento del tipo o condición objetiva de la punibilidad. Ello tiene trascendencia en el tema del delito intentado.

---

mente al moribundo a acortar un proceso vital plagado de sufrimientos, siempre que en manos de éste quede el dominio final del hecho. No nos ocupamos de la eutanasia por razones eugenésicas o socioeconomicas, al perteneder a estadios de la humanidad, denotadores de barbarie, por muy recientes episodios que se hayan desgraciadamente producido.

Si, sobrepasando el mero auxilio, el tercero es quien mata al enfermo a petición propia (pues no quiere o no puede disponer de su vida suicidándose él mismo), tal hecho es delito también en el Derecho Alemán, el cual impone pena atenuada pese al fin altruista: tal tercero no puede ampararse en un acto de disposición de la vida ni en un consentimiento ajeno, no reconocidos por el Derecho como justificantes. En tal sentido Albin Eser (cuyo esquema general seguimos en esta materia del suicidio y la eutanasia, *op. cit.*, pp. 22 y ss.).

En España tal hecho se castiga (con las atenuantes pertinentes en su caso) como «homicidio consentido». Tiene igual pena que el homicidio, lo cual es un privilegio para cierta parte de la doctrina, pues dada la indefensión del enfermo, habría asesinato ante la presencia de alevosía, cosa que se niega por otros autores ya que en teoría no se impide la reacción defensiva in actu del peticionario. El legislador debería ya de por sí atenuar la pena de este homicidio, al no ser igual un homicidio contra la voluntad de la víctima que el consentido y propiciado por la misma.

Si el enfermo hubiera entrado en situación de incapacidad y no hubiera expresado antes su petición inequívoca, creo que en España podría haber asesinato o parricidio, con las pertinentes eximentes, o mejor atenuantes que siempre pueden concurrir en una situación por lo general dramática (arrebato, transtorno mental transitorio, parentesco...). Si hubiera expresado de modo libre tal petición de morir, luego atendida, estaríamos en el supuesto de homicidio consentido del art. 409.

El suicida en el tipo del art. 409 mantiene el dominio del hecho sobre el proceso de su propia muerte, lo que se excluye cuando el sujeto perdió la conciencia antes de la intervención lenitiva; pero como tal conciencia ha de perderse antes de la consumación de la intervención ex hipothesi, el dominio ha podido ser efectivo hasta ese momento. La doctrina distingue entre el homicidio consentido y el suicidio-homicidio del art. 409 en que se supone permanece el dominio del hecho en manos del suicida (cfr. Romeo Casabona *op. cit.*, pp. 458-461).

2. En la eutanasia indirecta activa, se ayuda en el morir al enfermo (o suicida), con medios que pueden acortar la vida sin ser ello seguro. Tales medios se utilizan para eliminar o aliviar el dolor, fin próximo y directo perseguido.

En principio estaríamos ante una actividad delictiva cubierta por el dolo eventual o de consecuencias necesarias por iguales razones que antes se expusieron. Pero no sería delito (es más seria punible el actuar contrario) el emplear medios que mitiguen el dolor cuando el médico los utiliza sin

intención dolosa directa, aceptando el riesgo como efecto secundario, de que la vida se acorte y contando con el consentimiento expreso o tácito del sujeto. Este siempre puede poner a prueba su heroísmo y oponerse a esta posibilidad (15).

Es dudoso si existe delito cuando el médico persiga intencionada y directamente la reducción o acortamiento de la vida para liberar al enfermo del dolor. Fallan los fundamentos antes aducidos antes como justificantes o legitimadores. Habría delito si no se persigue vencer el dolor, sino atender a una petición del enfermo quien cree inútil su propia vida por el estado en que encuentra. En realidad, en estas hipótesis, se han de dar las soluciones antes propuestas para el homicidio consentido.

La prueba de que existió una u otra de las alternativas expuestas me parece sumamente difícil en la práctica, debiendo aplicarse el clásico principio in dubio pro reo.

3. En la eutanasia pasiva u ortotanasia se «deja morir» al enfermo según el curso causal ya establecido,

— por la naturaleza, camino mucho más humano, salvo que el enfermo «pida vivir»;

— o por la previa conducta del sujeto que se ha autolesioando, en un intento de suicidio, o ha sufrido un accidente y se niega a seguir un tratamiento. Igual se diga si se niega a ingerir alimentos.

Desde luego no existe un deber de tratamiento para prolongar la vida sin sentido alguno, y contrario a la lex artis. Estamos ahora ante la omisión del auxilio o asistencia que hubiera evitado la muerte o la hubiera retrasado significativamente.

Puede consistir en la omisión de un tratamiento o medio que prolongue artificialmente la vida; o en la suspensión o interrupción del tratamiento ya comenzado. Se discute si es acción u omisión la retirada del re-

(15) Podría existir dolo eventual o culpa (si el médico era consciente del peligro o podía serlo), fuera de los casos en que no estaba indicado el tratamiento o éste no se empleó con la lex artis debida. Se ha discutido entonces el fundamento de la impunidad. Tal fundamento podría residir para la culpa en la teoría del «riesgo permitido», aceptado expresa o tácitamente por el sujeto. También según otros autores, en el estado de necesidad, si mediara dolo eventual, pues se valoraría en más la liberación del dolor que la reducción de la vida, siempre contando con el consentimiento expreso o tácito del sujeto. En todo caso, no habría culpabilidad o habría exención de la pena. En la práctica, será muy difícil probar el nexo causal entre el acortamiento de la vida y la intervención médica mitigadora del dolor.

animador. El médico es desde luego garante de la vida ajena cuando asuma el cargo del tratamiento (o esté en de guardia en los servicios de urgencia según la posición tradicional, no por todos aceptada como vimos). Tiene el deber de mantener la vida en términos generales, pero hemos de ver los posibles casos que se pueden presentar.

3.1. *Abstención del médico ante la oposición del paciente*

A) El enfermo, con pleno conocimiento de causa (lo cual no es aplicable a menores o incapaces, sin que puedan actuar por ellos sus representantes en este terreno), puede oponerse al tratamiento (bien sea de entrada, o bien pide su interrupción); y, aunque tiene un «derecho constitucional a la vida», no tiene un «deber de vivir» según el art. 15 de la CE. Ya vimos el comentario a la Ley General de Sanidad sobre este punto.

— Según la doctrina alemana, lo que prohíbe el C. Penal es dar muerte a alguien a petición propia de modo activo, sin que exista ahora equivalencia entre el hacer y el no hacer para poder imputar causalmente la muerte al médico o familiar. Toda la doctrina está de acuerdo con la impunidad. El TS Alemán castigó el hecho en 1960 como omisión del deber de socorro y en 1980 sin embargo absolvió al acusado.

— En España la conducta omisiva de quien presencia el suicidio ajeno sin hacer nada para evitarlo, ha sido considerada por el TS como realización por omisión del tipo del art. 409, lo cual es muy discutible, pues no creo que exista precisamente la asunción de la posición de garante. Participar por omisión en el auxilio al suicidio supone la posición de garante; pero ésta no existe o se extingue desde que el suicida rechaza la ayuda. Sólo si la voluntad del suicida es irrelevante, habrá en su caso delito de comisión por omisión o al menos omisión del deber de socorro mejor que auxilio al suicidio por omisión en mi opinión.

Es discutible incluso, como veremos, que en caso de un acto suicida libre, haya omisión de un deber de socorro, ante quien no se estima a sí mismo desamparado (16).

---

(16) El TS español, con gran rigor, calificó de auxilio moral y material «pasivo» al suicidio (luego frustrado) la conducta de quien presencia cómo una persona se quita la vida «sin intentar impedirlo» (Cfr. S. de 23-6-16, cuya doctrina recoge el Auto de 1979 para los testigos de Jehová). Se apoya en la teoría de la inducción recíproca y en que en realidad el acusado llevó a la suicida al lugar apropiado. Parecida doctrian se contiene en las SSTS de 7-4-23 y 8-11-61. Estamos ante casos desde luego en que la omisión no es

La STS, Sala 2.ª de 23-11-94 RA 8870 al confirmar la condena de un acusado por auxilio al suicidio de modo activo trae a colación la S. de 15-12-77 RA 4898 y nos dice que el art. 409 castiga la inducción al suicidio y el auxilio al mismo «que puede implicar ayuda tanto necesaria como accesoria, y tanto activa como pasiva» según móviles altruistas o morales o móviles abyectos... (Fto. 4.º). Tiene como límite inferior de la tipicidad la existencia de una mínima aptitud o eficacia de la conducta desplegada por el sujeto activo y como límite máximo la ejecución material de la muerte del suicida. La colaboración ha de estar en relación de causalidad siendo necesario que el suicida tenga en todo momento el dominio del hecho y que el sujeto activo no haga otra cosa que cumplir la voluntad libre y espontáneamente conformada y expresamente formulada por quien en todo momento decide poner fin a su vida o desiste de ello (Fdto. 5.º).

Pues bien, creo que estos requisitos del Fundamento quinto no se compadecen bien con un auxilio omisivo, ni creo que sea voluntad de la ley su castigo.

— *¿Existe en realidad un deber de auxilio o de intervención por parte del médico y el derecho consiguiente?*

Para Fernández Bermejo (Rev. cit., núm. 133) no existe posición de garante contra la voluntad del titular del derecho y su ámbito de autonomía personal. Por tanto no existe deber de actuar. Se corta la relación de garantía, cesa el deber de auxiliar y no hay comisión por omisión.

Tampoco habría omisión de deber de socorro por inexigilidad de otra conducta (exigencia típica en estos delitos puros o impropios de omisión, según Silva Sánchez: contrapunto liberal de un deber de subordinación o solidaridad con la sociedad), pues el sujeto no desea ser salvado ni socorrido, máxime, en casos de enfermedad o accidente, si la intervención comporta riesgos, dolores o escasa probabilidad de salvación (*op. cit.* p. 139 y ss.).

Quedan siempre a salvo los casos de intervención en favor de la salud pública general y el especial cuidado que se ha de tener para que individuos sujetos a una relación especial (presos, detenidos, enfermos mentales internados), no incurran en enfermedades mentales o en situaciones que propicien intentos de suicidio, proporcionándoles las atenciones necesarias, so pena de incurrir cuando menos en responsabilidad civil.

---

muy clara pues está mezclada con elementos activos. En cambio sostuvo lo contrario la STS de 8-10-27 (supuesto de doble suicidio por razones amorosas, frustrado para el varón, como suele suceder casi siempre). Cfr. también las SSTS de 12-12-44 y 15-12-77.

No existe un deber constitucional de vivir. El TC en la sentencia de los Grapos, núm. 120/90 dice que la CE no consagra un derecho subjetivo a la propia muerte («derecho al suicidio»), pero el acto por el cual se dispone de ella no es punible: el suicidio no es delito ni acto antijurídico por el hecho de castigarse los actos de participación, inducción y auxilio, que ahora aparecen como actos personales y tipos autónomos. Se observa por demás que hay profesiones que están prácticamente al borde del suicidio.

También Luzón Peña (Avances de la Medicina y D. Penal, p. 59 y ss.) sostiene que cuando ha precedido autolesión o huelga de hambre, en definitiva, intento frustrado de suicidio;

— si el sujeto no consiente en la intervención, es discutido que exista un deber de intervenir so pena de omisión del deber de socorro al menos, y es más, se discute si existe un derecho de intervención que justifique las coacciones o detenciones ilegales pertinentes.

— Pero si el sujeto después consiente y admite el auxilio médico para contrarrestar los males producidos, el médico o sanitario y el funcionario tienen el deber y el derecho de asistencia, so pena de incurrir en delito de omisión del deber de socorro o denegación de auxilio. No se llega a incurrir en comisión por omisión, pues el peligro de muerte o lesiones se debe a la conducta anterior del sujeto y existe por sí solo. No existe una precedente conducta omisiva que cree o desencadene de modo decisivo el riesgo de que se produzca el resultado.

Sólo si se impidiera «un curso causal salvador», habría comisión por omisión, o comisión en sentido estricto y quizá habría de apreciarse concurrencia de culpa en la víctima. Todo ello, sin perjuicio, según creo, de la operatividad de los deberes que comporta la lex artis en el tratamiento posterior.

— *¿Existe un derecho (justificante) a intervenir en estos casos, aparte los supuestos que interesen a la salud pública general?*

De no existir tal derecho, la intervención podría ser considerada «formalmente» como delito de coacciones o de detención ilegal, delito contra la libertad de conciencia etc... sin perjuicio de las precisiones correspondientes en tema de culpabilidad o error de prohibición, muchas veces invencible si se obra por motivos religiosos o de conciencia (17).

(17) En todo caso, creo que verificada la intervención, si el médico actua en el convencimiento de cumplir un auxilio necesario, no estamos ante dolo o culpa alguna propios de un delito de coacciones; es más, desde el punto de vista social tal conducta parece estar justificada (causa de justificación putativa al menos).

Para Fernández Bermejo, un tercero no está legitimado para autorizar (como Juez) ni protagonizar (como médico) intervenciones contra la voluntad del paciente a virtud de un presunto estado de necesidad, pues es el propio individuo quien debe sopesar los riesgos y sufrimientos (mal causado), en relación al mal que se trata de evitar. Aparte los conocidos riesgos actuales inherentes a las transfusiones y operaciones, nunca del todo descartados.

Para Luzón Peña (eod. loco), existe una diferencia fundamental según las hipótesis que pueden darse.

— El enfermo o accidentado que se niega a una intervención médica salvadora, a riesgo de su vida o salud, se limita a aceptar una posible muerte o lesión debida a causas externas y naturales, debidas a un peligro ya existente. Pero no estamos ante un verdadero suicidio pues el enfermo no se ha provocado voluntariamente la lesión a sí mismo. Puede tener voluntad de morir, pero no se mata a sí mismo, no es un suicida, acepta el curso natural de las cosas. Quiere una muerte natural, ni provocada o acelerada ni retardada. Esto es en cierto modo lo que sucede con los testigos de Jehová. Estamos aplicando simplemente la Ley General de Sanidad.

— No sucede lo mismo, para este autor, en las huelgas de hambre, autolesiones o en otro modo de suicidio, en que el sujeto busca directamente por su propia conducta pasiva (no ingerir alimentos) o activa, la propia muerte.

— *Difícil problema se plantea cuando por motivos religiosos o de otra índole, el sujeto se opone expresamente a un determinado tratamiento o intervención, presuntamente salvadores.*

Tal oposición al tratamiento o intervención, casi podría calificarse como suicida por motivos religiosos o políticos, aunque se desee en realidad vivir sin renunciar a la creencia en cuestión y sin pasar por ciertas prácticas: no se quiere morir de manera directa.

No creo que sea punible como intromisión, la conducta «coactiva» del tercero que impida el suicidio ante la presencia de un verdadero estado de necesidad, al menos putativo, el cual casi siempre cursará cuando menos, con error de prohibición invencible. Pero ahora estamos tratando el tema de la antijuridicidad. Es en el ámbito de la culpabilidad, donde debe valorarse una posible objeción de conciencia, derivada de motivos ideológicos o religiosos, que por deber moral, compela a infringir el deber jurídico de abstención que supone en realidad la ausencia de un derecho a intervenir en favor de la evitación del suicidio buscado de modo libre.

Es el caso de los testigos de Jehová en relación a las transfusiones sanguíneas. Se duda si es menor el daño causado a los valores religiosos, que el evitado; un tercero sin embargo está decidiendo sobre la preferencia de valores de quien quiere sacrificarse por ellos. Desde luego, siempre que sea posible, aunque aumente la dificultad, se ha de respetar la voluntad del enfermo. No puede ser válida la oposición de los representantes de menores o incapacitados por tales motivos, de los que solo puede juzgar la propia persona.

El TS se pronunció sobre la materia en un Auto de 14-3-79: inadmitió la querella, presentada contra el Juez que había autorizado una transfusión de sangre, por delito contra la libertad de conciencia: se estimó que concurría estado de necesidad y que la inhibición del Juez podía haber dado lugar a delito de auxilio omisivo al suicidio, incumplimiento del deber de garante u omisión del deber de socorro. Bajo Fernández criticó esta postura pues se prescinde de los valores religiosos en juego. Esta Resolución fue reiterada por Auto de 22-12-83 y confirmada por otra de 25-1-84. Cfr. también el Auto de 26-9-78 y las SSTS de 27-3-90, así como el auto del TC de 20-6.84.

De acuerdo con Romeo Casabona si el paciente no ha podido manifestarse ni hay una declaración previa escrita en tal sentido, el médico no puede presumir heroicidad por la manifestación de otros familiares o miembros de la secta: tal voluntad ajena es irrelevante pues la base de la representación es el interés del representado. Incluso suscita dudas la libertad existente en un escrito precedente oponiéndose al tratamiento si luego el enfermo no puede expresarse, en sectas muy cerradas (*op. cit.* pp. 447-453).

Caso de las huelgas de hambre, el TC consideró en STC de 120/90 de 27-6-90, 137/90 de 17-7-90, y 11/91 de 17-1-91 que la Administración tenía el derecho y el deber de impedir la muerte al encontrarse inmerso el huelguista en una relación de sujeción especial frente a la Administración penitenciaria. Encontró en esta relación especial, justificada constitucionalmente, la limitación del derecho fundamental a la vida e integridad corporal que proclama el art. 15. Esta situación origina un entramado de derechos y deberes que impone limitaciones a los derechos fundamentales de los internos.

Esta solución es muy discutible, pues nadie tiene el deber de garante contra la voluntad del sujeto garantizado, en tanto no cause daño a tercero, ni tal deber es capaz por tanto de limitar el derecho de autodeterminación del sujeto.

Para Fernández Bermejo (Revista cit. núm. 1333), el Juez penal, que es un tercero, no está legitimado por ninguna Ley (art. 117 de la CE) a autorizar transfusiones o tratamientos, a virtud de un estado de necesidad. Ello supone un trato degradante (art. 15) para la dignidad y valores personales del individuo, para él superiores e imprescindibles.

Los bienes en conflicto se valoran por el sujeto mismo (creo que en tanto en cuanto no esté en juego el derecho de terceros) y no por el tercero ni por el Estado. Trata Fernández Bermejo de separar las connotaciones religiosas que consideran el suicidio como un mal absoluto, desconociendo que alguien puede querer arriesgar la vida e incluso perderla por valores que sólo el compare en contra del criterio general.

También para Bajo Fernández, los principios ético-sociales, en materia de testigos de Jehová, a diferencia de lo que sucede con el puro suicidio o las huelgas de hambre, se oponen a una intervención coactiva, al igual que cuando alguien no quiere someterse a un presunto tratamiento salvador. Romeo Casabona, en tanto el TC no entre en el fondo del asunto de modo directo (sin analizar sólo querellas contra médicos o jueces) recomienda que ante la inseguridad jurídica existente sean los jueces quienes indiquen a los médicos el modo de proceder pues pueden verse inculpados si no realizan la transfusión, aunque no cree se les llegue a condenar, si se abstienen (p. 453).

Para Luzón Peña, en los supuestos de suicidio o de huelgas de hambre, a diferencia del caso de los testigos de Jehová o de enfermos renuentes a un tratamiento vital, existe un «derecho justificante» a intervenir. Estamos ante un verdadero estado de necesidad. Hay un mal que amenaza, consistente en la pérdida de una vida, objetivamente desaprobada por el derecho. Se causa un mal menor, cual es la coacción o detención para evitar aquel mal. Además, en estos casos la violencia empleada merece, según Bajo, un juicio ético social positivo o de aprobación.

Ahora, a diferencia de un sujeto enfermo o accidentado y en peligro de muerte, el cual tendría derecho a no someterse a tratamientos artificiales (derecho a morir de modo natural), no existiendo un mal en sentido jurídico, el suicida o huelguista no tiene un derecho a matarse y cabría la alimentación forzosa o la actuación médica correspondiente para evitar la muerte. No cabe aducir el derecho al libre desarrollo de la personalidad pues ésta acaba con la muerte; tampoco la libertad de autodeterminación pues la ley limita tal libertad de matarse. Estudia a este aspecto la posición del Derecho penitenciario español. Estos argumentos son discutibles.

Romeo Casabona comparte la solución del TC para las huelgas de hambre de presos o sentenciados, por razones humanitarias y para prevenir que el poder vea una ocasión de eliminar individuos molestos o antagónicos. Pero no funda el tratamiento forzoso en la relación de sujeción especial (existente aunque de ella no quepa deducir tantas restricciones a los DF de los reclusos, máxime si estamos ante médicos hospitalarios que no pertenecen a la Administración penitenciaria). Cree en la posición de garantía de la Administración penitenciaria, sin deber esperarse a la pérdida de conciencia (en que son posibles lesiones ya irreversibles, lo cual es poco coherente con la abstención inicial y con el respeto inicial de la decisión de morir de modo condicionado). Coincide con el TC en que el momento de intervenir con medios proporcionados es el de peligro de lesiones irreversibles o de muerte, debiendo retirarse la alimentación desde que el peligro se alejó (*op. cit.*, pp. 453-458).

3.2. *Precisiones*

a) Si el suicida o el «enfermo-suicida» en actitud pasiva, cuya voluntad suponemos libre y ponderada, entra en situación de «incapacidad de decidir», parece que existe deber y derecho de intervenir, so pena de omisión propia o impropia.

— Este deber es muy dudoso sin embargo, cuando el suicida antes de caer en este estado de inconsciencia, expresó su voluntad inequívoca de morir (v. gr. en huelga de hambre), con omisión de cualquier cuidado y ello lo hiciera de modo consciente y libre. Es en estos supuestos donde debe insertarse la virtualidad del testamento vital, reconocido por vez primera en una Ley del Estado de California de 1976 y dirigido a evitar situaciones de prolongación artificial de la vida, lo que admite incluso la Autoridad eclesiástica (cfr. texto de la Conferencia Episcopal en Romeo Casabona, *op. cit.* p. 463).

Es dudoso que esta persona «se halle desamparada», pues se colocó conscientemente en tal situación y rechaza precisamente el pretendido «amparo ajeno», que quizá ni siquiera lo sea y menos para él. Tampoco puede considerarse «socorro» el alargamiento artificial de la vida con sufrimientos y riesgos (Fernández Bermejo, Rev. cit., núm. 133).

Tampoco parece procedente respetar la voluntad del suicida, cuando está consciente, y reanimarlo cuando entra en coma pues ello es contradictorio: o vale la autodeterminación o nada vale en orden a justificar la abstención y la omisión de cuidados. Quizá no se deba evitar esta muerte

«subjetivamente heróica». Sólo tiene sentido dar mayor valor a la decisión del médico cuando se quiera evitar un suicidio precipitado.

— Es dudoso que exista un derecho «justificante» de tal intervención, por las razones expuestas. Pero no creo que se cometa delito de coacciones si se le asiste, al menos desde los elementos subjetivos del tipo y de un estado de necesidad putativo. En caso de error, las coacciones imprudentes son impunes.

b) Si estamos ante un suicidio pasivo «no libre ni ponderado» (personas incapaces o incapacitados, niños o menores), existe deber (y derecho correlativo como es lógico) de intervenir, así como responsabilidad penal por omisión propia o comisión por omisión de quienes lo tienen bajo su cuidado: los matices serán inevitables.

Los padres o tutores no son quiénes para elegir entre vida y libertad religiosa o ideológica en sustitución del hijo: la negativa al tratamiento sería ejercicio abusivo de la patria potestad, debiendo el médico salvar la vida del paciente (lo que avalaría el Juez antes o después si hay urgencia vital). Los padres podrían incurrir en comisión por omisión o en omisión del deber de socorro (Romeo Casabona *op. cit.*, p. 453 y ss.).

Tan solo admite Silva Sánchez (cfr. Avances de la Medicina y D. Penal, pp. 137 y ss.), el cese de este deber y de la responsabilidad cuando existe muy poca posibilidad de prolongar la vida o la vida futura ha de ser muy deficiente y dolorosa. Advierte con razón Silvia Sánchez, que muchos suicidios que pueden aparecer como libres, no son tales. La voluntad puede estar viciada por el error, la coacción, el miedo etc... La mayoría de los suicidios son producto de depresiones pasajeras o de momentos de ofuscación, y se dan en sujetos con personalidad anormal. Se ha de enfocar el problema con criterios psiquiátricos.

En casos dudosos pro vita. Con la salvación nada irremediable se produce, pues siempre cabrá al salvado el re-intento de suicidio libre. Además, el tema importa al error: si resulta que se omitió la conducta de auxilio (en orden a evitar el suicidio) y luego se comprueba que tal suicidio «no fue libre», el error determinará un delito imprudente de omisión propia o impropia; viceversa habrá, todo lo más, unas coacciones imprudentes impunes.

En realidad creo que, fuera de los supuestos de grave enfermedad ya desencadenada, existe en general un deber y un derecho de auxilio tendente a evitar el suicidio, a no ser que conste claramente, cosa nada fácil, la voluntad libre y ponderada del sujeto. Éste se encuentra en situación de desamparo y en situación de ser socorrido desde que su voluntad, ofuscada por la depresión, puede tender al suicidio.

3.3. *Abstención unilateral del médico*

Si el médico unilateralmente, sin consentimiento del paciente, decide dejarle morir, interrumpiendo el tratamiento (desconexión del reanimador, acto omisivo para la mayoría de la doctrina, aunque produzca la muerte), su conducta es susceptible de diversa valoración.

Estamos ante una ruptura unilateral de la relación de garantía, que puede ser indebida en su caso y no eximir de responsabilidad (al menos por omisión del deber de socorro); o que puede tener cierta justificación, prescindiendo del plano de la culpabilidad concreta. Habiéndose producido la muerte cerebral y quedando subsistentes funciones mecánicas artificialmente sostenidas, no hay homicidio en la desconexión de aparatos como es obvio.

— Si el médico, o los familiares por consejo médico obran de este modo porque el enfermo está en fase terminal irreversible (enfermos desahuciados), a fin de evitarle dolores mayores y graves, podría haber un estado similar al de necesidad justificante o colisión de deberes.

En todo caso habría pérdida de la cualidad de garante ante la inexigibilidad de seguir aplicando medidas salvadoras inútiles. El médico sólo está obligado a mitigar el dolor del enfermo en estos casos.

— Si obra así, no estando el enfermo apremiado por el dolor pero en situación de coma en que no puede consentir (vida vegetativa sin actividad cardiorespiratoria ni cerebral autónoma), quizá sea lícito no prolongar una vida que nada tiene de humana.

No existe homicidio en estos casos pues no se pone fin a un «curso causal salvador», que permita más delante conseguir una vida humana plena e independiente («capaz de salvar»). No se crea un actuar peligroso que obligue después a intervenir.

Problema distinto es que el enfermo aún mantenga cierta conciencia, en cuyo caso la retirada del reanimador unilateral puede ser valorada como comisión por omisión (cfr. Silva Sánchez, *op. cit.* p. 146 y s.). Para Romeo Casabona, si el tratamiento, según la lex artis, es objetivamente inútil, cesa el deber médico de curar y tal tratamiento puede dar lugar a una falta de malos tratos del art. 582. La distanasia (lo contrario de la ortotanasia), prescindiendo del sufrimiento del paciente, siendo la muerte inevitable y tendiendo a prolongar artificialmente la vida no se considera hoy de recibo (18).

---

(18) Cfr. en Romeo Casabona la exposición del celebre caso Karen Quinlan: el TS de New Jersey ordenó la entrega de la hija adoptiva a los familiares, basándose en el dere-

Si ello se hace para ahorrar cuantiosos gastos en vista del escaso resultado potencial o para favorecer a otros enfermos con más probabilidades de vida, quizá deba prevalecer (al menos en la mayoría de los casos) el respeto tradicional por la vida.

— Desde luego es lícito abstenerse de inútiles intervenciones, realizadas muchas veces a petición de parientes por motivos económicos o de otra índole. No se respetaría «la dignidad del moribundo».

Para Silva Sánchez, la retirada o desconexión del reanimador (sería impune cuando es imposible la vida normal e independiente del sujeto, que de todos modos se va a extinguir, por inexigibilidad de otra conducta), se sucede en dos planos, comisivo pues la desconexión es causa de la muerte, y omisivo pues se interrumpe el curso causal que sostiene la vida. De todos modos no estamos ante una «vida humana» ni se supone que estamos ante un proceso causal «salvador» que se interrumpe.

— Respecto a neonatos con malformaciones severas, la nueva criatura está protegida aunque nazca deforme, lo que da lugar al problema de la eutanasia neonatal o de los hermanos siameses que hoy se pueden mantener con vida. En preciso que el niño haya nacido vivo, lo que es dudoso en los anencéfalos o con algún tipo de función vital residual. Desde luego no hay obligación de intervenir a favor de anencéfalos o de mongólicos con pronóstico infausto. Pero no se puede atender al criterio de la calidad

---

cho constitucional a la intimidad; también en el caso Nancy Cruzan, elTS Federal de USA, autorizó la retirada de la sonda gástrica en base a la libertad individual (estado vegetativo): se dijo que la paciente hubiera preferido morir antes de vivir de modo vegetativo.

Se discute si es tratamiento médico la alimentación artificial (gástrica o endovenosa): para el autor lo es, y a la vista del pronóstico habrán de aplicarse iguales criterios en orden a su matenimiento o supresión.

El estado vegetativo persistente (forma de inconsciencia permanente con los ojos abiertos, con ciclos fisiológicos de sueño y vigilia, en que el paciente está vivo pero no puede sentir dolor y cabe la pervivencia prolongada con suministro artificial de nutrición y fluidos), cuando se ha diagnosticado con alto grado de certeza su irreversibilidad, no proporciona ningún beneficio a los enfermos según la Academia Americana de Neurología: para Romeo Casabona, iniciar o continuar un tratamiento carente de sentido y de beneficio alguno para el paciente (excluidos móviles utilitarios o económicos e incluso la espera de otros pacientes con mejor pronóstico, pues se ha de respetar «el orden de llegada» ante recursos escasos) es contrario a la dignidad de la persona humana; incluso se ha dicho que sería trato inhumano o degradante, aunque no es éste el sentido del art. 15 de la CE. En estos casos es atípico interrumpir el tratamiento, desconectar los aparatos artificiales o no iniciar una operación.

Se ha de aplicar pues la lex artis: se ha de dar el tratamiento cuando haya perspectivas objetivas y razonables de recuperación, lo que no sucede en comas irreversibles o en neonato con malformaciones incurables y mortales a corto plazo, máxime si ya presentan un estado patológico. En caso de duda se ha de mantener el tratamiento (pp. 442-447).

de la vida (mongólicos v. gr.) sino a las posibilidades de mantenerla y de mejorar la salud. In dubio, pro vita. Al no mediar consentimiento eficaz en orden a la destrucción de la vida, intervienen las figuras del asesinato, homicidio o parricidio.

Por demás, la patria potestad está para beneficio del hijo y no de los padres o tutores, preferentes para ser consultados ante otros familiares o allegados de la LGS; si no existe representación legal el médico puede intervenir sin dilación en casos semejantes o consultar con familiares o allegados; si hay un rechazo injustificado, podría el médico acudir a la autoridad judicial o intervenir directamente amparado en el estado de necesidad, en casos urgentes y vitales (Romeo Casabona, *op. cit.*, pp. 466-469).

3.4. *Curaciones defectuosas de accidentados etc...*

Antaño destinados a morir, hoy se salvan con graves lesiones cerebrales a veces. Según el principio de autodeterminación, hay que estar al consentimiento expreso o presunto, lo cual es difícil o imposible de conocer en muchos de estos casos. Existiendo dudas al respecto, no parece lícita permitir la destrucción de tal vida. La vida humana no vale o deja de valer en términos materiales.

9. EUGENESIA Y RESPONSABILIDAD MÉDICA

Hoy se consigue la supervivencia de portadores de taras y enfermedades graves, capaces a su vez de transmitirlas a sus descendientes. Antes morían por lo general; por otra parte se conocen mejor los factores hereditarios y, con la finalidad de corregir las deficiencias en cuanto lo permita la ingeniería genética, se dispone sobre todo del diagnóstico eugenésico para evitar la descendencia defectuosa,

1) antes del embarazo puede realizarse un diagnóstico preconceptivo;

2) después del embarazo, cabe diagnosticar sobre el feto en orden a aconsejar un posible aborto eugenésico (diagnóstico prenatal) (19).

---

(19) En este apartado nos limitamos a resumir las ideas del profesor Romeo Casabona en «Avances de la Medicina y D. Penal», p. 81 y ss. Nos dice este autor cómo vuelve a estar de moda el tema de eugenesia, al hilo del estudio del genoma humano: eugenesia positiva en cuanto sea posible desde la genética y se desee formentar la «paternidad valiosa» (worthy paternhood), la cual es éticamente recusable; negativa, en cuanto se trate de evitar la trasmisión de enfermedades o anomalías a través de la herencia. Habría de distinguirse según las clases de enfermedad a evitar.

Estas pruebas no deben ser obligatoriamente impuestas a la población, en aras de la salud pública general, pues la competencia de los poderes públicos del art. 43, está sometida al art. 10 de la CE. Prima el libre derecho a fundar una familia, reconocido en los Convenios internacionales y en el art. 39 de la CE y el derecho a la intimidad personal del art. 18, sin intromisiones estatales. Menos aún cabe que en España sea posible, según la CE, la ulterior imposición coactiva por parte del Estado de medios anticonceptivos, de la esterilización o del aborto, ni menos aún que se prohíba el matrimonio por razones eugenésicas.

Si se impusieran controles genéticos a personas con alto riesgo para posibilitar la anticoncepción o el aborto, se entraría en el terreno de lo personal: siempre se puede querer afrontar un riesgo. Tal decisión corresponde a la vida privada (art. 8 del Convenio Europeo); y, aunque cabe la injerencia del poder público en aras de la salud —en caso de enfermedad contagiosa art. 5, 1 e) del Convenio como medida «necesaria» en una sociedad democrática—, ésta no parece muy precisa en aras de futuros afectados. Estamos pues en presencia de actos médicos, justificados por el consentimiento de quien solicita el diagnóstico.

9.1. *Diagnóstico preconceptivo*

Antes del embarazo, cabe el análisis y el consejo genético ante el riesgo de concebir un hijo con taras heredadas de algún progenitor. De este modo se evita luego el aborto. Suele hacerse cuando ha habido ya un primer hijo con alteraciones genéticas. Ante el resultado positivo del diagnóstico, cabe que la pareja decida utilizar métodos anticonceptivos, o acudir a las técnicas de reproducción asistida con donante de gametos, si no prefieren correr el riesgo consiguiente. Pero el método más radical de evitar riesgos de transmisión hereditaria es la esterilización consentida y realizada por un facultativo, prevista por el art. 428 del C. penal en favor de persona mayor de edad, capaz y libre.

Se fundamenta no sólo en el derecho de autodisposición sobre el propio cuerpo y en el libre desarrollo de la personalidad (en cuanto no perjudique a terceros ni a un servicio público obligatorio) sino en que la planificación familiar es conforme con la CE y compatible con el art. 15.

El médico no sería responsable penalmente en principio del error en que incurriera en el diagnóstico prenatal (sobre la existencia o no de riesgos de transmisión hereditaria de enfermedades o anomalías, medidas cu-

rativas o preventivas a adoptar), a salvo una posible acción de responsabilidad civil por los daños morales y materiales ocasionados,

— si se ha impedido indebidamente la descendencia; o

— si se tuvo tal descendencia con anomalías;

— o bien hubo de acudirse a un aborto eugenésico innecesario.

Pero habría responsabilidad penal (lesiones culposas), si por efecto de un errado diagnóstico, el sujeto, siguiendo la indicación médica, se sometiera a una operación de esterilización irreversible.

En este caso el consentimiento del sujeto estaría viciado por el error, si bien el cirujano que lo desconozca no incurre en delito. Según Romeo (nota p. 101), cuando el cirujano mismo, que intervino en la operación, realizó el diagnóstico e indujo a error al sujeto, habría lesiones dolosas al faltar el consentimiento, aunque en verdad no creo que el error inicial del diagnóstico simplemente, trasforme las lesiones en dolosas.

9.2. *Diagnóstico prenatal*

Aparte de tranquilizar a los padres, tratar el feto para curar las anomalías o al recién nacido más tarde, preparar el modo de realizar el parto (natural o por cesárea), ayudar a asumir el hijo que pueda presentar deficiencias, puede servir el diagnóstico prenatal para tomar la decisión de acudir a un aborto eugenésico.

El aborto eugenésico está, según gran parte de la doctrina, justificado (permitido) por un conflicto de intereses entre la madre y el hijo, resuelto en favor de la inexigibilidad de otra conducta, destacada por el TC en su Sentencia de 11-4-85. Siendo lícita tal conducta, no cabe la intromisión de un tercero (del padre) para impedirla ni aducir para ello la legítima defensa.

— Si se produce la muerte del feto por deficiente toma de muestras al realizar el diagnóstico, el aborto culposo no está tipificado fuera del caso del art. 412. Y si al feto se le causan lesiones, incluso irreversibles, que se manifiestan después del nacimiento, es dudoso que se pueda hablar del delito culposo sobre el feto que aún no tiene vida independiente. Ningún inconveniente existe para incriminar la muerte o lesiones culposas inferidas a la madre (20).

---

(20) Sin embargo, la importante STS de 5-4-95 RA 2882 destaca la actual tipicidad de las lesioes que se causan al feto, sean dolosas o culposas, manifestadas sobre todo al

— Si no se detectan las anomalías en al diagnóstico y el feto nace con ellas, o no se aconseja la realización de la prueba a personas con alto riesgo, habrá lugar a responsabilidad civil.

Si se afirma que existen anomalías, no siendo ciertas, y se produce un aborto innecesario, no está tipificado el delito culposo correspondiente. Si no se aconseja el aborto terapéutico y la mujer sufre detrimento en su salud o pierde la vida por ello, habrá lugar a homicidio o lesiones culposas en su caso.

Habrá lugar en varios de estos supuestos a responsabilidad civil. Por wrongful life: el hijo reclama al médico por haber nacido con taras, ante su negligencia al informar a los padres. O por wrongful birth: los padres reclaman al médico por informe erróneo que les haya impedido tener descendencia, inducirles al aborto, o abstenerse de procurar terapia prenatal o postnatal.

A las mismas conclusiones cabe llegar en casos de una deficiente realización de la terapia fetal o de cualquier ensayo clínico sobre el feto. Deberían constituir delito las manipulaciones genéticas indebidas que sobre el feto, los gametos o el cigoto se realicen, sobre todo si estos últimos van a ser utilizados para la reproducción asistida.

Antonio Ocaña Rodríguez.
Fiscal Audiencia de Sevilla.

---

nacer; y ello a través de la violencia ejercida sobre la madre embarazada o atribuyendo al feto condición humana diferenciada de su progenitora, penalmente protegible. Contiene esta sentencia la cita de otros casos de la Jurisprudencia.

Creo que puede parecer un contrasentido reputar impune el aborto culposo sin violencia, causado por imprudencia del médico o sanitario, con la muerte subsiguiente del feto (la STS de 10-9-93 RA 6801 condena al acusado por aborto violento del art. 412 del Código penal, a más de parricidio, por haber dado muerte a su esposa embarazada, requiriendo la ausencia de voluntad abortiva, el conocimiento del embarazo y el empleo de la violencia, se asuma la tesis del dolo eventual o de la culpa consciente) y penar sin embargo las lesiones culposas del feto, manifestadas al nacer o producidas durante el parto antes de su entero desprendimiento del seno materno. Sin embargo, la carga que para los padres y la sociedad supone el nacimiento de un niño defectuoso por falta del debido cuidado, justifica materialmente las soluciones de la Jurisprudencia.

EL MINISTERIO FISCAL EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

FERNANDO HERRERO-TEJEDOR
Fiscal ante el Tribunal Constitucional

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DERECHOS FUNDAMENTALES Y MINISTERIO FISCAL.—III. LA LEY 62/1978 COMO PROCESO DE AMPARO JUDICIAL. A. *La posición procesal del Fiscal*. B. *El trámite de admisión*. C. *El trámite de suspensión*. D. *La contestación a la demanda*. E. *Los recursos*. F. *El procedimiento especial del derecho de reunión*.—IV. EL FISCAL EN LOS PROCESOS ELECTORALES. A. *Consideraciones generales*. B. *Tipos de procesos electorales*. C. *Intervención del Fiscal*.—V. EL FISCAL EN EL PROCESO CIVIL DE LA LO 1/1982. A. *Supuestos de intervención del Ministerio Fiscal*. B. *Contenido de su intervención*. C. *Posición procesal del Ministerio Fiscal*. D. *La contestación a la demanda por el Ministerio Fiscal*. E. *La legitimación activa del Ministerio Fiscal*. F. *Consecuencias de su falta de intervención*.

I. INTRODUCCIÓN

«El proceso penal es el reino del Ministerio Fiscal». Cuando leí por primera vez —todavía en la Universidad— esa conocida frase de Carnelutti (1), reconozco que me enorgullecí. E incluso al comienzo de mi andadura profesional, comprobar que —efectivamente— la intervención del Fiscal en cualquiera de las fases de proceso penal es decisiva, era para mí motivo de satisfacción.

Pero el paso del tiempo ha hecho que —frecuentemente— la mencionada frase fuera ocasión de cierto desencanto: sólo el proceso penal era el reino del Ministerio Fiscal. Y ello por un doble motivo:

a) Uno incomprensible, pero ajeno: el legislador —entonces— apenas le había concedido intervención en otros procedimientos.

b) El otro no menos incomprensible, pero mucho más doloroso, por provenir del interior de la Institución a la que pertenezco: cuando la ley llama al Fiscal —cada vez más— a intervenir fuera del proceso por delitos o faltas, con frecuencia su intervención es meramente formal, y ello cuando —pese al mandato legal— llega a producirse. En muchos casos asiste como un mero «convidado de piedra».

La situación que describo —y que afortunadamente posee muchas excepciones— se agravó con la publicación de la ley 50/1981, reguladora del Estatuto Orgánica del Ministerio Fiscal (EOMF). Su artículo 3 establece que corresponde al Fiscal «intervenir en los procesos judiciales de

---

(1) CARNELUTTI: «Instituciones de Derecho Procesal», T. II, pág. 52.

amparo» (apartado 12) y «velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones ciega su defensa» (apartado 13).

Tan importantes funciones exigían una respuesta de la Institución y de cada uno de sus miembros, que en ocasiones quizá no haya sido la adecuada. Si estas páginas sirven de acicate, habrán cumplido su propósito.

II. DERECHOS FUNDAMENTALES Y MINISTERIO FISCAL

Para reflexionar acerca de la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos judiciales de protección de derechos fundamentales, parece razonable comenzar haciendo referencia a qué y cuáles sean tales derechos.

Respecto a su naturaleza ontológica, convenimos con René Cassin —Presidente de la Comisión que elaboró la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948— en que es posible llegar a un acuerdo respecto a un cierto número de verdades prácticas relativas a la vida en común de los hombres, «a condición de que no se pregunte por qué». Es decir, cabe establecer una formulación común de tales principios, aún entre personas de procedencias muy diversas, pero los mismos derivan —en la mente de cada una de ellas— de dependencias ideológicas, tradiciones filosóficas o religiosas, trasfondos culturales, experiencias históricas y concepciones teóricas extremadamente diferentes o incluso fundamentalmente contrapuestas.

En consecuencia, una interpelación profunda acerca de la naturaleza de los derechos fundamentales resulta no sólo ajena a este trabajo, sino en extremo dificultosa: de hecho se hace casi imposible encontrar un común justificación racional de esos derechos.

A los efectos jurídicos que nos ocupan, baste con decir que los derechos fundamentales no son sino derechos humanos positivizados. Es decir, aquellos que —siendo inherentes a la dignidad de la persona— han sido recogidos por el Constituyente, y dotados de un peculiar «status», que se resume en dos notas principales: protección y vinculación. Como dice Montoro Puerto (2), en la gradación constitucional de derechos aparecen unos de mayor nivel, que se concretan en una primera escala de derechos y libertades caracterizada por dos notas:

---

(2) MONTORO PUERTO: «Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales», T. II, pág. 23. Madrid, 1991.

a) Gozan de una especial protección judicial y constitucional.

b) Simultáneamente, vinculan directamente a todos los poderes públicos.

Ello nos permite contestar a la pregunta clave: cuáles son tales derechos. En nuestro sistema, la respuesta es clara: los recogidos en el artículo 53.2 de la Constitución. Es decir, aquellos que se encuentran reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Norma Suprema. Ellos —y sólo ellos— merecen en nuestro sistema la calificación estricta de «derechos fundamentales».

Por lo que respecta a su protección judicial, que es la que aquí nos interesa, el papel de los Tribunales ordinarios no es sino es de garantizar tales derechos. Y es que —en acertada frase de Hart (3)— «los derechos fundamentales no valen sino lo que valen sus garantías». Nuestra experiencia histórica es especialmente enriquecedora a ese respecto, pues no han sido infrecuentes los textos constitucionales que proclamaban un sinnúmero de derechos y libertades de los ciudadanos, que en realidad éstos no podían invocar judicialmente sino en cuanto hubieran sido desarrollados por el legislador ordinario. No es ese nuestro caso, en que los Tribunales se ven directamente vinculados por los derechos fundamentales, que son de aplicación inmediata aunque no exista «interpositio legislatoris» (STC 254/1993, entre otras).

En cuanto a su caracterización, nuestro Tribunal Constitucional —ya desde sus primeras resoluciones— ha declarado que los derechos fundamentales poseen una doble dimensión, subjetiva y objetiva, que conviene resaltar:

> «Los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un "status" jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (artículo 1.1)» (STC 25/1981, de 14 de julio, fundamento jurídico 5.º).

Por ello, el Tribunal Constitucional no ha dejado de resaltar «el destacado interés público que concurre en la tutela de los derechos fundamentales» (STC 65/1983, fundamento jurídico 4.º).

(3) H. L. A. HART: «The concept of law», pág. 176. Oxford, 1975.

Pues bien, es precisamente en este extremo donde los derechos fundamentales confluyen con la intervención del Ministerio Fiscal en su defensa. Es bien sabido que el artículo 124.1 de la Constitución le confiere —entre otras misiones— «la defensa del interés público tutelado por la ley». No cabe duda que la Constitución es no sólo una ley, sino la «lex legum», de forma que el Fiscal debe defenderla en todas sus actuaciones, especialmente en materia de derechos fundamentales. La propia STC 65/1983 antes citada concluye que «este mismo interés público explica por qué el Ministerio Fiscal es parte en el proceso de amparo, en atención a las funciones que le atribuye el artículo 124 de la Constitución».

Si todos los derechos de los ciudadanos deben ser objeto de defensa por parte del Fiscal en su actuación procesal, tal principio es especialmente predicable de los derecho fundamentales, que —como hemos visto— ocupan el primer nivel de los derechos reconocidos por la Constitución, y que encierran un destacado interés público.

Es decir, que a las diversas garantías de que el Constituyente ha querido dotar a los derechos fundamentales, además de su protección frente al legislador, el Poder Judicial y la Administración (artículo 53), los requisitos de su suspensión (artículo 55) y la especial dificultad en su modificación (artículo 168 de la Constitución), ha de añadirse la intervención del Ministerio Fiscal en su garantía jurisdiccional.

Aunque el Fiscal debe velar por los derechos fundamentales de los ciudadanos en todas sus intervenciones, existen algunos procedimientos judiciales especialmente diseñados para la defensa de tales derechos. Nos referiremos a dos procesos Contencioso-Administrativos (el de la ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, y los regulados en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG), en materia de proclamación de candidatos y de electos) y a uno civil (el regulado en la LO 1/1982, de protección civil al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen).

III. LA LEY 62/1978 COMO PROCESO DE AMPARO JUDICIAL

El fundamento constitucional de la Ley que comentamos se encuentra, conocidamente, en el artículo 53.2 de la Norma Suprema, a cuyo tenor:

> «Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional».

La garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales se articula, pues, en un doble frente: ante la jurisdicción ordinaria y ante la constitucional.

Esta última se desarrolla en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), pero —ante la falta de una regulación completa de su garantía judicial— su Disposición Transitoria 2.ª2 dispone que:

> «En tanto no sean desarrolladas las previsiones del artículo 53.2 de la Constitución para configurar el procedimiento judicial de protección de los derechos y libertades fundamentales se entenderá que la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo será la Contencioso-Administrativa ordinaria o la configurada en la Sección Segunda de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, a cuyos efectos el ámbito de la misma se entiende extendido a todos los derechos y libertades a que se refiere el expresado artículo 53.2 de la Constitución».

Una lectura superficial de tal Disposición nos llevaría —y así lo interpreta parte de la doctrina— a entender que su alcance se limita a ampliar el ámbito establecido inicialmente por el artículo 1.2 de la Ley 62/1978 (y posteriormente por el Real Decreto Legislativo 342/1979, de 20 de febrero). Disentimos de tal criterio, y preferimos el seguido —entre otros— por García Manzano (4):

> «Si el proceso judicial previo, o amparo judicial, es presupuesto para acudir el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, la más amplia regulación de éste en relación con la contenida en la Ley 62/1978 hace que el proceso de esta última Ley quede ampliado, en términos más favorables para una adecuada protección, en los mismos términos que el amparo constitucional.
>
> Se ha producido de tal modo una ampliación de su ámbito, que no se reduce sólo a los derechos objeto de protección, que se extienden ahora a todos los aludidos en el artículo 53.2 de la Constitución, sino que abarca, sin ánimo exhaustivo, los siguientes aspectos básicos:
>
> — La legitimación activa no es ya la establecida por el artículo 28 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sino la que resulta del precepto constitucional, artículo 162.1.b), es decir, que viene atribuida a "a toda persona, natural o jurídica, que invoque un interés legítimo", así como al Defensor del Pueblo y al Ministerio Fiscal, y ello incluso en los supuestos en que la violación se haya producido a través de disposición legal o reglamentaria, según antes se expuso.
>
> — El objeto del proceso no es ahora la fiscalización de actos o disposiciones administrativas, sino la tutela de derechos y libertades públicas violados por el Gobierno (actos políticos) y a través de actos jurídicos (sujetos al dere-

(4) GARCÍA MANZANO: «Las vías judiciales previas al recurso de amparo constitucional», en «El Tribunal Constitucional», Vol. II, pág. 1158, Madrid, 1981.

> cho administrativo o al derecho privado), como si actuó mediante la llamada "vía de hecho"; de forma expresa, pues en la regulación anterior de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa algún autor entendió que cabía la fiscalización Contencioso-Administrativa en supuestos de vía de hecho, se incorpora al proceso administrativo especial el control, en este aspecto tutelar, de la vía de hecho».

Tal interpretación extensiva no sólo del ámbito, sino también de las características del proceso especial de la Ley 62/1978, que asumimos, nos lleva a una serie de consecuencias de importancia. Así, la aplicación analógica al proceso de amparo judicial de lo dispuesto para el amparo constitucional (en virtud de las disposiciones reguladoras de este último), tendrá repercusiones no sólo en cuanto a la legitimación activa y objeto del proceso, sino también en otros aspectos que estudiaremos a continuación.

Ello es lo que convierte propiamente al procedimiento de la Ley 62/1978 en un auténtico proceso de amparo judicial: no se trata sólo de la vía previa al amparo constitucional, sino que se inspira en sus mismos principios y se rige por normas similares.

A. *La posición procesal del Fiscal*

La Ley 62/1978 llama expresa y simultáneamente al Ministerio Fiscal y al Abogado del Estado a que intervengan en el procedimiento. No podemos coincidir con los autores que opinan que tal previsión introduce una «redundancia y duplicidad no deseable» (5). Por el contrario, estimamos no sólo imprescindible, sino especialmente clarificadora esa intervención conjunta: nos servirá para determinar la posición procesal —e incluso constitucional— de ambas Instituciones.

El Abogado del Estado defiende a la Administración. Y nos atrevemos a decir que la defiende por definición, tenga o no razón. Su Reglamento de 1943 (no derogado en este punto) es muy explícito al obligarle a recurrir todas las resoluciones judiciales que sean contrarias a los intereses de la Administración, independientemente de que las entienda o no ajustadas a Derecho. Las Circulares internas que intentan suavizar tal rigor no pueden entenderse suficientes para privar de vigencia a una disposición general. No sobra recordar que la primera vez que el Tribunal Supremo declaró la aplicabilidad de la ley de incompatibilidades a un Abogado del Estado lo hizo resolviendo un recurso de la Institución a la

(5) Así, CANO MATA: «Comentarios a la Ley 62/1978», pág. 180, Madrid, 1985.

que el mismo pertenecía. La Abogacía del Estado interpuso recurso de apelación contra la Sentencia de una Sala de lo Contencioso-Administrativo que daba la razón a uno de sus miembros, citando como único fundamento jurídico que debía hacerlo en aplicación de su Reglamento. Los que leímos el escrito de interposición del recurso creímos apreciar un escaso interés en que el mismo prosperase, pero prosperó, eso sí, con el apoyo del Ministerio Fiscal.

La posición del Fiscal es claramente distinta. Las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia suelen decir en los encabezamientos de las Sentencias dictadas por la vía de la Ley 62/1978 que en ellas interviene el Ministerio Fiscal «en defensa objetiva de la legalidad». No podía ser de otra forma si tenemos en cuenta que el artículo 124 de la Constitución lo configura como defensor de la legalidad, de los intereses de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley. Si a ello añadimos que el Tribunal Constitucional ha declarado que el interés público no se identifica con el interés de la Administración (STC 143/1991, fundamento jurídico 5.º), la distinción entre la posición procesal del Ministerio Fiscal y la del Abogado del Estado resulta paladinamente clara.

Máxime cuando que —desde la Ley Orgánica del Poder Judicial— las Administraciones Públicas distintas del Estado poseen su propia representación y defensa (artículo 447), y no encontramos base legal para distinguir entre la intervención del Letrado de una Corporación Local y el Abogado del Estado.

Y es que no puede perderse de vista que la Ley 62/1978 tiene como objeto la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas, precisamente contra las posibles lesiones de los mismos que provengan no ya de cualquier poder público, sino singularmente de la Administración, sea central, institucional, autonómica o local.

Es de la Administración y de sus órganos de quien el legislador ha querido defender a los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos fundamentales y libertades públicas en este proceso Contencioso-Administrativo de la Ley 62/1978. La posición del Fiscal será defender el interés público, que subyace tanto en garantizar tales derechos cuando realmente se ostentan —frente a quien pretenda ignorarlos o vulnerarlos— como en reducirlos a sus límites cuando pretendan ejercitarse desmesuradamente (STC 254/1988, fundamento jurídico 8.º).

Ahora bien, no debe olvidarse la fuerza expansiva que tales derechos poseen, que obliga a la interpretación de todo el ordenamiento jurídico de la forma más favorable a su eficacia (por todas, STC 159/1986).

Descendiendo a una perspectiva más concreta, aunque en la regulación de la garantía Contencioso-Administrativa no existe una disposición tan clara como la incluida en el artículo 12 para la garantía civil (que otorga expresamente legitimación activa al Ministerio Fiscal y dispone que éste «siempre será parte en estos procedimientos») entendemos que su posición procesal coincide sustancialmente en los procesos civiles y en los Contencioso-Administrativos de protección jurisdiccional de derechos fundamentales.

En cuanto a su legitimación activa, carece de sentido otorgarle la posibilidad de entablar un proceso de amparo constitucional (como hace el artículo 46.1.b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) y privarle de esa misma facultad en la vía judicial precedente. No debe olvidarse que los Tribunales ordinarios son los «guardianes naturales de los derechos fundamentales», y la actuación del Tribunal Constitucional es meramente subsidiaria. Por ello entendemos que la citada Disposición Transitoria 2.ª2 LOTC ha venido a posibilitar el ejercicio de los derechos fundamentales por parte del Ministerio Fiscal, aunque no sea el efectivo titular de los mismos, en los mismos términos que sucede en el recurso de amparo. En este sentido, resulta clarificadora la doctrina del Tribunal Constitucional en su Sentencia 86/1985 (fundamento jurídico 1.º):

> «La legitimación para recurrir en amparo que la Constitución atribuye al Ministerio Fiscal en el apartado 1.b) de su art. 162 y que aparece igualmente recogida en el punto 1.b) del art. 46 de la LOTC, se configura como un "ius agendi" reconocido en este órgano en mérito a su específica posición institucional, funcionalmente delimitada en el art. 124.1 de la norma fundamental. Promoviendo el amparo constitucional, el Ministerio Fiscal, defiende, ciertamente, derechos fundamentales, pero lo hace, y en ésto reside la peculiar naturaleza de su actuación, no porque ostente su titularidad, sino como portador del interés público en la integridad y efectividad de tales derechos. Esta legitimación, según se desprende del tenor literal del citado apartado 46.1.b) de la LOTC, y como corresponde también a su carácter institucional, no queda condicionada a la exigencia de haber actuado como parte el Ministerio Público en el proceso judicial antecedente, exigencia ésta que privaría de sentido a la propia previsión constitucional y legal de la legitimación que se considera, aunque si ha de decirse que ésta no puede desplegarse, en virtud del carácter subsidiario del recurso de amparo, sino una vez que haya recaído en la vía jurisdiccional ordinaria, resolución firme. Tampoco puede compartirse la tesis adelantada por la defensa de los demandados en orden a como, al recurrirse por el Ministerio Fiscal una sentencia estimatoria que basó su fallo en los derechos fundamentales de aquéllos, se habría desnaturalizado el cauce del amparo constitucional. De tal premisa, y como consideración sólo preliminar, no cabe derivar dicha con-

clusión porque, como es obvio, el reconocimiento de derechos fundamentales es una resolución judicial ordinaria no es obstáculo para la consideración, si así se pide, de las hipotéticas lesiones de los derechos y libertades de otros que tal acto haya podido deparar, posibilidad ésta que no es descartable, de principio, cuando la decisión judicial hizo aplicación, como en este caso, del principio de igualdad».

No es frecuente la interposición directa por parte del Ministerio Fiscal de un recurso Contencioso-Administrativo de la Ley 62/1978, pero entendemos que nada obsta que así suceda. Lo contrario vulneraría el propio artículo 124 de la Constitución, pues se le estaría vedando precisamente «promover la acción de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos». De hecho ha existido algún caso, como el resuelto por la Sentencia de 28 de noviembre de 1990, de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo. Resuelta significativo su fundamento jurídico 4.º (6):

«La legitimación del Ministerio Fiscal para interponer esta clase de recursos se deduce:

A) De los arts. 124 CE, 435 LOPJ y 1 Estatuto Orgánico del MF, que confieren al MF la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, actuación que tiene especial relevancia cuando afecta a derechos y libertades que según el art. 53.1. CE vinculan a todos los poderes públicos.

B) Del art. 3.3 Estatuto Orgánico del MF en cuanto le encomienda la misión de velar por el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa.

C) De la necesaria distinción entre aquellos procesos en que el MF se limita a emitir informes o dictámenes y aquellos otros en que tiene la condición de parte, que la ley 62/1978 le reconoce expresamente en su art. 12 para el procedimiento civil e implícitamente en el 8.4 para el Contencioso-Administrativo, condición que le faculta para formular alegaciones, proponer prueba, interponer recursos y, desde luego, promover el recurso.

D) Si los aps. a) y b) del art. 46.1 LOTC reconocen legitimación al MF para interponer recurso de amparo constitucional en los casos de los arts. 42 a 45, parece evidente que debe estarlo también cuando para restablecer los derechos y libertades fundamentales lesionados es necesario agotar previamente la vía judicial procedente, como ocurre en los casos del art. 43.1.»

Puede citarse incluso al menos un supuesto de interposición del recurso por el Fiscal en un procedimiento Contencioso-Administrativo ordinario, en defensa del medio ambiente, resuelto favorablemente por la Sentencia de 5 de enero de 1995 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (7).

---

(6) Puede leerse el texto completo de la Sentencia citada en La Ley, T. 1991-2, p. 209 y ss.

(7) Debemos esta cita a la amabilidad del Fiscal D. Antonio Vercher Noguera.

Lo que sí contempla expresamente la ley es que se le dé traslado tanto de la solicitud de suspensión del acto administrativo impugnado por otros (artículo 7.3), como del expediente y del escrito de formalización de demanda (artículo 8.4). Ello permite afirmar que —al igual que se prevé en el artículo 12 para la garantía civil— «el Ministerio Fiscal siempre será parte en estos procedimientos».

Es bien conocida la antimonia que se produce cuando se aplica al Ministerio Fiscal el concepto de «parte». Máxime si tenemos en cuenta que el propio artículo 124 de la Constitución le obliga a regirse por el principio de imparcialidad. Nos encontraríamos —en el mejor de los casos— ante una «parte imparcial». Lo cierto es que el legislador suele utilizar el término «parte» en un sentido genérico, aplicándolo a todos aquellos que intervienen en el proceso y ocupan una posición distinta a la del órgano jurisdiccional. Por ello hemos mantenido (8) que es preferible considerar en sentido propio al Fiscal como un «interviniente» en el proceso (artículo 13.1.1.ª de la Ley 62/1978). Más tarde volveremos sobre el tema.

Cuando no es él quien entabla la acción, ni ostenta la consideración de demandante ni puede considerársele demandado, pues frecuentemente no se opondrá a las pretensiones de la demanda. Por ello, el Borrador de Anteproyecto de la Ley Reguladora del Proceso Contencioso-Administrativo (9) se refería a «quienes se hayan mostrado parte y al Ministerio Fiscal» (artículo 116.1) o «al Ministerio Fiscal y a las partes demandadas» (artículo 118).

B. *El trámite de Admisión*

La Ley 62/1978 no prevé expresamente una fase de admisión a trámite de la demanda. Por no prever, no señala ni siquiera peculiaridad alguna del escrito de interposición del recurso. Teóricamente, tendríamos que acudir supletoriamente (en virtud de lo dispuesto en su artículo 6) a las normas de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Ahora bien, tal aplicación mecánicamente supletoria se demuestra insuficiente en la práctica.

En efecto, si tenemos en cuenta que «en el mismo escrito de interposición del recurso Contencioso-Administrativo, o en cualquier momento posterior, po-

(8) HERRERO-TEJEDOR: «Honor, intimidad y propia imagen», pág. 344, Madrid, 1994.
(9) Primer Borrador de Anteproyecto de la Ley Reguladora del Proceso Contencioso Administrativo, publicado por el Ministerio de Justicia e Interior con fecha 15-VI-94, y caducado al disolverse las Cámaras por RD 1/1986, de 8 de enero.

drá solicitarse la suspensión de la efectividad del acto administrativo impugnado» (artículo 7.2), y a la vista del régimen especialmente favorable a la suspensión que más tarde tendremos ocasión de estudiar, las posibilidades de utilizar el procedimiento especial mediante la mera invocación «pro forma» de derechos fundamentales provoca graves disfunciones y se presta al fraude de ley.

Ello obliga a la aplicación subsidiaria de algunas disposiciones previstas para el recurso de amparo constitucional. Y ello no sólo por un principio de coherencia lógica, sino en virtud de la interpretación extensiva de la Disposición Transitoria 2.ª2 LOTC a que antes hemos hecho referencia.

En concreto, el artículo 49.1 LOTC dispone que:

> «El recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrá con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado».

Pues bien, entendemos que el recurso Contencioso-Administrativo de la Ley 62/1978 debe iniciarse mediante un escrito mucho más similar al descrito en el precepto citado que al previsto en el artículo 57.1 LJCA:

> «El recurso Contencioso-Administrativo se iniciará por un escrito reducido a citar el acto por razón del cual se formule y a solicitar que se tenga por interpuesto el recurso».

Un cumplimiento estricto de dicho precepto haría imposible la fiscalización del cumplimiento de las previsiones de la Ley 62/1978 en cuanto a su propio ámbito, pues ni siquiera haría falta citar los preceptos constitucionales que se alegan como infringidos, y menos aún justificar —siquiera fuera indiciariamente— la lesión de derechos fundamentales que justifica la existencia misma del procedimiento especial.

Por otra parte, la LJCA prevé la posibilidad de inadmitir el recurso «cuando constare de modo inequívoco y manifiesto: a) La falta de jurisdicción o la incompetencia del Tribunal» (artículo 62.1). Ahora bien, una Sala de lo Contencioso-Administrativo es competente y posee jurisdicción para conocer tanto del recurso Contencioso-Administrativo ordinario como del especial de la Ley 62/1978. Sólo una interpretación restrictiva de la falta de competencia, entendida como inadecuación de procedimiento, haría posible la inadmisión de un recurso que, tramitado por la vía de la Ley 62/1978, debiera hacerse a través de las normas generales de la LJCA.

De ahí que el propio Tribunal Constitucional haya ido elaborando una doctrina que aproxima el escrito de interposición y el trámite de admisión

de la demanda en el proceso de la Ley 62/1978 a las previsiones de la LOTC. Citemos tan sólo alguna de sus resoluciones en esta materia.

Ya tempranamente, la STC 37/1982, haciéndose eco de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, establecía los principios generales que deben regir este proceso especial:

> «El Tribunal Supremo ha mantenido la doctrina, ya establecida en su Sentencia de 14 de agosto de 1979, de que tal garantía contencioso-administrativa envuelve un proceso excepcional, sumario y urgente, cuyo objeto es limitado, pues no puede extenderse a otro tema que no sea la comprobación de si un acto del poder público afecta o no a los derechos fundamentales de la persona, declarando igualmente el Tribunal Supremo invirtiendo los términos, que los restantes aspectos de la actividad pública, ajena a su percusión con el ejercicio de una libertad pública, en relación con los demás intereses legítimos de cualquier recurrente, deben quedar reservados al proceso ordinario. La limitación del objeto del proceso especial contencioso-administrativo, regulado en la Ley 62/1978, da lugar a que sea inadecuado para tramitar pretensiones que no tengan relación con los derechos fundamentales, que se recogen en el art. 53.2 de la Constitución. Lo que determina que no pueda admitirse, en efecto, la existencia de una facultad del ciudadano para disponer del proceso especial sin más que la mera invocación de un derecho fundamental».

Dando un paso más en esa misma línea, la STC 31/1984 viene a reconocer la posibilidad —y aún la necesidad— de inadmitir los recursos que no cumplan unos mínimos indispensables:

> «Por supuesto, que las solas invocaciones pro-forma carentes de todo contenido, o la sola petición de que al proceso se le dé el recurso de la Ley 62/1978 sin revelar unos mínimos indispensables a los efectos del curso procesal, justificarán —y aún obligarán— que el Tribunal, velando por el recto uso de los instrumentos procesales, con la necesaria contradicción, preserve el proceso especial para lo que imponen sus notas de especificidad, preferencia o sumariedad».

Tal doctrina se ha mantenido hasta las resoluciones más recientes del Tribunal Constitucional. Así, la STC 212/1993 habla expresamente de la posibilidad de inadmisión del recurso cuando a primera vista pueda afirmarse que el acto impugnado no ha «repercutido» en el ámbito de los derechos fundamentales alegados:

> «Es doctrina reiterada de este Tribunal Constitucional que la existencia del proceso especial contencioso-administrativo regulado por la Ley 62/1978 no implica un derecho a disponer libremente de tal proceso con la mera invocación por el recurrente de un derecho fundamental. Por el contrario, los órganos judiciales pueden, de modo constitucionalmente legítimo, haciendo uso de las facultades que al efecto le corresponden, velar por el cumplimiento de los presupuestos exigidos para el tipo especial de proceso, y cuando "prima facie" pueda afirmarse, sin duda alguna, que el acto impugnado no ha repercutido en el ámbito de los derechos fundamentales alegados, la consecuencia puede ser lícitamente la inadmisión del recurso (SSTC 24/1988, 83/1988 y 74/1988, entre otras)».

Todo ello, sin dejar de advertir el peligro que con tal posibilidad de inadmisión se corre si se efectúa ligera o restrictivamente. Así, la STC 34/1989 declara:

> «Procede señalar ante todo que las garantías procesales especiales que establece el art. 53.2 de la Constitución y que, en el momento actual, son las contenidas en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, constituyen un plus de protección judicial en materia de libertades públicas y derechos fundamentales. Ello significa que, sin daño de las exigencias derivadas de los principios de preferencia y sumariedad que, según el referido precepto constitucional, caracterizan estos procedimientos especiales, las reglas legales sobre su admisión y tramitación deben interpretarse siempre conforme a aquella finalidad de garantía suplementaria o reforzada, de donde se deduce que una interpretación restrictiva o rigorista de las mismas que dificulte más allá de lo razonable el ejercicio de la acción en tales casos carece de justificación y no puede considerarse conforme a la Constitución».

Recogiendo la doctrina constitucional transcrita, el Borrador de Anteproyecto se hacía eco de las dos innovaciones a que nos referimos. Así, en cuanto a la claridad del escrito de interposición del recurso en el que denomina «procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona», establece en su artículo 114.2 lo siguiente:

> «En el escrito de interposición se expresará con precisión y claridad el derecho o derechos cuya tutela se pretende y, de manera concisa, los argumentos sustanciales que den fundamento al recurso».

Y en cuanto a la admisión a trámite del recurso, su artículo 116 dispone:

> «1. Recibido el expediente o transcurrido el plazo para su remisión y en su caso el del emplazamiento de los demás interesados, el órgano jurisdiccional dentro del siguiente día podrá convocar a todos cuantos se hayan mostrado parte y al Ministerio Fiscal a una comparecencia que habrá de tener lugar antes de transcurrir cinco días, en la que se les oirá sobre las procedencia de dar al recurso la tramitación prevista en esta Sección.
>
> 2. En el siguiente día el órgano jurisdiccional dictará Providencia mandando proseguir las actuaciones por este trámite o Auto acordando su inadmisión por inadecuación del procedimiento».

La repercusión de lo hasta ahora expuesto en la actuación concreta del Ministerio Fiscal resulta patente. No cabe duda que debe intervenir activa y eficazmente en el trámite de admisión. La defensa de la pureza del procedimiento, tarea que le otorga el parcialmente vigente Reglamento Orgánico de 1969 como «principal misión del Ministerio Fiscal» (artículo 5.3) debe llevar a esa representación pública a oponerse a la tramitación de asuntos de mera legalidad por la vía de la Ley 62/1978, pero también a que no se produzcan inadmisiones indebidas o poco fundadas, que podrían lesionar la tutela judicial efectiva.

En la práctica, algunos Tribunales Contencioso-Administrativos dejan a la iniciativa del Abogado del Estado la posibilidad de recurrir la Providencia de incoación del procedimiento, y al resolver la súplica se pronuncian acerca de la admisión del recurso. Otros órganos jurisdiccionales abren un auténtico trámite de admisión. En ambos casos se da traslado al Ministerio Fiscal, pero su actuación —que debe ser decisiva, según los principios antes sentados— en ocasiones deja mucho que desear, pues o no se pronuncia, o se deja llevar por el Abogado del Estado, o se limita a solicitar la admisión o no del recurso sin la debida fundamentación. El privilegiado observatorio que me proporciona mi actual destino en la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional —donde frecuentemente llegan las actuaciones originales de los procesos de la Ley 62/1978, previa al recurso de amparo— me legitima para hacer tan grave y negativo aserto con pleno conocimiento de causa.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional viene equiparando ordinariamente la inadmisión del proceso especial con la desestimación de las pretensiones en él ejercitadas, quedando así expedita la vía del recurso de amparo, sin que pueda alegarse falta de agotamiento de la vía judicial procedente (por todas, STC 363/1993). Ello convierte en especialmente grave una inadmisión indebida, que deberá ser remediada subsidiariamente (y frecuentemente,a sí ocurre) por el propio Tribunal Constitucional.

C. *El trámite de suspensión*

Como es sabido, la iniciación del procedimiento especial incluye una posibilidad que ha sido considerada por la doctrina (10) como el elemento más relevante para que este proceso se califique de excepcional, y consecuentemente sólo utilizable en supuestos tasados. Nos referimos, obviamente, a la suspensión de la efectividad del acto o resolución impugnados. El artículo 7.4 de la Ley 62/1978 dispone que «la Sala acordará la suspensión del cumplimiento del acto impugnado, salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general».

Es decir, que la suspensión —contra lo que sucede en el artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa— se convierte en la regla general, y la no suspensión en la excepción a dicha regla. Consecuentemente (la prueba de las excepciones incumbe a quien las alega) deberá ser la Administración quien acredite la existencia real o

(10) GARCÍA MORILLO: «El amparo judicial de los derechos fundamentales», pág. 83. Madrid, 1985.

posible de perjuicio grave para el interés general. Es decir, se produce una inversión de la carga de la prueba, pues no es ya el ciudadano quien soporta el «onus probandi» (como en el procedimiento ordinario).

La trascendencia de ambas peculiaridades cara a la actuación del Fiscal es clara. En el proceso especial, el «favor libertatis» debe prevalecer sobre la hipotética presunción de legalidad de los actos administrativos, que algunos pretenden extraer del artículo 103.1 de la Constitución («La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa... con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho»). Tal precepto juega en estos casos como una obligación, y no como una presunción favorecedora, siquiera sea «iuris tantum». Tal presunción, de existir, beneficiaría al recurrente, pues el perjuicio grave para el interés general no deja de ser una hipótesis excepcional.

Frente a lo dicho se advierte con frecuencia que la suspensión cuasiautomática se presta al fraude de ley. Tal objeción debe ser corregida mediante una adecuada aplicación del trámite de admisión, en los términos antedichos, y no a través de una interpretación restrictiva de la legislación de protección de los derechos fundamentales.

Por otra parte, no sobra recordar que la suspensión puede ser parcial (STC 148/1993), y que puede ser modificada en cualquier momento en que se acredite un cambio en las circunstancias de hecho, pues la resolución que la acuerda no posee efectos de cosa juzgada. Ello obliga el Fiscal a no desentenderse de la marcha del procedimiento, pues una medida tan seria como la suspensión de un acto (o incluso de una disposición general: ATC 370/1984) de la Administración merece una atención constante.

Que la medida introducida por el legislador de 1978 es sin duda progresiva lo ha reconocido no sólo la doctrina (11), sino incluso todos los Anteproyectos de reforma. El actual dispone, en su artículo 130 y dentro de las disposiciones comunes a todos los procedimientos, que:

> «1. La suspensión podrá acordarse en los siguientes supuestos:
>
> a) Cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición puedan hacer perder su finalidad legítima al recurso.
>
> b) Cuando la ejecución del acto pudiera causar al recurrente perjuicios de imposible o difícil reparación.

(11) Por todos, LINDE PANIAGUA: «La instauración del principio de igualdad entre Administración Pública y particulares en el proceso contencioso-administrativo: la Ley 62/1978». Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 23, pág. 561.

> 2. Podrá denegarse la suspensión cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de terceros.
>
> 3. La suspensión o su denegación podrá ser modificada o revocada en virtud de circunstancias sobrevenidas».

Como puede observarse, el Borrador de Anteproyecto se inspira en tres fuentes: el actual artículo 122 LJCA, los artículos 56 y 57 LOTC y —conviene resaltarlo— el artículo 7.4 de la Ley 62/1978, pero con la peculiaridad de que en éste el perjuicio grave para los intereses generales provoca automáticamente la suspensión, y en el Anteproyecto sólo «podrá» ocasionarla.

D. *La contestación a la demanda*

Es sin duda el escrito más importante. En él debe analizarse en profundidad la incidencia del acto impugnado en los derechos fundamentales alegados como infringidos. Por tanto, supone un detallado conocimiento tanto del derecho administrativo como de la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto.

Ello nos lleva a un punto de extremo interés: la necesaria especialización de los miembros del Ministerio Fiscal que despachan este procedimiento especial. El legislador llama cada vez más al Fiscal a que intervenga en procedimientos distintos de los seguidos por delitos o faltas. La Institución debe responder a esa confianza con una participación activa, que sólo es posible mediante el dominio de las materias objeto del proceso. En el caso que nos ocupa, es sabido que la doctrina del Tribunal Constitucional es trascendental, no sólo porque los Tribunales están obligados a seguirla (artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), sino porque nos encontramos en materia de derechos fundamentales, y el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución (artículo 1 LOTC).

Tanto los programas de formación de la Fiscalía General del Estado, como esta Revista del Ministerio Fiscal deben ser un instrumento útil para poner la jurisprudencia constitucional al alcance de los Fiscales. Pero probablemente se hace necesario la convocatoria de cursos de formación específicos para los miembros del Ministerio Fiscal especializados en estas materias.

E. *Los recursos*

En materia de recurso, el artículo 9.1 de la Ley 62/1978 establecía que:

> «Contra la Sentencia podrá interponerse, en su caso, recurso de apelación, en un solo efecto, ante el Tribunal Supremo».

Ahora bien, tal precepto hay que entenderlo formalmente derogado por la Disposición Derogatoria 2.ª de la ley 10/1992, que suprime todas las referencias al recurso de apelación en materia Contencioso-Administrativa. La nueva normativa sólo hace mención expresa de la Ley 62/1978 en su apartado 2.C) para excluir de la casación las Sentencias dictadas en materia de derecho de reunión (artículo 7.6).

La Ley 62/1978 no contiene ya referencia expresa alguna a los recursos. Por lo tanto, el tenor literal de la legislación vigente nos llevaría a la aplicación supletoria de la LJCA (en virtud de la remisión efectuada por el artículo 6 de la Ley 62/1978). Cabría, pues, recurso de casación contra Sentencias (Sin perjuicio de los Autos de inadmisión y suspensión: artículo 94 LJCA) en todos los casos —y sólo en ellos— previstos en el artículo 93 LJCA. Habría que excluir, por tanto, —como sucedía en la legislación anterior, según la interpretación dada a la locución «en su caso»— los asuntos de personal y aquellos cuya cuantía no exceda de 6 millones de pesetas, «cualquiera que fuera la materia».

Una reciente Sentencia del Tribunal Constitucional (la 188/1994, de 20 de junio) ha venido a alterar profundamente tal panorama. Aunque está dictada para resolver la procedencia constitucional de la inadmisión de un recurso de apelación contra la Sentencia dictada en un procedimiento de la Ley 62/1978, entendemos que su doctrina es perfectamente aplicable al actual recurso de casación.

Su fundamento jurídico 1.º centra el problema que va a ser objeto de examen por el Tribunal Constitucional:

> «Alegan los demandantes de amparo que la Sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo ha incurrido en infracción del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a los recursos, pues las previsiones generales que en materia de acceso a la apelación se contienen en la Ley Jurisdiccional no pueden aplicarse supletoriamente de manera automática a los supuestos en los que se pretende recurrir contra una Sentencia dictada en el marco del procedimiento especial diseñado por la Ley 62/1978».

Tras un análisis de la cuestión, concluye el máximo intérprete de la Constitución, en el fundamento jurídico 4.º de la Sentencia que citamos:

> «Siendo el de la Ley 62/1978 un procedimiento específicamente ideado para la defensa judicial de los derechos fundamentales, no es razonable que, a los efectos de la apelación, se esté mecánicamente al criterio y a las exigencias establecidas para el caso de los recursos intentados en un procedimiento ordinario que, como es el caso del Contencioso-Administrativo, aparece informado por el principio de única instancia. (...) Cuando lo planteado en el proceso sea manifiestamente un problema directamente relacionado con la tutela de los derechos fundamentales, es necesario permitir la segunda instancia y darle oca-

sión al Tribunal Supremo a fin de que pueda restablecer el derecho fundamental vulnerado».

Es decir, que si el procedimiento se encuentra debidamente admitido a trámite, por discutirse en él un acto administrativo que repercute en el ejercicio de un derecho fundamental, la intervención del Tribunal Supremo debe («es necesario») permitirse siempre.

No hace falta resaltar la importancia de tal doctrina a efectos prácticos (12). De hecho, viene a modificar incluso la sentada anteriormente por el propio Tribunal Constitucional, que consideraba ajustada a las exigencias del artículo 24.1 de la Norma Suprema la inadmisión del recurso de casación cuando la materia se refería a cuestiones de personal. Dado que también en esa materia pueden lesionarse derechos fundamentales, hay que concluir que debe admitirse la intervención del Tribunal Supremo. Y por supuesto —esa era la problemática planteada en la Sentencia que citamos— el hecho de que la cuantía del pleito no alcance los 6 millones de pesetas no es óbice alguno para la admisión del recurso de apelación (hoy de casación).

La ampliación del ámbito de la casación a todas las Sentencias rectamente dictadas por el cauce de la Ley 62/1978 no dejará de levantar polémica.

Los miembros del Ministerio Fiscal que despachen estos asuntos deberán estar especialmente atentos, tanto para interponer —en su caso— el recurso de casación, como para evitar la quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva que supondría la indebida inadmisión de recursos en una materia tan trascendente.

F. *El procedimiento especial del derecho de reunión*

La LO 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, establece un procedimiento administrativo y se remite en cuanto a los recursos judiciales a lo dispuesto en la Ley 62/1978. Se trata de uno de los pocos casos (13) existentes en nuestro Derecho en que se posibilita la obtención de una resolución judicial antes de la fecha de ejercicio del derecho fundamental, en este caso, la celebración de la reunión o manifestación. Pero ello exige un exquisito respecto de los plazos previstos. Estudiémoslos con detalle:

---

(12) Ver «Revista del Ministerio Fiscal», núm. 1, enero-junio 1995, págs. 277 y ss.

(13) Otro supuesto puede encontrarse en el artículo 49 de la LOREG para la proclamación de candidatos.

a) El derecho de reunión y manifestación no se halla sometido al régimen de autorización previa. Ahora bien, el artículo 8.1 de la LO 9/1983 prevé un plazo máximo de 30 días de «preaviso» de los organizadores o promotores de aquellas a la autoridad gubernativa, y un plazo mínimo de 10. Esta cifra —10 días— no es aleatoria. En efecto, tal es la duración máxima del proceso judicial previsto en el artículo 11 de la LO 9/1983, que se remite al efecto al artículo 7.6 (y concordantes) de la Ley 62/1978.

b) Pues bien, en dicha regulación procesal se establece un plazo máximo de 48 horas para impugnar judicialmente la resolución administrativa, 5 días para convocar la vista, y un máximo de 3 días para dictar Sentencia. Es decir, un total de 10 días desde que se impugna el Acuerdo administrativo hasta que se resuelve jurisdiccionalmente sobre su adecuación a Derecho.

Es cierto que la Administración posee un plazo de 48 horas para prohibir o modificar la reunión o manifestación (artículo 10 LO 9/1983). Pero los plazos señalados para el proceso judicial tienen el carácter de máximos, y por lo tanto la tutela prestada por el órgano judicial podrá ser realmente efectiva, y la reunión o manifestación podrá celebrarse o no con la cobertura de una resolución jurisdiccional y no sólo de un acto administrativo, incluso en el supuesto de un preaviso mínimo de 10 días.

Tan positivos efectos han hecho que alguna Sala de lo Contencioso-Administrativo utilice este especialísimo procedimiento para supuestos distintos de los previstos en la ley. En concreto, el Tribunal Supremo de Justicia de Andalucía (Sala de Sevilla) lo empleó para decidir acerca de la suspensión de los servicios mínimos señalados por la Administración para una huelga general. La huelga se celebró, pero no con los servicios mínimos inicialmente previstos, sino con los señalados judicialmente, con un criterio mucho más favorable al derecho fundamental del artículo 28.2 de la Constitución.

El auto que así lo acordaba fue objeto de múltiples críticas, e incluso de recurso de apelación por parte del Abogado del Estado. El Tribunal Supremo lo revocó, pero el Tribunal Constitucional le devolvió su vigencia en la importante Sentencia 148/1993. Con ella puede afirmarse la plena licitud de la utilización judicial del procedimiento que comentamos para supuestos distintos del previsto inicialmente en la Ley.

Ahora bien, lo deseable sería no dejar a la iniciativa judicial tan beneficiosa medida, sino que el propio legislador la previese específicamente para el ejercicio de aquellos derechos fundamentales que lo permitan. Que duda cabe que el derecho de huelga —que exige igualmente un preaviso de

5 o 10 días, según los casos— podría someterse a un control judicial ex ante, que evitara dejar en manos de la Administración medidas tan importantes y susceptibles de desvirtuar el derecho de huelga como el señalamiento de los servicios mínimos. También la autorización judicial de entrada en domicilio o lugar cerrado, dimanante de una resolución administrativa, podría verse sometida a un procedimiento similar.

Mientras ello no suceda, el Ministerio Fiscal deberá velar por el exacto cumplimiento de los plazos (que en estos supuestos son especialmente influyentes). Ello —sobre todo en las grandes Fiscalías— supone una infraestructura en cuanto a notificaciones, que difícilmente se logrará sin la adecuada especialización de los Fiscales.

IV. El fiscal en los procesos electorales

A. *Consideraciones Generales*

La Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG) —LO 5/1985, de 19 de junio— dispone en su artículo 111 que «la representación pública y la defensa de la legalidad en el recurso contencioso electoral corresponde al Ministerio Fiscal». Con tan acertada dicción se establece la necesaria intervención del Fiscal en un proceso tan importante, sin que se le considere como una «parte».

Es evidente la trascendencia del papel que el legislador orgánico atribuye al ministerio público, en un proceso que puede llegar a modificar la composición de las Cámaras. A tan importante misión debe responder el Ministerio Fiscal con una exquisita preparación y un esmerado examen de los procesos electorales, donde se dilucida el debido respeto al derecho fundamental consagrado en el artículo 23 de la Norma Suprema.

Los plazos establecidos para tal proceso son perentorios, se cuentan por días naturales —incluidos los festivos— y de muy corta duración. Ello obliga a que el Ministerio Fiscal se encuentre debidamente preparado de antemano, conozca la doctrina constitucional al respecto y el alcance de su intervención, y no improvise unos dictámenes de tanta trascendencia para la vida pública nacional. Desgraciadamente, no siempre ocurre así. La mayoría de los recursos contencioso electorales acaban en el Tribunal Constitucional, quizá porque la LOREG cite expresamente el recurso de amparo como uno más —el único— a interponer contra las resoluciones de las Salas de lo Contencioso-Administrativo en esta materia. Y el examen de los dictámenes fiscales arroja un resultado desigual: desde casos

tan lamentables como el informe —por clásico no menos censurable— de que «el Fiscal se opone (o no se opone) al recurso», escrito a mano en el último folio vuelto de las actuaciones, hasta el dictamen concienzudo y pormenorizado que merece la alabanza explícita —tan poco frecuente— del propio Tribunal Constitucional en alguna Sentencia, que viene a facilitar al Fiscal por su perspicacia jurídica.

La antes aludida necesidad de especialización en estas materias se hace aquí todavía más evidente, y la posibilidad de una accesible consulta de la Jurisprudencia constitucional ya sistematizada e informatizada se hace imprescindible en estos casos que nada tienen que ver con la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso penal, y que exigen estudio y rápido acceso a las fuentes.

B. *Tipos de procesos electorales*

Aunque la LOREG reserva la denominación estricta de proceso «contencioso-electoral» al previsto para la impugnación de electos (14), en realidad regula tres procesos distintos, que responden a otros tantos momentos del desarrollo electoral (15).

El primero de ellos es el previsto en el artículo 40.1 LOREG frente a las resoluciones de la oficina del censo electoral, y su competencia corresponde a los Juzgados de Primera Instancia. El segundo, regulado en el artículo 49, se prevé para la impugnación de candidatos, y es competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. El tercero (artículos 109 a 117), viene establecido para los recursos contra los acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos, así como de Presidentes de las Corporaciones locales, se atribuye a la competencia de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia (en las elecciones autonómicas) o del Tribunal Supremo (en las europeas y generales).

Estos procedimientos son de aplicación en todas las elecciones de cargos públicos, tanto de Diputados al Parlamento Europeo, como de los

---

(14) Así se deduce de la propia rúbrica de la Sección Decimosexta del Capítulo VI del Título I de la LOREG («Contencioso-electoral»).

(15) Sobre la materia, véase el excelente trabajo de GÓMEZ GUILLAMÓN: «Revisión judicial del procedimiento electoral: los recursos electorales», en «Incidencia de la Constitución en los procesos Contencioso-Administrativos», Cuadernos de Derecho Judicial, págs. 263 y ss., Madrid, 1992.

miembros de las Cortes Generales (Congreso y Senado), de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y de la Corporaciones legales.

C. *Intervención del fiscal*

La LOREG sólo ordena de forma expresa la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso contencioso-electoral en sentido estricto, en la forma prevista en su artículo 111 antes transcrito. No obstante, parece coherente que —tratándose de procesos en los que se encuentra implicado el ejercicio del derecho fundamental de sufragio activo y pasivo del artículo 32.1 de la Constitución— el Fiscal deba intervenir en todos ellos, por aplicación del artículo 3 de su Estatuto Orgánico.

a) *El recurso contra las resoluciones de la Oficina del Censo*

En cuanto a la impugnación del censo, se trata de un proceso especial y sin precedentes en nuestro sistema. La Oficina del Censo Electoral, aunque regulada por la LOREG en el Capítulo dedicado a la Administración Electoral, no se integra en ella, pues ésta, según el artículo 9.2 LOREG se encuentra formada tan sólo por las distintas Juntas Electorales y por las Mesas Electorales. No encontramos ante un organismo dependiente del Instituto Nacional de Estadística, y —según el artículo 29.1 LOREG— es «el órgano encargado de la formación del censo electoral y ejerce sus competencias bajo la dirección y supervisión de la Junta Electoral Central».

Su misión fundamental es la elaboración de las listas de electores. A tal efecto, le competen las funciones orientadas a la confección del censo, controlando las operaciones que lleven a cabo los Ayuntamientos y consulados. En lo que aquí interesa, le corresponde la resolución de «las reclamaciones contra los órganos que participen en las operaciones censales y en particular las que se planteen por la inclusión o exclusión de una persona en las listas electorales» (artículo 30 LOREG).

En garantía de dicha función, cualquier persona puede presentar reclamación administrativa ante la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral sobre su inclusión o exclusión en las listas electorales. Las resoluciones de cinco días ante el Juzgado de Primera Instancia (artículo 40.1 LOREG).

La primera peculiaridad de este proceso «sui generis» es su conocimiento por un órgano del orden jurisdiccional civil, cuando en realidad se trata del recurso contra la resolución de una oficina administrativa. Como señala Gómez Guillamón, quizá esta atribución competencial tenga su razón de ser en que no nos encontramos ante un acto propiamente electoral, sino censual, que puede entenderse próximo a las funciones propias de un Registro Civil.

Nada se dice la posible intervención del ministerio Fiscal en este proceso, y por consiguiente nada impide que se requiera su audiencia en defensa de la legalidad, máxime si tenemos en cuenta que nos encontramos ante un antecedente necesario del procedimiento electoral.

b) *El proceso de impugnación de candidatos*

El artículo 49 LOREG regula los «recursos contra la proclamación de candidaturas y candidatos». Aunque —como hemos visto— la LOREG reserva la denominación de proceso contencioso-electoral para la impugnación de electos, no cabe duda que nos encontramos ante un recurso Contencioso-Administrativo, que recae sobre materia electoral. Como contencioso especial lo designa el Tribunal Constitucional con frecuencia. En opinión de Gómez Guillamón, se ha desgajado del contencioso-electoral por la explicable razón de que los plazos de éste con incompatibles con los tiempos electorales. Las Juntas efectúan la proclamación de candidatos el vigésimo séptimo día posterior a la convocatoria y se publican el vigésimo octavo (artículo 47.3 y 5), y la campaña electoral comienza el trigésimo octavo (artículo 51). Por tanto, sólo hay un plazo de diez días para solventar los recursos que puedan plantearse (incluido el de amparo, en su caso) sin interferir en la campaña electoral.

Son competentes para el conocimiento de este recurso los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, pero mientras éstos no se desarrollen, sus funciones son asumidas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia (disposición transitoria quinta de la LOREG).

Tampoco en este proceso se menciona expresamente la intervención del Ministerio Fiscal. Parece lógico pensar que resulta aplicable (aunque sea analógicamente) la previsión del artículo 111 LOREG, según el cual la defensa de la legalidad corresponde al Ministerio Fiscal. Así venía reconociéndolo la práctica judicial para los procesos de impugna-

ción de candidatos, hasta las elecciones europeas de 1994, en que el Tribunal Supremo decidió prescindir de la intervención del Ministerio Público (16).

No compartimos esta decisión del Tribunal Supremo, pues ninguna especialidad parece que deba plantear este recurso respecto del previsto para la impugnación de electos, salvo la mayor brevedad de los plazos. El órgano judicial dispone tan sólo de dos días para dictar resolución desde la interposición del recurso. Nada obsta para que se otorgue uno al Ministerio Fiscal para emitir sus alegaciones, como se hace en el recurso de amparo en esta misma materia (17). Ni hay razón para presumir que se retrasará el procedimiento ni se comprende por que se prescinde del asesoramiento de una Institución en cuya actuación «la sujeción a la legalidad se erige en canon fundamental», como reconoce el propio Tribunal Constitucional en STC 115/1994 (18).

c) *El recurso contra la proclamación de electos*

Obviamente nos encontramos ante un proceso que se inicia después de los comicios, pero no por ello fuera del período electoral, pues debe solventarse antes del día previsto para la toma de posesión de los electos y la constitución de las Cámaras o Corporaciones. Consecuentemente, los plazos poseen naturaleza perentoria, son considerablemente breves, y en su cómputo no rigen las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 304) o la Ley de la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 185), sino las previstas en el Código Civil (artículo 5), por tratarse de días naturales.

En cuanto a la intervención del Fiscal, aparte de la previsión genérica del artículo 111 LOREG ya transcrita, la LOREG lo cita en dos ocasiones:

a) El artículo 112.4 LOREG dispone que:

> «La Sala, al día siguiente de la finalización del término para la comparecencia de los interesados, dará traslado del escrito de interposición y de los documentos que lo acompañen al Ministerio Fiscal y a las partes que se hubieren personado en el proceso, poniéndoles de manifiesto el expediente electoral y el informe de la Junta Electoral, para que en el plazo común e improrrogable de

(16) Véanse las SSTS de 21, 22 y 23 de mayo de 1994.
(17) Acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional de 23-V-86, artículo 5.º.
(18) STC 115/1994, de 14 de abril, fundamento jurídico 5.º.

cuatro días puedan formular las alegaciones que estimen convenientes. A los escritos de alegaciones se pueden acompañarlos documentos que, a su juicio, puedan servir para apoyar o desvirtuar el fundamento de la impugnación. Asimismo, se puede solicitar el recibimiento a prueba y proponer aquéllas que se consideren oportunas».

Como puede observarse, en un plazo de cuatro días el Ministerio Fiscal debe formular alegaciones y —en su caso— solicitar el recibimiento a prueba y concretar los medios que estime pertinentes para la misma. No es mucho tiempo, sobre todo si tenemos en cuenta la complejidad de las materias electorales, tan lejanas al quehacer ordinario del Ministerio Fiscal. Probablemente convendrá agilizar en esos días las relaciones con la Sala, para no retrasar las notificaciones, que pueden tener lugar cualquier día, incluso los festivos.

A la hora de orientar su intervención, no debe perderse de vista que nos encontramos ante un proceso de plena jurisdicción, como pone de relieve el propio Tribunal Constitucional, en STC 26/1990, de 19 de febrero, fundamento jurídico 6.º:

> «Cuando un órgano jurisdiccional, con ocasión del procedimiento Contencioso-Administrativo, revisa una determinada irregularidad electoral, actúa con plena jurisdicción, y no se encuentra estrechamente limitado en su actuación como las Juntas Electorales».

Ello no significa que el órgano judicial no se encuentre limitado por el ámbito fáctico que determine el recurrente en su impugnación, sino que no se encuentra necesariamente ligado a la pretensión formulada, dado que lo que se busca es la averiguación de la auténtica voluntad de los votantes, más que la resolución de un recurso, que se escapa al principio dispositivo y de mera rogación de las partes. Así lo declara el Tribunal Constitucional, en STC 157/1991:

> «En los procesos electorales resulta prioritaria la exigencia del conocimiento de la verdad material manifestada en las urnas por los electores puesto que, a través de las elecciones, se manifiesta la voluntad popular, fundamento mismo del principio democrático que informa la Constitución».

b) Una vez dictada la Sentencia, no por ello debe el Fiscal desentenderse de su contenido, pues el artículo 115.2 LOREG le encomienda velar por su cumplimiento y ejecución:

> «La Sala, de oficio o a instancia del ministerio Fiscal o de las partes, podrá dirigirse directamente a las autoridades, organismos e instituciones de todo orden a las que alcance el contenido de la Sentencia y, asimismo, adoptará cuantas medidas sean adecuadas para la ejecución de los pronunciamientos contenidos en el fallo».

V. EL FISCAL EN EL PROCESO CIVIL DE LA LO 1/1982

A partir de la Constitución, el Fiscal adquiere un claro protagonismo en muchos terrenos, singularmente en materia de derechos fundamentales. Como hemos visto, en ellos concurre un «destacado interés público», puesto de relieve por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 65/1983.

La ley orgánica 1/1982 dispone en su artículo 9.1 que:

> «La tutela frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución».

Y en su disposición transitoria segunda aclara que:

«En tanto no sean desarrolladas las previsiones del artículo 53.2 de la Constitución sobre establecimiento de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, la tutela de los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen se podrá recabar, con las peculiaridades que establece esta ley sobre legitimación de las partes, por cualquiera de los procedimientos establecidos en las secciones II y III de la ley 62/1978».

A. *Supuestos de intervención del Ministerio Fiscal*

La primera consecuencia que se deduce de la regulación legal descrita es que el Fiscal no tiene intervención en todos los supuestos previstos en la ley orgánica 1/1982, sino tan sólo cuando no se acuda a las vías procesales ordinarias (el juicio declarativo correspondiente), es decir, cuando se utilice el procedimiento regulado en la Ley 62/1978.

La justificación de esa distinción es clara: el juicio declarativo ordinario puede contener otras pretensiones distintas de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.1 de la Constitución, mientras que en el procedimiento que desarrollo provisionalmente el artículo 53.2 de la Constitución sólo tienen cabida derechos fundamentales. Y únicamente para reforzar la tutela de estos derechos (en los que siempre concurre un interés público, como hemos visto) se prevé la intervención del Fiscal.

Así lo vienen reconociendo los Tribunales. Sirva de muestra la Sentencia de 15 de septiembre de 1986, del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Madrid:

> «Por el Señor Fiscal se presento escrito en que, una vez hechas las alegaciones pertinentes, solicitó que procedía adecuar el procedimiento a los trámi-

> tes del juicio ordinario de menor cuantía, por los que se debía continuar desde este momento, dejando sin efecto la personación del Fiscal, que no es parte en este procedimiento, por no tratarse del procedimiento sumario y urgente previsto en el artículo 53.2 de la Constitución y desarrollado provisionalmente por la ley 62/1978, por lo que se acordó que se adecuara el presente procedimiento a los trámites del juicio declarativo de menor cuantía, manteniéndose todo lo actuado».

B. *Contenido de su intervención*

Tratándose siempre en los procedimientos tramitados por el cauce de la Ley 62/1978 de la tutela de derechos fundamentales, la intervención del Fiscal es preceptiva. Y más si tenemos en cuenta que en estos supuestos habitualmente no será uno, sino dos los derechos fundamentales objeto del proceso: el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen de una parte, y la libertad de expresión o de información de otra. Generalmente, el demandante se sentirá titular de alguno de los derechos reconocidos en el artículo 18.1 de la Constitución, y el demandado frecuentemente alegará el ejercicio de los derechos contenidos en el artículo 20.1 de la Norma Suprema.

El difícil papel del Fiscal radica precisamente en señalar los límites entre los respectivos ámbitos de ambos derechos fundamentales. Así se deduce del propio texto constitucional, que en su artículo 20.4 establece que:

> «Estas libertades (las del artículo 20) tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título (el primero), en los preceptos de las leyes que los desarrollen, y especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

En deslindar el ámbito de los derechos de ambas partes radica el contenido sustancial de la posición que al Ministerio Fiscal corresponde en este procedimiento. Defensa formal de la legalidad y de la «pureza del procedimiento». Pero, además, defensa material del derecho fundamental que resulte prevalente. Y ello teniendo en cuenta, como dice el Tribunal Constitucional en su Sentencia 104/1986, que:

> «Cuando del ejercicio de la libertad de opinión [artículo 20.1.a)] y/o del de la libertad de comunicar información [artículo 20.1.d)] resulte afectado el derecho al honor de alguien, nos encontraremos ante un conflicto de derechos ambos de rango fundamental, lo que significa que no necesariamente y en todo caso tal afectación del derecho al honor haya de prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades, ni tampoco que siempre hayan de ser éstas consideradas como prevalentes, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación entre uno y otra».

C. *Posición procesal del Ministerio fiscal*

La ley 62/1978 distingue dos supuestos distintos de intervención del Ministerio Fiscal:

a) Puede actuar como demandante (artículo 12.1).

b) Siempre deberá ser parte en estos procedimientos (artículo 12.3).

Su posición procesal será evidentemente distinta en uno y otro caso. Ambos vienen a coincidir sustancialmente con la distinción que hace la doctrina italiana entre «Público Ministerio requirente e consulente» (19). Comencemos por el supuesto más habitual: aquél en que no es el Fiscal quien ejercita la acción.

Las soluciones ofrecidas por los Tribunales han sido claramente discrepantes. Así, el Juez de Primera Instancia núm. 2 de Madrid entendió en Sentencia de 22.XII.84 que el Fiscal debía ocupar la posición de demandado:

> «Se alega en la contestación a la demanda, por el demandado, el defecto de ésta por demandar el Ministerio Fiscal, el cual debe ser parte, pero no parte demandada. El artículo 12.3 de la ley de 26.XII.78, a cuya normativa se remite la ley orgánica de 5 de mayo de 1982 en su disposición transitoria segunda, dispone que "el Ministerio Fiscal siempre será parte en estos procedimientos": si no es demandante, quien lo sea deberá demandarlo para que comparezca y actúe como tal demandado».

Más acertada nos parece la solución adoptada por la Sentencia de 7.VII.86, del Juez de Primera Instancia núm. 12 de Madrid:

> «Se excepciona la falta de litis consorcio pasivo necesario por no haberse dirigido la acción contra el Ministerio Fiscal. La resolución de esta excepción nos lleva al estudio del artículo 12.3 de la ley 62/1978 conforme al cual "el Ministerio Fiscal siempre será parte en estos procedimientos"; pues bien, la finalidad perseguida por la ley al exigir preceptivamente la Intervención del Ministerio Fiscal en estos procedimientos no es otra que la de obtener un reforzamiento en la defensa de los derechos fundamentales, y por ello, teniendo en cuenta que el citado artículo 12.3 se limita a establecer la obligatoriedad de la intervención sin referirse para nada a que la misma haya de articularse a través de la demanda, es obvio que su omisión ha sido subsanada al habérsele dado traslado de la demanda y tenido por parte en las actuaciones, dándose así debido cumplimiento al imperativo mandato legal».

---

(19) MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ: «El Ministerio Fiscal en España», pág. 107, Madrid, 1977.

La propia ley 62/1978 proporciona base suficiente para evitar la dicotomía parte demandante-parte demandada. En efecto, en su artículo 13.1.1.ª dispone que:

> «El plazo de contestación a la demanda será común para todos los demandados e intervinientes».

Pues bien, es en la posición jurídica de interviniente, distinta, como se ve, a la de demandado, donde habrá que situar al Ministerio Fiscal. De esta forma queda salvaguardado el principio de imparcialidad, que siempre debe informar la actuación del Fiscal, según el artículo 124.1 de la Constitución.

Su posición procesal no es, por tanto, la de parte en sentido material, dado que ningún interés directo tiene en el fondo del asunto. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en su Sentencia 76/1982:

> «El Ministerio Fiscal no es una parte privada, dada su misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley (artículo 124.1 de la constitución)».

Algunos autores acuden a la configuración del Ministerio Público como parte pública o parte formal. Ahora bien, cualquiera que sea la denominación que de adopte, lo importante es llegar a determinar que ha querido decir el legislador al ordenar preceptivamente que el Ministerio Fiscal sea parte en todos los procedimientos civiles que se tramiten a través de la ley 62/1978.

En nuestra opinión, lo único claro es la voluntad del legislador de que el Fiscal intervenga en todos los casos en que se hallen en juego exclusivamente derechos fundamentales. De ahí su denominación como interviniente. Si se le califica de «parte» en sencillamente porque no existe en nuestro vocabulario procesal otro término que resulte más adecuado a la auténtica posición del Ministerio Fiscal. Lo cierto es que, siendo el proceso civil una contienda entre partes (demandante y demandado), el Fiscal no se encuentra en ninguna de ambas posiciones. Actúa más bien como amicus curiae, que puede hacer suyas, parte de las pretensiones del demandante y parte de las del demandado. Su único norte es la defensa de la legalidad y del interés público, y deberá amparar esos valores en la medida en que concurran en las respectivas posiciones de las verdaderas partes que compiten en el proceso.

Esta configuración del Fiscal como «amicus curiae», necesariamente imparcial, le llevará a ilustrar al órgano jurisdiccional acerca del apoyo legal que posean las pretensiones de las partes, interesando una Sentencia

acorde con la Constitución y su legislación de desarrollo. Actuaría así como «magistratura postulante», en el sentido en que se utiliza en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1967.

En este sentido, su posición coincide en gran parte con la que la ley orgánica del Tribunal Constitucional le otorga en el recurso de amparo constitucional. Pero ello no debe ocultarnos las diferencias entre dicho proceso y el regulado en la ley orgánica 1/1982. El objeto de aquél es sencillamente confrontar las pretensiones del demandante de amparo con la legalidad constitucional. Oído el demandante, ya posee el Ministerio Fiscal todos los elementos de juicio para su dictamen. Se trata de alguna forma de un proceso cuyo objeto es dilucidar si las pretensiones del demandante pueden o no estar constitucionalmente amparadas. Muy otra es la configuración del procedimiento de protección civil al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Aquí son siempre dos partes las que intervienen enfrentadas entre sí. De ahí que el Fiscal deba conocer las pretensiones de ambas partes para poder dictaminar acerca de su contenido. Lo lógico, en consecuencia, hubiera sido que se habilitara un trámite de informe del Fiscal posterior a la demanda y a la contestación. Pero lo cierto es que, según el artículo 13.1 de la Ley 62/1978, el plazo de contestación es común para demandados e intervinientes. Se pide por tanto al Fiscal que informe conociendo tan sólo la mitad de los elementos sobre los que debe versar su dictamen.

Con la actual regulación legal «de lege data», todas las soluciones posibles a este problema presentan inconvenientes. Si el Fiscal pretende ceñir su contestación a la demanda a un informe sobre las alegaciones del demandante, únicas a las que en ese momento ha tenido acceso, le faltará la visión de conjunto que sólo proporciona el haber oído «las dos campanas», y su dictamen habrá de ser necesariamente incompleto. Si deja su instrucción al Tribunal para el momento de la vista a la que luego aludiremos, corre el riesgo de la incongruencia e incluso de la indefensión. Pese a estos peligros, estimamos más adecuada la segunda opción. Véamos por qué.

D. *La contestación a la demanda*

La configuración del Ministerio Público como interviniente y no como parte en sentido material (y desde luego en ningún caso como parte demandada) se manifestará cronológicamente en primer lugar en su escrito de contestación a la demanda, única posibilidad que la ley le ofrece de dejar constancia escrita de su posición.

Si se pretende encerrar en ella el contenido fundamental de su informe, por entender que en la vista oral debe limitarse a delimitar los términos del debate, «sin alterar lo sustentado en sus escritos con carácter sustancial», como ordena el artículo 693.2.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el juicio de menor cuantía, su dictamen sea necesariamente incompleto, como hemos visto, pues sólo podrá versar acerca de la legalidad de las pretensiones del actor. Pero no puede olvidarse que tal previsión está pensada para el demandante y el demandado, como expresamente dice el texto legal citado. Si el Fiscal no ocupa ninguna de ambas posiciones procesales, habrá que concluir que tal previsión no le afecta, y por tanto tiene plena libertad para emitir su dictamen en la vista oral.

Si se acepta esa posición, lo preferible será que en su escrito de contestación a la demanda se límite a informar acerca de la adecuación del procedimiento, de los presupuestos procesales y de las excepciones que puedan deducirse de la demanda, además de solicitar el recibimiento a prueba si lo estima pertinente. En cambio, el principio de imparcialidad por el que se rige dificultara que conteste a los argumentos de fondo del demandante antes de haber podido contrastarlos con los del demandado.

La consecuencia que se deriva naturalmente de la tesis que mantenemos es que el Ministerio Fiscal deberá solicitar en todo caso la vista que prevé el artículo 756 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, una vez que se mandan traer los autos a la vista para Sentencia en el procedimiento de los incidentes, que como es sabido es el que se remite la ley 62/1978. Tal vista tiene el carácter de meramente facultativa, pues sólo se celebra si lo solicita alguna de las partes. Si el Fiscal quiere ser oído con integridad en cuanto al fondo, ser verá obligado a solicitarla en todos los procedimientos. Sólo así tendrá ocasión de dictaminar sobre las pretensiones de los demandados (a las que no ha tenido acceso con anterioridad), e incluso sobre las de los demandantes, si ha preferido no entrar en su estudio hasta haberlas podido contrastar con las de sus oponentes.

Esta solución, que parece la más lógica, no deja de presentar inconvenientes. En efecto: en la vista el Fiscal hará alegaciones que no han sido vertidas por escrito con anterioridad, por falta de trámite procesal. La consecuencia es que las partes demandantes y demandadas no han tenido ocasión de conocerlas previamente, y ello por tanto dificulta su contestación y debate. El principio de contradicción puede quedar lesionado, sobre todo si el Ministerio Público hace uso de la palabra en último lugar, como habitualmente sucede en la práctica, dado su carácter de defensor imparcial de la legalidad.

Puede suceder incluso que el Fiscal invoque la violación de algún derecho fundamental no alegado por las partes, pues nada impide «que el Tribunal entre a considerar las vulneraciones alegadas por el Ministerio Fiscal en los recursos de amparo por vez primera, dado el destacado interés general que concurre en la protección de los derechos fundamentales» (STC 93/1984). Ello no supondría incongruencia entre la demanda y la Sentencia, como dice la STC 77/1986, pues, «dada la estrecha relación existente entre incongruencia y principio dispositivo, la incongruencia no existe, o no puede reconocerse, cuando la Sentencia del Tribunal verse sobre temas o materias que, de acuerdo con la ley, el Tribunal está facultado a introducir "ex officio"».

Pero en el resto de las materias, si bien no podría hablarse de incongruencia, la situación de indefensión material de las partes afectadas sólo se salvaría a través del ejercicio de los recursos contra la Sentencia, si caben. Así se deduce de la Sentencia constitucional que comentamos:

> «La indefensión que produce relevancia jurídico-constitucional en los casos de incongruencia de la Sentencia es aquella que se produce cuando la situación creada por una Sentencia incongruente es inamovible y adquiere eficacia de cosa juzgada, pues la indefensión creada por una Sentencia incongruente debe siempre medirse globalmente».

Todo lo dicho anteriormente nos lleva a la inexcusable conclusión de que, «de lege ferenda», sería deseable que el legislador introdujera un trámite de informe escrito del Ministerio Fiscal posterior a la contestación de los demandados, y no simultáneo a ella como ocurre en la actualidad. Con ello se respetaría la auténtica posición que a nuestro juicio ocupa el Ministerio Público en estos procesos, como interviniente en defensa de la legalidad y el interés público, y no como una parte más, y mucho menos como parte demandada.

E. *La legitimación activa del ministerio fiscal*

«El destacado interés general que concurre en los derechos fundamentales» (STC 93/1984), y el "destacado interés público que les asiste" (STC 65/1983) implica un importante cambio en la naturaleza de los derechos recogidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución. Así, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, de ser meros derechos de la personalidad —de naturaleza esencialmente privada— han pasado a convertirse, a raíz de su constitucionalización como derechos fundamentales, en "elementos de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una

convivencia humana justa y pacífica" (STC 25/1981). Y el artículo 10.1 de la Constitución los considera "fundamento del orden político y de la paz social"».

Ello es lo que justifica que el Ministerio Fiscal, como «órgano encargado constitucionalmente de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley» (artículo 124.1), tenga legitimación activa con carácter general para entablar demandas en defensa de los derechos fundamentales, tanto en vía jurisdiccional civil (artículo 12.1 de la Ley 62/1978) como en vía constitucional (artículo 46.1 LOTC). Ninguna restricción se establece en la capacidad general del Ministerio Fiscal para entablar demandas por sí mismo en los dos preceptos citados.

Ahora bien, en concreto en la ley orgánica de protección civil al honor, a la intimidad y a la propia imagen tan sólo se le cita expresamente para ejercitar las acciones en defensa de persona fallecida, en los supuestos del artículo 4.3 de dicha ley. Y cuando su disposición transitoria segunda se remite a la ley 62/1978, lo hace tan sólo al procedimiento de sus secciones II y III. Y añade que esas normas procedimentales se seguirán «con las peculiaridades que establece esta ley sobre legitimación de las partes».

Se plantea la duda acerca de si la ley orgánica 1/1982, como ley especial, ha querido derogar las normas generales de la ley 62/1978 en materia de legitimación activa. ¿Debe entenderse entonces que en materia de honor, intimidad y propia imagen no tiene el Ministerio Fiscal más legitimación que la mencionada expresamente? El principio de especialidad y el aforismo «inclusio unius exclusio alterius» así parecen abonarlo.

Por otra parte, no dejaría de ser paradójico que para la protección penal del honor se necesita cuando menos la denuncia de la persona agraviada (artículo 4 de la Ley 62/1978), pues sólo ella puede determinar si se considera efectivamente «agraviada», mientras que para la protección civil del mismo bien jurídico el Ministerio Fiscal tuviera facultades de disposición de la acción civil, cuando quizá el interesado no se considera lesionado en su honor, o prefiere evitar la publicidad que siempre conlleva un proceso judicial. El ejercicio de las acciones en defensa del honor conlleva siempre una necesaria aplicación del principio de oportunidad, y el Ministerio Fiscal sólo debe regirse por el de legalidad.

En consecuencia, nos parece muy dudoso que el Ministerio Fiscal esté legitimado activamente para interponer la demanda de protección civil al honor, a la intimidad y a la propia imagen en cualquier caso que no sea el expresamente regulado respecto a las personas fallecidas.

Si se acepta esta tesis, tampoco podría el Ministerio Fiscal instar la continuación del procedimiento civil entablado por demanda del interesado en los supuestos de desistimiento del actor. Aunque el respecto nada dice la ley, habrá que acudir a criterios de interpretación analógica, según el artículo 4.1 del Código Civil, pues entre la protección civil y la penal de un mismo bien jurídico (en este caso el honor) debe apreciarse «identidad de razón». Y en el terreno penal no cabe duda de que «el perdón del ofendido (que sería una de las posibles causas del desistimiento) extingue la acción penal o la pena impuesta o en ejecución» (artículo 4.2 de la Ley 62/1978).

Se se niega al Fiscal legitimación para iniciar o proseguir por si mismo el procedimiento civil, habría que concluir que tampoco posee facultades para recurrir una Sentencia desestimatoria de la demanda de protección al honor, si el propio interesado no lo hace. En efecto: el hecho de no recurrir equivale a aquietarse, conformarse con la Sentencia. Y si se acepta que sólo el perjuicio puede ejercitar la acción en primera instancia, por la misma razón sólo él podrá ejercitarla en segunda instancia. Nada obsta, sin embargo, a que el Ministerio Fiscal se adhiera a la apelación del demandante.

No ocurre lo mismo si la Sentencia es estimatoria de la demanda: el Fiscal puede entender que se han valorado equivocadamente los límites entre el derecho al honor y la libertad de expresión o información, y que son éstas las que deben prevalecer. Y en este caso ya no nos encontramos ante derechos estrictamente privados, que aunque sean fundamentales corresponden a cada ciudadano, sino que, como ha declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional, nos hallamos ante libertades que significan «el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático» (SSTC 12/1982 y 104/19886, entre otras).

F. *Consecuencias de su falta de intervención*

No son infrecuentes en la práctica los supuestos en que —por incuria o por la inercia de no contar con la intervención del Fiscal en los procesos civiles— se producen situaciones de falta de emplazamiento del Ministerio Público en estos procedimientos, o de omisión de las notificaciones pertinentes.

No cabe duda de que, en la medida de lo posible, debe tratarse de subsanar el defecto en cuanto éste sea advertido, sin privar de validez al resto de las actuaciones, como propugna la ley orgánica del Poder Judicial en

sus artículos 11.3 y 242. Así lo hizo el Juez de Primera Instancia núm. 2 de Madrid en Sentencia de 9-V-86:

> «No se ha demandado al Ministerio Fiscal, pero en la primera providencia dictada por este Juzgado admitiendo a trámite la demanda, se cumplió el precepto legal (artículo 12.3 de la Ley 62/1978), y se ordenó que se le emplazara, y el Ministerio Fiscal efectivamente compareció como parte: el defecto legal, pues, quedó subsanado».

No obstante, en otras ocasiones no habrá más remedio que decretar la nulidad de actuaciones prevista en el artículo 283.3 de la ley orgánica del Poder Judicial. Así lo acordó el Juez de Primera Instancia núm. 5 de Madrid en Sentencia de 19-III-86:

> «No habiéndose dado traslado al Ministerio Público, en auto de... se decretó nulo lo actuado, dándose traslado al Ministerio Fiscal de la demanda».

Sin duda deberá ser éste el cauce procesal procedente cuando se omita notificar al Fiscal el acto de la vista, dado que, como hemos señalado anteriormente, es en este trámite donde el Ministerio Fiscal tiene oportunidad de pronunciarse en cuanto al fondo, una vez conocida la posición de las demás partes.

LAS INVESTIGACIONES GENÉTICAS COMO OBJETO DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL *

KARL-HEINZ GÖSSEL
Catedrático de Derecho penal en la Universidad Erlangen-Nürnberg
Magistrado del Tribunal Supremo Federal de Baviera.

SUMARIO: I. POSIBLES CONTENIDOS DE LAS INVESTIGACIONES GENÉTICAS Y SU RELEVANCIA JURÍDICA EN EL PROCESO PENAL. A) *El análisis del genoma y la huella genética como investigación genética relevantes en el proceso.* B) *Relevancia jurídica de las investigaciones genéticas en el proceso penal.* C) *Las investigaciones genéticas y el Derecho de prueba.*—II. LA ADMISIBILIDAD DE LA OBTENCIÓN DE CÉLULAS CORPORALES COMO BASE DE LAS INVESTIGACIONES GENÉTICAS. A) *La obtención de células corporales separadas del cuerpo del inculpado.* B) *La obtención de células corporales directamente del organismo de la persona afectada.*—III. LA PRÁCTICA DE LAS INVESTIGACIONES GENÉTICAS SOBRE LAS CÉLULAS CORPORALES OBTENIDAS. A) *La regulación de la Ley Procesal Penal alemana.*—B) *Objeciones jurídico-constitucionales a la introducción de las investigaciones genéticas.*—IV. LA APLICACIÓN DE LAS INVESTIGACIONES GENÉTICAS MEDIANTE SU INCORPORACIÓN AL PROCESO PENAL. A) *La Ley Procesal Penal alemana y los derechos de la personalidad como posibles fuentes de eventuales prohibiciones de utilización.* B) *Los efectos de la prohibición de autoinculpación.* C) *Los efectos de la protección de la esfera privada.* D) *Los efectos del derecho a la autodeterminación informática.*

---

* Traducción española por Prof. Dr. Miguel Poliano Navarrete Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Sevilla.

I. POSIBLES CONTENIDOS DE LAS INVESTIGACIONES GENÉTICAS Y SU RELEVANCIA JURÍDICA EN EL PROCESO PENAL

La consideración de las «investigaciones genéticas en el proceso penal» presupone la previa determinación de la «naturaleza» de tales investigaciones y de los «resultados» de las mismas (1).

Se ha de valorar, en primer lugar, la posible «relevancia procesal» que las investigaciones genéticas alcancen en todas las fases del proceso penal.

Es preciso en efecto contestar, ante todo, la cuestión de la posible «relevancia procesal», pues sólo entonces se estará en condiciones de tomar posición acerca de la «admisibilidad jurídica» de la práctica de tales investigaciones genéticas a lo largo del proceso penal, tanto en el plano *de lege lata* como en la perspectiva *de lege ferenda*.

A) *El análisis del genoma y la huella genética como investigaciones genéticas relevantes en el proceso*

1. Delimitación conceptual

El concepto de «investigaciones genéticas» es empleado, en este contexto, como un «concepto superior» relativo a este tipo de investigacio-

---

(1) Mi recuerdo al Max-Planck-Institut für Psychiatrie in Martinsried, y mi agradecimiento al Dr. Epplen

nes, específicamente referidas al «análisis del genoma» y a la elaboración de la denominada «huella genética».

Otras investigaciones genéticas, hasta ahora no acreditadas suficientemente, no son objeto de examen en orden a su eventual relevancia jurídico-procesal penal.

En la literatura científica, no es infrecuente considerar a la elaboración de la «huella genética» como un tipo especial de «análisis del genoma» (2).

Con independencia de la peculiar técnica propia que tales investigaciones genéticas requieran, se estima necesario considerar por separado ambas técnicas, por el diverso contenido de expresión que las mismas comportan.

2. Análisis del genoma

Por «análisis del genoma» se entiende la determinación de los «caracteres hereditarios» de la persona obtenidos por «método genéticos» (3), que finalmente en la actualidad, y tras un lapso de desarrollo cronológico nada desdeñable, conducen a la configuración de un «mapa genético» singular para cada individuo.

Tal «mapa genético» permite mostrar y hacer reconocible la «estructura morfológica» hereditaria que es propia de «cada» personalidad individual.

Se muestran así las denominadas «realidades proteínicas» en su estructura y en sus consecuencias, incluidas sus mutaciones y deficiencias, que corresponden en forma «singular e intransferible» a cada persona, y permiten detectar (4) determinadas enfermedades hereditarias y predisposiciones patológicas hacia enfermedades: por ejemplo, síndrome de inmunodeficiencia, alteraciones del sistema nervioso central, patologías renales, y patologías neurológicas que provienen de reacciones individuales genéticamente condicionadas frente a factores exógenos (como las insu-

(2) *Vid.*, CATENHUNSEN/NAUMEISTER, en *Chancen und Risiken der Gentechnologie*, Dokumentation des Berichts der Enquete-Kommission «Gentechnologie» an den Deutschen Bundestag, Abschnitt C, Nr. 6.2.3.6.1., pág. 175.

(3) STERNBERG/LIEBEN, *Genetischer Fingerabdruck und § 81 a StPO*, en «NJW», 1987, pág. 1242.

(4) *Vid.*, CATENHUNSEN/NAUMEISTER, *o.u.c.*, pág. 182.

ficiencias respiratoria causadas por el tabaquismo, o las arteriosclerosis producidas por ciertos nutrientes).

En el estado actual de conocimiento (bien que aun no suficientemente satisfactorio), el aludido «mapa genético» intransferible del hombre contiene los «fundamentos biológicos globales» de la individualidad de cada persona (5).

Por ello, ya en el presente momento, tal «mapa genético» debe ser considerado también como un «inequívoco medio» de «identificación personal» (6).

3. Huella genética

En la elaboración de la «huella genética» no se toman en consideración los respectivos contenidos de las informaciones genéticas reconocidas e incorporadas al mapa genético.

Para la comprensión procesal de la «huella genética», se ha de tener presente que el «genoma humano» esta estructurado en dos vías de «DNS», contrapuestas en forma de espiral, en las cuales anidan las cuatro bases «A» (adenina), «C» (citoxina), «G» (guanina) y «T» (timina), en determinada disposición entre sí y portadoras de configuración multiplicativa.

En las vías del «DNS» existen determinados segmentos en los que se encuentran procesos frecuentemente repetitivos de las singulares bases (por ej., GA GA GA GA), sin que tales segmentos y consecuencias alcancen a aportar, en el estado actual del conocimiento científico, ulteriores informaciones hereditarias. Por eso, tales segmentos son denominados «mini-satélites» (7).

Una «huella genética» puede ser elaborada por cuanto una vía del «DNS» experimenta una determinada secuencia repetitiva de algunos de los factores básicos que la componen. Los sectores de estas vías genéticas, de distinta longitud, resultan dependientes de la diversa extensión de los respectivos segmentos, de la longitud de la secuencia repetitiva y de la frecuencia de la misma.

---

(5) Cfr. *o.u.c.*, pág. 158.

(6) Istel, *Genomanalyse*, en «Biotechnik-Gentechnologie-Reproduktionsmedizin», Der Bürger im Staat, 1987, págs. 217, 219.

(7) CFR. CATENHUSEN/NEUMEISTER, *o.u.c.*, Abschnitt B 2.3; Keller, *Die Genomanalyse im Strafverfahren*, en «NJW», 1989, pág 2289; Jung, *Zum genetischen Fingerabdruck*, en «MSchrKrim», 1989, pág. 103.

Teniendo en cuenta estos distintos factores, se configura una determinada «muestra genética», que resulta ser diferencial para cada persona (con excepción de los hermanos gemelos).

La «concordancia» de dos «muestras» de un mismo tipo permite llegar a la conclusión de que el respectivo material de «DNS» utilizado en la investigación corresponde a una «misma persona». Y ciertamente se consigue tal conclusión con mayor índice de probabilidad mediante la huella genética que cuando se utiliza la huella digital.

Por ello, la elaboración de la «huella genética», así como el «análisis del genoma» humano, han de reconocerse como «medio prioritario» de «identificación personal». Ante sus aportaciones, no resulta admisible la estimación de cualesquiera características biológicas o de otra naturaleza de la persona que, sobre el mismo portador de este material genético, sean contrarias a las conclusiones obtenidas mediante la investigación genética (8).

4. Material de investigación

Para la práctica del «análisis del genoma» y para la elaboración de la «huella genética», sirven «cualesquiera células corporales», toda vez que el material genético global de la persona se halla contenido en todas las células corporales: en las células de la sangre, del semen, del cigoto, de la raíz del Cabello y de la piel, o de la saliva (9).

B) *Relevancia jurídica de las investigaciones genéticas en el proceso penal*

1. Ámbito de aplicación

Las investigaciones genéticas pueden ser fundamentalmente aplicadas, en diversos ámbitos del proceso penal, como medio de prueba de los actos delictivos.

---

(8) Cfr. Jung, *l.u.c.*: Keller, *l.u.c.*; EPPLEN/WUERMELING, en *Genomanalyse und Menschenwürde*, Refarate und Protokolle der Tagung vom 2. Juni 1989 in München, Forum der Landtagsfraktion der bayer, SPD, 1989, págs. 6 y ss, 30 s.

(9) *Vid.*, CATENHUSEN/NEUMEISTER, *o.u.c.*, Abschnitt C, Nr. 6.2.2.4, pág. 145; Istel, *o.u.c.*, págs. 217 y ss.

a) Prueba de la autoría

En este ámbito precisamente alcanza la investigación genética su máxima relevancia jurídico-procesal penal, en la medida en que los métodos de identificación genética superan a los convencionales métodos de la investigación dactiloscópica.

b) Prueba de los presupuestos de responsabilidad

Junto a la identificación del autor, particular relevancia tiene la aplicación procesal de la identificación genética de la persona al ámbito de los presupuestos de la capacidad de acción, de la capacidad de culpabilidad y, en suma, de la afirmación o de la exclusión de la capacidad de punibilidad por la realización culpable del injusto típico.

La identificación genética personal puede también alcanzar relevancia en el marco de las causas de justificación (v. gr., en supuestos de puesta en peligro de la salud de la madre por el embarazo, entrando en colisión diferente bienes jurídicos, como la vida o salud de la madre y la vida del «nasciturus»).

Asimismo la identificación genética de la personalidad resulta aplicable al ámbito del estado de necesidad exculpante, cuando se trate de decidir sobre la prevalencia de un bien, ante la colisión de intereses (por ejemplo, en la irrogación de perjuicios patrimoniales a través de sustracciones no violentas de bienes patrimoniales de la familia por parte de miembros del grupo familiar).

En el ámbito civil (con posibles implicaciones penales), es particularmente relevante la identificación genética en orden a la determinación de la prueba de la paternidad.

c) Relevancia respecto de la víctima y los testigos

La prueba genética tiene relevancia, en el proceso penal, respecto de la víctima y los testigos de un comportamiento delictivo.

Así, es imaginable la alegación de defensa de que, no el puñetado del inculpado, sino una enfermedad genéticamente condicionada de la víctima, ha sido la «causa» que ha llevado a una lesión psíquica de ésta.

De manera análoga, puede resultar afectada la credibilidad de un testigo, a través de un informe que revele que el mismo padece una degeneración psíquica o una alteración en la percepción, genéticamente condicionadas, que permiten excluir que tal testigo hubiera tenido la posibilidad de ver o de oir al autor.

2. La admisibilidad de las investigaciones genéticas en el proceso penal en general

Sobre la general admisibilidad del análisis del genoma y de la huella genética en el proceso penal, básicamente, han de delimitarse los siguientes ámbitos diferentes:

a) De un lado, el plano de la «obtención de las células corporales», que son requeridas para la práctica de la investigación genética, directamente de los afectados (inculpados, testigos), a través de una investigación corporal necesaria, independiente y compatible con investigaciones de otra índole (tales como la valoración de las huellas o de los indicios obtenidos en el lugar del crimen).

b) De otro lado, el ámbito de la propia «práctica de la investigación genética», la cual ha de ser realizada sobre las muestras corporales obtenidas en las personas de los afectados.

c) Finalmente, la «utilización» del análisis del genoma y de la huella genética, partiendo de la investigación realizada sobre tales células corporales, como «medio de prueba» del comportamiento del autor o de otro datos de relevancia en el proceso penal.

C) *Las investigaciones genéticas y el Derecho de prueba*

1. Prueba «tasada» y prueba «libre»

Las investigaciones genéticas pueden ser empleadas, ante todo, para la constatación de hechos que afectan a los presupuestos de la punibilidad y de las sanciones penales, tales como la identidad del inculpado y la comisión por el mismo de una acción típica, antijurídica y culpable, así como la existencia de causas de exclusión de la pena.

Estos hechos sólo pueden llegar a ser conocidos a través de la denominada prueba «tasada» para la fundamentación de la sentencia, y por tanto sólo en las formas de los medios de prueba legalmente permitidos (prue-

bas pericial y testifical, pruebas documentales y de inspección ocular) y bajo los respectivos presupuestos legalmente previstos para las mismas.

Ello es válido, no sólo para las investigaciones genéticas del «inculpado», sino también para la de los «testigos». Así, en la constatación de deficiencias de salud relevantes para la fundamentación o para la agravación de la pena, puede demostrarse a través del análisis del genoma que tales afecciones son genéticamente condicionadas y no han sido gestadas por el inculpado.

Y también en la constatación de los «presupuestos» del proceso (¿es la víctima de robo un descendiente, con pretensión justa, del propio inculpado? ¿carece el inculpado de capacidad de juicio por condicionantes genéticos?) pueden emplearse investigaciones genéticas «aclaratorias», pero aquí en todo caso en el marco de la denominada prueba «libre».

Así, en la relevancia de la admisibilidad jurídica de tales investigaciones en el proceso penal, son de considerar: la estimación de los distintos «estadios» aludidos («obtención» de células como base de la investigación genética, «práctica» de la investigación genética, y «utilización» de los resultados de la investigación), y junto a ello, asimismo, la práctica probatoria formal en el proceso penal, tanto de las pruebas «tasadas» (por la ley) como de las pruebas «libres» (diferidas al arbitrio judicial) (10).

2. Carácter del medio de prueba

La «investigación genética» difícilmente puede ser encuadrada en el «numerus clausus» de los medios de prueba procesalmente previstos en la legislación vigente, por cuanto aquélla no se corresponde plenamente con ninguno de los medios probatorios positivamente regulados.

a) La «investigación genética» puede considerarse como una «prueba material», que en la praxis es descrita como «una relevante y reconocida combinación de prueba personal y de prueba objetiva», y que «finalmente es dominada por el perito» (11).

Pero, a pesar de su naturaleza ineludible, esta «prueba material» puede en cierto modo llegar a encajarse en el sistema de la Ley Procesal Penal Alemana sólo «con suspiros y gemidos», como en el hecho de Procusto.

---

(10) *Vid.* CATENHUSEN/NEUMEISTER, *o.u.c.*, pág. 182.
(11) LR.24 - Dahs, vor § 72, Rdn. 11.

Si ha de probarse ante el Juez, por la huella genética, la «identidad» del inculpado con el autor, debe practicarse en el proceso la «investigación genética» precisa para ello, obteniéndose los correspondientes resultados a través de los «informes periciales».

b) Es además posible introducir la «investigación genética» en el marco de la «prueba documental», por medio de la lectura de informe de una autoridad pública (conforme al parágr. 256.1 de la LPrP alemana), en su conexión (específicamente prevista en el parágr. 256.2 LPrP alemana) con la «prueba pericial» (12).

No obstante, la prueba de la investigación genética «por sí sola» no puede aún ser practicada conforme al Ordenamiento positivo: el hecho de que se hayan encontrado células corporales del inculpado en el lugar de la comisión del delito, y que tales muestras hayan sido presentadas al perito para su investigación, tiene que ser testimoniado por un funcionario de investigación de huella, el cual tiene que ser oído acerca de que, en el transcurso de un registro (no necesariamente corporal) o de una investigación corporal, fueron encontradas o tomadas células corporales del inculpado; y asimismo en todo caso ha de llevarse a efecto una confrontación entre este informe y el dictamen sobre otras huellas obtenidas en el lugar de los hechos.

c) Finalmente es imaginable además que el material celular utilizado sea introducido en el proceso por la vía de las «evidencias», como las fotografías microscópicas efectuadas por los peritos.

Podría ser evidente la posibilidad de que surjan «entrecruzamientos» entre los distintos medios de prueba mencionados, y de que resulten dificultades respecto de las correspondientes formas de la «incorporación» procesal de los mismos (emisión de dictámenes, consideración de objetos de inspección ocular, declaración de informantes incluidos los testigos), asi como respecto de la prestación de «juramento» en las pruebas personales (testifical, pericial) en especial en relación a su conexión con las pruebas materiales (distinción entre dictamen del testigo y pruebas documental y de inspección ocular), y por ello son evidentes los problemas surgidos sobre el deber de «información».

Todo esto postula en pro de la conveniencia legislativa de una «nueva regulación» de las «investigaciones genéticas», ciertamente no de forma aislada, sino en el contexto de una nueva regulación del Derecho probatorio en el Proceso penal, al menos de los medios de prueba del mismo,

---

(12) GÖSSEL, *Behörden und Berhördenangehörige als Sachsver-städige vor Gericht*, en «DRiZ», 1980, pág. 363.

tanto más cuando falta la necesaria base jurídica respecto de una pluralidad de acciones de investigación (¡en parte practicadas!), como la vigilancia electrónica (por ejemplo, a través de la llamada «bumper-beeper» en los vehículos) (13).

Nos ocuparemos ahora de la problemática de la admisibilidad jurídica de las investigaciones genéticas objeto de consideración (el análisis del genoma y la huella genética).

II. La admisibilidad de la obtención de células corporales como base de las investigaciones genéticas

Según el sistema de la LPrP alemana, ha de distinguirse, por una parte, entre obtención de la células corporales por medio de la «investigación corporal del acusado» (parágr. 81 a LPrP), «registro corporal» y «registro de vivienda» u otros «espacios» del inculpado (parágr. 102 LPrP), y, por otra parte, la obtención de tal material a través de la «investigación corporal» de «otras terceras personas» distintas del inculpado, por ejemplo, la víctima (parágr. 81.c LPrP) y el «registro corporal o espacial» de estas otras personas (parágr. 103 LPrP).

La «investigación» y el «registro» han de diferenciarse, finalmente, respecto de las «medidas de seguridad» previstas en el parágr. 81.b de la LPrP alemana (toma de huellas dactilares, práctica de mediciones, realización de fotografías).

En el procedimiento de la «prueba libre», es admisible también la obtención de células corporales en cualquier otra forma (14).

A) *La obtención de células corporales separadas del cuerpo del inculpado*

1. La primera ocasión para la obtención de células corporales (muestras de sangre, raíces de cabello) se ofrece en el propio lugar de los hechos. Al tratarse de células corporales directamente extraídas del organismo hu-

---

(13) Lisken, *Neue polizeiliche Ermittlungsmethoden im Rechts staat des Grundgesetzes*, en «DRiZ», 1987, pág. 184.

(14) Se halla en todo caso conectado con ataques a derechos del afectado que refieren consentimiento relevante del ofendido.

mano, se constituyen en objeto de consideración de posible relevancia para la investigación en cuanto «medios de prueba» (15); pudiendo ser objeto de «aseguramiento», de conformidad con el parágr. 94.1 de la LPrP alemana.

Si tales células corporales se hallaren en el vestido de la víctima o bien en la tenencia de ésta o de terceros, procedería su «incautación» (conforme al parágr. 94.2 de la LPrP alemana).

Cuando pueda resultar de un modo informal para el órgano de persecución penal una situación de «aseguramiento oficioso» (ausencia de custodia, entrega voluntaria), procederá básicamente decretar las incautaciones sólo por el Juez, y, en caso de peligro inminente, también (conforme al parágr. 98.1 de la LPrP alemana), por el Ministerio Fiscal o sus agentes (tras la presentación de demanda con el deber de comparecencia ante el Juez competente en el plazo de tres días, conforme al parágr. 98.1 de la LPrP alemana).

Con el mismo fin, conforme a los parágr. 102 y 103 de la LPrP alemana, puede también decretarse un «registro», que como norma básica se determinará sólo por el Juez, y en caso de peligro inminente también por el Ministerio Fiscal o sus agentes, conforme al parágr. 105 de la LPrP alemana.

Sin embargo, el registro para la obtención de huellas del hecho afecta sólo a aquellos objetos que no han quedado abarcados por la incautación (16), por ejemplo, huellas de calzado.

Las células corporales del inculpado pueden encontrarse también en el cuerpo de la víctima o de otras personas que en el proceso se considerarán como testigos, así células de la piel bajo las uñas de los dedos, jeringas o muestras de semen.

Tales células corporales normalmente pueden tomarse por la «inspección ocular» del cuerpo desvestido al menos en parte o de partes normalmente desvestidas del cuerpo, no por la vía de registro conforme al parágr. 103, sino de la investigación corporal conforme al parágr. 81.c de la LPrP alemana, y por ello sólo en aquellas personas que habrán de considerarse como testigos, lo que por lo demás será generalmente el caso.

---

(15) LR.24 - SCHÄFER, § 94, Rdn. 8.
(16) LR.24 - SCHÄFER, § 102, Rdn. 23.

La adopción de estas medidas corresponde fundamentalmente al Juez, por lo general ante situaciones de peligro del resultado de la investigación, pero también al Ministerio Fiscal y sus agentes con las condiciones previstas en el parágr. 81.c, apartado 5, en relación con el inciso 3 del apartado 3, de la LPrP alemana.

Finalmente, puede también apreciarse la necesidad de someter las células corporales del inculpado a una «investigación genética comparada», que se llevará a cabo entre las células corporales encontradas en el lugar de los hechos y las del inculpado sospechoso. Y con tal fin es imaginable la obtención de células corporales en la casa del inculpado, por ejemplo, también en prendas de vestir no portadas por éste, o en otros objetos de la propiedad del mismo: así, la camisa portadora de cabello o manchada de sangre del inculpado, o la ropa interior con células de semen.

Igual que respecto del testigo, es también admisible la obtención de células corporales, en orden a la constitución del «aseguramiento» (del parágr. 94.1) y de la «incautación» (del parágr. 94.2 de la LPrP alemana), para cuya ejecución puede decretarse un «registro», conforme al parágr. 102 de la LPrP alemana.

Con estos fines, es admisible también el «registro personal» del inculpado (su descripción como «sospechoso» en el parágr. 102 de la LPrP alemana es históricamente condicionada), en el que únicamente se comprende el «registro de los vestidos portados» por el mismo y el «examen del cuerpo» incluidos los orificios corporales naturales (17), pero no la extracción de células corporales (directamente) del organismo corporal: las raíces de cabello, las muestras de sangre o de semen encontradas en la superficie corporal o en las aberturas naturales del cuerpo, así como los cabellos extraídos, pueden ser obtenidos por la vía del registro. Respecto de las facultades para su decreto, rige lo hasta ahora indicado en la relación con los parágrs. 98 y 105 de la LPrP alemana.

2. Como en las medidas de seguridad que afectan a determinados derechos, pueden decretarse incautaciones, registros e investigaciones corporales solamente cuando ello resulte conforme al principio de proporcionalidad, que en todo caso regularmente será de afirmar en los supuestos hasta ahora tratados.

La obtención de células corporales sin lesión de ningún derecho (entrega voluntaria, inexistencia de custodia) es admisible jurídicamente, por-

(17) LR.24 - SCHÄFER, § 102, Rdn. 34.

que en estas hipótesis no se decreta ninguna medida de seguridad que pudiera ser antijurídica.

Tales células corporales podrán ser tomadas también en las investigaciones criminológicas hasta ahora usuales y que, según la opinión general, son jurídicamente admisibles (por ejemplo, la determinación del grupo sanguíneo).

En general, no será prácticamente relevante la cuestión de la prohibición de la obtención de «medios de prueba» a través de las «medidas de seguridad» descritas; por ello, no parece inimaginable que una eventual «prohibición de la utilización» de los resultados de las investigaciones genéticas comporte ya la «prohibición de la práctica» de tales investigaciones y la «prohibición de la obtención» de las células corporales precisas.

La anterior aceptación de que la «prohibición de la utilización» de la prueba tiene como presupuesto la lesión de una «prohibición de la obtención» de la prueba es derivada del reconocimiento de que no raramente también el medio de prueba obtenido de forma admisible no pueda ser utilizado: así, por ejemplo, la declaración testifical, contenida en un protocolo obtenido de forma admisible, de la mujer del inculpado, ante la oposición del ejercicio del derecho de excusar el testimonio (parágr. 250.2 y 252 de la LPrP alemana).

A la inversa, la «prohibición de la obtención» de la prueba puede provenir de una «prohibición de la utilización» de la misma: cuando desde el principio está claro que la prueba, en sí admisible, no puede ser utilizada ante el Juez, parece desproporcionado (18) incidir en los derechos fundamentales de la persona para la obtención de una prueba posteriormente inviable y, por tanto, inútil.

B) *La obtención de células corporales directamente del organismo de la persona afectada*

Si han sido aseguradas las células corporales obtenidas en el lugar del hecho (piel, cabello, sangre, semen), la presencia del inculpado en el lugar del hecho quedará probada cuando, por medio de la comparación de la huella genética, tomada de las células corporales allí encontradas, con otra huella de esta índole, tomada de las células corporales del inculpado, se llega a la conclusión de que las células corporales encontradas en el lugar del hecho pertenecen inequívocamente al inculpado.

---

(18) Cfr. STERNBERG/LIEDEN, en «NJW», 1987, págs. 1243 ss.

Para hacer posible tal comparación, las células corporales tienen que se obtenidas en el cuerpo del inculpado o extraídas del mismo de forma inmediata. También en otras constataciones (enfermedades monogenéticas relevantes para la determinación de presupuestos de la punibilidad o del proceso penal), para la elaboración de un análisis del genoma, pueden ofrecerse las células corporales que han sido obtenidas en el propio cuerpo de la persona afectada o extraídas del mismo, sin la simultánea exigencia de una comparación de dos análisis del genoma (19).

1. Obtención de células corporales del propio cuerpo del inculpado

La obtención de células corporales del inculpado exige una agresión corporal en la persona del mismo, a tales efectos, que resulta amparada por la legislación procesal (parágr. 81.a LPrP alemana) aun en el supuesto de la falta de consentimiento del inculpado (20).

Puesto que las células corporales contienen el programa genético global, es suficiente la obtención absolutamente indolora y no agresiva de células de muestras de saliva o de mucosa (21), pues es incuestionable la obligatoriedad de la proporcionalidad del medio.

La obtención de muestras de sangre conforme a las reglas del arte médico es expresamente descrita como agresión corporal admitida, en el parágr. 81 LPrP alemana; y también sería abarcada por este precepto la extracción de cabellos y sus raíces.

Por el contrario, la obtención de semen precisa del consentimiento del afectado, de forma que la obtención del mismo en forma coactiva o por cualquier medio de manipulación orgánica, al no haber medios de extracción disponibles como en la prueba de la sangre, parece ser contraria a la dignidad humana y no puede ser estimada admisible, aunque exista contradictoria valoración doctrinal al respecto (22).

Las facultades de su disposición corresponden básicamente al Juez, y en caso de puesta en peligro del resultado de la investigación por su re-

(19) LR.24 - DAHS, § 81, Rdn. 22.
(20) § 81 b StPO.
(21) *Vid.* Informe en el «Frankfurter Allgemeine Zeitung» del 14-9-1988, pág. 34, sobre los resultados de las investigaciones al respecto en el St. Mary's Hospital in London.
(22) Cfr. DZENDZALOWSKI, *Die Körperliche Untersuchung*, Lübeck, 1971, pág. 64.

traso, también al Ministerio Fiscal y sus funcionarios (parágr. 81.a.2 LPrP alemana).

No es preciso admitir la obtención coactiva de todas las células corporales posibles con el fin del análisis del genoma, puesto que resultan suficientes las posibilidades de investigación genéticas obtenidas con las muestras de mucosa, sangre y raíces de cabello, que a su vez han de ser obtenida de forma no coactiva.

Como el inculpado no está obligado con la carga de la prueba ni con una activa participación, con la extracción coactiva de sangre y de huellas de cabello se tienen a disposición suficientes métodos de obtención de células corporales (23).

En todo caso, es de observar aquí que una eventual inaplicabilidad de los resultados de investigaciones genéticas puede hacer inadmisible también la obtención (en sí admisible, conforme al parágr. 81.a LPrP alemana) de células corporales con el exclusivo fin de tales investigaciones.

2. La obtención de células corporales del organismo de otras personas

Al igual que sucede con el inculpado, la obtención de células corporales del organismo de otras personas implica en todo caso una agresión corporal.

Tales agresiones corporales, en terceras personas como en el inculpado, conforme al parágr. 81.c LPrP alemana, habrán de efectuarse básicamente sólo con su consentimiento, si bien el parágr. 81.c.2.1 LPrP alemana autoriza como única excepción la extracción de muestra de sangres.

Si están asimismo permitidos el lavado de boca con el fin de obtener mucosa salivar asi como la obtención de raíces de cabello (conforme al parágr. 81.c LPrP alemana), no parece ser compatible con el enunciado literal del precepto, lo cual es prácticamente irrelevante por dos razones: en primer término, es suficiente la toma de muestra de sangre practicable en forma no coactiva, y, en segundo lugar, la referencia a la posibilidad de esta agresión corporal (obtención de muestra de sangre) normalmente conducirá al consentimiento sobre las aludidas agresiones menos gravosas (lavado de boca).

---

(23) *Vid.* Art. KAUFMANN, en *Genomanalyse und Menschen*, cit., págs. 22 ss.

En tanto en todo caso pueden obtenerse células corporales para la constatación de relaciones de parentesco a través del análisis del genoma, el afectado (conforme al parágr. 52 LPrP alemana) dispone de un derecho a excusar el testimonio, que le permite rehusar la extracción de células corporales (parágr. 81.c.3.1 LPrP alemana). En la medida en que esto resulta aplicable a sólo un determinado número de casos, el ámbito de aplicación del parágr. 81.c LPrP alemana tiene un ámbito de validez ciertamente limitado.

Por lo demás, es aqui también de recordar que una eventual inaplicabilidad del análisis del genoma puede hacer inadmisibles las agresiones en sí procedentes conforme al parágr. 81.c LPrP alemana. La facultad de su disposición corresponde al Juez, y en caso de puesta en peligro del resultado de la investigación por demora, también al Ministerio Fiscal y sus agentes; la disposición de medios de coacción directa está reservada en todo caso a la Autoridad judicial.

III. La práctica de las investigaciones genéticas sobre las célula corporales obtenidas

A) *La regulación de la Ley Procesal Penal alemana*

Expresas previsiones legales sobre la naturaleza de la investigación y el tratamiento de las células corporales obtenidas por medio de registro, exploración o lesión corporal, no se contienen en la Ley Procesal Penal alemana.

Únicamente el parágr. 81.a.1. LPrP alemana permite (en su inciso 1.º) la práctica de exploración corporal y también (inciso 2.º) la agresión corporal con el fin de constatar hechos que son relevantes para el proceso; en la obtención de células corporales al amparo de los mencionados preceptos será preciso en todo caso acreditar la finalidad procesal de la obtención de medios de prueba (parágrs. 94 y 102 StPO) o la de la obtención de determinadas huellas o consecuencias de los actos criminales (parágr. 81.c, 1 LPrP alemana).

1. Las células corporales del inculpado que no se obtuvieron mediante agresión corporal, en cuanto potencial medio probatorio, pueden ser objeto de aseguramiento y confiscación. La aplicación de tales células corporales en las formas legalmente previstas de los medios probatorios (por ejemplo, en la prueba de inspección ocular y en la prueba pericial) apenas puede ser considerada legalmente como inadmisible, cuando las corres-

pondientes células corporales, precisamente por su potencial relevancia probatoria, han sido objeto de aseguramiento o confiscación conforme a las garantías procesales previstas en el parágr. 94 LPrP alemana, que además de las expresamente mencionadas facultades de aseguramiento y confiscación garantiza también la facultad de su aplicación a los medios de investigación genética. Lo mismo rige para la obtención de las células corporales del organismo del inculpado, conforme al parágr. 81.a LPrP alemana: la facultad de las agresiones corporales para la constatación de los hechos relevantes en el proceso comprende la facultad para esta constatación en cualquier forma y siempre, por tanto, también a través de las investigaciones genéticas.

2. La práctica de la prueba de sangre a otras personas distintas del inculpado, a tenor de la nueva configuración del parágr. 81.c.2 LPrP alemana, no se circunscribe a los testigos ni a los medios probatorios de consecución de huellas o efectos del hecho (24).

De ello a ha de concluirse que, no estando vinculada la facultad de la toma de muestra de sangre a concretos fines específicamente determinados, y siendo aquélla básicamente ilimitada, abarca también la facultad de la aplicación de la prueba de la sangre también por medio de las investigaciones genéticas. Lo mismo rige en la investigación de la prueba genética para la constatación de la ascendencia, con la finalidad expresamente prevista por la ley (parágr. 81.c, 2 LPrP alemana).

B) *Objeciones jurídico-constitucionales a la introducción de las investigaciones genéticas*

Si bien la Ley Procesal Penal Alemana no se opone en su tenor literal a la práctica de las pruebas genéticas, de ello no deriva en absoluto ya su admisibilidad jurídica. Ha de tenerse en cuenta que con las investigaciones genéticas pueden constatarse los fundamentos biológicos de la individualidad de los ciudadanos.

Singular relevancia ha de reconocerse a la prueba de la constitucionalidad de tales investigaciones, desde el punto de vista de la garantía de las esferas de intimidad personal, y en especial del derecho a la autodeterminación informática. Estos problemas surgen ante todo en la cuestión de la utilización de los resultados de las investigaciones genéticas en el proce-

(24) LR.24 - DAHS, § 81 c, Rdn. 24.

so penal, y en consecuencia a través de la introducción de los mismos en el juicio oral, con la finalidad de aportar los elementos fundamentales del juicio.

Por ello, las cuestiones jurídico-constitucionales deben ser clarificadas en su conexión causal; y los resultados a que se llegue podrán conducir a la inadmisibilidad jurídico-procesal de la práctica de las investigaciones genéticas.

IV. La aplicación de las investigaciones genéticas mediante su incorporación al proceso penal

A) *La Ley Procesal Penal alemana y los derechos de la personalidad como posibles fuentes de eventuales prohibiciones de utilización*

1. El hecho de que determinadas pruebas son inadmisibles en el proceso penal, y no pueden ser utilizadas en perjuicio del inculpado, ha sido objeto de general reconocimiento, como la concepción de que la prohibición de utilización de la prueba no es dependiente de la previa infracción de la prohibición de la práctica de la prueba. En todo caso, la Jurisprudencia penal sobre las prohibiciones de la prueba dista de ser clara y unívoca, y en parte se muestra incluso contradictoria (25), al tiempo que se evidencia un cierto desconocimiento de la Jurisprudencia constitucional por parte de los Tribunales Supremos Federales (26).

Puesto que hasta ahora las investigaciones genéticas como objeto de la práctica en el proceso penal fueron desconocidas, es comprensible que la Ley Procesal Penal Alemana no contenga preceptos específicos sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de los resultados aportados por tales investigaciones.

Aparece así como una cuestión verdaderamente frágil la de si la utilización de los resultados de tales investigaciones genéticas son constitucionalmente admisible o no en el proceso penal.

---

(25) Cfr. Gössel, *Kritische Bemerkungen zum gegenwärtigen Stand der Lehre von den Beweisverboten*, en «NJW», 1981, pág. 649; *Uberlegungen zu einer neuen Beweisverbotslehre*, en «NJW», 1981, pág. 2217.

(26) Cfr. BGHSt. 31, 304; sobre ella, Gössel, *Verfassungs-rechtliche Verwertungsverbote im Strafverfahren*, en «JZ», 1984, pág. 361, y expresamente en contra, BGHSt, 36, 167, 173.

2. Se ha de considerar una prohibición constitucional de la utilización de los resultados de las investigaciones genéticas en el proceso penal, por una posible lesión de derecho fundamental de la personalidad.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad, proclamado en el art. 2.1 de la Constitución Alemana, es entendido por la doctrina constitucionalista y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán como un tipo de recogida, que garantiza, junto a los derechos de libertad descritos en el art. 2 (párrafos 2 y siguientes) de la Ley Fundamental, también derechos innominados de libertad, como el derecho general a la personalidad en virtud de la Constitución (27).

Este derecho de la personalidad, provisto de la protección de derecho fundamental, debe garantizar «en el sentido del más elevado principio constitucional de la "dignidad del hombre" (art. 1.1 de la Ley Fundamental alemana) la más estricta esfera personal de la vida y el mantenimiento de sus condiciones fundamentales, que no pueden entenderse exclusivamente a través de las tradicionales garantías concretas de la libertad personal» (28).

Tal derecho fundamental, derivado del art. 2.1 en relación con el art. 1.1 de la Ley Fundamental alemana, ciertamente, «no pudo ser descrito de manera excluyente» por la jurisprudencia, si bien «han sido delimitadas algunas configuraciones del mismo en relación con el caso resuelto», así el reconocimiento de las esferas de privacidad, reserva e intimidad de la persona como «bienes protegidos del derecho general de la personalidad»..., el derecho de disposición sobre la representación de la persona singular..., el derecho a la propia imagen y a la libertad de expresión (29), y recientemente también el «derecho a la autodeterminación informática» (30).

B) *Los efectos de la prohibición de autoinculpación*

Al derecho de la personalidad corresponde, entre otros, la «prohibición de la autoinculpación en el proceso penal» (31), que excluye toda obligación del inculpado hacia una activa participación del mismo en su

(27) BVerFGE 54, 148, 152 s.; Erichsen, en INSEE/KIRCHHOF (Hrgs.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VI. *Freiheitsrechte*, 1989, § 152, Rdn. 24.
(28) Cfr. BVerFGE 54, 148, 153; ERICHSEN, *o.u.c.*, § 152, Rdn. 52.
(29) BVerFGE 54, 148, 153 s.
(30) BVerFGE 65, 1, 43.
(31) Cfr. BVerFGE 56, 37, 43.

propio procedimiento, de suerte que el inculpado no puede ser obligado a la realización de test, reconstrucciones del hecho o pruebas caligráficas... (32).

En la coactiva obtención de muestra de sangre, igual que en la coactiva obtención de fotografías y huellas dactilares, la consecución del material celular necesario para las investigaciones genéticas no es dependiente de la activa colaboración del inculpado (como acontece en las pruebas lingüísticas, caligráficas y de test del mismo), de tal forma que de la ejecución de aquéllas ha de derivarse una incidencia sobre los derechos de la personalidad (33).

C) *Los efectos de la protección de la esfera privada*

Junto a la protección de los derechos de la personalidad, se proclama constitucionalmente la garantía de determinadas esferas de la personalidad en las que el Estado no puede entrar nunca (34), o solamente en virtud de un interés preponderante de la comunidad (35).

Según la teoría de las tres esferas, configurada por el Tribunal Constitucional alemán, los ataques al núcleo esencial de la vida privada (protegida en el art. 19.2 de la Ley fundamental) son inadmisibles sin excepción (36), mientras que tales ataques a la esfera privada que no recaigan contra su núcleo esencial son admisibles cuando prevalece el interés preponderante de la colectividad conforme al principio de la proporcionalidad (37).

Por el contrario, fuera del ámbito protegido de la privacidad, así en el tráfico comercial, deben decaer determinadas exteriorizaciones de la personalidad, en virtud del ámbito de protección del art. 1.1 y del art. 2.2 de la Ley Fundamental, cuando en tales exteriorizaciones se acredita un contenido objetivo de tal entidad que ante el mismo deben retroceder los intereses individuales de la personalidad del afectado (38).

---

(32) BGHSt. 34, 39, 46.
(33) Cfr., en sentido contrario, Art. Kaufmann, *o.u.c.*, págs. 22 ss.
(34) SCHMITT GLÄSER, en *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VI, *Freiheitsrechte*, § 129, Radn. 36.
(35) Cfr. MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz*, Bd. II, Art. 19 Abs. 2, Rdn. 4 ss.
(36) BVerFGE 34, 238, 245.
(37) BVerFGE 34, 238, 246.
(38) BVerFGE 34, 238, 247.

1. Esfera privada e investigaciones genéticas

Si se trata de enjuiciar la admisibilidad de las investigaciones genéticas y la utilización de sus efectos desde este punto de vista (conflicto de intereses constitucionales), resultan grandes dificultades, especialmente porque la delimitación de las distintas esferas es ardua, y resulta sin clarificar cómo se mantiene la garantía del núcleo esencial (al amparo del art. 19.2 y art. 79.3 de la Ley fundamental) en relación con la tutela de la esfera privada (39).

a) En algunas Sentencias, el Tribunal Constitucional alemán equipara el ámbito núcleo esencial de la esfera privada con el contenido sustancial del art. 19.2 de la Ley fundamental, y en virtud considera prohibido sin excepción todo ataque a aquél (40).

Con ello, se advierte una consecuencia en la Jurisprudencia Constitucional, la cual reconoce la existencia de un contenido sustancial absoluto en cada uno de los derechos fundamentales («teoría del contenido sustancial absoluto»).

La «teoría del contenido sustancial absoluto» proclama: «el contenido sustancial de un derecho fundamental, conforme a la inequívoca expresión del art. 19 de la Ley Fundamental, no puede ser atacado en ningún caso; la cuestión de bajo que presupuestos un tal ataque, no obstante ello, puede ser excepcionalmente admisible, es superfluo» (41).

Tanto las jurisprudencias criminal y constitucional, como una parte de la literatura científica constitucionalista, son partidarios de una determinación «relativa» del contenido sustancial, tal como ya en el año 1952 se propuso en un informe del Tribunal Supremo Federal, al afirmar: «un derecho fundamental es lesionado en su contenido sustancial por un ataque antijurídico cuando, a través de tal ataque, la validez y el desarrollo esenciales del derecho fundamental son limitados con mayor intensidad de la que corresponda a la pretensión material y al fundamento motivador de tal ataque» (42).

---

(39) Cfr. SCHMITT GLÄSER, en *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VI. *Freiheitsrechte*, 1989, § 129, Rdn. 14.

(40) BVerFGE 32, 373, 379; 34, 238, 245.

(41) BVerFGE 7, 377, 411; 47, 330, 357 s. Cfr. MAUZ/DÜRIG, *Grundgesetz*, Bd. II, Art. 19, Abs. 2, Rdn. 3 ss.

(42) BGHSt, 4, 375, 377; BVerFGE 47, 330, 357 s. Cfr. MAUZ/DÜRIG, *o.u.c.*, Art. 19, Abs. 2, Rdn. 4. 10 ss.

Especialmente destacable al respecto parece que el Tribunal Constitucional ciertamente se haya pronunciado en contra de la citada teoría relativa especialmente mantenida por el Tribunal Supremo Federal (43), pero al propio tiempo hay relativizado el contenido sustancial, al hacer depender la ofensa del contenido sustancial de un derecho fundamental de la regulación y de la relación existencial del afectado y de la estimación social sobre la relevancia del objeto de valoración jurisdiccional, estimando que el derecho fundamental del afectado sólo es objeto de limitación en favor de la convivencia social.

Posteriormente el Tribunal Constitucional (44) ha intentado obtener el contenido sustancial de un derecho fundamental partiendo de la «especial relevancia» del mismo «en el sistema global de los derechos fundamentales», de suerte que sólo es posible efectuar una limitación partiendo de fundamentos jurídicos especialmente importantes (45), y en todo caso solamente allí donde no parece claro si la posibilidad de tal limitación debe regir también para el contenido sustancial o solamente para otros ámbitos no esenciales a que alcanza el derecho fundamental.

El Tribunal Constitucional alemán, en su Sentencia de 14-9-1989, se ha pronunciado claramente en el sentido de la aludida «teoría relativa» del contenido sustancial del derecho fundamental (46): una «estrecha conexión entre el contenido de los indicios y la sospecha de una extraordinariamente grave acción delictiva» (47) prohibe su encuadramiento en el ámbito absolutamente protegido de la configuración de la personalidad individual, exenta de todo ataque estatal (48).

Si se quiere seguir la teoría relativa, no puede reconocerse una prohibición absoluta de ataque al derecho de la personalidad; y, conforme a esto, habría de establecerse una delimitación entre el núcleo esencial de la personalidad respecto de las demás esferas de la intimidad personal.

Ello ciertamente no es compatible con las nuevas resoluciones del Tribunal Supremo Federal, que sencillamente reconocen de modo ex-

(43) BVerFGE 7, 377, 411.
(44) BVerFGE 2, 266, 285.
(45) BVerFGE 22, 189, 219.
(46) BVerFGE, en «NStz», 1990, pág. 89.
(47) Se trataba de un asesinato.
(48) BVerFGE, en «NStz», 1990, págs. 89, 90.

preso un «inatacable ámbito de configuración personal de la vida privada» (49) y consideran como absolutamente prohibidos los ataques al mismo (50).

De este modo, se revela un paralelismo respecto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Si originariamente el Tribunal Supremo Federal acogió el criterio de la «teoría relativa», sus actuales resoluciones se encuentran en la base de la «teoría absoluta».

En cambio, el Tribunal Constitucional, en unas decisiones, adopta el criterio de la «teoría absoluta», y en otras, los postulados de la «teoría relativa» (51).

b) A pesar de tal contradicción, no puede excluirse que esta Jurisprudencia del Tribunal Constitucional reconozca la existencia del derecho fundamental de la personalidad, que por cada ataque estatal resulta erosionado en la garantía de su contenido sustancial provista por el art. 19.2 de la Ley Fundamental.

La jurisprudencia constitucional se ha esforzado también por efectuar una (por lo demás incomprensible) delimitación del núcleo esencial respecto de otras esferas privadas de la personalidad, considerando decisiva la característica de la «relación social».

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia de 14-9-1989, ha apreciado la formulación escrita de un pensamiento como desahogo de la manifestación de voluntad de un inculpado (52), en la que no se puede constatar la protección de las esferas íntimas de la personalidad, apenas contatables, por cuanto la protección de las esferas íntimas de la personalidad aparecen limitadas a determinados procesos internos de la persona que, por su inviabilidad práctica, no requieren protección jurídica.

Por el contrario, en anteriores Sentencias, el propio Tribunal constitucional reconoció un más amplio contenido al núcleo esencial de los derechos fundamentales de la personalidad protegidos legalmente.

La primera ocasión en que el Tribunal Constitucional hubo de enfrentarse a esta cuestión fue con ocasión de decidir si la punibilidad de la homosexualidad masculina representa o no un ataque legalmente inad-

(49) BGHSt. 36, 167, 173.
(50) BGHSt. 31, 296.
(51) BVerFGE, en «NStz», 1990, pág. 89.
(52) BVerFGE, en «NStz», 1990, págs. 89, 90.

misible a la esfera de intimidad personal absolutamente protegida. El Tribunal Constitucional distinguió entre el ámbito social susceptible de protección jurídica y el núcleo esencial de la personalidad individual sustraído de toda regulación jurídica (53): ubicó la conducta sexual en el ámbito social, y en su virtud consideró las entonces vigentes conminaciones penales de la homosexualidad masculina como adecuadas a Constitución.

Como desarrollo de estos postulados constitucionales, el Tribunal Supremo de Baviera ha negado la existencia de ataque antijurídico al núcleo esencial de un derecho fundamental, cuando un testigo declaró en un proceso penal, a causa de explotación de la prostitución en un lugar prohibido (parágr. 184.a del Código penal alemán), en contra de una prostituta (54).

Conforme a la Jurisprudencia, se estima la relación social como criterio determinante para la delimitación entre la esfera de intimidad personal absolutamente protegida, frente a todo ataque estatal, y otros ámbitos de privacidad, en los que puede justificarse el ataque por la preponderancia de los intereses del proceso penal.

Si se afecta el contenido esencial del derecho fundamental con un ataque estatal que se pretende valorar como fundamento de la resolución judicial, habría que reconocer la absoluta inadmisibilidad de tal pretensión como consecuencia de la prohibición de la utilización de la prueba, junto con el efecto de apreciar la relación social como criterio de salida del ámbito del núcleo esencial de la esfera íntima. Y ello conduciría a la consecuencia de excluir las relaciones personales privadas más íntimas de la esfera de reserva personal absolutamente protegida, y, por consiguiente, del marco de la protección constitucional (55).

c) En todo caso, no puede constatarse inequívocamente que el estado actual de la discusión jurídico-constitucional sobre los límites de los derechos fundamentales permita ofrecer una clara e inequívoca fundamentación para resolver la cuestión de la admisibilidad de las investigaciones genéticas en el proceso penal.

---

(53) BVerFGE 6, 389, 433; BVerFGE 33, 367, 377; BVerFGE 35, 39. Cfr. asimismo, sobre otra forma de comunicación, Vogelgesang, *Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung*, 1987, pág. 43.

(54) BayObLG, en «NJW», 1979, pág. 2624.

(55) Benda, *Privatsphäre und «Persönlichkeitsprofil»*, en «Festschrift für Geiger. Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung», 1974, págs. 23, 30.

2. *La compatibilidad de las investigaciones genéticas del inculpado y de terceras personas con la tutela constitucional de la esfera privada de la persona*

Partiendo de tan fluctuantes fundamentos debe resolverse la cuestión de la admisibilidad o no de las investigaciones genéticas (por tanto, el análisis del genoma y la toma de huellas genéticas en el proceso penal).

a) Análisis del genoma

La cuestión de si el «análisis del genoma» ha de ser considerado como un ataque a la esfera de la intimidad absolutamente protegida por la Constitución (art. 2.1, art. 1.1.1, art. 19.2 de la Ley Fundamental) depende de la relevancia fáctica y de la manera de presentación de este método.

En la medida en que los fundamentos biográficos de la individualidad de una persona son especialmente obtenidos de sus desviaciones de la normalidad genéticamente condicionadas, apenas resulta imaginable un ataque al núcleo esencial de la esfera de intimidad personal de tan elevada transcendencia que también según las teorías relativas tenga que ser considerado un ataque absolutamente prohibido, y ciertamente un ataque al núcleo esencial de la personalidad en su dimensión más interna y desconectada de relación social (56).

Partiendo de este presupuesto fáctico, la decisión sobre la inconstitucionalidad del análisis del genoma viene a depender de que ninguna conclusión sobre la eventual inconstitucionalidad del análisis del genoma puede ser extraída en otros ámbitos que no sean los del proceso penal.

Así, la constitucionalidad del análisis del genoma especialmente ha de ser afirmada cuando el afectado, por ejemplo, accede a un tratamiento médico. Pero, en todo caso, podría no ser atendible el consentimiento del inculpado en el proceso penal, de conformidad con lo previsto en el art. 136.a, 3 de la LPrP alemana.

---

(56) *Vid.* los límites de la aplicación del § 81 c StPO, derivados del núcleo de la esfera de protección de la personalidad.

Si el análisis del genoma en sus actuales posibilidades —en su favor habla la hasta ahora aún ausente capacidad de construcción de un mapa genético también sólo aproximativo— no comporta un atentado al núcleo esencial del derecho fundamental o tal ataque fuera determinado conforme a las teorías relativas del contenido sustancial, puede ser utilizado para la consecución de una correspondiente base legal.

Una eventual prohibición jurídico-constitucional de utilización podría en todo caso referirse a la propia elaboración del análisis del genoma, y éste aparecería como inadmisible.

b) Huella genética

Según el actual estado del conocimiento científico y técnico, partiendo de la huella genética no es posible obtener otras informaciones sobre la personalidad del afectado más allá de la determinación de su identidad.

En la medida en que subsiste tal imposibilidad, resulta excluida una incidencia en el núcleo esencial del derecho de la personalidad, así como en la esfera privada ajena al núcleo esencial. Sin embargo, ello presupone la fiabilidad del procedimiento aplicado, que por el momento no es indubitada (57). Entretanto la Audiencia Provincial de Berlín ha estimado la utilización de la huella genética como admisible, por cuanto desconoce la relevancia del derecho fundamental a la autodeterminación informática (58).

D) *Los efectos del derecho a la autodeterminación informática*

El Tribunal Constitucional reiteradamente ha expresado que «contradice la dignidad humana el convertir al hombre en mero objeto del Estado... No sería compatible con la dignidad humana que el Estado asumiera por sí el derecho a registrar y catalogar coactivamente a las personas en su completa personalidad» (59).

---

(57) Cfr. STEINKE, *Genetischer Fingerabdruck und § 81 a StPO*, en «NJW», 1987, pág. 2914. *Vid.* «FAZ» de 7-6-1989, Nr. 129, n.1.

(58) *Vid.* «NJW», 1989, pág. 787.

(59) BVerfGE 27, 1, 6.

En su Sentencia de 15-12-1983 (denominada «sentencia de la ley del censo»), el Tribunal Constitucional ha reforzado este aspecto de la protección de la dignidad del hombre con un ulterior derecho innominado de la libertad.

Del derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad ha derivado un derecho constitucional a la autodeterminación informática. En él «el libre desarrollo de la personalidad presupone, bajo las modernas condiciones de la elaboración de datos, la protección del particular contra la recopilación, la grabación, la utilización y la transmisión sin límite de datos personales. Tal protección se halla comprendida en el derecho fundamental que establece el art. 2.1 en relación con el art. 1.1 de la Constitución alemana. Este derecho fundamental garantiza la facultad del particular de determinar por sí mismo la disponibilidad y la utilización de sus datos personales» (60); incluso las recopilaciones estadísticas anónimas de datos, que en su conjunción a la determinación de los perfiles de la personalidad individual, han de ser reputadas constitucionalmente inadmisibles (61).

1. Utilización de las investigaciones genéticas del inculpado

Parece ser algo evidente que el análisis del genoma, y con ella aspiraba conformación «cartográfica» de las bases biológicas del individuo, lesionan el derecho fundamental a la disponibilidad de los datos personales. Incluso el mero registro de datos no adecuados para la confección del mapa genético de una persona (tales como aptitudes, enfermedades hereditarias, déficits genéticos) puede lesionar este derecho. Y lo mismo rige para otros datos relativos a la personalidad, como es especial la huella genética, e incluso aquellos legalmente autorizados (por el parágr. 81.b LPrP alemana) como la toma de fotografías y de huellas dactilares (62).

Sin embargo, sería prematuro considerar la práctica del análisis genético en sí como inconstitucional. Al respecto con razón ha proclamado el Tribunal Constitucional que el derecho a la autodeterminación informática de la persona «no es garantizado de forma ilimitada» (63). También las informaciones referidas a personas, según la concepción del Tribunal Cons-

(60) BVerFGE 65, 1, 43.
(61) BVerFGE 65, 1, 53.
(62) LG Berlin, en «BStz», 1989, pág. 488.
(63) BVerFGE 65, 1, 43.

titucional, «representan una imagen de la realidad social que no puede ser exclusivamente subordinada a la voluntad del individuo», porque «el individuo tiene que aceptar limitaciones de su derecho a la autodeterminación informática ante los intereses preponderantes de la colectividad» (64).

Tal nivel de limitaciones ha de ser considerado admisible, de conformidad con el principio del Estado de Derecho de las exigencias requeridas por un eficaz procedimiento penal (65).

En todo caso, como ha manifestado el Tribunal Constitucional, se requiere «una base legal, a partir de la cual tengan que ser reconocidos de manera clara e inequívoca los presupuestos y el ámbito de las limitaciones que se derivan para el ciudadano», respecto de las cuales básicamente rige el principio fundamental de la proporcionalidad (66). Lo mismo resulta partiendo de la protección de la vida privada en el art. 8 de la MRK.

a) Se ha mantenido recientemente, por Riess, la tesis de que las previsiones normativas de la Ley Procesal Penal alemana, y en particular sus parágrs. 160, 161 y 163, constituyen tales fundamentos jurídicos necesarios (67).

A ello, sin embargo, hay que oponer que tales preceptos únicamente regulan la función general de la Fiscalía y de la Policía de investigar los delitos, y con tal fin realizar las actuaciones procedentes y «obtener información de todas las autoridades públicas», conforme al parágr. 160.1 de la LPrP alemana.

De ahí no resultan ningunas facultades concretas de incidencia, sobre todo ningunas limitaciones previsibles del derecho a la autodeterminación informática, puesto que los parágrs. 160, 161 y 163 de la LPrP alemana no satisfacen en modo alguno los presupuestos establecidos por el Tribunal Constitucional para una limitación de este derecho.

Según señala Riess, en estos parágrafos de la LPrP alemana «no puede apreciarse una auténtica facultad de ataque» (68) a la indicada esfera de la autodeterminación informática. Se sustenta así una interpretación muy próxima a la que considera que los citados parágrafos de la LPrP alemana no constituyen fundamento jurídico para las limitaciones del dere-

(64) BVerFGE 65, 1, 44.
(65) BVerFGE 32, 373, 381.
(66) BVerFGE 65, 1, 44.
(67) LR.24 - Riess, § 160, Rdn. 9.
(68) LR. 24 - Riess, § 160, Rdn. 6.

cho a la autodeterminación informática, ni con ello para ataques a este derecho conectados con tales presuntas limitaciones legales (69).

b) La Ley Procesal Penal alemana no confiere ninguna facultad legal, correspondiente al imperativo constitucional de la certeza de las normas jurídicas, para atacar el derecho a la autodeterminación informática.

Las facultades generales de incidencia, que prevén lo parágrafos 81.a, 81.c, 94, 102 y 103 de la LPrP alemana, ciertamente, se refieren a la constatación de hechos relevantes en el proceso penal.

De la trascendencia de tales hechos como medios de prueba, no pueden derivarse, ni los datos personales a obtener a través del análisis del genoma, ni la posibilidad y conveniencia de su utilización, tal como el Tribunal Constitucional expresamente ha exigido para una suficiente fundamentación jurídica de todo ataque al derecho fundamental a la autodeterminación informática personal (70).

En la medida en que el análisis del genoma no debiera ser irremediablemente inadmisible, partiendo de otros fundamentos jurídicos, para la admisibilidad de su ejecución y para la utilización de sus resultados. Desafortunadamente, en mi opinión, falta toda base legal. Por ello, se tendrá que contar con expresas previsiones legales, que respondan a las exigencias jurídico-constitucionales en la forma en que el Tribunal Constitucional las ha proclamado en Sentencia sobre la Ley del censo (71).

Puesto que también la realización y la utilización de la huella genética lesiona el derecho fundamental a la autodeterminación informática, para tal actuación sería también exigido un fundamento legal (72).

En especial, deben ser expresamente previstas las limitaciones determinadas por la necesaria instrucción del proceso penal, para el logro de los propios fines del mismo (identificación, verificación de las condiciones de penalidad y de procedibilidad —en cuanto no sean prohibidas (73)— respecto del inculpado aun sin su consentimiento, y respecto de terceras personas con la exigencia en todo caso del consentimiento de las mismas;

---

(69) Cfr. DREHER/TRRÖNDLE, StGB, § 34, Rdn. 24; Gössel, *Rechtmässigkkeit befugnisloser strafprozessualer rechtsgutsbeeinträchtgender Massnahmen*, en «JuS», 1979, pág. 162; LR.24 - Riess, § 160. Rdn. 4.

(70) BVerFGE 65, 1, 45.

(71) BVerFGE 65, 1.

(72) LG Berlin, en «NJW», 1989, pág. 787.

(73) *Vid.*, los límites de constatación de los propuestos de punibilidad y de procedibilidad en el proceso penal.

admisibilidad exclusiva para el procedimiento penal, con prohibición expresa de almacenamiento en archivos informáticos).

Al respecto se debe garantizar la observancia del principio fundamental de la proporcionalidad, por parte del legislador. De tal suerte, el análisis del genoma ha de considerarse inadmisible en los casos en que los respectivos fines procesales pueden ser alcanzados con otros procedimientos más elementales (identificación de la autoría por las huellas dactilares).

También debe ser prevista en todo caso la inmediata destrucción de los resultados de las investigaciones genéticas del inculpado, en los casos en que tales investigaciones no fundamentan la sospecha de la autoría del hecho.

Debiera evitarse transferir a las resoluciones judiciales la misión de la garantía del principio de proporcionalidad, en medida en que la misma conduciría a la inseguridad jurídica y, cuando menos, parecería frágil que el legislador de esta forma hiciera dejación de sus deberes de garantizar la certeza jurídica en virtud del cumplimiento del principio de la separación de poderes.

2. Utilización de los resultados de las investigaciones genéticas de terceras personas

a) Si el análisis del genoma implica una incidencia en el núcleo esencial de la personalidad que es objeto de una protección jurídica absoluta, no existe ninguna posibilidad de utilización de la investigación genética, por cuanto la propia investigación en sí misma es constitucionalmente inadmisible.

Si se lleva a cabo únicamente una agresión a la esfera privada de la personalidad que puede ser justificada por el interés preponderante d ela colectividad, ha de estimarse la aplicabilidad d ela investigación genética en el marco de un fundamento legal que resulta exigido, para las muy limitadas posibilidades de incidencia en la esfera de la personalidad, en orden al logro del material celular necesario.

El consentimiento de la tercera persona afectada ha de ser valorado aquí en términos diferentes a los del consentimiento del inculpado.

En tanto no es posible constituir en mero objeto del proceso penal la revelación de las bases biológicas de la identidad del inculpado, aun contando con el consentimiento del mismo, se podrá estimar admisible la libre revelación de tales datos de terceras personas distintas al inculpado.

b) Al igual que en el inculpado, pueden estimarse admisibles en terceras personas la elaboración y la utilización de huellas genéticas, en virtud del establecimiento de su correspondiente fundamento legal, habiendo de tenerse en cuenta la limitada posibilidad de intervención previa en el parágr. 81.c de la Ley Procesal Penal alemana.

LA OPORTUNIDAD REGLADA COMO TÉCNICA DE PERSECUCIÓN PUNITIVA

PABLO A. LANZAROTE MARTÍNEZ
Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO, NOTAS CARACTERÍSTICAS Y SUPUESTAS MANIFESTACIONES.—III. NOTAS DE DERECHO COMPARADO.—IV. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DEL ACOGIMIENTO DE LA OPORTUNIDAD EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.

I. INTRODUCCIÓN

Suficientemente expresivas son las afirmaciones del Fiscal General del Estado en la Introducción de su Memoria de 1993 cuando nos dice que «el ciudadano español asiste, con alguna perplejidad y frecuentemente, con notable insatisfacción y no menor paciencia, a las disfunciones de las instituciones a quienes el ordenamiento jurídico encomienda el servicio público de la justicia penal». Palabras como las escritas hace ya algunas décadas por Alcalá Zamora Castillo (1), y con las que venía a referirse al intento de «resolver uno de los más graves problemas de la vida pública española: el de la administración de justicia necesitada de una radical transformación, orgánica y procesal, para evitar que sea como hasta ahora, lenta y cara en exceso, ineficaz en muchos casos, injusta con no poca frecuencia», parecen no haber perdido vigencia en el tiempo.

El estado actual de nuestra Administración de Justicia, calificada por algunos autores de lamentable y que para otros puede suponer incluso la quiebra de la declaración contenida en el artículo 1 de la Constitución, siendo predicable para todos los órdenes jurisdiccionales, resulta especialmente trascendente en el ámbito de la jurisdicción criminal donde no sólo entran en juego el derecho del Estado a castigar las conductas que transgredan la norma penal y el derecho a la libertad del individuo, sino otros que, a la luz de los artículos 24 y 25 de nuestra Norma constitucional, merecen la calificación de fundamentales: el derecho de la víctima a

(1) «Lo que debe ser el Ministerio Público». Revista General de Legislacióny Jurisprudencia. 1929, pág. 519.

una pronta reparación de los perjuicios causados por el delito y el derecho del condenado a pena privativa de libertad a la reinserción social; superándose, de esta forma, antiguas posiciones que entendían que si el proceso penal existe es, ante todo y sobre todo, para castigar a los delincuentes, esto es, como instrumento de carácter exclusivamente represivo.

En efecto, ambos derechos fundamentales deben ser tutelados de una manera efectiva dentro del proceso penal, pues la finalidad de éste no se agota con la imposición de una pena a quien quebranta el sentido imperativo o prohibitivo de la norma sino comprende igualmente su ejecución que aun desenvuelta en el ámbito de la Administración penitenciaria, corresponde, en todo caso, su control a las autoridades fiscal y judicial. Y de igual manea pudiendo ser el crédito reparatorio nacido del hecho perseguido objeto del procesal penal, éste ha de convertirse en un instrumento útil para la obtención de una eficaz tutela de la pretensión indemnizatoria de la víctima (2).

Con relación al primero de los derechos fundamentales aludidos, la tradicional marginación de las víctimas de las infracciones penales limitada, en la mayoría de las ocasiones, —dada la frecuente insolvencia de sus victimarios—, a su participación como testigos de los hechos en el curso del procedimiento y los riesgos inherentes a una «segunda victimización» derivados del contacto de aquellas con un sistema excesivamente burocratizado, llego a provocar en la década de los años cuarenta la aparición de un movimiento doctrinal que, superando concepciones tradicionales polarizadas en torno a la persona del delincuente, dio lugar al nacimiento de la mas moderna disciplina jurídica que actualmente se ocupa del fenómeno criminal: la Victimología (3).

---

(2) Señala Gimeno Sendra («El nuevo Código Procesal Portugués y la anunciada reforma global de la Justicia Española». *Justicia* 1990, núm. II, pág. 493) que «la función del proceso penal hoy no puede ser exclusivamente entendida como la de la mecánica imposición de una pena, sino que, junto con la defensa de la legalidad, se hace preciso también asumir la defensa de otros intereses, tales como la pronta reparación de la vícitima o incluso la propia rehabilitación o reinserción social del imputado».

(3) Como pone de relieve María del Carmen Calvo («Algunoas sugerencias en torno a la futura reforma del proceso penal». *Justicia*, 1990. núm. 1, pág. 63) es cierto el hecho de que el legislador, excesivamente preocupado por ofertar al imputado un proceso ajustado a derecho, se ha olvidado, con frecuencia, del sujeto pasivo del delito y consecuencia de ello es la falta de regulación, y por ello de eficaz protección, de los derechos de la víctima; deficiencia que, existiendo también en otros ordenamientos foráneos, ha intentado corregirse en el horizonte internacional a través de la Recomendación del CMCE de 28 de junio de 1985, y de la que se ha hecho eco la República Federal de Alemania por medio ade la Ley de 27 de junio de 1987 destinada a esta finalidad, así como los nuevos Códigos procesales de Italia y Portugal. Buena prueba del olvido de la víctima daba ya la

Y en relación con el segundo, la conocida y denunciada hasta la saciedad crisis de la pena privativa de libertad calificada con acierto de inhumana, injusta y socialmente ineficaz (4) ha dado lugar en otros ordenamientos jurídicos al establecimiento de medidas alternativas, orientándose en esta línea el anteproyecto de nuevo Código penal de 1992.

Y ha sido precisamente en ese ámbito de la jurisdicción criminal, y por la falta de eficacia en la tutela de los derechos aludidos, donde se han alzado las voces más críticas. Planteada así la crisis de nuestra Justicia punitiva, las propuestas de reforma se han situado en diversos planos. Entre los medios tendentes al logro de una efectiva tutela de los intereses en juego en el proceso penal mediante su justa composición ocupa un lugar destacado el llamado principio de oportunidad, cuyo sintético análisis se pretende abordar en estas líneas.

Es de sentido común que el enjuiciamiento penal no puede permanecer anclado en tiempos pretéritos con soluciones que eran válidas para las situaciones otrora contempladas pero que, con el paso del tiempo, se revelan ineficaces, con el consiguiente riesgo de convertirse en un sistema fosilizado incapaz de dar adecuado cumplimiento a las exigencias actuales. La cambiante realidad social reclama nuevas y ágiles respuestas para la solución de los conflictos que surgen entre sus miembros y para los que el ordenamiento actual carece de soluciones válidas. Ante la situación de insatisfacción generalizada sobre el rendimiento de la justicia punitiva, no es de extrañar el intenso esfuerzo doctrinal y legislativo orientado a mejorar, en la medida de lo posible, el funcionamiento de aquélla desde la óptica de la plena virtualidad de las legítimas expectativas de los intervinientes en el proceso penal. Los principios que informan el ordenamiento jurídico, en su doble vertiente sustantiva y procesal, no son tan absolutos como para no tolerar paliativos en el rigor de su aplicación si ello permite, sin merma de las garantías jurídicas, conseguir mayores cotas de eficacia. Es una exigencia de la propia Ley la necesaria adaptación de las normas a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (artículo 3.º 1 Código civil).

Destaca Quintero Olivares (5), como desde la idea decimonónica de que el proceso penal era el cauce que culminaba con la imposición de la

---

propia exposición de motivos de la Le de 1882 cuando afirmaba que en materia penal hay siempre dos intereses rivales y contrapuestos: el de la sociedad, que tiene el derecho de castigar, y el del acusado, que tiene el derecho de defenderse.

(4) Cervelló Donderis, Vicenta: «La reforma sancionadora en el marco del sistema punitivo español». Poder Judicial, núm. 28. 1992.

(5) «Tres problemas pendientes del proceso penal». Temas básicos del Derecho. VII. Generalitat de Catalunya. Centre de Estudis Jurídicos, pág. 74.

pena o con la absolución, tras un enfrentamiento entre partes públicas y privadas, pasamos a otra concepción en la cual el proceso penal ha de se también un marco propicio para la aplicación de una política criminal tendente a evitar en la medida de lo posible el traumatismo de la punición e, incluso, el carácter inevitablemente estigmatizador que tiene el proceso mismo.

Parece, así, haber llegado el momento de someter a una profunda revisión los principios inspiradores de nuestro ordenamiento procesal penal, atenuándolos o flexibilizándolos, a fin de poder abordar eficazmente, desde nuevos puntos de vista y en todos sus componentes, el fenómeno social de la criminalidad, requerida de un tratamiento sustancialmente diferente al sufrido bajo los parámetros de la legislación actual e inspirado, en todo caso, en dos axiomas esenciales: la verificación de la justicia material (6), en contraste con el estricto formalismo legal, proclamado como valor superior del ordenamiento jurídico en el artículo 1 de la Constitución, y la primacía del derecho a la tutela judicial efectiva de su artículo 24, (—y en el que tienen cabida los derechos fundamentales anteriormente aludidos—), debiendo reclamarse la plena vigencia, en el aspecto sustantivo y en su actual entendimiento doctrinal y jurisprudencial, del principio de proporcionalidad (7), y en el ámbito del proceso, del de oportunidad, de gran controversia ambos en el pensamiento de los autores. Y sin que la defensa de este último suponga, a nuestro entender, el menor atisbo de vocación totalitaria y antijurídica pretendida por algunos (8), si ello es con

(6) Al permitir, señala Conde Pumpido, llevar a cabo un tratamiento diferenciado de los hechos formalmente típicos, distinguiendo aquellos que tienen un contenido sustancial de antijuridicidad de aquellos otros en los que la antijuridicidad formal no se corresponde con la ausencia de una lesión valorable a un bien jurídico tutelable penalmente. «El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del proceso penal español». La Reforma del Proceso Penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, pág. 294.

(7) El principio de proporcionalidad, elaborado principalmente por la doctrina y jurisprudencia alemana y, de manera especial tras la Segunda Guerra Mundial, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, entre nosotros, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en todas sus salas y por el Tribunal Constitucional que en Sentencia 62/1982, de 15 de octubre, le reconoció valor constitucional, infiriéndolo del art. 10.2 de la Constitución en relación con los arts. 10.2 y 18 del Convenio de Roma, constituye una de las facetas más importantes de la Justicia en cuanto ésta es siempre equilibrio y armonía, que son precisamente las notas más esenciales de la proporcionalidad y que en el proceso penal representa la necesidad de tener encuenta y valorar al mismo tiempo los distintos intereses en juego. (Ss TS, 2.ª, 24.XI.91 y 15.XI.92).

(8) Como acertadamente exponen González Cano y Romero Pradas, a nada conducen las críticas escandalizadas hacia quienes defienden el no mantenimiento a ultranza de la legalidad como factor de igualdad de trato al ciudadano en la apliación justa del derecho,

miras a la consecución de los fines esenciales del proceso penal a los que se hizo referencia. Señalaba Quintano (9) la necesidad de humanizar el Derecho en general, y muy especialmente el penal, de crearlo o recrearlo a imagen y semejanza del hombre dado y concreto, con un contenido ético y psicológico profundo, aunque ello fuera a trueque de sacrificar apotegmas de pura lógica formal.

Como igualmente parece haber llegado el momento de someter a un profundo replanteamiento la cuestión relativa al propio origen del derecho de castigar y del fundamento de las sanciones penales, pudiendo retomarse las palabras de Beccaria cuando, en su Tratado de los Delitos y las Penas (10), con un fundamento filosófico utilitarista, indicaba como finalidad a la que debían dirigirse las acciones de todos la consecución de la felicidad mayor colocada en el mayor número. Y es que no hay duda de que en el fondo de la discusión en torno a la conveniencia del acogimiento de la oportunidad en el proceso penal se encuentra el debate más amplio sobre los fines de la pena, en la medida en que la existencia del Derecho penal y del cauce institucionalizado para hacer efectivas sus sanciones sólo está justificado en cuanto instrumentos útiles para la consecución de unos objetivos, pudiendo distinguirse en este punto —sin entrar en su análisis (11)— entre doctrinas de justificación de carácter utilitarista y doctrinas de justificación de carácter retribucionista, según contemplen como fin justificante de la sanción penal la utilidad colectiva o el mantenimiento de un orden social justo. En efecto, como indica Urquía Gómez (12), quienes estiman que el fundamento del «ius puniendi» es un sentimiento de justicia, sostienen que no existe más criterio que el de legalidad, que exige que a todo delito siga el castigo. Por el contrario, para quienes el fun-

---

y propugnan la introducción del factor de oportunidad como reacción frente a la actuación automática de jueces y fiscales contra todos los delitos. Y es que oportunidad y legalidad no son en todo caso conceptos o ideas contrarias, sino que en principio es perfectamente defendible la idea de la mezcla o de la coordinación de los dos principios, partiendo de la necesidad de compatibilizar el ideal de justicia absoluta que se persigue con el principio de legalidad con la ponderación del caso concreto y la orientación a las consecuencias que defiende el principio de oportunidad. «El principio de oportunidad reglada». La Reforma del Proceso Penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, págs. 711 y 712.

(9) «La motivación moral en el Derecho español...», citado por Cid Moliné en «¿Penal justa o penal útil?. El debate contemporáneo enla doctrina penal española». Ministerio de Justicia 1994, pág. 113.

(10) Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. 1993, pág. 3.

(11) Un profundo estudio de estas doctrinas puede verse en Cid Moliné, *op. cit.*

(12) «El principio de legalidad y el principio de oportunidad» en La Reforma del Proceso Penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, pág. 942.

damento del derecho de castigar es una razón de utilidad social, parece preferible el principio de oportunidad, que no exige siempre la aplicación de la ley penal, sino que condiciona tal aplicación a una valoración de conveniencia pública.

Finalmente, el llamado principio de oportunidad presenta, en su origen, dos direcciones distintas: surge, de una lado, como criterio de persecución dirigido a obtener una disminución de la sobrecarga de trabajo de la jurisdicción provocada por el notable aumento de la delincuencia en su modalidad de pequeña criminalidad o criminalidad de «bagatela» y, de otro, como modalidad de justicia alternativa que obedece a principios aceptables de política criminal como la mejor reparación de los derechos violados de las víctimas o la más probable rehabilitación o reinserción del delincuente.

En efecto, y en primer lugar, el lamentable estado de la administración de justicia aplicable a la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos provocó en el pensamiento de los autores y en el propio legislador la adopción de posiciones doctrinales y legislativas dirigidas a la búsqueda imperiosa de fórmulas mitigadoras de esta situación. Así se refiere Marchena (13) al principio de oportunidad como una de clas claves para seleccionar, en función de determinados criterios, la índole de los asuntos que han de lograr el acceso a los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción penal. Con esa misma finalidad orientada a conseguir una disminución del número de los procedimientos penales contempla Vázquez Sotelo (14) al principio que nos ocupa, considerándolo incompatible con un proceso penal moderno, correctamente concebido y diseñado, propio de nuestra área cultural.

Pero, por otro lado, y en segundo término, como indica Armenta Deu (15), la introducción del principio de oportunidad en los textos procesales lejos de obedecer meramente a una finalidad aliviadora del problema de la sobrecarga en la administración de Justicia, pone de manifiesto las nuevas tendencias de política criminal que informan el Derecho Penal. Inicialmente, pues, apareció el principio de oportunidad como técnica de persecución punitiva dirigida a atenuar la crítica situación en que se encontraba inmersa la administración de justicia, si bien la bondad de su aplicación descubrió la consecución de otros efectos beneficiosos de tal importan-

(13) «El Ministerio Fiscal...», *op. cit.*, pág. 131 y 132.

(14) «Crisis de la Justicia y reforma del proceso penal» en I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. Ministerio de Justicia. 1988, pág. 380 a 383.

(15) «Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España». Ed. PPU. 1991, pág. 61.

cia que atribuyo a aquel origen un carácter accesorio. En contra, Ruiz Vadillo (16), entiende que el referido principio ha nacido no para perfeccionar humana o técnicamente la justicia penal, sino para aligerar el número de casos que llegan hasta los tribunales. Sin embargo, cabe pensar que la admisión de un principio de oportunidad dirigido exclusivamente a obtener una disminución de la sobrecarga de trabajo de la jurisdicción conduciría a una negación del derecho a la tutela judicial efectiva e igualmente incidiría de forma negativa en el derecho a la igualdad. Por tal razón, debe subordinarse en la fundamentación de esta pauta de persecución punitiva, el criterio cuantitativo a la concurrencia del criterio cualitativo, esto es, permitir su juego en base exclusivamente a la consecución de los fines esenciales que en el actual entendimiento deben primar en el proceso penal, mediante la resolución de aquellos conflictos originados por el hecho penalmente reprobable en los que concurran los requisitos que anteriormente fueron analizados. Como acertadamente expone Conde Pumpido (17), mientras la criminalidad más grave es el reflejo del conflicto social y debe pasar por soluciones impuestas que determinen y clarifiquen el conflicto, la criminalidad menor, con frecuencia no conflictiva y constitutiva de hechos aislados y no repetibles en la vida del autor, debe conducir a soluciones de consenso, que contribuyan a la no estigmatización de quien, por la ocasionalidad de su infracción, no es propiamente un delincuente.

II. CONCEPTO, NOTAS CARACTERÍSTICAS Y SUPUESTAS MANIFESTACIONES

Diversas definiciones del principio de oportunidad se han formulado por parte de la doctrina procesalista. Afirma De la Oliva (18) que con frecuencia se entiende el principio de oportunidad con gran amplitud y vaguedad, significando tantas y tan diversas cosas, que, en realidad, no significa nada claro y seguro, definiéndolo como aquel en cuya virtud el deber estatal de imponer penas no habría de ser cumplido (o el denominado Ius puniendi, satisfecho), siempre según los criterios legales, en todo caso en que concurriesen sus presupuestos (esto es, ante toda conducta calificable

(16) «El principio de oportunidad...», *op. cit.*, pág. 391.

(17) «Alternativas a la pena privativa de libertad...», *op. cit.*, pág. 1017.

(18) Derecho Procesal Penal, junto a otros autores, págs. 20 y 21; y en términos sustancialmente idénticos en «Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en elproceso penal». Revista General de Derecho, núms. 577-578 1992, pág. 9982.

de delictiva y punibles) sino que estaría condicionado al poder atribuido al Ministerio Fiscal (u órgano oficial similar) para disponer, bajo condiciones precisamente especificadas en la ley (la llamada oportunidad reglada) o con amplio arbitrio, del ejercicio y del modo de ejercicio de la acción penal, independientemente de que se hubiese conocido la existencia de un hecho de apariencia punible y de que apareciesen unos presuntos autores del mismo. Por su parte, Moreno Catena (19), lo contempla como la facultad atribuida al órgano de la acusación pública para dejar de perseguir ciertos hechos delictivos, tras una negociación con el inculpado en supuestos reglados y cuando la lesión social sea escasa, siendo también definido en parecidos términos por Gimeno Sendra (20) como la facultad, que al titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado. Y en la doctrina alemana, en la que el principio de oportunidad ha provocado abundante literatura no exenta de posiciones encontradas, podemos registrar las definiciones (21) de von Hippel (aquel en atención al cual el Fiscal debe ejercitar la acción penal con arreglo a su discrecionalidad, en unos determinados supuestos regulados legalmente) o de Roxin (la contraposición teórica del principio de legalidad, mediante la que autoriza al Fiscal a optar entre elevar la acción o abstenerse de hacerlo —archivando el proceso— cuando las investigaciones llevadas a cabo conduzcan a la conclusión de que el acusado, con gran probabilidad ha cometido un delito). Mostrando una oposición frontal al principio de oportunidad, Ruiz Vadillo (22) lo concibe como aquel según el cual la actuación del Ministerio Fiscal vendría regida por criterios de discrecionalidad que podrían llegar a permitir, como en el modelo norteamericano, pactar o negociar con los delincuentes la aplicación de la Ley Penal.

Por nuestra parte podemos conceptuar el principio de oportunidad, sin apartados sustancialmente de las definiciones citadas, como aquel en virtud del cual se atribuye a la autoridad encargada de la acusación oficial, esto es, al Ministerio Fiscal, la facultad de no ejercitar la acción penal, no obstante la existencia de un hecho que reviste los caracteres de delito y de

(19) «La Justicia Penal y su reforma». Justicia 1988, pág. 316.

(20) «Los procedimientos penales simplificados (principo de oportunidad y proceso penal monitorio)». Justicia 87, pág. 359.

(21) Citadas por Armenta Deu, Teresa en «Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España». Ed PPU. 1991, pág. 65.

(22) «El principio de oportunidad reglada». La Reforma del Proceso Penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. Centro de publicaciones Ministerio de Justicia. 1989, pág. 401.

su autor, concurriendo determinados presupuestos y requisitos legalmente establecidos.

De esta definición pueden extraerse las notas esenciales que caracterizarían a un principio de oportunidad así entendido:

a) En primer lugar, y en cuando a su ámbito de aplicación, el referido principio, ya se considere como excepción o como complemento del principio de legalidad, debe tener inexcusablemente como punto de referencia a este último. En efecto, como señala Armenta Deu (23), si el principio de oportunidad se perfila en relación dialéctica con el de legalidad, su ámbito riguroso de aplicación ha de ser necesariamente el mismo: las facultades y límites de los poderes públicos. Aquel principio debe venir siempre referido a las facultades y límites en la actuación del órgano de la acusación pública en el ámbito del proceso. Este rasgo fundamental en el concepto del principio que analizamos permite no considerar como manifestaciones de aquél la mayoría de los casos contemplados por la doctrina como tales. Así, por ejemplo, los supuestos de delitos que requieren denuncia o querella para su persecución no deben entenderse como manifestaciones del principio de oportunidad sino que, como indica Ruiz Vadillo (24), en los casos indicados se trata de una sumisión a la voluntad de la víctima o perjudicado determinante de un presupuesto de perseguibilidad en los que la «oportunidad» se transfiere al perjudicado, pero no es esto lo que se entiende, a los efectos que nos interesan, por oportunidad que hace referencia al Ministerio Fiscal.

Gimeno Sendra (25), uno de más los fervientes defensores de la incorporación del principio de oportunidad a nuestro ordenamiento procesal, considera como manifestaciones lícitas de este principio las siguientes: a) en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, la institución de la conformidad (arts. 655, 694-700), la cual vendría a encuadrarse dentro de los sistemas puros de transacción penal; b) en el Código Penal, distingue entre manifestaciones directas o indirectas: en el primer grupo incluye la

(23) «Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad...» *op. cit.*, pág. 185.

(24) «El principio de oportunidad reglada» *op. cit.*, pág. 396. En igual sentido, Armenta Deu («Criminalidad de bagatela...» *op. cit.*, pág. 204), entiende que los casos de delitos privados o los semiprivados deben conceptuarse como consecuencias derivadas pura y simplemente de una concepción del legislador tal que somete la persecución del delito al principio dispositivo, quedando, por tanto, el ejercicio de la acción penal a la libre voluntad de los particulares y sin que en ello intervenga ningún tipo de facultad decisoria atribuida al Fiscal.

(25) Derecho Procesal. Tomo II. Proceso Penal. Ed. Tirant lo Blanch. 1989, pág. 64.

denuncia en los delitos semipúblicos (art. 443), la querella en los privados (art. 467.3.º) y el perdón del ofendido, y en el segundo la licencia del juez o tribunal en las injurias calumnias vertidas en juicio y análogos (art. 467.2.º), la remisión condicional (arts. 92 a 97), la amnistía y el indulto (art. 112.3.º y 4.º), el art. 93 bis que prevé el otorgamiento de la remisión condiciones al toxicómano no reincidente y deshabituado que se someta a tratamiento de desintoxicación, y el art. 57 bis que viene a reproducir el contenido del art. 6, 2 de la derogada LO 9/1984 y a mantener por tanto la remisión condicional para territoristas con propósito de reinserción social.

Otro ilustre tratadista que en nuestra doctrina se muestra partidario del principio que nos ocupa, Conde Pumpido Ferreiro (26), contempla como supuestos de aplicación del principio de oportunidad, además de los anteriores, los dos siguientes: la necesidad de querella o denuncia del agraviado o del Ministerio Fiscal para juzgar hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional del artículo 23.2.b de la LOPJ de 1985, y la autorización otorgada por el artículo 21 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, para suspender el procedimiento en curso o a no ejecutar la pena ya impuesta, sustituyendo aquél o ésta por la expulsión del territorio nacional del extranjero autor de un delito.

Al margen de lo expresado más arriba respecto a la opción que el ordenamiento jurídico concede al ciudadano para iniciar un proceso penal ante concretos y tasados eventos delictivos, y que no debe entenderse como manifestación del principio de oportunidad por las razones apuntadas, y de lo que se dirá posteriormente en relación a la conformidad, en ninguno de los supuestos señalados por la doctrina se actúa, a nuestro juicio, el principio que nos ocupa, al no concurrir en ellos las notas que le caracterizan.

Como indica Ruiz Vadillo (27) la remisión condicional (arts. 92 y 97, el 93 bis, Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo), determinadas incidencias en función de problemas de Política Criminal sobre la pena (art. 57 bis b según de Ley Orgánica 3/1988 de 25 de mayo), el indulto y la amnistía (arts. 112.3 y 4), responden a otros planteamientos. Otro tanto puede decirse de la libertad condicional. Igualmente es tema muy distinto el de los efectos del perdón sobre el delito, el no ejercicio de la acción penal por el perjudicado y los efectos del perdón propiamente dicho, en relación

(26) «El principio de oportunidad reglada...», *op. cit.*, pág. 296.
(27) «El principio de oportunidad...», *op. cit.*, pág. 399.

con la ejecución de la penal. En igual sentido, Armenta Deu (28) entiende, con sólidos argumentos, que estos supuestos no deben considerarse manifestaciones de oportunidad sino de diversos expedientes de diferente naturaleza que responden a fundamentos variados y persiguen objetivos claramente dispares.

b) En segundo lugar, esa facultad de abstención en el ejercicio de la acción penal atribuida al Fiscal viene limitada por la concurrencia de determinados presupuestos y requisitos. Los primeros hacen referencia al círculo o ámbito objetivo dentro del cual cabe la aplicación de juicios de oportunidad: delitos en los que no existe interés público en la persecución, la lesión social es escasa o la culpabilidad de su autor ínfima (29). Y los segundos a la necesidad de que en tales supuestos se cumplan determinadas condiciones como la reparación de los perjuicios causados a la víctima por el hecho penalmente reprobable o que su autor carezca de antecedentes penales. Tales requisitos y presupuestos, a cuya concurrencia quedaría condicionada la facultad abstencionista en la persecución penal atribuida al Ministerio Fiscal, podrían, siguiendo las enseñanzas del Derecho comparado, sintetizarse en los siguientes: 1) su ámbito de aplicación quedaría reducido a las infracciones penales menores (30) —faltas y delitos castigados con pena inferior a un año de prisión; 2) su actuación quedaría condicionada a que el imputado careciera de antecedentes penales, con po-

---

(28) «Criminalidad de bagatela...», *op. cit.*, pág. 206.

(29) «Conceptos jurídicos indeterminados que como indica Delgado Barrio, no implican discrecionalidad alguna, ya que como tales admiten una única solución justa: o la culpabilidad es ínfima o no lo es, o no existe interés público en la persecución o existe. «El principio de oportunidad en el proceso penal (aplicación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados)». Actualidad Penal, núm. 15. 1990, pág. 149. También en Reforma del Proceso Penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia. Madrid. 1989, pág. 319.

(30) En estos supuestos de pequeña delincuencia o criminalidad de bagatela, no resultaría lesioando el interes social o colectivo en la punición, haciéndose efectivas soluciones de consenso prescindiendo de la persecución penal por motivos tasados, esto es, mediante la apliación en el proceso del principio de oportunidad. Identificando este principio con la idea de consenso latante en la institución de la conformidad, recuerda el Fiscal General del Estado en la Introducción a la Memoria de 1989 (pág. 16) que hoy es por todos admitido que en el proceso penal frente a las zonas de conflicto propia de toda contienda entre partes, deben preverse zonas de consenso que eliminen conflictos innecesarios a los fines del proceso y de la función resocializadora de la pena. Mientras los primeros deben reservarse para la persecución de la criminalidad grave, que es reflejo del conflicto social y debe pasar por solucioes impuestas que fijen y esclarezcan al conflcito, la criminalidad menor, con frecuencia no conflictiva e integrada por hechos que son incidentales en la vida del auor, debe conducir a soluciones consensuales...

sibilidad de aplicación, excepcionalmente, a supuestos de reincidencia y 3) finalmente, sería necesaria la constatación de la efectiva reparación del perjuicio causado a la víctima.

c) En tercer lugar, la actuación del principio de oportunidad debe venir referido al momento inicial del proceso, a la facultad de no instar el comienzo del mismo, por cuando consiste en la posibilidad atribuida al órgano de la acusación pública de no ejercitar la acción iniciadora de aquel, eliminando así de raíz la persecución penal. Si ante un hecho delictivo el Fiscal no prescinde de ésta por no concurrir los requisitos que le autorizarían para actuar la facultad de abstención, y posteriormente se trunca el procedimiento sin actividad probatoria alguna, en base al acuerdo del acusado y su defensa con el escrito de acusación, se habrá hecho uso de la institución de la conformidad, en cualquiera de las manifestaciones que contempla nuestra Ley de Enjuiciamiento criminal, pero no de criterios de oportunidad. Son más las razones de economía procesal que objetivos de política criminal las que anima a la institución referida, a diferencia de lo que ocurre con el principio de oportunidad dirigido a eliminar eventualmente la pretensión punitiva del Estado en el ámbito de la pequeña criminalidad. Aquella institución se basa en la idea de consenso como uno de los principios inspiradores del proceso penal con una predominante finalidad de contribuir a la descarga de los órganos judiciales al eliminar parte del procedimiento, pero no debe entenderse como manifestación del principio de oportunidad, no obstante estar presente en él aquella idea. Oportunidad y consenso no son términos sinónimos, ni responden a idénticos planteamientos, aun cuando participen de algunos objetivos comunes.

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina procesalista, contempla la institución de la conformidad como una de las manifestaciones del principio de oportunidad, siendo frecuente en los trabajos publicados su análisis conjunto, aun cuando no faltan quienes entienden que se trata de cuestiones distintas que no dejan de ofrecer algunas conexiones más o menos discutibles (31). Así, registrando alguna de las opiniones más autorizadas, entiende Gimeno Sendra (32), que dicha manifestación del principio de oportunidad lo es en su forma pura, pues ni precisa de autorización u homologación judicial ni jurídicamente queda condicionada al cumplimiento de futuro por el acusado de prestación o condición alguno (por ejem-

(31) Así, Manzanares Samaniego. «Oportunidad y conformidad» en Los principios del proceso penal. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ 1993, pág. 29.

(32) «La nueva regulación de la conformidad (Ley Orgánica 7/1988)». La Ley. 1990, págs. 977 y 978.

plo, la reparación de la víctima, realización de trabajo sociales, etc.), sino tan sólo al efectivo cumplimiento de la pena que en el acto se le imponga, definiendo la conformidad como un acto unilateral de disposición de la pretensión en el ejercicio del principio «puro» de oportunidad. Contemplando el criterio de oportunidad en su dimensión agilizadora del proceso penal Marchena (33) concibe igualmente al régimen de la conformidad como manifestación de aquel. Por su parte Armenta Deu (34) afirma que la conformidad puede considerarse una manifestación del principio de oportunidad en un sentido amplio y en tanto en cuanto supone una forma de dar fin al proceso, sin que se hallan desarrollado todas aquellas fases que, conforme al principio de legalidad, hubiera cabido esperar. No compadece, sin embargo, con un concepto estricto del mencionado principio, sobre todo en cuanto al elemento subjetivo que se extiende a la partes acusadoras privadas y a propio acusado. Almagro Nosete (35) incluye entre las alternativas diferentes a la conformidad, aunque relacionadas con la misma, como modos de disposición del objeto del proceso penal, al principio de oportunidad y Eladio Escusol (36) ve igualmente en la conformidad una expresión clara del mencionado principio.

No existe en nuestro Derecho manifestación alguna del principio de oportunidad en el sentido que aquí se postula. Otra cosa bien distinta es que en la práctica se esté aplicando el referido principio ante la ausencia de una cobertura legal que lo permita. En efecto, como indica Conde Pumpido (37), si no somos farisaicos hemos de convenir que tras una gran mayoría de los hechos declarados falta se ocultan supuestos que en estricta legalidad debieran ser calificados de delito, esencialmente en las imprudencias de tráfico. Igualmente tras muchos archivos decretados por el Juez y aprobados por el Fiscal, yace un desestimiento de la acción que en estricta legalidad debiera haber sido ejercitada. Y, en contra de lo que pudiera pensarse, no se trata de simples corruptelas sino de algo más trascendente y que pesa en el ánimo de los operadores del proceso penal.

---

(33) El ansia de dar por terminado el proceso penal, solicitándolo así al órgano sentenciador, refleja el latente deseo legislativo de que el juez no pierda tiempo en la apreciación probatoria que, en conciencia, le impone el art. 741 LECri. «El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro». Ed. Marcial Pons. 1992, pág. 140.

(34) «Criminalidad de bagatela...», *op. cit.*, pág. 214.

(35) «La disponibilidad del objeto en el nuevo proceso penal». El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988. Ed. Tirant Lo Blanch, pág. 153 y ss.

(36) «El proceso penal por delitos: estudio sistemático del procedimiento penal abreviado. (Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre)». Ed. Colex. 1990, págs. 111 a 117.

(37) «Alternativas a la pena privativa de libertad y principio de oportunidad reglada en el proceso penal». Libro homenaje a Beristain. San Sebastián 1989, pág. 1021.

d) Por último, los presupuestos y requisitos anteriormente referidos han de estar expresamente contemplados en la Ley. Esta exigencia permite distinguir la oportunidad libre o discrecional, rechazable incluso —en expresión de Marchena (38)— como mera hipótesis de trabajo, de la llamada oportunidad reglada, codificada o disciplinada, poniendo de relieve De la Oliva (39) lo erróneo de esta última expresión al afirmar que lo oportuno no está ni puede estar reglado, destacando Ruiz Vadillo (40) lo incomprensible del término «oportunidad reglada» al entender que la oportunidad reglada no es oportunidad, sino legalidad. Igualmente Delgado Barrio (41) subraya lo equívoco de la terminología —pero que resulta, según el propio autor, muy de agradecer— postulando como más correcta la de principio de selección reglada. Por su pate, Armenta Deu (42) puntualiza que la expresión «oportunidad reglada» constituye, de un lado, una contradicción en sus propios términos, y de otro, supone la importación inadecuada de elaboraciones doctrinales del derecho administrativo.

Al margen de problemas puramente terminológicos, es lo cierto que ha venido a distinguirse entre la oportunidad libre o pura y la normada o bajo condición, estableciéndose como nota diferencial entre uno y otra la necesidad, para su aplicación, de que concurran o no determinados presupuestos taxativamente fijados por la propia Ley. En efecto, cuando los supuestos de abstención en el ejercicio de la acción penal se dejan a la decisión del titular de la facultad, se habla de oportunidad libre o discrecional, a semejanza del modelo anglosajón o sistema del «plea bargaining». Por el contrario, cuando es la Ley la que fija los presupuestos y requisitos que autorizan al Fiscal para actuar tal facultad de abstención, quedando en suspenso el ejercicio de la acción penal y liberado el imputado del enjuiciamiento, estaríamos ante la llamada oportunidad reglada o normada. La reciente doctrina científica partidaria del acogimiento en nuestra legislación procesal del referido principio es unánime en la admisión de la segunda de sus modalidades, rechazando la primera. Así, Conde Pumpido (43) afirma que el

(38) «El Ministerio Fiscal...» *op. cit.*, pág. 135, añadiendo que no parece de recibo la afirmación del principio de oportunidad en su manifestación más pura. Esto es, una oportunidad que se hiciera sinónimo de conveniencia, de posibilismo, de calculada estrategia en el ejercicio de la acción penal.

(39) «Disponibilidad del objeto...» *op. cit.*, pág. 9885. Añade que ni está ni puede estar reglado cómo se emplea el criterio de oportunidad. Lo que puede estar reglado son ciertos requisitos necesarios para que el Fiscal se puda regir por criterios de oportunidad, así como el ámbito dentro del cual se puede operar con esos criterios.

(40) «El principio de oportunidad...». *op. cit.*, págs. 391 y 396.

(41) «El principio de oportunidad en el proceso penal...» *op. cit.*, pág. 153.

(42) «Criminalidad de bagatela...» *op. cit.*, pág. 211.

(43) «Alternativas a la pena privativa de libertad...» *op. cit.*, pág. 1011.

principio de oportunidad no significa que el Fiscal puede disponer caprichosamente de su capacidad de acusar o no, sino que la opción viene ordinariamente determinada por razones legalmente preestablecidas y que responden a un criterio axiológico que las hace prevalecer sobre el eventual beneficio del castigo del hecho concreto. Relacionando el concepto con los principios de proporcionalidad e igualdad, afirma Wolfgang Schone (44), que los de legalidad y oportunidad representan hoy en día la idea de la unidad e igualdad en la aplicación de las leyes penales el uno, y la necesidad de hacer concesiones a las posibilidades prácticas de la persecución el otro. El problema central es que se trasladan los criterios para la decisión entre acusación y sobreseimiento desde el ámbito de la ley general hacia el área de la discreción más bien personal del Fiscal (y/o Juez); por eso es importante subrayar que se trata de una discrecionalidad no de carácter libre, sino vinculado con y por la idea general de la proporcionalidad (45): el ejercicio del poder discrecional debe ser igual en casos iguales.

El fundamento del principio de legalidad, destaca Armenta Deu (46), se sitúa en garantizar la justicia, sin consideración a situaciones específicas, evitando arbitrariedades y buscando la igualdad, así como preservando la función persecutoria del Estado y el Derecho penal en su faceta procesal, al asegurar la paz jurídica a través del eficaz funcionamiento de los órganos jurisdiccionales.

---

(44) «Líneas generales del proceso penal alemán (introducción, juicio y tendencias de reforma)». Justicia 89, pág. 700.

(45) El principio de oportunidad descansa en la idea de la necesidad de valorar y ponderar adecuadamente, en el marco del proceso, la tensión existente entre el interés estatal en la persecución penal y los intereses individuales. Como señala González Cuallar («Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal». Ed. Colex 1990, págs. 273 y 281) el órgano de persecución penal debe ponderar el peso de ambos y decidir cuál resulta preponderante, para resolver así si la medida es proporcional o si, por el contrario, resulta desproporcionada. El principio de proporcionalidad conectado con el principio constitucional de la prohibición del exceso, cuya aplicación ha sido impulsada en nuestro ordenamiento procesal por la jurisprudencia del TEDH y del TC, mantiene, como indica el autor citado, una doble relación con el principio de oportunidad. Por un lado el principio de proporcionalidad reclama la instauración del principio de oportunidad por dos razones: En primer lugar la persecución penal debe ser interrumpida si así lo aconseja la protección de importantes intereses del individuo; en segundo lugar el principio de intervención mínima obliga a reservar la sanción penal para los ataques más graves dirigidos contra los bienes jurídicos esenciales de la comunidad, y desde la perspectiva del análisis costes-beneficios, la eficacia de la lucha contra la delincuencia más grave puede mejorar si se evita derrochar recursos en la persecución de hechos de escasa lesividad. Por otro lado, la relación entre proporcionalidad y oportunidad se manifiesta en la necesaria ponderación de intereses que la regulación y aplicación de los supuestos de oportunidad debe encerrar.

(46) «Criminalidad de gabatela...» *op. cit.*, págs. 58 y 59.

Sin embargo, el mantenimiento y aplicación de un principio de legalidad así entendido no ha permitido la consecución de lo que ha sido considerado tradicionalmente como sus fines esenciales (47).

Un claro ejemplo de la pérdida por el Derecho penal y el procedimiento criminal de su función pacificadora ha sido la aparición de corrientes doctrinales, algunas traducidas en normas positivas o asumidas por la práctica judicial (48), dirigidas a la búsqueda de soluciones consensuadas del conflicto provocado por el hecho penalmente reprobable, y entre las que destacan, al margen del principio de que analizamos, los sistemas de conciliación o mediación entre el delincuente y su víctima, con los que el referido principio presenta evidentes analogías aunque también marcadas diferencias, que conviene deslindar para precisar más aun su concepto.

En efecto, uno de los requisitos, presupuesto o condición, para la actuación del principio de oportunidad en la persecución penal en los ordenamientos jurídicos que lo han consagrado expresamente consiste en la reparación a cargo del infractor de los perjuicios ocasionados a la víctima como consecuencia del hecho punible y que constituye el objetivo o la finalidad esencial de la conciliación delincuente-víctima, pues aunque son evidentes los efectos positivos que para el delincuente tiene al eximirle de las consecuencias nocivas y socialmente discriminatorias de la privación de libertad al admitirse la reparación dentro del arsenal de reacciones jurídico-penales como una tercera vía de sanción, junto a la pena y la medida, lo cierto es que aquella idea nació pensando esencialmente en la víctima y dentro del pensamiento victimológico como una de sus modernas y concretas orientaciones. Y si bien, en principio, pudiera pensarse que el criterio de oportunidad engloba a la conciliación entre los sujetos protagonistas de la infracción penal concebida por algunos como alternativa al proceso penal, ocurre que, aun participando de una misma naturaleza y fi-

---

(47) Indica el Fiscal General del Estado en la Memoria de 1992 (Introducción, pág. 22) que la crisis del principio de legalidad, en su versión liberal, da ocasión a la incorporación de otras manifestaciones, identificadas alrededor de la oportunidad.

(48) Así, en Alemania —afirma Bernd Schünemann— («¿Crisis del procedimiento penal?» en Jornadas sobre la reforma del Derecho Penal en Alemania. Cuadernos del CGPJ 1991, pág. 51), después de que lsa extensiones legales del principio de oportunidad y las distintas medidas aceleratorias no resultaran suficientres, ni fueran un verdadero alivio, la práctica judicial alemana ha encontrado una solución radical propia, que se mantuvo durante muchos años encerrada en torres de silencio: los llamados acuedos informales en el proceso penal («informelle Absprechen») que funcionan de forma similar al plea bargaining americano, aunque carecen de vinculatoriedad procesal, habiendo sido declarados conformes a la Constitución por el Tribunal Constitucional de aquel país, a salvo las garantías procesales fundamentales del imputado.

nalidad, al suponer ésta la actuación radicalizada de aquél, se trata de dos ideas distintas existiendo, a nuestro entender, una diferencia esencial: mientras la conciliación, al menos en su forma más radical o pura, opera al margen del proceso —como auténtica alternativa a él— y escapa del control estatal, el principio de oportunidad actúa dentro de éste y entraña la posibilidad de disposición de su objeto por el órgano de la acusación pública u oficial a quien se atribuye la facultad de prescindir del ejercicio de la acción penal, no obstante la existencia de un hecho que reviste los caracteres de delito y de su autor, concurriendo determinadas condiciones legalmente previstas.

III. NOTAS DE DERECHO COMPARADO

La Recomendación número 18 de 1987 (adoptada el día 17 de septiembre en la 410 reunión de los Delegados Ministeriales) del Comité de Ministros del Consejo de Europa (49) teniendo presente el aumento de los asuntos sometidos a la justicia penal, especialmente aquellos en los que la pena prevista es de carácter leve, así como los problemas que plantea la duración del proceso penal y considerando que el retraso en su despacho desacredita al Derecho Penal y atenta contra una buena administración de la justicia, con el objetivo de lograr la aceleración y simplificación de la justicia penal contempló, entre otras medidas tendentes al mismo fin (50), el recurso al principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, disponiendo que éste «debería ser adoptado, o extenderse su aplicación, en los casos en que lo permita el contexto histórico y la Constitución de los Estados Miembros; en otro caso, convendría prever otras medidas que respondan a la misma finalidad de ese principio». Principio que consiste, según la propia Recomendación en «la facultad de renunciar a la iniciación de un procedimiento penal o de poner término al ya iniciado».

Se indican como requisitos para su ejercicio que la autoridad competente «disponga de indicios suficientes de culpabilidad» y que esa decisión de renunciar al ejercicio de la acción penal esté «establecida por ley», apartándose de esta manera a cualquier forma posible de discrecionalidad

(49) El texto traducido puede verse en Boletín de Información del Ministerio de Justicia de 15 de febrero de 1989, número 1518.

(50) La Recomendación (87) 18 del Comité de Ministros también sugiere, al margen del principio de oportunidad, la aplicación de otras medidas de simplificación como la utilización de procedimientos sumarios, transacción y procedimientos simplificados, para infracciones «menores por su naturaleza».

al margen de presupuestos legales que permitan su ejercicio, y se prevé su aplicación «partiendo de bases generales como el interés público», debiendo inspirarse la autoridad competente al ejercer esa facultad especialmente en «el principio de igualdad de todos ante la ley y en el de la individualización de la justicia penal, y concretamente teniendo en cuenta: la gravedad, naturaleza, circunstancias y consecuencias de la infracción; la personalidad del denunciado; la condena que pudiera imponerse; los efectos de esta condena sobre el denunciado; y la situación de la víctima».

Igualmente se dispone que el archivo de las actuaciones podrá ser puro y simple —acompañado de una advertencia, reprensión o amonestación— o sometido a determinadas condiciones que han de ser cumplidas por el denunciado, como las de someterse a reglas de conducta, el pago de una suma de dinero, la indemnización de la víctima o su puesta a «probación».

Finalmente, la Recomendación sugiere, para los Estados cuyo ordenamientos jurídicos se rigen por el principio de legalidad, la introducción o el desarrollo de medidas que tiene el mismo objetivo que el principio de oportunidad, y sobre todo: i. Deberá aumentarse el número de supuestos legales en los que la iniciación de la persecución penal se sujeta a una condición; especialmente cuando el interés público no es prevalente, la renuncia o el consentimiento de la víctima podrá se una condición previa a la iniciación de la persecución penal; ii. La ley debe facultar al juez para que suspenda bajo determinadas condiciones la instrucción o que sobresea la causa en los casos y por procedimientos semejantes a los utilizados por las autoridades a las que compete el ejercicio de la acción penal en el sistema de oportunidad.

La mayoría de las legislaciones de los países de nuestro entorno cultural, no obstante la proclamación que en ellas se hace del principio de legalidad, contemplan expresamente la aplicación de criterio de oportunidad bajo condición o en su modalidad reglada por parte del titular de la acción penal, sin que aquel principio ni el de necesariedad de la acusación funcionen con carácter absoluto.

El acogimiento de la oportunidad y la introducción en los textos procesales europeos de la idea de acuerdo o consenso como método adecuado para afrontar el tratamiento del ingente fenómeno criminal de pequeña entidad, implica un claro reconocimiento por parte del legislador de la insuficiencia del proceso penal continental europeo, surgido del procedimiento inquisitivo, como cauce eficaz en la persecución de aquel tipo de criminalidad, y el acercamiento a las fórmulas transaccionales o soluciones negociadas del proceso penal angloamericano, pura contienda entre partes (adversary system), basado en el sistema del «plea bargaining» y

del «guilty plea» o confesión de culpabilidad. Dice con acierto Delgado Barrio (51) que, en definitiva, el principio de oportunidad es la expresión del fracaso, en algunos aspectos, de instituciones tan importantes en un Estado de Derecho como el proceso.

Así, en Portugal, el Código de Proceso Penal de 1987, partiendo de la atribución al Ministerio Público de la investigación criminal o inquérito, asistido para ello de los órganos de la policía criminal, además de contemplar la confesión del imputado en el art. 344 de gran similitud con el «guilty plea» anglosajón, regula en su art. 281 el sobreseimiento por razones de oportunidad, reduciendo su ámbito de aplicación a delitos castigados con penas inferiores a tres años, exigiendo que el imputado carezca de antecedentes penales, y estableciendo la necesidad de que el acusador particular esté de acuerdo con el sobreseimiento y se haya producido la efectiva reparación del perjuicio causado a la víctima, bien como una indemnización o bien como satisfacción moral adecuada (52). La «suspensao provisoria do processo» dura dos años a cuyo término, si el imputado ha cumplido los mandamientos y reglas de conducta, el Ministerio Fiscal ordena el archivo definitivo. En otro caso, se reabre el proceso. La decisión de suspender corresponde al Ministerio Público de acuerdo con el Juez de Instrucción.

Tampoco ha sido ajena a estas nuevas corrientes procesales Italia. Como indica Marchena (53), ley de 16 de febrero de 1987, núm. 81 de Delegación Legislativa al Gobierno de la República de Italia para la elaboración de nuevo Código de Procedimiento Penal, en su artículo 2, apartados 45 y 50, ya contenía manifestaciones concretas del principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público. Tales previsiones han sido ya desarrolladas en el Códice de procedura penale, aprobado por Decreto del Presidente de la República el día 22 de septiembre de 1988, publicado en la Gazzetta Uficiale el día 24 de octubre de 1988. Dentro del Libro VI relativo a los procedimientos especiales, y en su Título II, artículos 444 a 448, regula el CPP una formula de transacción intraprocesal

(51) *Op. cit.*, pág. 148.

(52) El nuevo Código Procesal contempla la posibilidad de que al imputado se le impongan también algunos de los mandatos y reglas de conducta siguientes: entregar al Estado o a instituciones privadas con fines sociales alguna cantidad; no ejercer determinadas profesiones; no frecuentar ciertos lugares y medios; no residir en ciertos lugares o regiones; no acompañar, hospedar o recibir algunas personas; no tener en su poder determinados objetos capaces de facilitar la comisión de otro delito; y, en fin, cualquier otro comportamiento especialmente exigido por el caso.

(53) «El Ministerio Fiscal...». *op. cit.*, págs. 132 y 136.

denominada «aplicación de la pena a instancia de parte» en la que el acusado y el Fiscal pueden solicitar al juez la imposición de una pena sustitutiva de la que, en principio, sería procedente, disminuida en un tercio, ya sea pecuniaria, ya sea privativa de libertad o ambas conjuntamente. La pena privativa de libertad no puede exceder de dos años. La oportunidad para formular la «applicazione della pena su richiesta delle parti» se extienden también a la indagación preliminar, con lo cual se consigue la eliminación del debate contradictorio. Pone de relieve Marco Villagómez (54) que en estos procesos se salva el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal (artículo 112 de la Constitución), porque, como ha indicado la doctrina italiana, dicho principio no exige una aplicación indiscriminada, encontrando también limitaciones constitucionales en el derecho de tutela de la víctima a obtener la reparación (art. 24.1 Const.) o en el propio fin de la pena encaminado a obtener la rehabilitación del delincuente (art. 27.3 Const).

Como curiosa mezcla de «plena bargaining», «compounding» y principio de oportunidad reglada, a caballo de elementos culturales de influencia norteamericana y tendencias europeas, se refiere Almagro Nosete (55) al desistimiento del ofendido en el Código Judicial de Panamá de 9187: el proceso puede terminarse y ordenarse su archivo en los delitos de hurto simple, lesiones por imprudencia, estafa, apropiación indebida, encubrimiento, apoderamiento de cosas provenientes de delitos, incumplimiento de deberes familiares y expedición de cheques sin suficiente provisión de fondos, cuando desista de la pretensión punitiva la persona ofendida que actúe como acusador legítimo o su representante legal, si el imputado no tuviere antecedentes penales y se hubiese convenido la reparación del daño.

En Francia, siguiendo a Armenta Deu (56), el principio de oportunidad no está reconocido expresamente en la Ley, si bien la doctrina y la jurisprudencia lo han deducido del art.40.1 del CPP, conforme el cual «el Ministerio Público recibe las denuncias y quejas y aprecia el procedimiento a darles». En atención al mismo, a instancias del Fiscal cabe cesar en la persecución, respecto de la llamada «pequeña delincuencia» (faltas y contravenciones, nunca delitos graves). También se extiende su aplicación, en ocasiones especiales y según leyes expresas, a determinada delincuencia.

---

(54) «El nuevo proceso penal italiano». Documentación Jurídica, enero-marzo 1989. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia.

(55) «La disponibilidad del objeto en el nuevo proceso penal». El nuevo Proceso Penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988. Ed. Tirant Lo Blanch, *op. cit.*, pág. 156.

(56) «Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España». *op. cit.*, págs. 30 y 31.

Así, la Ley de 31 de diciembre de 1970 sobre lucha contra la toxicomanía, faculta al Fiscal, siempre que se trate de personas que delincan por primera vez o, excepcionalmente, en supuestos de reincidencia a no instar la instrucción si el delincuente se somete a tratamiento o cura de desintoxicación o acepta una vigilancia médica. A diferencia de otros países, el principio de oportunidad en Francia se circunscribe al archivo de la persecución penal. Una vez tomada la decisión de perseguir y, sin perjuicio de poder solicitar del juez la libre absolución por razones de oportunidad, rige estrictamente el principio de legalidad. La ausencia de regulación legal expresa en que se contemple el principio de oportunidad conlleva, entre otras cuestiones, la falta de un catálogo de causas por las que debe proceder el archivo en atención dicha oportunidad. A falta de ello y deducido de la práctica se señalan los siguientes criterios: 1) por razones de política criminal (en atención a una higiene social); por contemplarse supuestos de culpabilidad ínfima; por economía procesal e imprudencia; 2) por razones de orden público (cuando la persecución implica mayores disturbios que su omisión); y 3) por necesidades públicas (así por ejemplo, determinados casos de aborto en vísperas de su despenalización o, alcoholdependientes sometidos a tratamiento médico).

Pero el ejemplo paradigmático (57) de aplicación del criterio de oportunidad en la persecución penal lo constituye, sin lugar a dudas, la Ordenanza Procesal Penal Alemana cuyo parágrafo 153 contempla la posibilidad de que la Fiscalía prescinda de la persecución, con la aprobación del Tribunal competente para la apertura del procedimiento principal, en los supuestos de delitos castigados con pena privativa de libertad inferior a un año, cuando la culpabilidad del autor fuera considerada ínfima y no existiera interés público en la persecución. Si la acción ya hubiera sido ejercida puede el Tribunal acordar el archivo, con la aprobación de la Fiscalía y del imputado, concurriendo los presupuestos anteriores. El parágrafo 153.a), más próximo a las soluciones paccionadas, establece que con la aprobación del Tribunal competente para la apertura del procedimiento principal, y del inculpado, podrá la Fiscalía prescindir provisionalmente del ejercicio de la acción pública, en caso de delito castigado con pena privativa de

(57) No obstante la vigencia del principio de legalidad expresamente consagrado en los parágrafos 152, ap. (2), y 170, ap. (1) de la StPO, conforme a los cuales la Fiscalía está obligada a intervenir a causa de todos los hechos punibles perseguibles en caso de que existieran suficientes indicios fácticos y a formular acusación si las investigaciones ofrecieran suficientes motivos para el ejercicio de la acción pública. Un análisis del principio de oportunidad en el proceso penal alemán puede verse en Gómez Colomer, Juan Luis: «El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas». Ed. Bosch. 1985.

libertad mínima inferior a un año, e imponer al mismo tiempo al inculpado: 1.º el proporcionar determinada prestación para la reparación de los daños causados por el hecho; 2.º pagar un importe en metálico en beneficio de una entidad de utilidad o del tesoro público; 3.º realizar otras prestaciones en provecho de la comunidad; 4.º pagar alimento en una determinada cantidad, o cuando estas condiciones y mandatos fueren apropiados, en caso de culpabilidad ínfima, para eliminar el interés público en la persecución penal. Igualmente la posibilidad de abstención de la Fiscalía en la persecución delictiva está contemplada cuando la realización del proceso provocara el peligro de una grave desventaja para la República Federal de Alemania, o cuando se opusieran a la persecución otros intereses públicos superiores (abstención de la persecución por motivos políticos: parágrafo 153.d); cuando el autor, después del hecho, antes de que le trascendiera su descubrimiento, hubiera contribuido a evitar el peligro para la integridad o seguridad de la República Federal de Alemania, o para el orden constitucional (abstención de la acción en caso de arrepentimiento activo: parágrafo 153.e), previéndose igualmente la no persecución respecto de hechos extranjeros (parágrafo 153.c).

IV. Argumentos a favor y en contra del acogimiento de la oportunidad en nuestro ordenamiento jurídico

Se citan frecuentemente por parte de un sector de nuestra doctrina procesalista como principios antagónicos al de oportunidad que impedirían su incorporación a nuestra legislación procesal, los siguientes (58):

a) El principio de legalidad que constituye, en expresión de Lange, el concepto central en materia jurídico penal del Estado entendido como Estado de Derecho, —expresamente consagrado en los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución— y la sujeción del Ministerio Fiscal a tal principio (art. 124.2 Const.; arts. 1.2 y 6 del EOMF).

b) El principio de necesidad en el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal por todo hecho que revista los caracteres de delito conforme a la ley (arts. 105 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Cri-

(58) Sin olvidar el argumento, frecuentemente esgrimido por la doctrina, de inconveniente o peligro que supondría el principio de oportunidad en manos de un Ministerio Fiscal caracterizado por la unidad de acción y la dependencia jerárquica; así, De la Oliva o Manzanares Samaniego, en los trabajos citados. Este último afirma que la concesión de esat discrecionalidad al Ministerio Público supondría un grave retroceso en nuestro sistema de garantías, sobre todo mientras que el Fiscal siga dependiendo del Poder Ejecutivo.

minal), sin que pueda atender a consideraciones de oportunidad o conveniencia, como insoslayable consecuencia del anterior.

c) El principio de la búsqueda y establecimiento de la «verdad material o real», esencial al proceso penal (59). Como es sabido, en éste rige el principio de investigación de oficio, en oposición al principio de aportación de parte, propio del proceso civil que limita el conocimiento judicial al material de hecho aportado por los litigantes: la instrucción no se compone únicamente de las diligencias pedidas por las partes, sino de las que el Juez por su cuenta («de oficio») estime procedente realizar. En el sumario, la confesión del inculpado es mero elemento de prueba libremente valorable, a efectos de la instrucción, en función de los demás (art. 406). La admisión de los hechos aducidos por la parte a quien perjudiquen no vincula al juzgador, dado que se discute en torno a una pretensión punitiva y están en juego intereses disponibles. Además de las diligencias de prueba propuestas por las partes, se practicarán las que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto del escrito de calificación (art. 729, núm. 2), pues la finalidad de la actividad probatoria es como dice el art. 701. VI, y repite el art. 726 «el mayor esclarecimiento de los hechos» y «el más seguro descubrimiento de la verdad».

d) Finalmente, como indica Gimeno Sendra (60), se aduce en el mantenimiento del principio de legalidad (o lo que es lo mismo, en la oposición a la importación del de oportunidad) que la instauración de este último principio conculcaría el principio de igualdad del art. 14 de la Constitución, puesto que, cometido un hecho punible, la sanción prevista por la norma ha de ser aplicada igualitariamente a todos los ciudadanos. Se dice que la desigualdad en el trato a la víctima o perjudicado y a los propios justiciables como responsables de los hechos a que conduciría la aplicación del principio podría hacerse socialmente insufrible, aparte de se jurídicamente inaceptable (61).

---

(59) No obstante, recuerda Pedraz Penalva la falsía de aquella aseveración según la cual el proceso penal —con respeto de la más rancia y superada concepción de la legalidad— está encaminado a una indiferencia e implacable búsqueda, al logro a toda costa, de la verdad material. «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad». La Reforma del Proceso Penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, pág. 367.

(60) Derecho Procesal, *op. cit.*, pág. 63.

(61) Vázquez Sotelo, J. L.: «Crisis de la Justicia y reforma del proceso penal». I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. Ministerio de Justicia 1988, pág. 382.

Sin embargo, a nuestro entender, tales escollos no son tales. Los mencionados principios, señalados frecuentemente como obstáculos infranqueables para la viabilidad de criterios de oportunidad no son, en realidad, tan absolutos que impidan la aplicación de estos.

Frente a la tesis, apoyada en un positivismo retribucionista a ultranza, de quienes mantienen que el acogimiento en nuestros textos procesales del principio de oportunidad vendría a ser algo así como un epitafio de la legalidad o un grave retroceso en nuestro sistema de garantías, una cada vez más numeroso sector de nuestra doctrina sostiene que aquel criterio de persecución punitiva en su modalidad reglada o normada vendría a integrarse y completar al propio principio de legalidad (62).

Al margen de que, como señala Marchena (63), la legalidad garantizada por el art. 9.3 Const. en relación con el art. 25.1 se halla más vinculada a la teoría de las fuentes en el orden punitivo que a la forma o a los criterios que han de presidir el ejercicio de la acción penal, el propio art. 105 LECrim señala la obligación de los funcionarios del Ministerio Público de *ejercitar las acciones penales, con arreglo a las disposiciones de la Ley, que consideren procedentes*. Y es esa cláusula de «estimar procedentes» la que, como señala Conde Pumpido (64), admite interpretaciones progresivas, acordes con la realidad social del momento, que atenúan el principio de necesidad del ejercicio de la acción que generalmente se ha visto incorporada a ese precepto. El modelo constitucional del Ministerio Fiscal, a quien se atribuye como misión esencial promover el ejercicio de la función jurisdiccional y procurar la satisfacción del interés social ante los Tribunales, permite el acogimiento del principio que nos ocupa; y la utilización de éste, reglada y bajo control (65), configurar a la Institución como instrumento útil para la adaptación en el tiempo de la norma jurídica a la realidad social. Los principios de legalidad e imparcialidad a que

(62) Recuerda el Fiscal General del Estado en la Introducción a la Memoria de 1992 (pág. 22) que el principio de oportunidad reglada no es alternativa radical sino una manifestación del principio de legalidad.

(63) «El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro». Ed. Marcial Pons. 1992, pág. 138.

(64) «Alternativas a la pena privativa de libertad y principio de oportunidad reglada». Libro homenaje a Beristain. San Sebastián. 1989, pág. 1020.

(65) Tres tipos de control distingue Conde Pumpido: a) interno, mediante queja a formular ante el superior jerárquico; b) judicial, bien bajo la exigencia de aprobación del Juez, o bien bajo un recurso de la parte no conforme; y c) social, concediendo a la víctima o perjudicado disconforme el derecho a pedir la iniciación del procedimiento judicial, a través del ejercicio de la acción penal por el causador. «El principio de oportunidad...», *op. cit.*, pág. 308.

está sometida la actuación del Fiscal, apunta el autor citado (66), le obliga a considerar cuál es el medio de lograr el cumplimiento del interés público de celeridad en el proceso y recuperación social del delincuente y a estimar como válidas soluciones que son socialmente aceptadas, en cuanto reflejan el interés de la comunidad. Ya Alcalá Zamora (67) postulaba la configuración del Ministerio Público como intérprete que procure concordar el precepto articulado con el supremo ideal de justicia y con el interés social. En cualquier caso, de siempre el Fiscal ha venido obligado a decidir según su criterio si concurren todos los presupuestos de hecho y de derecho de la acción; en suma, si la acción es procedente (68). Será el propio legislador quien, en definitiva y en todo caso, establezca las condiciones que permitirán la posibilidad de abstención en el ejercicio de la acción penal. De esa manera, puntualiza Ruiz Vadillo (69), «la oportunidad reglada se hace legalidad y su aplicación es correcta y ortodoxa».

Por otro lado, el principio de legalidad, como indica el Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto del Código Penal de 1992 (70), concebido retributivamente coloca al Estado en la necesidad de reaccionar ante los delitos con la pena adecuada a la culpabilidad del autor, por más que pueda ser inútil o contraproducente; aquel principio negativo que, desde la perspectiva del imputado o condenado, es un derecho fundamental, no se quebranta porque, allí donde la pena adecuada a la culpabilidad no cumple sus fines, pueda ser sustituida por otras mas leves, o por medidas o simplemente pueda renunciarse a ella. Y esta conclusión se proyecta sobre el proceso: el principio de necesidad de ejercicio de la acción penal para el Ministerio Público —actualmente procla-

---

(66) *Op. cit.*, pág. 1021.

(67) «Lo que debe ser el Ministerio...», *op. cit.*, pág. 12.

(68) No obstante, autores como Gómez Orbaneja (Derecho Procesal, Madrid. 1984, págs. 72, 73 y 97), entienden que el principio de legalidad obliga al M. Fiscal a ejercitar la acción penal por todo hecho que revista los caracteres de delito que llegue a su conocimiento, sin que pueda atender a consideraciones de oportunidad o conveniencia, que una vez eliminada toda determinación extrajurídica y discrecional por parte del M.F., queda el decidir si concurren los presupuestos de hecho y de derecho de la acción penal, y esto constituye el objeto de calificaciones jurídicas y juicios de probabilidad.

(69) «La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal» en Jornadas sobre la Justicia penal en España. Poder Judicial, núm. especial 2.º, pág. 68. 1987. Si bien en un trabajo posterior (El principio de oportunidad...» *op. cit.*, pág. 396) matiza el autor esa afirmación diciendo que la oportunidad reglada no es oportunidad sino legalidad, tratándose, por consiguiente, de un problema puramente terminológico.

(70) «Anteproyecto del Código Penal de 1992 e Informe y votos agregados del Consejo General del Poder Judicial». Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1992.

mado en el artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— debiera paliarse de forma que, sin merma del principio de legalidad proclamado en la Constitución, pudiera evitarse el juicio (que ya es, por sí, una pena) en las infracciones menores, cuando ha desaparecido el interés social en el castigo, o el presunto culpable ha sufrido ya una poena naturalis u otro tipo de circunstancias o compensaciones hacen innecesario el recurso al Derecho criminal, siempre desde luego, con la posibilidad de ulterior control judicial».

En segundo término, el proceso penal está presidido —en opinión de la dogmática jurídico penal alemana— no sólo por el principio de la verdad material, sino también por el de justicia, a los que frecuentemente alude la Ordenanza Procesal Penal (71). Así, afirma Neumann (72), circunscribir la finalidad del proceso a la obtención de una «verdad» que permita fundamentar una decisión jurídicamente correcta desde la perspectiva del Derecho material conduce a un claro predominio del Derecho penal en detrimento del Derecho procesal, y, con ello, el Derecho procesal penal es reducido a una función meramente técnica o instrumental que actualmente no es aceptada con este carácter absoluto por la doctrina. Si las normas procesales fueran tan solo «instrumentales» carecería de sentido preguntarse por su justicia. En este sentido, señala González Cuellar (73) que las normas procesales son en ocasiones equivalentes en su función a las normas materiales y pueden sustituirlas con éxito en la solución de los problemas concretos que el derecho presenta. Así, por ejemplo, la despenalización puede llevarse a cabo mediante la reforma del Derecho penal material, pero cabe también dar respuesta a las situaciones que justifican evitar en muchos casos la aplicación del ius puniendi mediante la introducción de instituciones procesales como el principio de oportunidad (74).

Finalmente, en cuanto a la pretendida vulneración del principio de igualdad de todos ante la ley que, según algunos autores, conllevaría el acogi-

---

(71) Así Roxin: No es un principio de la StPO que la verdad tenga que ser alcanzada a cualquier precio. (citado por Pedraz Penalva, *op. cit.*, pág. 368).

(72) Citado por González Cuellar Serrano en «Proporcionalidad...», *op. cit.*, pág. 243.

(73) «Proporcionalidad...», *op. cit.*, pág. 244.

(74) Con todo acierto ha sido calificado este principio (Delgado Barrio, *op. cit.*, pág. 149) como la manifestación en un momento posterior de lo que en un momento anterior es el principio esencial de «intervención mínima» del Derecho Penal. Principio éste que, como puntualiza Quintero Olivares, (*op. cit.*, pág. 72) no sólo consiste en reducir el número de conductas tipificadas como infracción penal, sino racionalizar cuántos hechos puede y debe perseguir el Poder Público, tanto por recursos humanos como por interés político criminal, entendiendo que con el principio de oportunidad, compatible con el principio de justicia material, se atendería al ideal de lograr un Derecho Penal mínimo.

miento de la oportunidad como técnica de persecución punitiva, el establecimiento por Ley de los presupuestos y requisitos a los que anteriormente se hizo referencia, impediría tratamientos desiguales al imponer, como señala Conde Pumpido (75), un tratamiento general idéntico para casos análogos, siendo conocidas de antemano las condiciones legales para su aplicación, reforzándose la seguridad jurídica y el referido principio, lo que es todavía más efectivo si, como ocurre, en gran parte de los países que han incorporado la oportunidad reglada a la actuación del Ministerio Público, se somete esa actuación a un control judicial. Por otra parte, señala el autor citado, que en la oportunidad legalmente autorizada se actúa conforme al Derecho dando un tratamiento igualitario a supuestos que por ser desiguales no admiten identidad absoluta en su solución, en la que lo que pretende la oportunidad es acomodar el tratamiento del caso concreto a las circunstancias concurrentes en el hecho y en su autor, que aconsejan más un abstención en el «ius puniendi» que la imposición del castigo legalmente predeterminado y que, dadas aquellas circunstancias, resultaría injusto o inútil.

El logro de una justicia adaptada al caso concreto, o de una justicia efectiva y lo más cercana posible a la realidad, con la consiguiente consecución de todos los efectos positivos a los que anteriormente hicimos referencia, mediante la utilización de la oportunidad como criterio de persecución penal, en lugar de una justicia rígida y automática encorsetada en una estricta mentalidad retributiva que a nadie favorece, no llevaría consigo la quiebra de ninguno de los principios articulados por la doctrina como impedimentos para el acogimiento de aquel criterio en nuestra legislación procesal penal, pudiendo concluirse afirmando con el Fiscal General del Estado (76) que la introducción del principio de oportunidad en nuestros textos procesales debiera, «de meditarse por nuestros responsables políticos, pues no cabe duda que su implantación si se produce con el

---

(75) «El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del proceso penal español». La Reforma del Proceso Penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. Ministerio de Justicia. 1989, pág. 292 y 305; y a diferencia de la oportunidad subrepticia que al depender del talante del que acude a ella, originaria tratamientos desiguales en función del órgano que la aplica y el criterio subjetivo de su titular, vulnerando así el principio de igualdad de todos ante la ley provocando situaciones de inseguridad jurídica.

(76) Introducción a la Memoria de 1987, pág. 17; apartándose del criterio acogido en la Memoria de 1983 donde, aun entendiendo que oportunidad y legalidad no son siempre nociones opuestas, mantuvo que el Ministerio fiscal, modelado con la vista puesta en el proceso penal, prototipo de la aplicación del Derecho coercitivo necesario, no está facultado para acogerse al principio de oportunidad, ni debe aventurarse en la apreciación de lo oportuno (Introducción, pág. 22 y 24).

debido control jurisdiccional, produciría provechosos beneficios en aras a la eficacia y celeridad de la Administración de Justicia, y el afectar a hechos típicamente de escasa trascendencia, eliminaría los conocidos riesgos de las penas cortas privativas de libertad, cuando así lo aconsejable el derecho de perjudicado y la satisfacción del interés social».

BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ ZAMORA CASTILLO, NICETO: *«Lo que debe ser el Ministerio Público»*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. 1929.

ALMAGRO NOSETE, JOSÉ: *«La disponibilidad del objeto en el nuevo proceso penal»*. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988. Ed Tirant lo Blanch.

ARMENTA DEU, TERESA: *«Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España»*. Ed. PPU. 1991.

BECCARIA: *«Tratado de los Delitos y las Penas»*. Centro de Publicacioes del Ministerio de Justicia. 1993.

CALVO SÁNCHEZ, MARÍA DEL CARMEN: *«Algunas sugerencias en torno a la futura reforma delproceso penal»*. Justicia. 1990, núm. I.

CERVELLÓ DONDERIS, VICENTA: *«La reforma sancionaria en el marco del sistema punitivo español»*. Poder Judicial, núm. 28. 1992.

CID MOLINÉ, JOSÉ: *«¿Pena justa o pena útil». El debate contemporáneo en la doctrina penal española»*. Ministerio de Justicia. 1994.

CONDE PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO: *«Alternativas a la pena privativa de libertad y principio de oportunidad reglada»*. Libro homenaje a Beristain. 1989.

DELGADO BARRIO, J: *«El principio de oportunidad en el proceso penal (aplicación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados)»*. Actualidad Penal, núm. 15. 1990.

DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS: *«Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensioes en el proceso penal»*. Revista General de Derecho, núms. 577-578. 1992.

ESCUSOL BARRA, ELADIO: *«El proceso penal por delitos: estudio sistemático del procedimiento penal abreviado (Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre)*. Ed. Colex 1990.

GIMENO SENDRA, VICENTE: *«El nuevo Código Procesal Portugués y la anunciada reforma global de la Justicia Española»*. Justicia 1990, núm. II.

GIMENO SENDRA, VICENTE: *«La nueva regulación de la conformidad (Ley Orgánica 7/1988)»*. Ley Ley. 1990.

GIMENO SENDRA, VICENTE: *«Los procedimientos penales simplificados (principio de oportunidad y procesopenal monitorio)»*. Justicia 87.

GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS: *«El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas»*. Ed. Bosch. 1985.

GÓMEZ ORBANEJA, EMILIO: *Derecho Procesal Penal*. 1984.

GONZÁLEZ CUELLAS, NICOLAS: *«Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal»*. Ed. Colex. 1990

GONZÁLEZ CANO Y ROMERO PRADAS: *«El principio de oportunidad reglada»*. La Reforma del proceso penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. Ministerio de Justicia. 1989.

MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS: *«Oportunidad y conformidad»*. Los principios del proceso penal. Cuadernos de Derecho judicial. CGPJ 1993.

MARCHENA GÓMEZ, MANUEL: *«El Ministario Fiscal: su pasado y su futuro»*. Ed.Marcial Pons. 1992.

MORENO CATENA, VÍCTOR: *«La Justicia Penal y su reforma»*. Justicia. 1988, núm. II.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto: *«Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad»*. La Reforma del proceso penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. Ministerio de Justicia. 1989.

QUINTERO OLIVARES, GONZALO: *«Tres problemas pendientes delproceso penal»*. Temas básicos del Derecho, V.II. Generalitat de Catalunya. Centre d`estudis jurídicos.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *«El principio de oportunidad reglada»*. La Reforma delproceso penal. II Congreso de Derecho Pro esal de Castilla y León. Ministerio de Justicia. 1989.

SCHUNEMANN, BERND: *«¿Crisis del procedimiento penal?»*. Jornadas sobre la reforma del Derecho Penal en Alemania. Cuadernos del CGPJ 1991.

SCHONE, WOLFGAN: *«Líneas generales del proceso penal alemán (introducción, juicio y tendencias de reformas)*. Justicia 1988.

URQUIA GÓMEZ, FAUSTINO: *«El principio de legalidad y el principio de oportunidad»*. La Reforma delproceso penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. Ministerio de Justicia. 1989.

VÁZQUEZ SOTELO, J. L.: *«Crisis de la justicia y reforma del proceso penal»*. I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. Ministerio de justicia. 1988.

VILLAGÓMEZ, MARCO: *«El nuevo proceso penal italiano»*. Documentación jurídica. Centro de publicaciones. Ministerio de Justicia. 1989.

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA EXPULSIÓN EN EL DERECHO DE EXTRANJERÍA ESPAÑOL

MERCEDES HEREDIA PUENTE
CRISTÓBAL FÁBREGA RUIZ
Fiscales de la AP de Jaen

SUMARIO: I. JUSTIFICACIÓN.—II. LA EXPULSIÓN DE LOS EXTRANJEROS. 1. *La expulsión como sanción en el régimen de extranjería.* 2. *Las causas de expulsión. Comentario Critico.* 3. *Clases de expulsión.* 4. *Problemas prácticos que presenta la aplicación de la expulsión de los extranjeros, y abusos en la práctica de la misma.* 5. *Intervención judicial en la expulsión gubernativa. Algunas notas jurisprudenciales sobre la materia:* a) Suspensión de la ejecución. b) Necesidad de acreditar suficientemente los hechos bases de la medida. c) Algunos aspectos concretos que inciden en la expulsión. 6. *La expulsión de los delincuentes:* a) Autorización de la expulsión y expulsión judicial. Requisitos de las mismas. b) Competencia. c) La doctrina de la F.G.E, sobre esta materia. d) Problemas fundamentales que plantea esta clase de expulsión. e) La expulsión en relación con el Convenio Europeo de traslado de personas condenadas. 7. *La expulsión de extranjeros a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*—III. EPÍLOGO.

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA EXPULSIÓN EN EL DERECHO DE EXTRANJERÍA ESPAÑOL

Miguel Pérez Moreno
Cristóbal Carrasco Jaime
Alcalde de la Vega

SUMARIO:

I. JUSTIFICACIÓN

La Fiscalía General del Estado por la Circular 1/1994 sobre «Intervención del Ministerio Fiscal en relación a determinadas situaciones de los Extranjeros en España» ha impulsado la labor de los Fiscales en el campo de su intervención en el llamado Derecho de Extranjería, fundamentalmente en el campo penal, tratando de implantar lo que la misma Circular denomina «Servicios de Extranjería» en la distintas Fiscalías del territorio español, en la que la población extranjera así lo precise. Dicha Circular ha sido fuertemente contestada por las Asociaciones de Inmigrantes y de apoyo a los mismos, así como por Asociaciones defensoras de Derechos Humanos. No podía ser menos. Y no podía serlo, en primer lugar, por tratar la Circular de incrementar la aplicación de una ley, la 7/1985 de 1 de julio, que ha sido cuestionada con gran rotundidad por múltiples sectores jurídicos y sociales. Precisamente por lo expuesto, no se puede negar la importancia que, en la labor cotidiana de los Fiscales, va a tener la aplicación de esta materia en los campos penal y contencioso-administrativo, importancia que provoca la necesidad de un estudio profundo de la legislación aplicable y de su aplicación a los problemas que, desde el punto de vista de la labor del Ministerio Público, presenta la realidad. Esa necesidad es la que impulsa este trabajo como una aportación, modesta pero meditada, que, de Fiscal a Fiscal, pueda servir, de apoyo en esta, a veces apasionante, a veces ingrata, parcela de nuestro Derecho Positivo. Hemos centrado este trabajo en la expulsión de los extranjeros, campo en el que nuestra intervención profesional es más notable. Esperamos que este trabajo pueda servir, al menos, para provocar un debate sobre el Tema que enriquezca la labor diaria que nuestra institución presta en esta materia.

II. LA EXPULSIÓN DE LOS EXTRANJEROS

1. *La expulsión como sanción en el régimen de Extranjería*

Dentro de las diversas sanciones que la regulación del Derecho de Extranjería establece para las infracciones a la misma, la expulsión es sin duda la más grande de todas. Por ello, se contempla para las infracciones más graves, aunque la doctrina ha criticado duramente el que también se establece para infracciones que no presentan ningún atisbo de esa gravedad. Así, por ejemplo, el trabajar sin permiso de trabajo teniendo permiso de residencia, la demora en poner en conocimiento del Ministerio del Interior su cambio de domicilio o situación laboral, p. e. —letras b y e del apartado primero del artículo 26 de la Ley—. Nos encontramos ante una sanción de carácter administrativo por infracciones de dicho carácter e impuestas por órganos de la Administración y que, como todos sabemos, deben impugnarse por la vía de la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque también puede utilizarse —casi podemos decir que es la más utilizada por la mayor facilidad para conseguir la suspensión del acuerdo ya que en esta es la norma, salvo que se pueda dar un perjuicio grave para el interés general (artículo 7-4)—, mientras que en el procedimiento administrativo ordinario la no suspensión es la regla, salvo que se acredite que la ejecución provoque perjuicios de irreparable o difícil resolución, permitir la interposición de la demanda sin agotar la vía administrativa y sin necesidad de interponer recurso de reposición, tal como dispone el artículo 7-1 de la misma —la vía de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona 62/1978 de 26 de diciembre. Actualmente, el procedimiento ordinario tampoco exige la interposición de recurso de reposición— artículo 190.d) de la LRJAP y PAC. 30/1992 de 26 de noviembre en relación con la Disposición Adicional Segunda del Reglamento de Extranjería, sino solo notificar el deseo de interponer el mismo al órgano que dicto la resolución que va a ser recurrida, lo que no es requisito imprescindible para su validez —artículo 110.3 de la ley procedimental citada—, por lo que no siempre se hace, dificultando el conocimiento de la firmeza o no de las resoluciones administrativas de expulsión. Las sanciones de expulsión tal como dispone el artículo 29 y siguientes de la Ley de Extranjería debe imponerse de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo —hoy Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común— añadiéndose expresamente que debe darse audiencia al interesado. Asimismo, el artículo 36.3 de la ya citada ley, prohíbe los expedientes de expulsión de carácter colectivo. Hay que tener en cuenta, además, que el artículo 27.3 concede a la expulsión un carácter alternativo con las san-

ciones pecuniarias, carácter alternativo que se refuerza con lo dispuesto en el artículo 77.2 del Reglamento de Extranjería. Entendemos que la interpretación sistemática de estos preceptos permite a la Administración optar por una u otra sanción, lo que beneficia a los extranjeros más pudientes económicamente y, a nuestro entender, podría conculcar el derecho a la igualdad establecido en el artículo 14 de nuestra Constitución —no podemos olvidar que para determinados delincuentes internacionales de gran potencial económico nuestro país es un paraíso—. Hay que tener en cuenta que el artículo 26 habla de que «podrá» decretarse la expulsión, por lo que no siempre se terminara el expediente con esta sanción (1).

Un último problema que se plantea en esta materia, hace referencia a quien es el órgano competente para la resolución de los expedientes que estamos comentando y ello por la existencia de diferentes etapas (2).

1. El artículo 26.1 de la Ley dice que la expulsión es competencia del Director de Seguridad del Estado. Si bien, el artículo 87.4 del Reglamento admite la posibilidad de que dicha facultad se delegue expresamente en los Gobernadores Civiles.

2. La Ley de RJAP y PAC en su artículo 127.2 establece que:

El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por Disposición de rango legal o reglamentario, sin que pueda delegarse en otro distinto.

Tras esa ley no podrían los Gobernadores Civiles decretar expulsiones.

3. Tras la publicación del Real Decreto 495/1994 de 17 de marzo por el que se reestructura el ya llamado Ministerio de Justicia e Interior vuelven a ser competentes para decretar expulsiones los Gobernadores Civiles y los Delegados del Gobierno en Ceuta y Melilla tal como dispone su artículo 7.5.

2. *Las causas de expulsión. Comentario Critico*

La expulsión como manifestación de la potestad sancionadora de la Administración, como toda potestad sancionadora, esta sometida al prin-

---

(1) ESTRADA CARILLO, pág. 293. «Comentarios a la ley y reglamento de extranjería» Tecnos, Madrid, 1993.

(2) Sobre esta materia es interesante consultar Gimeno Feliu, P. *Expulsión de Extranjeros del Territorio nacional*. Ministerio del Interior. Madrid, 1993. págs. 32 y ss. Este texto, además, contiene un interesante resumen jurisprudencial sobre la materia estudiada.

cipio de tipicidad. La gravedad de la sanción a imponer, obliga a que los motivos de expulsión tengan que estar claramente tipificados y ser aplicados de una forma restrictiva, además de dejar al margen las causas que sean aplicación de conceptos indeterminados. Pese a estos principios la gran totalidad de la doctrina critica la indeterminación y ambigüedad de algunos de los supuestos de expulsión que contradice esos supuestos generales, antes expuestos, y crea un importante campo de inseguridad jurídica de la que todo ordenamiento debe huir, ya que facilita la actuación discrecional de la Administración. A esto hay que añadir el hecho de que la diferente gravedad de unos y otros incumplimientos debería haber provocado que algunos de ellos se hubieran sancionado por ejemplo con multa (3). Una vez precisado todo lo anterior, los supuestos concretos de expulsión se contemplan en el artículo 26.1 de la LOE. Estudiemos cada uno de ellos:

1. *Encontrarse ilegalmente en territorio español, por no haber obtenido prórroga de estancia o, en su caso, el permiso de residencia cuando fuera exigibles.*

Nos encontramos en el caso de una estancia legal en origen que, después, deviene ilegal por no renovación de los permisos pertinentes. Es distinta a la entrada ilegal que da lugar a la devolución del extranjero —artículos 11 y 36.2 de la Ley—. También exige que el extranjero no salga voluntariamente del país tal como dispone el artículo 86 del RE. Si bien este motivo de expulsión esta claramente tipificado, depende de la negativa de renovación realizada de forma discrecional por la Administración la que deslegaliza la estancia legal en origen, siendo, por lo tanto, lo verdaderamente sancionado, el incumplimiento de la salida voluntaria en el plazo establecido, lo que, a nuestro parecer no merece la sanción de expulsión que, además lleva aparejada la prohibición de entrar en España durante el plazo mínimo de 3 años —artículo 36.1 de la LOE—. Una persona que ha residido legalmente en España es de suponer que tendrá intereses en el país y esa prohibición de volver es un castigo muy grande para el bien jurídico protegido la infracción de no salir del país en determinado plazo, y el cumplimiento de determinadas obligaciones documentales.

2. *No haber obtenido permiso de trabajo y encontrarse trabajando, aunque cuente con permiso de residencia valido.*

---

(3) PAZ RUBIO, J. M. «Notas sobre Extranjería». *Revista del Poder Judicial. Número Especial XVI*. pág. 129.

A este motivo se le ha criticado por un lado su imprecisión ya que esta contemplando la regulación anterior puesto que hoy existen personas que pueden realizar actividades lucrativas sin poseer permiso de trabajo —p. e. corresponsales de prensa—. Se le crítica también la desproporcionalidad de la sanción y el que supone un obstáculo para la integración social de los extranjeros, abocandolos a la economía sumergida y a la delincuencia, sin que la protección del trabajador español lo justifique en todo caso, ni en todos los sectores económicos.

3. *Estar implicados en actividades contrarías al orden público o a la seguridad interior o exterior del Estado o realizar cualquier tipo de actividades contrarías a los intereses españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países.*

Estamos ante un caso típico de concepto jurídico indeterminado por su evidente ambigüedad, lo que puede provocar y de hecho provoca, decisiones discrecionales poco defendibles. Los conceptos que contiene pueden servir de cobertura a las más variadas conductas, lo que hace que deban estar los hechos que provocan la decisión de expulsión claramente probados. En la actualidad el concepto de orden público viene recogido en la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana 1/1992 de 21 de febrero, que sanciona determinadas conductas y que, cuando son cometidas por extranjeros y son calificadas como graves o muy graves, puede sustituirse la sanción por la expulsión del sujeto —artículo 28.3 de la LPSC—.

Este motivo ha sido uno de los más criticados por su indeterminación, lo que ha llevado a algún sector de la doctrina a integrar el precepto remitiéndose a las infracciones establecidas en la LPSC como contrarías al orden público, limitándolo algunos solo a las calificadas como graves o muy graves (4). Disentimos de esta opinión ya que, si bien toda concreción del precepto es positiva, no podemos admitir que infracciones del tipo de la apertura de establecimientos sin autorización, o la comisión de tres infracciones leves, p. e. puedan dar lugar a una sanción tan grave como la expulsión. Hay que añadir también que la LPSC no crea nuevas causas de expulsión sino simplemente la posibilidad alternativa de sustitución y, además, estos casos pueden ser fácilmente reconducidos a los apartados c) y f) del número 1 del artículo 26 de la LOE.

En otro orden de cosas, los términos de seguridad del Estado y los ataques a la misma generalmente darán lugar a la comisión de delitos, sien-

(4) ESTRADA CARRILLO, O.c., págs. 299 y ss.

do difícil concretar que actividades contrarías a los intereses de España pueden incardinarse en este precepto.

4. *Haber sido condenados, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que sus antecedentes penales hubieran sido cancelados.*

En principio este motivo parece claro. Pero las críticas han venido al entenderse que el mismo conculca el principio constitucional de *non bis in idem*. Al extranjero se le condena por delito, y una vez cumplida la pena del mismo, se le impone una sanción muy grave como es la de expulsión. Como indica Estrada Carrillo citando a García de Enterria, E. y Fernández, J.R (5), la compatibilidad se basa en la independencia de la potestad sancionadora de la Administración, pero no cabe ya esa doble imposición tal como ha reflejado nuestro Tribunal Constitucional. Se le critica, también, el que atenta contra la finalidad reeducadora y de reinserción de las penas establecidas en el artículo 25.2 de la Constitución.

5. *Incurrir en demora u ocultación dolosas o falsedad grave en la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior las circunstancias relativas a su situación de acuerdo con el artículo 14 de esta ley.*

El artículo 14 de la LOE impone al extranjero la obligación de comunicar al Ministerio del Interior sus cambios de nacionalidad, domicilio o alteración de su situación laboral con el fin de tener un control del extranjero. El artículo 75.6 del Reglamento contempla también este caso pero lo sanciona simplemente con una multa, sin duda más proporcionada a la falta cometida. No puede escaparsenos la desproporción existente entre la sanción expulsión y la infracción cometida. El aliviar la tarea del control policial con la intimidación hecha al extranjero para que colabore, entendemos que no justifica la gravedad de la sanción impuesta.

6. *Carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad o desarrollar actividades ilegales.*

Estamos ante una autentica cláusula abierta o residual, con manifestaciones vagas que permiten a la Administración utilizarla como un auténtico cajón de sastre en el que es posible subsumir cualquier hecho. Es, además, el motivo más utilizado en la práctica para decretar expulsiones,

(5) O.c., págs. 299 y ss.

incluyendo causas de muy distinta gravedad unas de otras, pudiendo muchas de ellas sancionar con penas más benignas. Como indica la Fiscalía de Barcelona en la Memoria de la FGE de 1993 (6), la redacción del precepto es:

> atentatoria contra el principio de seguridad jurídica, al sancionarse a través del mismo conductas socialmente inocuas, o en todo caso, carentes de reproche legal y hasta social, como la mendicidad y se describen formas de vida caracterizadas por conceptos abstractos e indeterminados, hacen difícil el control jurídico y deben rechazarse en cuanto generan esa inseguridad.

Así no sabemos a que nos referimos cuando hablamos de *medios lícitos de vida*, ya que no existe norma que lo aclare. Tampoco tenemos claro que es una *actividad ilegal*, incluyendo algunos autores la venta ambulante sin las preceptivas autorizaciones, prostitución, juegos de azar no autorizados, así como todas las infracciones de los Reglamentos dados para controlar la seguridad, sanidad, etc... lo que, en muchos de los casos, nos parece castigarlas de forma exorbitante.

Esta existencia de conceptos jurídicos indeterminados hace que nuestro Tribunal Constitucional, aun admitiéndolos, indique que deben estar suficientemente claros, y que su concreción sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia. Hay que añadir, por último, que de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 75 y 76 del Reglamento todas las infracciones expresadas pueden ser sancionadas de forma alternativa con multa.

3. *Clases de expulsión*

La sanción de expulsión podemos clasificarla de acuerdo con el siguiente esquema:

1. Expulsión Judicial.

La contemplada como sustitutiva de la pena en el artículo 21.2 segundo de la LOE. Es la única que depende de la decisión del Juez.

2. Expulsión gubernativa.

La que hemos estudiado en el epígrafe anterior. Se incluye dentro de esta la del artículo 21.1 primero de encartados en procedimientos judiciales que precisa autorización judicial, pero que es eminentemente adminis-

(6) Págs. 103 y ss.

trativa. Dentro de ella podemos contemplar un procedimiento ordinario y otro sumario en cuyo estudio no vamos a entrar. Incluimos aquí la devolución del artículo 36.2 de la LOE que no precisa la tramitación de expediente alguno y que es muy criticada por la doctrina dada la gran arbitrariedad y falta de control judicial que supone para la Administración , y por ser las más utilizada (7).

4. *Problemas prácticos que presenta la aplicación de la expulsión de los extranjeros, y abusos en la práctica de la misma*

Hemos visto todos los aspectos teóricos de la llamada expulsión gubernativa de los extranjeros. Vamos a exponer ahora algunos de los problemas y abusos de los que la práctica de la misma adolece.

El Defensor del Pueblo ha denunciado como se han expulsado mujeres con hijos españoles —expulsando con ello a un nacional español—, o separándolas de sus hijos con notable desprecio del derecho de protección de la infancia, lo que ha hecho que este organismo haya buscado la colaboración de la FGE en este aspecto. Igualmente, se queja el Defensor del Pueblo de que se haya expulsado por falsedad en la documentación sin investigar la génesis de esta falsedad y haciendo imposible la persecución de las mafias dedicadas al tráfico ilegal de personas (8). Podemos añadir además:

1. Dificultad de documentar a ciertos extranjeros —por ejemplo, argelinos— que hacen inviable toda expulsión por no existir Estado que los admita.

2. Carácter meramente formulario de las resoluciones de expulsión, que reflejan en sus hechos el texto legal del motivo de expulsión sustrayendo todo conocimiento real de los hechos en que se basa.

3. Dificultad de determinar si la resolución de expulsión es firme dada la actual regulación de los recursos.

4. Expulsión de ciudadanos con permisos de residencia o trabajo no notificados, o de denegaciones recurridas y, por lo tanto, no firmes. No hay que olvidar que el extranjero ilegalmente expulsado podrá solicitar in-

(7) Sagarra i Trias, «Los derechos fundamentales y libertades públicas de los extranjeros en España» J. M. BOSCH, Editorial, Barcelona 1991, págs. 223 y ss.

(8) Defensor del Pueblo, «Informes, estudios y documentos. Situación jurídica y asistencial de los extranjeros en España», Publicaciones Madrid, 1994, págs. 55 y ss.

demnización de daños y perjuicios por el procedimiento legal establecido —reclamación por daños causados por el funcionamiento normal o anormal de la Administración Pública—.

5. Abuso por parte de la Administración de los tipos abiertos. Hemos llegado a ver expedientes de expulsión por actividades ilegales contra el orden público por meras faltas, y, en un caso, por una falta frustrada contra la propiedad.

6. Dentro de los internamientos podemos destacar la falta de Centros de Internamiento que provoca que estos se realicen con más frecuencia de la deseada en Comisarías, los autos se verifican formulariamente en Diligencias Indeterminadas y, en muchos casos sin intervención del Ministerio Fiscal sobre todo si va a ser denegatorio del internamiento, y se acepta la versión policial sin aportarse el expediente administrativo, etc...

5. *Intervención Judicial en la expulsión gubernativa. Algunas notas jurisprudenciales sobre la materia*

La intervención judicial en la vía gubernativa, como ya hemos visto, se da a través, lógicamente, de la vía contencioso-administrativa utilizándose dos procedimientos el ordinario y el de protección de derechos fundamentales establecido en la Ley 62/1978 de 26 de diciembre ya citado. En este último la intervención del Fiscal es preceptiva como garante de los derechos afectados y por disponerlo así las leyes sustantivas —artículo 7.3 y 8.4 de la Ley 62/1978, y artículo 3.13 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal—. Además de las dos indicadas, cabe igualmente la vía del Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional en los casos en que, de acuerdo con la legislación orgánica del mismo, proceda, —artículo 41.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979 de 3 de octubre, que prevé la legitimación del Ministerio Público en su artículo 46.1 y su intervención preceptiva en el 47.2, así como, 3.12 del EOMF—.

Este acceso del extranjero expulsado a estos procedimientos jurisdiccionales no siempre ha sido tan clara. Así, en cuanto a la protección establecida en la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales se discutió, en un primer momento, si les estaba permitido acceder al mismo ya que la LOE no lo mencionaba expresamente. Esta duda se ha ido resolviendo por la uniforme jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, ya que la condición de personas, que sin duda tienen, les otorga dicha protección jurisdiccional —STS de 9 de febrero de 1988 y de 3 de noviembre de 1982—. También se discutió si les estaba abierta la vía del

recurso de amparo constitucional. Así ni la ley, ni el Reglamento menciona la posibilidad de esta vía de impugnación. Esta posibilidad ha dado lugar a posturas doctrinales enfrentadas de las que Sagarra i Trias nos hace una clara exposición (9). Podemos resumir la postura a nuestro entender correcta con lo manifestado por nuestro TC en su sentencia de 23 de julio de 1981:

> *Cuando el recurso se fundamenta en una presunta violación atribuible a un órgano judicial, el artículo 46.1.b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional otorga legitimación para formularla a quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente y tal carácter concurre sin duda en el solicitante del recurso de amparo.*

Asimismo, el TC ha manifestado que el concepto de ciudadano no limita la defensa de los Derechos Fundamentales que alcanza a todos, españoles o extranjeros. —STC de 14 de marzo de 1983 y 21 de febrero de 1983—. Hay que añadir también, y esto en cuanto a todos los medios impugnatorios alegados, que el recurso puede plantearse tanto si el extranjero continua en nuestro país, como si ya se encuentra fuera de España, ya que lo importante no es el lugar donde se encuentre, sino que se haya visto afectado en sus derechos por una resolución de la Administración española, y otra interpretación contrariaría la tutela judicial efectiva que es predicable de toda persona.

Con respecto a la intervención del Ministerio Fiscal en estos procedimientos es de destacar que en el procedimiento contencioso-administrativo ordinario no se prevé la intervención del mismo asignando la defensa de la legalidad al Abogado del Estado, lo que ha sido fuertemente criticado, ya que se da la paradoja de que un mismo órgano defienda el interés general de la Ley y el particular de la Administración. Al mismo tiempo se aboga por hacer realidad el artículo 3.13 del EOMF, dando intervención al Ministerio Fiscal en todos aquellos procedimientos en que se vean afectados derechos fundamentales o en defensa del principio de legalidad (10). Asimismo, en el procedimiento de la Ley 62/1978 en que el Fiscal interviene, no puede interponerlo, puesto que la Ley en su artículo 6 se remite a la LJCA, que no prevé la legitimación del Ministerio Público para la interposición del recurso. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de hacerlo vía artículo 3.7 del EOMF. Entendemos que es preciso introducir la intervención del Ministerio Público en el procedimiento ordinario, con

(9) O. c., págs. 287 y ss.

(10) Sobre esta discusión ver GRANADOS, F. *El Ministerio Fiscal. (Del presente al futuro)*, Tecnos, Madrid, 1989, págs. 268 y ss.

legitimación en estos temas que afectan directamente a los derechos fundamentales, en la reforma del Procedimiento contencioso-administrativo que se avecina, como ya se ha hecho de forma parcial en algún caso.

Aunque ya lo hemos indicado, no creemos ocioso señalar que el procedimiento más utilizado ha sido el de la Ley 62/1978, en primer lugar, por no precisar agotar la vía administrativa —en lo que ya se ha equiparado el procedimiento ordinario— y por la mayor facilidad para la suspensión, tema que vamos a estudiar, con posterioridad. Para terminar destacar que en el procedimiento administrativo de expulsión es fundamental el trámite de audiencia, hasta tal punto que su ausencia lleva aparejada la nulidad del mismo.

a) Suspensión de la ejecución

El artículo 34 de la LOE establecía la prohibición de la suspensión de las resoluciones administrativas dictadas en esta materia. Esta prohibición fue uno de los puntos recurridos por el Defensor del Pueblo siendo aceptado por el TC, al indicar que, si bien, la tutela judicial efectiva no impone en todo caso la suspensión del acto, sin embargo, eso no quiere decir que se pueda suprimir totalmente ese derecho a un grupo de personas por que eso si conculcaría los artículos 14 y 24 de la Constitución.

Por ello en el caso que nos ocupa, el tema de la suspensión debe regirse por la normativa general con independencia de lo dispuesto en el artículo 34 de la ley. Ya hemos destacado como en este campo, en principio, es preciso tener en cuenta la vía impugnatoria alegada. Así, si se sigue el procedimiento ordinario habrá de aplicar el artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que admite la suspensión *cuando la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil*; si seguimos el procedimiento de la Ley 62/1978 el precepto aplicable será el artículo 7.4 de la misma que establece como regla la suspensión del acto impugnado *salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general*. De entrada se observa que, mientras en el procedimiento ordinario la suspensión es la excepción, en el especial es la regla y, por ello, de más fácil obtención. Ello en principio, ya que la tendencia jurisprudencial del TS dentro del procedimiento ordinario ha ido acercando ambos supuestos. Así ha ido considerando el derecho a la suspensión del acto impugnado como elemento esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, y partiendo de ello ha tenido en cuenta que el interés público exija o no la ejecución, la posibilidad o no de que la ejecución del acto pueda generar una situación irrever-

sible, así como el hecho de la dificultad o imposible reparación en el caso de ejecutar el acto impugnado (11). Estas consideraciones son especialmente aplicables a los actos administrativos sancionadores ya que en ellos el artículo 24 de la Constitución exige que la sanción no pueda aplicarse hasta que esta no sea firme. —Las STC de 21 de marzo de 1988 y 5 de enero del mismo año, que si bien indican que la ejecutividad de la sanción no vulnera el principio a la presunción de inocencia, debe incrementarse el control judicial de la misma y que los efectos de las sanciones no desaparecen porque se espere a la firmeza para su ejecución. Todo esto ha facilitado la suspensión—, también, en el procedimiento ordinario.

Tras estas reflexiones de carácter general podemos resumir la doctrina del Tribunal Supremo sobre la suspensión de los actos relativos a estas materias en las siguientes ideas:

1. El criterio esencial para acceder a la suspensión es el de la dificultad de reparación de los daños y perjuicios que la ejecución del acto pudiera ocasionar, como dicen los Autos del TS de 1 de septiembre de 1987, 6 de noviembre de 1990, y de 8 de enero de 1993, entre otros. En relación con los daños y perjuicios habrá que valorar el arraigo en el país, y sus intereses económicos y familiares. —Así, residencia familiar en España en el Auto de 6 de noviembre de 1990, ser padre de súbdito español menor de edad en el de 16 de mayo de 1991, compra de vivienda y matrimonio de hecho con ciudadano español en el de 5 de diciembre de 1991, convivencia con ciudadano extranjero residente en España en el de 22 de enero de 1992, matrimonio con español en el de 25 de noviembre de 1985, etc.—.

2. La suspensión solo puede denegarse cuando de la no ejecución se de un grave perjuicio para el interés general y o intereses públicos —Auto de 10 de octubre de 1988 y 4 de julio de 1992—. En estos casos se incluyen la estancia ilegal o las actividades ilegales, entre otras, que causan ese perjuicio sino existe un interés preponderante —Auto de 24 de octubre de 1990—, antecedentes penales en el país de origen —el de 17 de septiembre de 1992—, conducta antisocial o peligrosa para los intereses nacionales —el de 10 de julio de 1991—, etc. Por el contrario no afecta de forma importante a dicho interés general la situación del mercado de trabajo —el de 27 de octubre de 1989 y el de 10 de octubre de 1988—.

(11) Sobre este tema puede consultarse Rodríguez-Arana Muñoz, J. F., «Últimas orientaciones jurisprudenciales sobre suspensión contenciosa de actos administrativos (1988-1989)» en *Poder Judicial*, núm. 17, CGPJ, Madrid, 1990, págs. 179 y ss.

3. En todo caso, habrá que ponderar los intereses en juego para determinar cual es el preponderante —Auto de 1 de mayo de 1991—, evitando acceder a la suspensión como norma general ya que supondría una auténtica alteración de la regularidad del mercado de trabajo —Auto de 6 de junio de 1991—, debiendo en todo caso demostrarse el perjuicio alegado —Auto de 10 de julio de 1991, entre otros—.

b) Necesidad de acreditar suficientemente los hechos base de la medida

Otra de las ideas fundamentales establecidas por la jurisprudencia en esta materia es la necesidad de que la resolución de expulsión este suficientemente motivada, lo que supone el que los hechos base de la misma estén suficientemente probados. No podía ser menos ya que estamos en el campo del Derecho Administrativo sancionador al que le son aplicables todos los principios del Derecho Penal entre ellos el de tipicidad y legalidad tal como ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional y nuestro Tribunal Supremo (12). A modo de ejemplo podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1990:

> *Cualquier medida sancionatoria restrictiva del derecho fundamental de libre elección de residencia y fijación de domicilio, tomada al amparo de lo dispuesto en la LO 7/1985 y de su extensión reglamentaria, ha de ser restrictivamente interpretada, con muy estricta observancia de los presupuestos de legalidad y tipicidad y con la adecuada rigurosa acreditación de los hechos imputados, expresamente reflejados en el expediente del que se deriva la medida sancionatoria impuesta al súbdito extranjero.*

Es necesario, por tanto, que la resolución de expulsión reúna dos requisitos:

1. Que los hechos en que la resolución se base estén suficientemente acreditados y sean claramente subsumibles en alguno de los supuestos legales. Así la STS de 10 de abril de 1987 exige que *aparezcan en el expediente elementos de hecho* y *aportandose pruebas* ya que lo contrario *supone una vulneración del Derecho Fundamental de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española, que pueden invocar no solo los ciudadanos españoles sino los extranjeros*. Y la STS de 25 de octubre de 1991 excluye como prueba suficiente para justificar la expulsión las meras sospechas o apreciaciones subjetivas. Por lo tanto, no basta con

(12) Al respecto de esta materia puede consultarse CASTILLO BLANCO, F. A. *Principios de proporcionalidad e infracciones disciplinarías*. Colección Jurisprudencia Práctica. Tecnos, Madrid, 1995.

el atestado, que solo tiene valor de mera denuncia, sino que los hechos deben estar suficientemente probados y reflejados como tales hechos probados en el expediente y en la Resolución. —STS de 18 de mayo de 1990 y 25 de febrero de 1992—.

2. Que la Resolución se encuentre suficientemente motivada. O lo que es lo mismo que en el mismo cuerpo del escrito se haga expresa referencia al motivo de la ilegalidad apuntada. —STS de 24 de enero de 1990—. Como gráficamente expresa la STS de 18 de mayo de 1990:

> *Una resolución, y más una que priva en principio de derechos, debe ser autónoma y contener en si misma todos los datos fácticos que justifiquen la aplicación de la norma, de manera que tan solo haya necesidad de acudir al examen del expediente o autos para constatar si los hechos que en ella se recogen están documentados adecuadamente...*

A pesar de todo lo expuesto, en nuestra labor profesional hemos podido observar que esto no siempre se respeta. Al contrario, en algunas ocasiones, hemos comprobado como se han resuelto expedientes de expulsión con resoluciones colectivas que se remiten, para determinar a quien afecta a listados adjuntos; o, de forma casi habitual, la narración de hechos se limita a reproducir el texto del tipo de expulsión tal como se recoge en la ley de una forma mecánica. Entendemos que estos vicios de la Administración deben se erradicados de la práctica por ser contrarios a nuestros ordenamientos constitucionales.

c) Algunos aspectos concretos que inciden en la expulsión

Junto a lo ya expuesto, queremos hacer referencia ahora, a una serie de hechos que tienen un aparición permanente en toda esta problemática que afectan a la misma. Entre ellos podemos destacar:

1. En cuanto al concepto de actividades ilícitas no puede incluirse en las mismas las meras irregularidades administrativas —STS de 13 de febrero y 29 de marzo de 1988—. Se pueden incluir como tales, al contrario, al tráfico de drogas y la asistencia a manifestación ilegal. En cuanto al ejercicio de la prostitución se exige que se practique de forma habitual, no bastando un acto aislado de comercio carnal —STS de 18 de septiembre de 1987—.

2. Trabajar como escultor de forma permanente sin permiso incurre en el tipo —STS de 7 de febrero de 1991—, pero no la constitución o gestión de empresas —STS de 21 de junio de 1990—.

3. El margen de discrecionalidad de la Administración no puede transformarse en libre arbitrio, —STS de 18 de diciembre de 1989—, criticandose por la STS de 18 de mayo de 1990 el que la Administración pueda crear la causa de expulsión denegando la renovación de un permiso solicitado. También se establece que no puede practicarse la expulsión cuando la solicitud del permiso se encuentra en trámite. —STS de 29 de marzo de 1988—.

4. No es posible expulsar a quien es español —STS de 20 de noviembre de 1991—, pero si al que tiene un hijo español —STS de 17 de febrero de 1989—. En este aspecto, sin perjuicio de lo que indicaremos más adelante sobre los efectos en este tema del Convenio Europeo de Derechos Humanos, si el hijo es menor de edad sus derechos a la vida familiar y al trato con su progenitor se verían afectados si no le acompaña en la expulsión, y si le acompaña, se estaría expulsando a un ciudadano español, lo que ya hemos visto que no puede hacerse. Por todo ello, entendemos que este planteamiento del Supremo debe cambiar ya que se afecta a derechos de un ciudadano español que entendemos constitucionalmente prevalentes. En este campo es fundamental la intervención del Ministerio Público en la protección del menor cuando sus progenitores no tengan interés en proteger este derecho a relacionarse con ambos —p. ej., en caso de separación o divorcio—. Tenemos noticias, aunque no confirmadas, de que la Fiscalía de Las Palmas ha intervenido en alguno de estos supuestos recurriendo la expulsión en interés del hijo cuando el progenitor español no lo ha hecho e impidiendo la expulsión del progenitor extranjero. En el caso del matrimonio con español o de la convivencia de hecho con él que se equipara al mismo por la STS de 5 de diciembre de 1991, provoca la imposibilidad de la expulsión ya que se verían afectados derechos de mayor trascendencia, y sin que pueda alegarse que el matrimonio sea posterior incluso a la notificación de la expulsión —STS de 25 de Noviembre de 1985—.

6. *La expulsión de los delincuentes*

Dentro de esta materia la intervención cuantitativamente más importante del Ministerio Público se da, precisamente, cuando los extranjeros se encuentran incursos en un procedimiento penal, o lo que es lo mismo, la expulsión de los extranjeros delincuentes presuntos o condenados. Esta expulsión se encuentra regulada en el artículo 26.2 de la LOE, así como 82 y 87 de su Reglamento. Dentro de esta materia se incluyen tres supuestos diferentes. Por un lado, la expulsión de un extranjero condenado o some-

tido a procedimiento penal que estudiaremos a continuación; por otro, la autorización judicial a la salida voluntaria de un extranjero sometido a un procedimiento penal. Este caso, traslado al procedimiento penal general de lo dispuesto para los delitos derivados del uso y circulación de vehículos de motor en el artículo 758.8.h) de la Lecrim, no supone, en ningún caso, una expulsión del país, sino una autorización a la petición libre del extranjero encartado para que se le permita volver a su país. Dicha salida, regulada en el artículo 21.2 de la LOE, exige como condiciones:

1. Que el extranjero este «encartado» en un procedimiento penal por delitos menos graves, lo que ya desarrollaremos luego.

2. Que se oiga previamente al Fiscal. Lógicamente, la petición del extranjero debe iniciar la toma de la decisión.

3. Que se cumplan los requisitos establecidos en la Lecrim. Dentro de estos podemos incluir el que el extranjero no se encuentre en prisión provisional, que con anterioridad tuviese su domicilio o residencia habitual en el extranjero, deje garantizadas las responsabilidades que pudieran derivarse del ilícito, así como las demás obligaciones y requisitos establecidos en el artículo 785.8.h), que la doctrina considera aplicable ya que otra cosa sería autorizar la salida sin ningún requisito (13).

Este caso se diferencia de los que veremos después, en que en este no se da la suspensión del procedimiento penal. Lo único que ocurre es que se le autoriza algo que, en principio, tiene prohibido por el procedimiento penal, advirtiéndole de que si no comparece se le declarará en rebeldía.

a) Autorización a la expulsión y expulsión judicial. Requisitos de las mismas.

Una vez vista la autorización de salida voluntaria, nos encontramos con los verdaderos supuestos de expulsión. Dentro de estos nos encontramos con una autorización judicial de una expulsión administrativa —artículos 21.2 primero y 26.3 de la LOE—, y con una expulsión eminentemente judicial —artículo 21.2 segundo de la misma ley—. Estos preceptos legales que suponen los primeros, una renuncia al *ius puniendi* del Estado, y el segundo, una conmutación de la pena impuesta, han sido tremendamente criticados por la doctrina por los siguientes motivos:

(13) ESTRADA CARRILLO que cita a Miguel Calatayud, O.c. pág. 267 y ss.

1. Supone un trato de favor al delincuente extranjero con respecto al nacional, ya que aquél quedara exento del cumplimiento de la pena y éste no. Según la misma doctrina esta ley provocará la delincuencia del extranjero, tesis contradicha por lo expuesto en la Circular 1/1994 de la FGE que establece que la «delincuencia inducida» se da, precisamente, por la dificultad de expulsión del extranjero delincuente. Faltan estudios criminológicos que aclaren la cuestión (14). Creemos que esta apreciación no es correcta, aunque eso no quiere decir que carezca totalmente de razón. Nos parece que crea más delincuencia la seguridad de poder eludir el castigo, aunque se nos expulse del país, que se delinca para no ser expulsado —al final lo será y sólo se ganará tiempo—. Mucho nos tememos que, en el fondo, la tesis establecida en la Circular no tiene más intención que descongestionar en lo posible las cárceles con el consiguiente ahorro presupuestario, lo que en temas que afectan a los derechos humanos no nos parece de recibo. Sólo la labor de los Fiscales de Extranjeros orientada por dichos derechos, puede evitar la expulsión por la expulsión. Lo que si tenemos claro con respecto a estas expulsiones, es que suponen un trato diferencial que beneficia al delincuente extranjero con respecto al nacional, pero que, quizás, ese trato diferencial este justificado por motivos suficientes.

2. El hecho de que, y en lo que respecta a la expulsión anterior a la condena, supone una excepción al principio establecido en el artículo 2.1 de la LOPJ que establece el ejercicio de la potestad jurisdiccional de *juzgar y hacer ejecutar lo juzgado* que corresponde a los Tribunales. Se da, por lo tanto, una renuncia al *ius puniendi* estatal que casa mal con la es-

(14) KAISER, G., *Introducción a la Criminología*. Dykinson, Madrid, 1988, págs. 289 y ss, realiza un importante estudio de la delincuencia de los extranjeros en la R.F. Alemana. Es de destacar en este estudio el que, hasta 1973, los extranjeros no cometen proporcionalmente más delitos que los alemanes, lo que, teniendo en cuenta la desfavorable situación de salida no deja de sorprender. A partir de ese año —inicio de la crisis económica— la delincuencia de los no alemanes empieza a aumentar, aunque sorprendentemente esta delincuencia se da fundamentalmente de forma muy manifiesta fuera de los inmigrantes trabajadores —hay que tener en cuenta, además, que en estos datos se incluyen la delincuencia de los turistas, las fuerzas extranjeras destacadas en Alemania, y, lo que es más importante, las infracciones a la Ley de Extranjería que no podemos considerarlas propiamente delitos—. Este autor considera como causa directa de la delincuencia del extranjero al desarraigo, y la orientación de la política de Extranjería por razones de política económica o de empleo que dificultan la integración, junto con la actitud social de rechazo que impide una convivencia real. Si bien este estudio no afecta al caso que estamos contemplando, hemos querido reflejarlo aquí por lo ilustrativo que es en cuanto al tópico de los extranjeros como «delincuentes natos» creadores de inseguridad ciudadana que estamos acostumbrados a escuchar. Se echan de menos estudios criminológicos serios de estos temas, que pueden existir, pero a los que no hemos podido acceder.

tructura jurídica del proceso penal basada en los principios de legalidad, necesidad e inmutabilidad, introduciendo una especie de principio de oportunidad en razón de la nacionalidad del delincuente, ajeno totalmente a nuestro ordenamiento jurídico. Al mismo tiempo, conlleva al ceder de la acción penal frente a la administrativa, que contradice el principio general existente en nuestro derecho de preferencia de aquélla sobre ésta.

3. En cuanto a la expulsión judicial una vez dictada sentencia firme, es también criticada de forma unánime por la doctrina. Primero por atentar contra el principio de igualdad, ya visto. Segundo, por ir contra el artículo 8.1 del Código Civil ya que las leyes penales obligan a todos, españoles y extranjeros, por igual; contra el artículo 18 de la LOPJ que establece que *las resoluciones judiciales sólo podrán dejarse sin efecto en virtud de los recursos previstos en las leyes. Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos*. Por último, no estamos realmente ante una sustitución de pena por expulsión, sino ante una acumulación de las mismas, ya que si regresa al territorio nacional en el plazo de tres años —artículo 87.2 del Reglamento de Extranjería— debería cumplir la pena por incumplir la expulsión, y si regresa pasados ya los tres años sin que la pena haya prescrito deberá cumplir también la pena, con lo cual no habrá realmente sustitución.

4. La expulsión de los delincuentes supone, a nuestro entender, un acto insolidario con el resto de los países a los que enviamos sus nacionales delincuentes en libertad, pudiendo existir medidas alternativas, a través de Convenios Internacionales, para lograr los fines que persiguen estas expulsiones librar al país de delincuencia no nacional y descongestionar las Prisiones como luego veremos. No es tampoco acorde con el sentido resocializador de las penas ya que se priva al extranjero de esa posibilidad. No se nos escapa que las prisiones resocializan muy poco, precisamente por la falta de medios y la saturación de las mismas, pero eso no justifica la dejadez de los principios que, libremente, hemos asumido.

Una vez vistas las críticas que podemos hacer a estos preceptos vamos a estudiar las diferencias, similitudes y requisitos de los mismos. En esta exposición vamos a dejar de lado aquellos aspectos que se estudian en profundidad en los siguientes apartados de este trabajo:

1. Estamos ante dos instituciones de naturaleza diferente. Por un lado, ante una expulsión de carácter meramente administrativo pero que precisa de autorización judicial —artículo 21.2 primero LOE—, no es una expulsión judicial sino administrativa. Por otro lado, ante una auténtica expulsión judicial que no precisa ni de resolución administrativa, ni de estar incurso en una causa de expulsión —párrafo segundo de dicho artículo—.

2. En el primer caso puede solicitar la autorización la Administración y el extranjero encartado —artículo 81.2 del Reglamento—, sin que pueda hacerlo el Ministerio Fiscal, ni el Juez de oficio. En el segundo, podrá solicitar la expulsión el Ministerio Fiscal, el extranjero, e incluso acordarla el Juez de oficio —*podrá acordar* indica el precepto—.

3. La forma de terminación de cada una de las resoluciones consiste en el archivo del procedimiento en la primera, y en el archivo provisional de la ejecutoria en el segundo, al menos, hasta que transcurran los tres años, aunque lo más correcto sería hasta la prescripción de la pena. En ambos casos, habrá que esperar para el archivo que la autoridad administrativa comunique que se ha ejecutado la expulsión, ya que el Juez debe vigilar el cumplimiento de sus resoluciones.

4. Destaca como diferencia entre ambos, aparte de las audiencias contempladas que luego veremos, el que la que hemos llamado expulsión judicial exige que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles, mientras que la autorización no lo exige. En principio, esto supone un mejor tratamiento a los extranjeros solventes que a los no solventes. En segundo lugar, deja desasistidos a los perjudicados cuando la expulsión se práctica antes de la sentencia. Echamos de menos, en todo el procedimiento la audiencia previa del perjudicado, incluso constituido en acusador particular, para proceder a la expulsión. Igualmente creemos que en la expulsión presentencia podría exigirse legalmente el afianzamiento de las responsabilidades civiles, o la declaración de insolvencia antes de autorizar la misma para así garantizar los derechos de la víctima (15).

5. El TC en su sentencia 115/1987 de 7 de julio exige que la Resolución de expulsión sea firme, lo que no exigía la ley, aunque eso no impediría el que se autorizara la expulsión antes pero condicionada a la firmeza buscando sobre todo la celeridad en estos procedimientos, que deberían declararse legalmente como preferentes en su tramitación.

6. En todo caso, debe oírse de forma clara e inequívoca, para que exponga lo que tenga que alegar sobre su expulsión, tal como ha indicado el TC, al extranjero encartado.

7. En el caso del primer párrafo del artículo 21.2 de la LOE es preciso, para autorizar la expulsión, ponderar todos los intereses en juego: el del Estado en expulsar, el de castigar al culpable, el del extranjero —te-

(15) Coincidimos en lo sustancial en la propuesta de procedimiento planteada por la Fiscalía de Barcelona en la Memoria de la FGE de 1994, págs. 100 y ss.

niendo en cuenta sus circunstancias personales—, así como el interés del perjudicado en el delito.

8. En cuanto a la sustitución de la pena por la expulsión, ya hemos dicho que puede acordarla el juez sin petición y sin que exista supuesto legal de expulsión. En este caso será fundamental ponderar la pena impuesta, ya que no es lo mismo una pena de 6 años de prisión, que una pena de multa. Habrá que tener la misma en cuenta para acordar o no la expulsión. La sentencia condenatoria debe ser firme. Se discute si en este caso es aplicable lo dispuesto en el artículo 36.1 de la LOE, ya que, al encontrarnos ante una expulsión de carácter judicial no le serían aplicables la normativa de la expulsión con carácter administrativo. En este caso, el plazo será el necesario para la prescripción de la pena, ya que como hemos visto, no se trata realmente de conmutar la sanción.

b) Competencia

La competencia judicial para autorizar o decretar la expulsión será distinta según el momento procesal en que se realice la misma. Aunque en esta materia nos remitimos en su totalidad a la postura adoptada por la FGE, que estudiaremos seguidamente, queremos destacar aquí que, por algunos sectores se ha cuestionado la competencia de los Jueces de lo Penal para autorizar la expulsión antes de la sentencia (16). Se basan estos autores en que una vez dictado auto de apertura del juicio oral este solo puede terminar por celebración del juicio y sentencia y, por lo tanto, una vez recibidas las actuaciones por el Juzgado de lo Penal este no podrá autorizar la expulsión hasta que exista sentencia firme. Pero este planteamiento se establece sobre unas bases erróneas. No es cierto que tras la apertura del juicio oral solo pueda acabarse el procedimiento por sentencia. Así, por ejemplo, ocurre en algunos de los llamados artículos de previo pronunciamiento —cuestión de competencia, prescripción, etc...— que pueden finalizar el juicio por auto estimándola, al igual que ocurre con el auto autorizando la expulsión (17). Por ello no existe el inconveniente que este sector de la doctrina plantea.

---

(16) Comunicación presentada por PÉREZ PÉREZ, J. J. al Curso de Derecho de Extranjería del CGPJ celebrado en Madrid en noviembre de 1994 bajo el titulo *La expulsión del extranjero en el proceso penal.*

(17) Sobre este tema puede estudiarse CABEDO, R. y otros *Lecrim*, págs. 1124 y ss; MAJADA, *Practica Procesal Penal*, Tomo III, págs. 1574 y ss; y ESCUSOL, E. *Manual de Derecho Procesal Penal*, págs. 588 y ss.

c) La doctrina de la FGE sobre esta materia

Las opiniones de la cabeza del Ministerio Público sobre toda esta materia se encuentra contenida en tres circulares, que aunque coincidentes en lo sustancial, difieren en algunos aspectos y van adaptando la actuación de nuestro Ministerio a las nuevas realidades sociales y legislativas. Estas Circulares son la 5/1987 de 18 de noviembre, 2/1990 de 2 de octubre y la comentada 1/1994 de 15 de febrero. De lo expuesto por todas ellas podemos extraer las conclusiones y directrices siguientes:

1. Hay que hacer referencia, en primer lugar, a que podemos entender por «encartado» a estos afectos. La FGE considera el encartamiento como un acto procesal previo y condicionante de la acusación que es la que determina la condición de imputado. Parece indicar que la condición de imputado es posterior al encartamiento, y que surge del escrito de calificación. No esta condicionada, por lo tanto, la autorización de la expulsión a la existencia de escrito de calificación, tal como se mantenía anteriormente, bastando que *el extranjero haya adquirido la condición de imputación* (sic). Si la Circular 1/1994 identifica encartado con imputado, y este considera que existe desde que hay escrito de calificación contra el, no entendemos la forma de razonar de la FGE. Parece que esta todavía anclada en la doctrina anterior que se trata de superar. A nuestro entender, puede entenderse por encartado aquella persona contra la que se dirige un proceso penal de forma clara, siendo la figura del imputado una subespecie de aquel. Una persona podrá considerarse encartada cuando de las actuaciones quede indiciariamente clara su participación en los hechos, lo que ocurrirá si en su primera comparecencia se le ilustran de sus derechos y se le da la posibilidad de defensa de acuerdo con la doctrina de nuestro TC, y con mayor motivo, si se ha dictado Auto de transformación de las actuaciones en Procedimiento Abreviado, hecho que supone el verdadero «juicio de imputación» en este procedimiento y no la calificación.

2. El segundo requisito a determinar es que debe entenderse por delitos menos graves en los que cabe la expulsión. En una primera época se consideraron como menos graves los condenados con pena igual o inferior a prisión menor, excluyendo del concepto los delitos que se condenan con prisión menor y multa, ya que estos se encuentran castigados con pena superior. Hoy ese criterio ha cambiado remitiéndose, para aclarar que debemos entender por delitos menos graves, a los delitos que deben tramitarse siguiendo el cauce del Procedimiento Abreviado de la Ley 7/1988, y cuyo conocimiento se atribuye a los Juzgados de lo Penal, frente a los atribuidos a las Audiencias —delitos graves— y los atribuidos a los Juzgados de Instrucción —leves—. Como consecuencia lo importante es que la pena

a imponer no exceda de 6 años —sea de la naturaleza que sea, o multa o privación del permiso de conducir cualquiera que sea su duración—. Por lo tanto, no afecta a la inclusión dentro de estos delitos el que se de una pena conjunta. Estas penas deberán observarse en abstracto, de la misma manera que se observan para determinar la competencia, sin tener en cuenta la pena concreta que pudiera imponerse de acuerdo con las circunstancias modificativas, grado de participación, etc.

3. Otro elemento que ha evolucionado ha sido el de la fase procesal en que puede autorizarse la expulsión —la sustitutiva de la pena solo tras la sentencia firme—. En un primer momento, solo se admitió la autorización tras el escrito de acusación, ya que solamente en ese momento se pueden conocer todos los datos necesarios para valorar la expulsión. Actualmente, se admite la autorización en el trámite de Diligencias Previas antes del escrito de acusación —más que admitir podemos decir que se insta a que así sea—, a no ser que no pudiera determinarse la naturaleza del delito, en cuyo caso, salvo que existieran causas excepcionales que lo aconsejasen, debe solicitarse la autorización para la expulsión en el escrito de acusación.

4. Dependiendo del momento procesal en que se plantee el tema de la expulsión la competencia será distinta. Así si nos encontramos en el trámite anterior a la remisión de las actuaciones al Juzgado de lo Penal, será competente el Juez de Instrucción que tramita las actuaciones. Una vez que han sido remitidas las mismas al Juez de lo Penal será competente este, tanto para autorizar la expulsión previa a la sentencia, como para sustituir la pena impuesta en sentencia, ya que es el competente para ejecutar sus sentencias. La intervención de las Audiencias Provinciales —salvo en lo respecto a los recursos— queda limitada a aquellos casos en que queden asuntos pendientes derivados de la legislación anterior, o se modificaran las conclusiones en el juicio oral por un delito menos grave, o la Sala variara el título de imputación condenando por delito menos grave, ya que en esos casos la ejecutoria dependería de la Audiencia, siendo ella por esto competente.

5. En cuanto a la intervención del Ministerio Fiscal en estas cuestiones, las Circulares indican que la obligación del Fiscal será atender para emitir su informe a las circunstancias del caso, dictaminando en contra de la expulsión, si los hechos no son claramente subsumibles en una causa legal, deberá comprobar si la resolución de expulsión es firme oponiéndose en otro caso a la misma, y que están satisfechas las responsabilidades civiles —en el caso de expulsión tras sentencia— o decretada la insolvencia, que, aunque no lo dice la Ley, sin duda debe ser así para no

conculcar el principio constitucional de igualdad. Hay que decir que, aunque el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 21 de la LOE no incluye la intervención del Fiscal, esta es, sin duda, preceptiva, ya que afecta a la ejecución de sentencias firmes y que el artículo 3.9 del EOMF encomienda al mismo el velar por el cumplimiento exacto de las resoluciones judiciales que afectan al interés público y social.

d) Problemas fundamentales que plantean estas expulsiones

Ya hemos visto a nivel teórico la materia de la expulsión. Pero el trabajo del Fiscal se encuentra jalonado por una serie de inconvenientes, algunos de los cuales ya hemos esbozado, y que, muchas veces, hacen imposible informar favorablemente una expulsión. Podemos incluir en ellos las dificultades de documentación ya indicadas anteriormente y que afectan sobre todo a magrebies que, además, suponen el contingente más importante de extranjeros ilegales; la dificultad de seguimiento de los extranjeros que circulan por todo el país, sin que podamos conocer los procedimientos que tienen abiertos, si es testigo esencial de otro procedimiento penal en otra provincia, lo que es imposible sin una red informática adecuada; dificultad de determinar si una resolución ha sido recurrida o no, dada la supresión en el orden administrativo del recurso de reposición, etc.

Queremos hacer una especial referencia aquí a un problema que nos preocupa notablemente y que es el que, en las directrices emanadas de la FGE no se haga ninguna referencia al hecho de que la presencia del extranjero en España sea necesaria para actuar como testigo en el esclarecimiento de un procedimiento penal, máxime cuando, a veces, este puede ser de importancia. Así tenemos conocimiento de que por la expulsión se han malogrado investigaciones importantes sobre falsificación de documentación, o redes ilegales de inmigrantes y mano de obra, lo que nos parece tremendamente peligroso, inútil y contrario a los intereses de nuestro país. Entendemos, que deben tomarse las medidas que eviten estos despropósitos.

e) La expulsión en relación con el Convenio Europeo de traslado de personas condenadas

Hemos hecho referencia anteriormente a que la expulsión de los extranjeros, podía suponer un acto insolidario para con el resto de los países.

Con el fin de facilitar la reinserción social de los presos no nacionales, hacer más llevadera su prisión, y descongestionar las prisiones de internos extranjeros, los países han firmado diversos Tratados Internacionales para el traslado de personas condenadas (18). Pero el Tratado que más incidencia tiene en esta materia, es el Convenio Europeo de 21 de marzo de 1983 sobre Traslado de Personas Condenadas ratificado por España en Instrumento de 18 de febrero de 1985 —BOE de 10 de junio de 1985— (19). Dicho Convenio se orienta a *servir a los intereses de una buena administración de justicia y favorecer la reinserción social de las personas condenadas*, lo que exige *la posibilidad de cumplir su condena en su medio social de origen*. Indudablemente en muchos casos se podrá optar por aplicar la expulsión, o utilizar lo establecido en el convenio comentado, entendiendo que, en ese caso, debe optarse por este último por ser más respetuoso con la solidaridad internacional y con la ejecución de las sentencias dictadas y las penas impuestas en las mismas. Los requisitos que el Convenio requiere para el traslado son los siguientes:

1. Petición del condenado —artículo 2.2—, o consentimiento del mismo, o de su representante legal, si por su edad o estado mental se considerase necesario —artículo 3.1.d).— Dicho consentimiento debe ser voluntario y penalmente consciente de las consecuencias jurídicas que el mismo supone. —artículo 7.1—.

2. El condenado debe ser nacional del Estado en el cual se solicita cumplir, ser firme la sentencia en la que se le condena, y estar de acuerdo ambos Estados en el traslado, —letras a, b, y f del número 1 del artículo 3—.

3. Los actos que hayan dado lugar a la condena deben constituir infracciones penales de acuerdo con las leyes de ambos países. Por último, deben quedar, al menos, seis meses de cumplimiento al hacer la solicitud-letras c y e del artículo ya citado del Convenio, a no ser que concurran circunstancias excepcionales.

---

(18) España ha suscrito los siguientes Tratados bilaterales con los siguientes países: Argentina —BOE de 27-5-1992— Australia —BOE 12-1-1991—, Dinamarca —BOE 25-4-1973—, Hungría —BOE 12-1-1989—, México —BOE 15-5-1989—, Perú —BOE 5-8-1987—, Tailandia —BOE 10-12-1987—, etc.

(19) El Convenio ha sido ratificado por Alemania, Canadá, Checoslovaquía, —hoy Repúblicas Checa y Eslovaca—, Chipre, Dinamarca, España, Estados Unidos, Grecia, Luxemburgo, Malta, Noruega, Reino Unido, Suecia, Suiza y Turquía. Se han adherido al mismo Bahamas y Finlandia. Ha sido aprobado por Francia, aceptado por los Países Bajos y firmado por Hungría e Islandia, entre otros.

De todo lo expuesto podemos deducir que existirán un grupo importante de delitos a los que podrá ser aplicables ambos procedimientos, expulsión y traslado, para que el extranjero salga de España. El problema principal es que, mientras para aplicar el convenio es preciso el consentimiento del afectado, en la expulsión solo se precisa su audiencia, por lo que el afectado puede forzar su expulsión, negándose a ser trasladado, lo que parece poco coherente. Solo si interpretamos con Sagarra (20), que la expulsión judicial requiere el consentimiento del interesado, por lo que es una *expulsión pactada*, la incoherencia seria evitada, si bien dicha interpretación es minoritaria en la doctrina y desconocida por la jurisprudencia.

7. *La expulsión de extranjeros a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

El artículo 10.2 de nuestra Constitución establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades se interpretaran de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos sobre la materia ratificados por España. En este sentido, es de vital importancia conocer la doctrina que, en aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1955, publicado en el BOE el 10 de octubre de 1979, ha ido estableciendo el Tribunal de Estrasburgo y la Comisión Europea de Derechos Humanos, relativa a expulsiones, ya que esta debe inspirar toda actuación que, en esta materia, tengan los órganos españoles, sean judiciales o administrativos.

La primera idea que debemos tener es que, aunque la expulsión, en principio, no atenta contra lo establecido en el Convenio, de forma excepcional puede manifestarse contraria al mismo. Y esto será así, si de alguna manera pone el peligro derechos protegidos en el mismo, en concreto los establecidos en los artículos 3 y 8 del Convenio.

En cuanto al artículo 3 que prohíbe la tortura y los tratos inhumanos y degradantes, prohíbe la expulsión si existen razones serias para creer que al individuo le aguarda en el país de destino un trato inhumano o degradante o el peligro de tortura. Se requiere no una situación cualquiera de riesgo, sino que esta sea excepcional. Para ello habrá que valorar la situación objetiva del país —a través de informes gubernamentales, o no gubernamentales como Amnistía Internacional—, asi como el riesgo con-

(20) Sagarra i Trias, O. c., págs. 197 y ss.

creto que pueda afectar al individuo en cuestión. Aunque en este aspecto la Comisión ha sido severa, ha aceptado que el riesgo de ser procesado por razón de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, puede ser suficiente para que la expulsión o devolución conculque el artículo 3 del Convenio (21). En cuanto al TEDH, se ha manifestado en sentido similar en el caso Soering *vs.* Reino Unido. Por el contrario, ha considerado que no conculca el artículo 3 si no se prueba el riesgo real —caso Vilvarajah *et alias vs.* Reino Unido—.

Más interés tiene para nosotros la aplicación del artículo 8 del Convenio en los casos de expulsión, en concreto en lo que respecta al derecho a la vida privada y familiar. Según este artículo, cuando la expulsión del país afecta a la vida familiar del expulsado y de su cónyuge e hijos, solamente estaría justificada si existiera una necesidad imperiosa para la misma. La existencia de una vida familiar es una cuestión de hecho que exige lazos intensos y reales, cohabitación y dependencia financiera. Incluye tanto a la familia matrimonial, como a la natural o paramatrimonial. En el caso Berrehab el Tribunal considero que existe vida familiar entre un padre divorciado y su hija, aunque no tenga la custodia, si existen relaciones muy estrechas, que no pueden romperse con el fin de proteger el mercado de trabajo, a no ser que hubiera una *necesidad social imperiosa*, y que sea proporcionada al objeto perseguido. —Sentencia de 21 de junio de 1991— . Las demás relaciones familiares se excluirían salvo que sean efectivas y las únicas existentes. El acceso a la mayoría de edad de los hijos no supone la desaparición de la vida familiar. Cuando nos encontramos ante una relación homosexual si bien no sería una ingerencia en la vida familiar a los efectos de este artículo, si podría suponer una ingerencia en la vida privada si la pareja no puede vivir en otra parte, o el vínculo con el Estado es parte esencial de la relación. La sentencia de 26 de febrero de 1992, caso Beldjoudi *vs.* Francia considera que la expulsión afecta a la vida familiar si los miembros de la familia se han integrado en la sociedad del Estado expulsante. En cada caso habrá de valorar si el fin que busca la medida de expulsión es proporcionado con el daño que se hace a la vida familiar.

Al hacer referencia a la jurisprudencia española en esta materia, hemos visto como solo tímidamente se van introduciendo estos criterios para matizar y limitar la actividad discrecional de expulsión por parte de la Ad-

(21) Para el desarrollo de este epígrafe seguimos el trabajo de ORAA ORAA, J., *Extradiciones y expulsiones de extranjeros y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo*, Cuadernos de Derecho Judicial, número 11, págs. 49 y ss. Cita este autor como ejemplo para este tema los caso Kerkoub, vs. bélgica —número 5012/1971— y Amekrane vs. Reino Unido —número 5961/1972—.

ministración. Hemos hecho referencia, también, a la labor que puede realizar en esta materia el Ministerio Público, en protección de los menores que ven afectada su vida familiar con la expulsión de su progenitor.

III. EPÍLOGO

Hemos hecho un amplio recorrido por toda la materia relativa a la expulsión en el Derecho de Extranjería. Queremos añadir, ahora, que los importantes intereses, estatales y personales, que entran en juego en este campo, hacen que, en la intervención del Fiscal, deba seguirse una escrupulosa atención para todo lo que afecta a los derechos de las personas involucradas. Para ello tenemos una difícil situación de salida. Con un importante desconocimiento de la regulación global de la misma; una incompleta intervención en el campo administrativo, importantísimo en la materia, que llega a carecer de legitimación general; una total falta de información general sobre situación de los extranjeros, expedientes judiciales, etc... Esperemos que el futuro nos depare una situación mejor. A esa labor hemos querido contribuir, modesta pero apasionadamente, con este trabajo.

ADDENDA AL ARTICULO «ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA EXPULSION EN EL DERECHO ESPAÑOL DE EXTRANJERIA»

Terminada ya la redacción de este trabajo se ha aprobado por las Cortes Generales el día 8 de noviembre de 1995 el Proyecto de la Ley Orgánica del Código Penal, que, en su artículo 89 modifica, parcialmente, la materia del mismo en lo que afecta a la expulsión de los extranjeros delincuentes como sustitución de la pena impuesta en sentencia judicial firme. Dentro de la reforma podemos contemplar dos situaciones diferenciadas:

a) El extranjero que, sin tener residencia legal en España, ha sido condenado a una pena inferior a 6 años que «podrá» ser sustituida por su expulsión del territorio nacional, con el único requisito de oír al mismo. Entendemos que esta expulsión sustitutiva será concedida, atendiendo al caso concreto y de forma discrecional, por el Juez o Tribunal sentenciador, y, en cuanto afecta a una ejecutoria penal, deberá ser oído también, aunque no lo diga, el Ministerio Fiscal. Podrá realizarse tanto de oficio, como a petición de alguna de las partes que provoque la actuación judicial. Dos problemas se plantean en este caso:

1. Esa decisión discrecional del juez ¿Es recurrible? Entendemos que la forma que deben adoptar estas resoluciones es la de Auto, puesto que creemos que deben ser motivadas y que, contra las mismas, cabrán los recursos que, de forma general, caben contra los autos. En dicho Auto habrá de determinarse el plazo, entre 3 y 10 años, de prohibición de regreso, atendida la pena impuesta, que establece el párrafo 2.º del artículo citado.

2. La referencia a las penas, tal como se establecen «persona condenada a pena inferior» hace que las penas a tener en cuenta deban ser las concretas impuestas en la sentencia y no las abstractas del tipo delictivo, lo que supone un giro copernicano con respecto a la actual interpretación de la FGE sobre la materia.

b) Cuando la pena fuera igual o superior a 6 años, y sin límite máximo, y estuviesen cumplidas las 3/4 partes de la misma, se puede acordar por el juez la expulsión, pero siempre a instancia del Ministerio Fiscal y con audiencia del reo. Nos encontramos ante una especial forma de libertad condicional en la que se disminuyen los requisitos para la concesión de la misma, si bien entendemos que, aunque no lo diga, es aplicable en este caso, la observancia de buena conducta y la predicción razonable de que no volverá a delinquir, ya que otra interpretación supondría un acto de insolidaridad internacional no justificada por lo que supone de trasladar a otros países en libertad delincuentes que podrían ser peligrosos. Indudablemente, a diferencia de la libertad provisional, el competente para dictar el Auto sustitutivo será, no el Juez de Vigilancia Penitenciaria, sino el Juez o Tribunal sentenciador. También deberá establecerse plazo de prohibición de retorno, entendiendo que, si incumple, deberá cumplir el resto de la pena impuesta. Vemos como se da un aumento de las penas que pueden sustituirse por la expulsión, si duda con el objetivo de disminuir el número de extranjeros en nuestras cárceles. A nuestro entender la reforma es criticable, y hubiera sido más conveniente el impulsar el uso de los Convenios sobre traslado de personas condenadas, agilizando y facilitando dichos traslados. Sera la práctica la que ira matizando estas primeras y rapidas impresiones.

LA INHABILITACIÓN: «ANÁLISIS PENAL, DISCIPLINARIO Y ADMINISTRATIVO»

ANTONIO MORALES PLAZA
Licenciado en Derecho
ANTONIO MORALES VILLANUEVA
Doctor en Derecho

SUMARIO: ANÁLISIS PENAL. 1. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS. 2. FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA. 3. LA INHABILITACIÓN ABSOLUTA. 4. LA INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA GARCOS PÚBLICOS. 5. LA INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO. 6. LA INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA PROFESIÓN U OFICIO. 7. LA INHABILITACIÓN EN EL NUEVO PROYECTO DE CÓDIGO PENAL. ANÁLISIS DISCIPLINARIO. ANÁLISIS ADMINISTRATIVO. CONCLUSIÓN.

ANÁLISIS PENAL

I. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTSE HISTÓRICOS

En un sentido amplio, cabría conceptuar a todas las penas como privativas de derechos —la libertad, la propiedad o incluso la vida— pero en una acepción técnico jurídica tal etiqueta queda reservada para aquellos que implican una «limitación de los derechos políticos, civiles o profesionales» (1), entre las que se encuentran la inhabilitación.

En realidad, se trata de «penas infamantes» de las arcaicas legislaciones, que incluso podrían alcanzar hasta la «muerte civil», estos es, la privación total de los derechos civiles de una persona. Afectaba a la globalidad de derechos que confluyen en el ser humano como sujeto del orden jurídico: el condenado perdía la honra, la nobleza, la patria potestad... y por ende era considerado como muerto para el devenir de la vida jurídica (2).

Si nos ceñimos al estudio concreto de la inhabilitación, *etimológicamente, —al igual que rehabilitación—* proviene de la palabra latina «habilis», que incluye simultáneamente dos acepciones directamente vincu-

---

(1) G. LANDROVE: «Las consecuencias jurídicas del delito». Madrid, 1988, Ed., Tecnos. 2.ª edición.

(2) En el Derecho histórico español tuvo amplia acogida la muerte civil, de plena vigencia en la legislación de las Partidas, e incluso fue utilizada en el Código Penal de 1822, para desaparecer con el Texto de 1848. Sin embargo, en la vecina Francia perduró hasta 1854.

ladas entre sí, a saber: como «digno de ser considerado» y como «capaz de hacer algo».

El estudio de esta institución (3) conlleva no pocos problemas, interrogantes y vacíos a la par que innumerables posiciones doctrinales y jurisprudencialmente encontradas. Se discute tanto su naturaleza jurídica como su fundamento y es propugnada por unos como paladín del Derecho sancionador moderno, mientras que otros la consideran como un resquicio histórico digno de supresión.

En este laberinto de contradicciones, y teniendo siempre presente que rigurosamente no es posible hablar de una sola verdad jurídica, el sentido lógico de las cosas exige revisar históricamente la figura, y adentrarnos en su significado, naturaleza y fundamento comprobando los cambios operados con el devenir histórico de los tiempos, ya que sin un conocimiento científico de esta Institución en el pasado, no podemos conocerla en la actualidad.

La inhabilitación, tal y como señala la más autorizada doctrina, (4) puede considerarse como una de las instituciones penales de más antigua concepción. Sin embargo, y pese a tal longevidad, ha sufrido una profunda evolución en su esencia y características fundamentales. El espíritu que inicialmente la alentó la configuraba como una sanción eminentemente popular y política. En general, las penas privativas de derechos, —entre las que se encuentra la inhabilitación— han sido desde el siglo XVIII objeto de innumerables críticas (5).

El Derecho surgido de la caída del Antiguo Régimen rechazó enérgicamente estas interdicciones con finalidad infamante, por considerarlas en franca pugna con el espíritu que animaba las modernas leyes penales. Por ello, las penas privativas de derechos que hoy perviven han perdido —en gran medida— el sentido aflictivo e infamante que constituía su esencia en otros momentos históricos.

En efecto, el carácter popular que acompañaba a estas penas ya se observa desde las turbas romanas despojando de sus atributos a los tribunos

---

(3) Entendiendo por tal —Como hace DÍEZ-PICAZO—, una serie de problemas sociales típicos junto con una serie de soluciones que a estos problemas da en un determinado momento histórico una determinada comunidad o grupo humano «Experiencias jurídicas y teoría del Derecho». Madrid, 1982. Ed. Ariel, 2.ª edición. pág. 178.

(4) En tal sentido BERISTAIN, R. G. L. J., septiembre 1966, núm. 3, pág. 252 y asimismo ROMERO MAURA en N. E. J., T. XII, Barcelona 1977, pág. 595.

(5) Tal como reseña LANDROVE op. cit., pág. 94.

desleales como Cepión (6) desposeído del «imperium» por presión de las masas, por concusión, hasta la interdicción temporal para los oficios públicos, de los que «por motivos fascistas o valiéndose de la situación política creada por el fascismo hubieran cometido hecho de particular gravedad, que no obstante no cumpliesen con los requisitos del delito» en Italia (7) pasando por el rompimiento de varas de los corregidores opuestos en cada episodio de las comunidades de Castilla, siempre que había motivos para ello, como ocurrió con los procuradores de Valladolid que habían incumplido su mandato en las cortes de Santiago.

Como vemos, el *Derecho Romano*, nos ofrece instituciones penales que podrían considerarse como antecedentes directos de las inhabilitaciones actuales. Los romanos, como es sabido, utilizaron como penas más comunes la muerte (en diversas formas), el destierro o la «interdictio aquae et ignis», la multa, los trabajos forzados, la prisión, las penas corporales, las penas infamantes y las privativas de derechos y profesiones.

Como señala MOMMSEN (8) las penas infamantes e inhabilitantes, en general «significaban una degradación civil, económica o política, dolorosa y humillante para cualquier ciudadano romano». En efecto, todo «cives romanus» sufría intensamente el perder su posibilidad y capacidad para intervenir en la vida pública del foro (en las elecciones, en la milicia, en las votaciones...) o al verse privado del título para ejercer la profesión que le proporcionaba los recursos económicos necesarios para su sustento. Estas penas privaban al condenado de un oficio o cargo honorífico o le incapacitaban para desarrollar una actividad lucrativa o le excluían del senado, o le prohibían ostentar algún tipo de condecoración o indumentaria, o bien de cualquier otro modo le inferían otras desventajas procesales o civiles.

El prof. BERISTAIN (9) agrupa sistemáticamente los efectos de estas penas, resumiéndolos en siete capítulos:

1. La pérdida de la ciudadanía romana (en cierto sentido y en cierto tiempo, pero no siempre, se consideró como pena).

---

(6) DURUY, V. «Historia de los Romanos». trad. de C. NAVARRO. Barcelona. Editorial Montaner y Simón 1899, T. I, pág. 375. cit., por ROMERO MAURA.

(7) «Decreto Legislativo logotenenziale», 27 de septiembre 1944, núm. 1959, cit., por VASALLI y SABATINI. G. «Il colaborazionismo e l'amnistia política nella giurisprudenza de la Corte di Cassazione», Roma. Ed. Giustizia Penale, 1947, pág. 563.

(8) Cit., por BERISTAIN, pág. 253.

(9) Op. cit., 254.

2. La privación del derecho de sepultura.
3. La incapacidad de testimoniar.
4. La infamia o la limitación según las épocas y el arbitrio de los magistrados, del derecho a actuar en los tribunales.
5. La suspensión e interdicción de actividades públicas o privadas.
6. La exclusión del acceso a ciertos cargos.
7. La exclusión del Senado (10).

Al margen de las dudas que las fuentes historiográficas puedan ofrecer, nos es lícito afirmar que el Derecho Romano legisló e impuso penas inhabilitantes, concibiéndolas como reacción natural de la víctima y del poder. Pretendió con esta pena tanto castigar a los miembros indignos de la clase dirigente como defender y conservar el poder en sus manos estructurando la inhabilitación con tintes inequívocamente clasistas.

Por el contrario, en *Derecho Germánico* la inhabilitación aparece únicamente en sus últimos tiempos, y se aplica con parquedad. En efecto, en el período primitivo encontramos la «pérdida de la paz» como la única reacción contra toda clase de delitos mientras que el segundo período muestra como rasgo fundamental la posibilidad de «pagar todos los delitos con dinero».

El último período, sin embargo, estructura ya la pena como institución pública concretizada en multitud de subespecies sancionatorias muy diversas unas de otras, porque responden a diversos delitos y a diversos delincuentes. Entre dichas clases de penas las infamantes incluyen una multitud variada de penas. Así lo prueba, como botón de muestra, uno de los Estatutos municipales de PASSAU de 1225 al afirmar que «quien ha sido condenado una vez por hurto, después nunca... tendrá personalidad para actuar en la asamblea judicial» (11).

Es, por último, reseñable que en el Derecho Germánico fue decisiva para la configuración de la inhabilitación la influencia ejercida tanto por el Derecho Romano como por el Canónico, si bien no es menos cierto que el Derecho penal Germánico pretendió principalmente el mantenimiento

(10) Si bien en este último caso, no está claro si la exclusión del Senado debe considerarse como pena (accesoria o principal) o como modificación de la facultad administrativa censoria.

(11) «Ani gemel proscribetur pro furt, deinceps munquam... in indicio standi personam habebit».

del orden público y el restablecimiento de la paz, dejando en un plano menos prevalente tanto la intimidación como la reeducación.

En cuanto a las instituciones canónicas referentes a las penas privativas de derechos es oportuno remarcar que carecen de rasgos consuetudinarios y van precedidos y siempre escoltadas por amplias consideraciones teóricas y doctrinales, que les dan luz y control.

La práctica del Derecho Canónico relativa a las inhabilitaciones se articularán a través de dos instituciones empleadas con diversa frecuencia según las épocas, a saber, la excomunión y la suspensión.

En nuestro Derecho Histórico, las Partidas, con resabios claramente romanistas, preceptúan que el condenado a esta pena, aunque «non sea muerto naturalmente, tiene las leyes que lo es en cuanto a la honra, o a la nobleza e a los efectos de este mundo».

Por su parte nuestro Código Penal de 1822 en un excesivo afán detallista y pormenorizado señala en el artículo 53 que «Los reos condenados a trabajos perpetuos, deportación o destierro perpetuo del reino, se considerarán como muertos para todos los efectos civiles de España, después de nueve días contados desde la notificación de la sentencia que cause ejecutoria; los cuales se les conceden para que puedan arreglar sus asuntos, hacer testamento y disponer libremente de sus bienes y efectos con arreglo a las leyes, sin perjuicio de las responsabilidades pecuniarias a que estuvieren sujetos; entendiéndose que podrán llevar consigo en dinero y muebles todo aquello que les sería lícito disponer por testamento, aún teniendo herederos forzosos. Pasado dicho término sin testar ni disponer de sus bienes, acciones y derechos, todos los que hubiera poseído en España pasarán a sus herederos legítimos como en el caso de abintestato. El reo perderá en ella todos los derechos de la patria potestad y los de la propiedad, excepto en lo que lleve consigo; y si estuviere casado se considerará disuelto el matrimonio en cuanto a los efectos civiles, y el otro cónyuge y los hijos y sucesores entrarán en el goce de sus derechos como en el caso de muerte natural. Pero la expresada disolución del matrimonio no tendrá efecto o dejará de tenerle, siempre que el otro cónyuge quisiere voluntariamente acompañar al reo en el destierro o deportación. Desde el momento de la notificación de la sentencia será incapaz el reo de adquirir cosa alguna en España por razón de sucesión ni por otro título; pero el deportado podrá en el lugar de su deportación adquirir lo que gane por su trabajo o industria. La gracia que conforme el art. 144 obtenga el deportado para ejercer los derechos civiles o algunos de ellos en el lugar de su deportación no será nunca con respecto a lo pasado, sino únicamente para lo venidero desde la gracia en adelante.»

Los durísimos efectos que se derivan de la aplicación del artículo transcrito se irán atenuando con la sucesiva publicación y entrada en vigor de los posteriores Códigos Penales (11 bis), en los que irán floreciendo paulatinamente los principios modernos que inspiran la Ciencia Penal (legalidad, tipicidad, igualdad y sobre todo proporcionalidad entre otros).

2. Fundamento y naturaleza jurídica

Las inhabilitaciones y suspensiones acarrean una tipología sancionadora que no es sino consecuencia de un principio subyacente en la Administración Pública, según el cual quien ostenta un cargo en la organización administrativa debe reunir diversas condiciones personales adecuadas a la función a desempeñar. Este punto de vista es connatural a la evolución del Estado Social de Derecho, en donde la discrecionalidad (12) —¡cuidado con no identificarla con arbitrariedad!— administrativa requiere funcionarios confiables, sin mencionar la exigencia del desempeño de la justicia.

En nuestra opinión este tipo de sanciones tiene un mayor encaje en el ámbito funcionarial que en otros campos, donde su aplicación, en no pocas ocasiones, deja de tener finalidad alguna y acarrea consecuencias contrarias a todo orden racional de las cosas.

Por ello, no es extraño que se haya atacado a estas penas discutiendo su utilidad, así como su carácter igualitario. En efecto —como señalan au-

---

(11 bis) La inhabilitación en el Texto Punitivo de *1848* —que no varía respecto del de *1850*— quedará regulada en los arts. 24, 26, 30 a 35, 38, 39, 44, 50 a 57 y 79. En el CP de *1870* los preceptos que tratan la institución son los siguientes: arts. 26, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 36, 37, 40, 41, 45, 53 a 58, 60 y 61. Mientras que en el de *1928* son: arts. 87, 108, 115, 117, 119, 121, 122, 123, 88, 101 y 504. El CP de *1932* tratará su regulación en los arts. 27, 30, 29, 34 a 36, 39, 41, 44, 45, 59, 77 y 82. Por último el de *1944* se encarga de la figura en los arts. 27, 29 a 32, 35 a 41, 45, 72, 73, 75, 78, 113, 115 y 118.

(12) Al fin y al cabo la potestad reglamentaria no es sino una potestad discrecional, es decir, un poder configurado de tal modo que en su concreto ejercicio la Administración titular del mismo goza de una libertad de elección, mayor o menor, para adoptar sus determinaciones. En tal sentido Garcia de Enterría y T. R. Fernández, distinguiendo la discrecionalidad de los conceptos jurídicos indeterminados señalan que aquélla «es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc...) no incluídos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración» en «Curso de Derecho Administrativo» I, 5.ª, Ed., Civitas. Madrid 1992. En semejante sentido se expresan —entre otras— las SSTS 24 octubre 1959 y 2 octubre 1965.

tores como COBO DEL ROSAL VIVES ANTÓN (13), LANDROVE (14) y MANZANARES (15)— desde el punto de vista de la utilidad se ha puesto en duda la eficacia de penas que privan al reo del principal medio de reinserción social: el trabajo. Desde el de la igualdad, se ha señalado la extraordinaria gravedad que revisten para ciertos reos, y la nula efectividad punitiva que tienen para otros. Por otro lado —como señala QUINTANO (16)— «para un hombre público, para un funcionario, la inhabilitación puede suponer, de hecho, una verdadera confiscación de consecuencias trascendentales para él y para su familia, y por el contrario, para un rico ocioso o para un vagabundo, la misma penalidad no le afecta en lo más mínimo».

Bien está que el Estado defienda la calidad (17) —siempre imprescindible— de sus funcionarios pero no ha de ser para sumir en la desesperación a los que ostentaron algún cargo o a los que ejercieron profesiones u oficios insustituibles para ellos, cuando no sea estrictamente necesario, ya que como señalaba CELSO (18) «es antijurídico juzgar o dictaminar, en vista de alguna pequeña parte del caso, sin haberlo examinado detenidamente en su totalidad».

Es obvio que una aplicación indeterminada de estas penas conduce a preguntarse —como hace algún autor— cuál será el dolor de un pirata al que se le priva de participar en las elecciones municipales. En tal sentido es oportuno interrogarse sobre la siguiente cuestión ¿Cómo pudo el legislador estimar tan precario el derecho político más elemental de todos, el de participar en la vida pública, paladín y «alma mater» de la democracia? Pese a que, con frecuencia, los malos ejemplos son las tumbas de las buenas teorías, nos arriesgaremos contestando con uno:

---

(13) «Manual de Derecho Penal. Parte General», 3.ª Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 1991. págs. 646 y 647.

(14) «Las consecuencias...», cit., pág. 94.

(15) José Luis MANZANARES SAMANIEGO. «Las inhabilitaciones y suspensiones en el Derecho Positivo Español». ADPCP 1975, pág. 176.

(16) «Comentarios al Código Penal». Ed. Revista de Derecho Privado. 1946. T.I. pág. 343.

(17) Pese a la ineludible obligación de defender la calidad de sus funcionarios, el Estado en su aplicación no debe olvidarse que las penas privativas de derechos constituyen, como señala LANDROVE, una limitación de la libertad, en el sentido de que coartan la libertad de elegir y ejercer las propias actividades; las inhabilitaciones profesionales constituyen, además, efectivas *penas pecuniarias* al privar temporalmente al reo de su medio de vida habitual; las inhabilitaciones para cargos públicos, por ejemplo, afectan muy directamente al honor de quien las sufre.

(18) Digesto, 1, 3, 24.

El art. 47 del Código Penal dice textualmente que «las penas de prisión mayor, prisión menor y arresto mayor, llevarán consigo la suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena». El precepto conduce al absurdo de que el hurto de unos libros no tiene más que dos consecuencias: *la penal* de pérdida del derecho de sufragio (art. 47 referido al 514 CP) pudiendo eximirse el reo —al ser delincuente primario— de cumplir las demás a tenor del art. 92 CP, y *la civil* de reintegrar lo hurtado e indemnizar (art. 101 CP).

Ante tan irracionales consecuencias no es vana la tarea de preguntarse acerca de la vigencia de aquella antigua sentencia de CICERON: «Somos esclavos de las leyes para poder ser libre» (18 bis). Tal vez la necesidad de un nuevo Código Penal que repudie el «sistema de parcheos» y que contenga un verdadero orden sistemático y coherente sea más urgente de lo que parece. En el nuevo Texto Punitivo tendrá la ocasión —esperemos que no la pierda— de paliar éste y otros innumerables problemas que acucian a las instituciones penales.

En cuanto a la *naturaleza jurídica* de las inhabilitaciones, los juristas discuten si deben ser consideras como penas o si bien se adaptarían mejor al concepto de medidas de seguridad. La respuesta, como es usual en Derecho, no puede ser simplemente una inclinación en uno u otro sentido, con lo que habrá de desechar ya, «ab initio», toda pretensión de exactitud, rotundidad y perfecta simetría en el diseño de esta institución

En nuestra opinión (19), la inhabilitación puede y debe estructurarse *como medida de seguridad*, ya que es indudable que la política criminal moderna da a las privaciones de derechos carácter de medida preventiva. Es lógico que quien haya hecho mal uso de sus derechos y muestra incapacidad para ejercitarlos sin lesionar el patrimonio jurídico ajeno (20), debe ser privado de ellos para evitar el abuso en lo sucesivo.

Por ello el Congreso Penitenciario de Berlín de 1935 declaró que la inhabilitación profesional era una medida de seguridad.

(18 bis) «Servi legum sumus ut liberi esse possimus».

(19) Siguiendo en este punto el planteamiento delineado por BERISTAIN en «La inhabilitación penal...» cit., págs. 278 a 281.

(20) En realidad, el Derecho consiste —como señalaba el Abate GALIANI—«en el perfecto cumplimiento de los deberes del hombre para consigo mismo y para con los demás. Se cumplen a la perfección cuando, en cada caso, se combina la mayor utilidad propia con el menor daño al prójimo, o el mayor bien de los demás con la menor molestia propia». En «Dei do veri dei principi neutrali» I. 2.

Pero también creemos que, otras muchas veces, debe estructurarse única o paralelamente *como pena*.

Entre los motivos que nos impulsan a considerar la inhabilitación como pena debemos contar ante todo con el texto del Código Penal (arts. 27, 29, 35, etc.) y el concepto de pena que se maneja tanto doctrinal como jurisprudencialmente.

El articulado del Código Penal encuentra plena confirmación en la definición de pena que formula nuestra dogmática, entendiendo por tal «el castigo o sufrimiento que los órganos jurisdiccionales imponen al culpable de un delito, según las normas legales, para el restablecimiento del orden jurídico violado, el fomento de la seguridad pública y la resocialización del delincuente» (21). Salta a la vista que la inhabilitación legal puede adecuarse plenamente con esta institución de la dogmática jurídica.

Respecto a su calificación como pena o como medida de seguridad, la Jurisprudencia ha evolucionado paralelamente con los textos legales, como señala BUENO ARUS (22), considerándola en algunas sentencias como medida de seguridad (SSTS de 29 de mayo, 31 de diciembre de 1951, y 30 de abril de 1958) y en otras como pena (SSTS de 3 de mayo de 1954, 22 de febrero de 1955). La última tendencia jurisprudencial ha sido inclinarse por la solución de estimarla como pena, si bien es cierto que eso no significa que la inhabilitación sea «siempre pena y sólo pena», como reseña BERISTAIN (23). Opinamos por tanto que las inhabilitaciones deben conservar, con la debida actualización, el carácter ambivalente que responde a su finalidad y razón de ser (24).

Analizada su ambivalente naturaleza jurídica, conviene, a continuación, resolver el problema de la principalidad o accesoriedad de estas sanciones. Según se deriva de lo dispuesto en los arts. 27, 29, 30 y 45 y ss. Las penas de inhabilitación —tanto absoluta como especial—, y las de sus-

---

(21) ANTÓN ONECA en «La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena». Salamanca, 1944, cit., por BERISTAIN, op. cit., pág. 279.

(22) «La reforma del Código Penal Español de 1963» en Revista de Estudios Penitenciarios, XIX, julio-septiembre, 1963, págs. 511 y ss.

(23) Op. cit., pág. 282.

(24) Tal planteamiento es también sostenido por MIR PUIG y MUÑOZ CONDE en sus Anotaciones al «Tratado de Derecho Penal. Parte General». de H. H. JESCHECK. Vol. 2.º Ed. Boch. Barcelona 1981, cuando señalan que «aunque este tipo de penas, de dudosa naturaleza jurídica, cumplen una función político-criminal importante en el moderno Derecho Penal, si bien no siempre como penas , sino también como medidas, la regulación prevista adolece de grandes efectos y arcaismos que conviene eliminar». Págs. 1097-1098.

pensión para cargos públicos, derecho de sufragio, profesión u oficio, poseen la *doble naturaleza de sanciones principales o accesorias*, lo que dependerá del origen de su imposición, puesto que, si se hallan establecidas en los tipos delictivos como directa penalidad, solas o conjuntamente con otras, tendrán la estimación de penas principales, y su extensión se determinará según los límites del artículo 30 CP, pero si no están impuestas de forma directa y expresa en los tipos, y sin embargo han de operar por la clase de las otras penas decretadas, según lo precisado en los arts. 45 a 48 inclusives, entonces serán calificadas como penas accesorias, siendo su duración la peculiar de la pena establecida principalmente; pero, de acuerdo con los preceptos citados es preferente la pena principal sobre la accesoria, de tal manera, que si para un delito se fija una pena de doble naturaleza, se entenderá que su condición es principal y no accesoria, pues, únicamente merecerá esta última condición, de no imponerse directa y especialmente por la Ley, por lo que ha de llegarse a la conclusión de la imposibilidad de admitir el juego dúplice, de una pena de doble naturaleza, es decir, como principal y como accesoria a la vez, porque lo prohíbe implícitamente el concreto mandato, y el principio del «non bis in idem», o de la doble sanción, de una misma conducta (25).

Para acabar este epígrafe, no nos resta sino destacar la especialidad, referida a la inhabilitación, que contiene el art. 6 de la Ley de 18 de junio de 1870 sobre el ejercicio de la gracia de indulto. La inhabilitación para cargos públicos y derechos políticos es, con la sujeción a la vigilancia de la autoridad, la única pena accesoria que no desaparece automáticamente con la principal indultada, debiéndose hacer mención expresa (26) de ellas. Una RO de 1.º de julio de 1890 (inserta en la Gaceta de 4 de julio) va aún más lejos al establecer que «impuesta a un alcalde la pena de inhabilitación para derechos políticos queda "ipso iure" privado de dicho cargo, y por lo tanto, aunque se le indulte especialmente de ella, no por eso ha de ser restituido en su ejercicio, que sólo podrá desempeñar si resulta designado en una nueva elección».

Por consiguiente, si cualquier persona que ostente un cargo de naturaleza electiva, es inhabilitada y posteriormente indultada, no por ello recobra automáticamente su situación.

---

(25) Esta doctrina la mantuvo el TS en la Sentencia de 25 de febrero de 1975 (R. 868) que contrarió la de la resolución de 2 de febrero de 1955.

(26) Entendemos que la raíz de este precepto debe encontrarse en el Derecho Germánico, donde si la pena principal no llegaba a ejecutarse, a veces, a pesar de ello se ejecutaba la pena accesoria ya que cuando la pena principal era grave, siempre iba acompañada de alguna accesoria de carácter infamente o inhabilitante.

3. La inhabilitación absoluta

Al margen de la pérdida de la nacionalidad española —aplicable solamente a los extranjeros nacionalizados a tenor del art. 34 CP— es la inhabilitación absoluta la más grave de las penas privativas de derechos. Según el art. 35 CP, le corresponden los siguientes efectos:

1. «La *privación* de todos los honores y de los empleos y cargos públicos que tuviere el penado, aunque fueren electivos».

El término «privación» provoca no pocos problemas de interpretación con diferentes consecuencias. Para MANZANARES (27), «entender esta palabra en su significación vulgar de despojar a uno de algo que poseía no nos ayuda mucho». En realidad, lo que se trata es de averiguar si el citado precepto sustenta la idea de un despojo definitivo o sólo temporal.

Para RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ (28), la «privación» a que se alude en dicho artículo «no está referida al tiempo de la condena, ni limitada como ocurre en la suspensión (art. 38), simplemente al ejercicio del cargo público sobre que recayere. Con otras palabras, la privación equivale aquí a *pérdida definitiva* de los empleos y cargos públicos que el penado tuviere».

De la misma opinión son, entre otros, S. MIR PUIG (29) y CÓRDOBA RODA-RODRÍGUEZ MOURULLO - DEL TORO - CASABO (30) para quienes «privación equivale a perpetua extinción de la relación de empleo público. Dicho signifiado es ciertamente el que corresponde a los términos legales del número 1 del art. 35». Las leyes administrativas regulan el efecto de la pena de inhabilitación absoluta, en un sentido conforme al expuesto significado de la privación, en las disposiciones siguientes: artículos 37.d) y 50.4 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, así como los 66 y 71 del Reglamento de Funcionarios de Administración Local. Sin embargo el núm. 3 del art. 66 citado contiene una disposición contraria —que según RODRÍGUEZ DEVESA (31) «carece de validez con arreglo al art. 1.2 CC». (32)— a la ley penal. En efecto, establece que, tras la extinción de la relación de empleo público como consecuencia, entre otras cau-

---

(27) MANZANARES SAMANIEGO: «Inhabilitaciones...» cit., pág. 177.
(28) «Derecho Penal. Parte General». Ed. Dickinson. Madrid 1992. 15.ª Ed.
(29) «Derecho Penal». PPU. Barcelona 1990. 3.ª Ed.
(30) «Comentarios al Código Penal». Ed. Ariel. Barcelona 1972.
(31) Op. cit., pág. 919.
(32) «Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior».

otras causas, de la pena de inhabilitación absoluta o especial para cargo público «se podrá rehabilitar al funcionario y reintegrarlo en el escalafón».

En opinión de CÓRDOBA RODA dicha disposición debe estimarse ilegal porque aunque «las penas privativas de derechos merecen ciertamente ser objeto de una interpretación restrictiva, no por ello deja de ser recusable el que se ceda al arbitrio de la Administración el modificar —en los "casos excepcionales, y por causas fundadas y acreditadas en expediente" según el referido número 3 del art. 66— los efectos prescritos por el Código Penal».

Contrario a todas estas opiniones expuestas es la sostenida por MANZANARES SAMANIEGO (33) para quien «la palabra privación no encierra necesariamente un efecto ilimitado en el tiempo, antes al contario», ya que según este mismo autor no puede entenderse que «precisamente al referirse los efectos de los párrafos 2.º y 3.º del art. 35 sólo al tiempo de la condena, ha de interpretarse en sentido contrario que los del párrafo 1.º sean perpetuos. La defectuosa redacción del articulado sobre la materia no permite soluciones tan sencillas».

Por consiguiente, para MANZANARES, dicha expresión «privación» ha de entenderse conforme al citado art. 66 del Reglamento de Funcionarios de Administración Local ya que «La Administración no puede pronunciarse contra el alcance legal de la pena, pero es muy libre de determinar internamente a su arbitrio las consecuencias de una condena penal, bien privativa de derecho, bien de otra clase».

En nuestra opinión la «privación» de honores y cargas ha de entenderse definitiva, no sólo durante el tiempo de la condena (34), aunque ello no obsta a que el cargo puede volverse a adquirir con posterioridad al transcurso del tiempo de la condena (argumento ex. art. 35.3.º) (35).

---

(33) Op. cit., págs. 177-178.

(34) COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN se apoyan en este argumento para distinguir inhabilitación de suspensión al afirmar que «no es cierto que la única diferencia entre inhabilitación y suspensión para cargo público, sea la de que aquella afecta a los honores y ésta no, sino que la inhabilitación priva del cargo o empleo sobre el que recae, mientras que la suspensión afecta sólo a su ejercicio». En «Derecho Penal Parte P. G.». Valencia, 1991, Tirant lo blanch. Pág. 647.

(35) Dicho precepto es del siguiente tenor: «La pena de inhabilitación absoluta producirá los efectos siguientes: 3.º. La *incapacidad* para obtener los honores, cargos y derechos mencionados en el número 1.º, igualmente, por el tiempo de la condena». Luego, si la incapacidad dura solamente el tiempo de la condena, «a contrario sensu» una vez concluida ésta, nada obsta para que se vuelva a adquirir el cargo posteriormente.

En cuanto a cuáles sean los honores afectados por la privación, parece abonado incluir entre los mismos cualquier título o distinción honorífica del condenado. Hay que destacar que el penado sólo puede ser condenado a ser privado de aquellos «honores», «empleos y cargos públicos» que tuviere en el momento de cometer el hecho enjuiciado.

Debe, por consiguiente, atenderse al Derecho administrativo regulador de las situaciones de los funcionarios, a fin de determinar los empleos y cargos que el penado tenía. Es conveniente entender que cumplen este requisito del art. 35.1 CP, los empleos y cargos activamente servidos por el funcionamiento conforme al art. 41 de la Ley de Funcionarios civiles del Estado de 1964 (36).

Respecto a los funcionarios de Administración Local es preciso atender a lo establecido por los artículos 41 y ss. del Reglamento de tales funcionarios. A la vista de ellos resulta claro que si el funcionario ha cesado en el servicio activo o ha causado baja definitiva, no tiene el empleo o cargo público, del que, conforme al art. 35.1 CP, debe ser privado.

Los títulos académicos —como señala unánime doctrina— como meros testimonios de suficiencia adquirida y probada, no pueden verse afectados ya que la aptitud acreditada no desaparece por la comisión del delito. El derecho punitivo —señala MANZANARES— (37) «ha de

---

(36) Cuyo tenor es el que sigue: Art. 41.1 Los funcionarios se hallan en situación de servicio activo:

a) Cuando ocupe plaza correspondiente a la plantilla del Cuerpo a que pertenecen o de la que sean titulares.

b) Cuando por decisión ministerial sirvan puestos de trabajo de libre designación para el que hayan sido nombrados precisamente por su cualidad de funcionarios del Estado destinados en el propio Departamento.

c) Cuando les haya sido conferida una comisión de servicio de carácter temporal, bien en su propio Ministerio, bien en otro si fueran autorizados por el Ministro de que dependan y por la Presidencia del Gobierno si se trata de funcionarios de los Cuerpos Generales.

d) Cuando les haya sido conferida una comisión de servicio de carácter temporal para participar en misiones de cooperación internacional al servicio de Organismos internacionales, Entidades o Gobiernos extranjeros, con autorización del Ministro de quien dependan y previo informe de la Comisión Superior de Personal, con audiencia en todo caso del Ministerio de Asuntos Exteriores. Esta comisión de servicio no dará lugar a dietas y salvo casos excepcionales no tendrá una duración superior a seis meses.

2. El disfrute de licencias o permisos reglamentarios no altera la situación de servicio activo.

3. Los funcionarios en situación de servicio activo tienen todos los derechos, prerrogativas, deberes y responsabilidad a su condición.

(37) Op. cit., pág. 179.

conformarse con interferir en el terreno profesional, o sea el del ejercicio o proyección de aquellos conocimientos».

Igualmente es pacífica la opinión acerca de qué entenderse por «empleo o cargo público». Son tales, todos aquéllos que de una u otra forma se encuadran en la función pública, bien en la esfera de la Administración Central del Estado, bien en la de las Autonomías, Provincia, Cabildo Insular, Municipio u organismo de mayor o menor autonomía administrativa.

¿Deben, pues, incluirse dentro del tipo penal el conjunto heteróclito y no bien delimitado que comporta la llamada Administración institucional?

La aparición de una tipología variada y accidental que acoge diversas formas: sociedad estatal, empresa pública, en busca, no ya de una eficacia pérdida, sino en busca de una eficacia nunca alcanzada ante la inservibilidad de las fórmulas de la Administración en su sentido propio puede plantear no pocos problemas.

Sin embargo, como dice MARTÍN RETORTILLO (38) «el obligado control a que toda actuación pública debe estar necesariamente sometida —aunque actúe a través de organizaciones y procedimientos de derecho privado— nos da una pista al respecto».

En efecto, si tales entidades emanan verdaderos actos administrativos susceptibles de revisión ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para no minorar las garantías de los ciudadanos, no nos queda más remedio que entender incluido en el tipo penal del art. 35 CP a todo este variado conjunto de la Administración Institucional.

Similar conclusión parece inferirse del «Tratado de Derecho Penal. Parte General» de H. H. JESCHECK (39) para quien en el Derecho Alemán, son cargos públicos «todos los puestos administrativos nacionales que se derivan del poder estatal y sirven a fines estatales. Entre ellos se encuentran también los cargos de las corporaciones locales y de corporaciones e instituciones de Derecho Público».

Resulta indiferente, por todo ello, que el cargo sea electivo o de designación, gratuito o retribuido, temporal o permanente.

---

(38) Una visión histórica y progresiva del problema de la Administración Institucional puede verse ampliamente desarrollada en MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, en R. A. P. núm. 126, septiembre-diciembre, 1991, págs. 63 y ss.

(39) H. H. JESCHECK, «Tratado de Derecho Penal. Parte General». Vol. 2.º, Barcelona 1981. Ed. Boch. Traducido y anotado por S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE, págs. 1095-5.

Ahora bien, se nos plantea un problema que no resulta baladí; a saber: si el reo se encontraba suspenso por sanción disciplinaria o pena de suspensión, ¿puede entenderse que «no tenía» el cargo, y, por ende, no podrá privarse de él?

Si el sentido común preside la espera de la respuesta, ésta no puede ser otra más que la negativa. Han de rechazarse interpretaciones que nos conduzcan a lo ilógico, ya que de contestar afirmativamente al interrogante resultaría que el reo vendría absurdamente beneficiado en los supuestos más graves (funcionario sancionado o penado por otra falta disciplinaria o delito) en atención precisamente a su infracción anterior.

Los párrafos 2.º y 3.º del art. 35 CP, prescriben los siguientes efectos para la pena de inhabilitación absoluta:

«2. La privación del derecho de elegir y ser elegido para cargos públicos durante el tiempo de la condena.

3. La incapacidad para obtener los honores , cargos y derechos mencionados en el número 1, igualmente por el tiempo de la condena».

Una apreciable dificultad se nos presenta respecto de si procede que el fallo de la sentencia se ocupe de concretar los efectos de la inhabilitación absoluta.

Algún sector doctrinal (40) entiende que los Tribunales no han de limitarse a disponer la privación en abstracto de todos los honores, empleos y cargos públicos que el penado tuviere, sino que deben hacer referencia explícita a cada uno de ellos. Su apoyo reside en la doctrina jurisprudencial que sostiene tal postura en referencia a la inhabilitación especial y a la suspensión.

Otra corriente (41) aprecia que los efectos de las penas no tienen por qué detallarse en la sentencia, ya que el Juez o Tribunal las impone, las identifica por su nombre y determina su alcance temporal y el resto pertenece a la ejecución (41).

---

(40) Así CONDE PUMPIDO, C., en su «Código Penal Comentado», Ed. Akal. Madrid, 1990, pág. 169, entiende «extensiva a esta pena (inhabilitación absoluta) la doctrina jurisprudencial dictada para la de inhabilitación especial y suspensión, según la cual la sentencia debe en todo caso concretar los honores, empleos o cargos de que queda privado el penado, como única forma de que pueda procederse a su ejecución sin provocar inseguridad jurídica o extravasar el contenido de la condena».

(41) Tal opción es sostenida por MANZANARES, «Inhabilitaciones...», cit., págs. 182-3.

En nuestra opinión, sería abonada una posición ecléctica y definida en que no sea necesario detallar exhaustivamente en la sentencia en qué consista la inhabilitación absoluta; pero pese a ello, no será ocioso incluir en el fallo nominalmente los honores, empleos y cargos públicos cuya tenencia en aquel momento conste al Tribunal, facilitando así los trámites de ejecución para adecuar la situación administrativa a la penal, pero sin olvidar que no se pueden poner en un mismo plazo inhabilitación absoluta y especial porque aquélla afecta necesariamente a «*todos*» los honores, empleos y cargos públicos.

Pese a dicha diferencia, una relación exhaustiva del Tribunal en la sentencia de todos los honores, empleos y cargos públicos coadyuvará notablemente a la seguridad jurídica que debe contener todo pronunciamiento jurisdiccional, seguridad jurídica que por otro lado viene garantizada por nuestra Constitución en su artículo 9.3.

4. La inhabilitación especial para cargos públicos

Pena de idéntica naturaleza que la inhabilitación absoluta y de la que se ocupa el art. 36 CP, cuyo tenor literal es el siguiente: «La inhabilitación especial para cargo público producirá los efectos siguientes:

1.º La privación del cargo o empleo sobre que recayere y de los honores anejos a él.

2.º La incapacidad de obtener otros análogos durante el tiempo de la condena».

Una lectura del precepto ofrece similitudes con los párrafos 1.º y 3.º del art. 35 CP, si bien la principal diferencia estriba en que la inhabilitación especial no abarca todos los cargos públicos del reo, ni siquiera la totalidad de los que se detentan en aquel instante, sino solamente los que el Tribunal escoja, bien sea —como dice MANZANARES— (42) «al margen de que se posean o no por el penado al pronunciarse el fallo, bien se seleccionen entre los realmente ostentados. La privación de honores se circunscribe a los que dicho cargo o cargos lleven consigo».

Tal planteamiento viene avalado por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. En efecto, la STS número 136 de 3 de mayo de 1990 (Ponente MARTÍN PALLÍN) afirma en su FUNDAMENTO DE DERECHO 2.º que

(42) Op. cit., págs. 183-4.

«las penas de inhabilitación, como se desprende textualmente del art. 36 CP, afectan, no sólo al cargo que desempeñaba en el momento de la comisión de los hechos, sino, además, a la capacidad de obtener otros puestos análogos durante el tiempo de la condena. No obstante, la inhabilitación especial necesita una delimitación en cada caso concreto, sin que pueda admitirse una proyección amplia de sus efectos, que se circunscriben al cargo público que desempeñaba el funcionario condenado o a otros de naturaleza análoga», la jurisprudencia más reciente —STS 9 de febrero, 1993— viene «subordinando la aplicación de los efectos inhabilitadores de la pena, cuando tiene carácter accesorio, a la *exigencia de una relación directa entre la comisión o realización del hecho delictivo y el cargo o profesión que ostentaba* el condenado en el momento de la comisión de los hechos ... circunstancia que, por otro lado, no sería necesaria para aplicar la pena de inhabilitación especial cuando aparece como pena conjunta en el tipo aplicado».

Por consiguiente, y siguiendo la línea jurisprudencial descrita anteriormente, parece que tratándose no de inhabilitaciones absolutas, sino especiales, limitadas a ciertos cargos, sólo se vean afectados aquellos que facilitaron la comisión del delito, sirviendo de plataforma para la actividad criminal.

Sin embargo, tal afirmación no ha de conducirnos a exacerbar sus consecuencias. Una STS de 10 de abril de 1992 (FUNDAMENTO DE DERECHO 4.º) nos aclara casuísticamente la cuestión: «Condenados los acusados a seis años y un día de inhabilitación especial, pretende la parte —eran Guardias Civiles— que al estar adscritos al Servicio Fiscal sólo para éste servicio podrían ser inhabilitados. Pero, esta pena, como se desprende textualmente del art. 36 CP, afecta no sólo al puesto que desempeñaban en el momento de la comisión de los hechos, sino, además a la capacidad de obtener otros puestos análogos durante el tiempo de la condena... Se les inhabilita para ejercer su profesión de Guardias Civiles, dada la naturaleza del delito cometido, sería paradójico que pudieran ejercer su profesión en otro Servicio del mismo Cuerpo».

En cambio —según una SSTS de 16 de diciembre de 1953— tratándose de un médico de asistencia pública domiciliaria, este debe ser el cargo de que se le prive y para el que se le incapacite, sin que la inhabilitación pueda extenderse a ejercicio genérico de la profesión de médico. La contradicción entre ambos pronunciamientos judiciales nos parece evidente y resulta abonado pedir un criterio jurisprudencial unívoco, que no discrimine a ciertas profesiones —Guardias Civiles— en relación con otras —médicos— cuando el fundamento o razón de ser de ambos casos es el mismo.

5. La inhabilitación especial para el derecho de sufragio

En virtud del art. 37 del CP «la inhabilitación especial para el derecho de sufragio privará al penado del derecho de elegir y ser elegido durante el tiempo de la condena para el cargo electivo sobre que recayere».

El carácter temporal de la pena no admite polémica. Mayor atención merece lo relativo a si, desde el ángulo del sufragio activo, se le priva o no al reo del derecho de participar en elecciones para toda clase de cargos. Para CÓRDOBA RODA y otros (43) tanto el derecho de sufragio pasivo como el activo vienen circunscritos a un determinado cargo electivo. Rechazar el argumento basado en el artículo 39 (44) por opinar que «la privación del sufragio pasivo que la pena del artículo 37, a diferencia de la del artículo 39 impone, representa un plus de gravedad en el castigo que puede no ser compensado por la extensión del sufragio activo, del que en virtud del artículo 39 es privado el reo». Abonan esta interpretación tanto el sentido histórico correspondiente a dicha expresión legal, como el criterio restrictivo que debe imperar en la hermenéutica de las penas privativas de derechos.

6. La inhabilitación especial para profesión u oficio

El artículo 41 del Código Penal prescribe que «La inhabilitación para profesión u oficio privará al penado de la facultad de ejercerlos por el tiempo de la condena.

Cuando esta pena tenga carácter accesorio, sólo se impondrá si la profesión u oficio hubieren tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia».

Como señala dicho artículo —cuyo segundo párrafo fue reformado en 1983— la pena de inhabilitación especial cuando fuere impuesta como principal debe circunscribirse a privar al condenado del ejercicio de la actividad, profesión u oficio en el desempeño de los cuales el delito por el que se le sanciona fue cometido, o de aquellas otras actividades que guarden estrecha relación con ella.

---

(43) Op. cit., 173 y ss.

(44) «La suspensión del derecho de sufragio privará al penado, igualmente de su ejercicio durante el tiempo de la condena».

La Jurisprudencia, en armonía con el texto legal, afirma que esta pena sólo puede imponerse en los casos en que guarden relación con el delito cometido (STS 13 de febrero 1985), es necesario que haya conexión entre el delito y la profesión del autor. (STS 1 abril, 1985, 27 de enero, 22 febrero, 1989...).

7. LA INHABILITACIÓN EN EL NUEVO PROYECTO DE CÓDIGO PENAL

El nuevo Proyecto de Texto Punitivo no podrá ser tildado de revolucionario en cuanto a lo que «inhabilitación» se refiere.

El art. 33 intenta realizar una clasificación de las penas en graves, menos graves y leves. Dentro del primer tipo encajarían la inhabilitación absoluta y las especiales de duración superior a tres años, mientras que en el segundo grupo se situarían las inhabilitaciones especiales de hasta tres años. Posteriormente en el Título I «De la infracción penal», Capítulo I «De los delitos y faltas» y dentro de la Sección 3.ª «De las penas privativas de derechos» se realiza un análisis más pormenorizado de las inhabilitaciones.

Tras clasificarlas como privativas de derechos, el art. 40 señala su duración al reseñar que «La pena de inhabilitación absoluta tendrá una duración de seis meses a veinte años, la de suspensión de empleo o cargo público, de seis meses a seis años, y la de trabajos en beneficio de la comunidad de un día a un año».

Por su parte el art. 42 recoge una exigencia jurisprudencial respecto a la inhabilitación especial al prescribir que «... En la sentencia habrá de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación», exigencia que no se hace extensiva a la inhabilitación absoluta —lo cual era demandado por cierto sector doctrinal— y que de entrar en vigor este Texto no se le podrá aplicar, ya que «ubi lex non distinguet nec nos distinguere debemus».

ANÁLISIS DISCIPLINARIO

Según TRAYTER (45), el régimen disciplinario de los funcionarios públicos podemos definirlo «como el conjunto de normas jurídicas esta-

(45) TRAYTER, Juan Manuel: Manual de Derecho Disciplinario de los funcionarios públicos. Madrid 1992.

blecidas por el Estado que determinan los hechos ilícitos que pueden cometer los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo y prevén las sanciones a imponer por la Administración pública a resultas de un procedimiento administrativo especial».

En la mayoría de los regímenes disciplinarios existen unos ilícitos administrativos, así como unas consecuencias previstas para las penas impuestas por los Jueces y Tribunales. La primera reflexión que «primafacie» nos plantea, es dejar constancia de que este sistema pudiese no estar acorde con el artículo 117.3 de la Constitución al establecer que «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan». En decir que, cuando un funcionario público comete un delito y es condenado por el mismo, el Tribunal debe tener en consideración —de hecho lo tiene— dicha condición; al igual que las demás circunstancias que hayan concurrido en el hecho y la personalidad del autor en todos aquellos aspectos que pueden influir en la fijación de la pena. Por lo tanto, si además de esta pena, en la que se ha tenido en cuenta su condición funcionarial, la Administración vuelve a tomar otra medida de tipo disciplinario o administrativo, estaría vulnerando el principio «non bis in idem», así como atacando el principio de división de poderes. La tesis de que puedan existir bienes jurídicos distintos, compatibles con las penas y las sanciones administrativas, tiene su fundamento cuando los mismos no hayan sido tenidos en cuenta por el Juez o Tribunal, pero no en los supuestos que están siendo objeto de nuestro comentario.

Sin embargo, este planteamiento no es admitido, en modo alguno, por la Administración que, al establecer el «Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado» (Decreto 33/1986 de 10 de enero), considera como falta grave «las conductas constitutivas de delito doloso relacionadas con el servicio o que causen daño a la Administración o a los administrados», pudiendo sancionarse con «suspensión de funciones» o «traslado con cambio de residencia».

No obstante, cuando se trate de hechos que pudieran ser constitutivos de algunos de los delitos cometidos por los funcionarios públicos, contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las Leyes y de los delitos de los funcionarios públicos, en el ejercicio de sus cargos, deberá suspenderse la tramitación del expediente disciplinario hasta tanto recaiga resolución judicial.

Obviamente, en esta resolución se habrá valorado la condición de funcionario.

En el ámbito castrense, el derecho disciplinario tiene por objeto el fortalecimiento de la disciplina en las Fuerzas Armadas. La disciplina que es elemento fundamental en cualquier organización, adquiere una importancia mayor, como es lo suyo, en las estructuras militares. Con su práctica, se intenta conseguir la cohesión moral del grupo, un hábito de comportamiento y, en conclusión, una mayor eficacia en su funcionamiento. BRUNELLI conceptúa el derecho disciplinario como «aquel conjunto de normas de conducta —constituida por derechos y deberes— que los militares deben observar en el cumplimiento del servicio, y, en casos limitados, fuera de él, evidenciando cómo frente al deber se manifiesta no sólo el poder o la atribución, sino también el derecho».

La Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, regula el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas teniendo por objeto garantizar la observancia de las Reales Ordenanzas (46) y demás normas que rigen la Institución Militar, el cumplimiento de las órdenes del mando y el respecto al orden jerárquico, con independencia de la protección penal que a todo ello corresponde y del ejercicio de las potestades disciplinarias judiciales.

Por vez primera, se ha separado en las Fuerzas Armadas, la acción penal de la disciplinaria, diferenciándose, por otra parte, de los regímenes disciplinarios civiles, en la existencia de la sanción de privación de libertad y en la ausencia de la pérdida de retribuciones.

Las infracciones se tipifican como graves y leves. Existiendo igualmente, como expediente especial, el denominado gubernativo que se incoará por las siguientes causas:

1. Acumular en el expediente personal informes o notas desfavorables que desmerezcan su cualificación o aptitud profesional.
2. Observar mala conducta habitual e incorregible.
3. Observar conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad militar, que no constituyan delito.

---

(46) Fueron aprobados por Ley 85/1978, de 28 de diciembre, habiendose desarrollado para el Ejército de Tierra por decreto 2945/1983, de 9 de noviembre, para la Armada por decreto 1024/1984 de 8 de junio y para el Ejército del Aire por decreto 494/1984 de 22 de febrero.

4. Haber demostrado con reiteración pública y manifestamente una aptitud contraria a la Constitución o a S. M. El Rey.

De igual modo, se incoará, cuando el militar profesional hubiese sido condenado por sentencia firme, en aplicación de disposiciones distintas al Código Penal Militar, por un delito cometido dolosamente que lleve aneja la privación de libertad o cuando la condena fuera superior a un año de prisión, en el supuesto de comisión imprudente.

Cuando la condena le hubiese sido impuesta por un delito de rebelión, la pena de privación de libertad exceda de seis años o *si es condenado a la pena de inhabilitación absoluta* será separado del servicio, previo el correspondiente expediente, cuya justificación es meramente formal.

Existe, también, la posibilidad («podrá») de separar del servicio si hubiese sido condenado por delitos contra la honestidad, robo, hurto, estafa, apropiación indebida, malversación de caudales o efectos públicos o cuando la pena de privación de libertad o *inhabilitación* exceda de tres años por cualquier otro delito doloso.

El Instructor del expediente no admitirá otra prueba que aquella que pretenda demostrar la falsedad o inexistencia de la sentencia comunicada o la falta de firmeza de la misma. Es decir, que el principio non bis in idem parece tambalearse violentamente.

La separación del servicio, supone para el sancionado quedar fuera de los Ejércitos, sin poder volver a ingresar en ellos voluntariamente y perder los derechos militares adquiridos, excepto el empleo y los derechos pasivos que hubiese consolidado (47).

Una vez más, nos manifestamos abiertamente en contra de esta normativa, coincidiendo plenamente con la más acreditada y autorizada doctrina, expuesta, entre otros, por Rojas Caro (48) en los siguientes términos: «Se trata, además, de una violación escandalosa del principio prohibitivo non bis in idem, con la agravante de que se limita de forma totalmente inaceptable la defensa del encartado, hasta extremos que, en mi opinión, podría rozar la inconstitucional, a la luz del artículo 24.1 de la C.E».

---

(47) Reales Ordenanzas; Art. 209: El empleo militar, conferido con arreglo a la Ley, constituye una propiedad con todos los derechos establecidos. Sólo podrá perderse por renuncia voluntaria, en virtud de sentencia firme del Tribunal Competente o pérdida de la nacionalidad española.

Art. 172: ... en ningún caso podrá (el militar) ser privado de los derechos pasivos que puedan corresponderle.

(48) ROJAS CARO, José: Derecho Disciplinario Militar. Madrid, 1990, pág. 232.

Aparte de ello, esta forma de incriminación administrativa es, a nuestra manera de ver, anómala. Se puede admitir, en los casos de sujeción especial (en que se encuentran, desde luego, los militares y los funcionarios públicos en general), que se instruya un doble procedimiento, penal y administrativo, pues ello lo autoriza, explícitamente, el artículo 4 de la Ley Disciplinaria e, implícitamente, el artículo 27 del Código Penal Militar. Pero, siempre que en el proceso penal se castigue un delito y en el disciplinario una falta, cuando aquél y ésta protejan bienes jurídicos distintos. Sin embargo, ¿cuál es la falta que aquí se castiga? Ninguna, absolutamente ninguna. Aquí, por lo que se ve, se trata de castigar dos veces por idéntico e igual motivo, aunque en distintos procedimientos. Y, como este segundo castigo, lo es sin infracción previa (pues la que existió fue oportunamente investigada y depurada en el proceso penal), se trata ahora de limitar sumariamente la defensa del encartado, convirtiendo el procedimiento en lo que no es más que un enredo. Y debemos tener muy presente que una de las sanciones que se pueden imponer es nada menos que la separación del servicio.

No va por esta línea argumental la mayoría de la jurisprudencia. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 1989, afirma que la posibilidad de sancionar al militar, en vía disciplinaria, con la separación del servicio... descansa en el indiscutible derecho de la Administración en general —y de la Administración castrense en particular— a exigir de quienes profesionalmente la sirven, un plus de rectitud y moralidad, a fin de que su comportamiento público no comprometa el buen nombre de la Institución a que pertenecen, ni deteriore la confianza que en ella conviene tengan los ciudadanos. Esta legítima exigencia de la Administración, de la que, en el ámbito militar, encontramos numerosas y elocuentes muestras en las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, definidas significativamente como «regla moral de la Institución militar» puede verse grave e irremediablemente contrariada cuando el funcionario —concretémonos en el militar profesional que es el que ahora nos concierne— es condenado como autor de determinados delitos.

Sintetizando, el militar profesional que es condenado a inhabilitación *absoluta*, cualquiera que sea su duración, es separado de las Fuerzas Armadas, previo la instrucción del correspondiente expediente gubernativo, que realmente es un simple requisito formal.

Cuando la inhabilitación es *especial* y su duración es superior a tres años (49), se le instruirá igualmente el correspondiente expediente, cuya

(49) Según el artículo 30 del Código Penal, la inhabilitación absoluta o especial, tendrá una duración de seis años y un día a doce años.

resolución podrá conllevar la separación o no del servicio. Todo ello, con base solo y exclusivamente, en la sentencia penal.

Desde la creación de la Guardia Civil, se estuvo rigiendo por las mismas normas disciplinarias que las Fuerzas Armadas (50) hasta que, como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional 194/1989 de 16 de noviembre, se aprobase la Ley Orgánica 11/1991 de 17 de junio del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. Intenta proteger la disciplina y el acervo histórico y actual que ha ido modelando la cohesión de la Institución. La disciplina ha sido consustancial con la Guardia Civil y ya en su Primer Reglamento Militar (1844) se le consideraba como «el elemento más principal de todo cuerpo militar». siendo aún más importante en esta Institución «puesto que la diseminación en que ordinariamente han de hallarse sus individuos hace más necesario en este Cuerpo inculcar el más riguroso amor al servicio, unidad de sentimientos y el honor y el buen nombre del Cuerpo. Bajo estas consideraciones, ninguna falta es disimulable en los Guardias Civiles».

Las faltas tipificadas en este Régimen Disciplinario son clasificadas como leves, graves y muy graves. Entre estas últimas, se encuentra: Haber sido condenado por sentencia firme, en aplicación de disposiciones distintas al Código Penal Militar, por un delito cometido con dolo que lleve aparejada la privación de libertad o cuando la condena fuera superior a un año de prisión si hubiese sido cometido por imprudencia.

Vemos que no existe una referencia expresa a la pena de inhabilitación, ni absoluta ni especial; no pudiendo tampoco remitirse al carácter supletorio que sobre este texto tiene el aplicable a las Fuerzas Armadas, dado el carácter restrictivo que, en este caso, ha de otorgársele (51) y el principio de especialidad de esta norma.

El expediente gubernativo que ha de instruirse por esta falta incurre en los mismos defectos a que antes nos referimos, por lo que nos remitimos a lo antes dicho.

Por todo ello, podemos concluir afirmando que la pena de inhabilitación no tiene ninguna incidencia disciplinaria en los miembros de la Guardia Civil.

---

(50) Vid., mi colaboración a «Comentarios a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil», pág. 25.

(51) Disposición Adicional 1.ª: La Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas será de aplicación supletoria en todas las cuestiones no previstas en esta Ley.

El régimen disciplinario de los Jueces, Fiscales y Secretarios Judiciales es muy semejante, habiéndose reformado recientemente en cuanto a los Jueces, influyendo obviamente en los demás. La reforma había sido solicitada por el Consejo General del Poder Judicial y por el Defensor del Pueblo, llevándose a cabo por la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre.

Los órganos antes citados, habián puesto de manifiesto la necesidad urgente de reformar la regulación de la potestad disciplinaria respecto a Jueces y Magistrados, para que, sin merma de las necesarias garantías, resulte eficaz su ejercicio como instrumento indispensable para el adecuado funcionamiento de la Administración de Justicia y para el debido aseguramiento de la independencia judicial. Hemos de tener presente que la independencia judicial y la responsabilidad de Jueces y Magistrados no son postulados antitéticos, sino rigurosamente complementarios.

En esta reforma se introducen importantes modificaciones que deberían extenderse a los régimenes disciplinarios de todos los funcionarios —civiles y militares— reforzando la seguridad jurídica y procurando la mayor concreción posible en la descripción de las conductas sancionables.

Se eliminan las «cláusulas abiertas» relativas a la infracción de prohibiciones y deberes establecidos en la Ley, cuya literalidad podría hacer punible cualquier infracción normativa y se observa en la utilización de la técnica de las «normas en blanco» los requisitos señalados por la doctrina del Tribunal Constitucional.

La Ley no parte de la exclusión del principio «non bis in idem» del ámbito disciplinario ni de las llamadas relaciones de supremacía especial, categoría que tanto conceptualmente como en su utilización para resolver cuestiones concretas debe ser objeto de matizaciones y en modo alguno puede servir como construcción dogmática para establecer excepciones plenas a la proyección de postulados derivados de principios fundamentales, como los de legalidad y tipicidad, a los que dicho principio va íntimamente unido. Por el contrario, se acogen las dos manifestaciones, material y procedimental, de la prohibición de la doble sanción penal y disciplinaria por la misma conducta de Jueces y Magistrados, pero se hace en los mismos términos en que ha sido establecida la doctrina del Tribunal Constitucional (52).

---

(52) Art. 415.2: La incoación de un procedimiento penal no será obstáculo para la iniciación de un expediente disciplinario por los mismos hechos, pero no se dictará resolución en éste hasta tanto no haya recaído sentencia o auto de sobreseimiento firme en la causa penal.

Conforme a ella, es necesario para que resulte incompatible la punición penal y disciplinaria que concurran las tres identidades de sujeto, hecho y fundamento jurídico, de tal manera que no existe obstáculo alguno para que pueda resultar concurrentes cuando se vulneran con una misma conducta bienes jurídicos distintos (53).

Las faltas se clasifican como muy graves, graves y leves.

Las sanciones que se puedan imponer son:

a) Advertencia.

b) Multa de hasta quinientas mil pesetas.

c) Traslado forzoso a Juzgado o Tribunal con sede separada, al menos, en cien kilómetros de aquella en que estuviera destinado.

d) Suspensión de hasta tres años.

e) Separación del servicio.

En ninguna de las faltas contempladas se establece injerencia alguna a sentencias penales, ni, por lo tanto, a la pena de inhabilitación, la cual, en los regímenes disciplinarios de estos funcionarios (Jueces, Magistrados, Fiscales, Secretarios Judiciales) no tiene incidencia alguna. Ya lo analizaremos en el aspecto puramente administrativo, en lo que se refiere a la pérdida de tal condición.

En lo referente al Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía (54), se establecen faltas muy graves, graves y leves. Correspondiéndole las sanciones de separación del servicio o suspensión de funciones de tres a seis años para las primeras; suspensión de funciones por menos de tres años, traslado con cambio de residencia, inmovilización en el escalafón por un período no superior a cinco años o pérdida de cinco a veinte días de remuneración y suspensión de funciones por igual período, para faltas graves; y pérdida de uno a cuatro días de remuneración y suspensión de funciones por igual período, que no supondrá la pérdida de anti-

---

En todo caso, la declaración de hechos probados contenida en la resolución que pone término al procedimiento penal, vinculará a la resolución que se dicte en el expediente disciplinario, sin perjuicio de distinta calificación jurídica que puede merecer en una y otra vía.

(53) Art. 415.3: Sólo podrá recaer sanción penal y disciplinaria sobre los mismos hechos cuando no hubiere identidad de fundamento jurídico y de bien jurídico protegido.

(54) Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, artículos 27 y 28 y Decreto 884/1989, de 14 de julio.

güedad ni implicará la inmovilización en el escalafón, y apercibimiento, para las faltas leves.

La iniciación de un procedimiento penal contra un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía, no impedirá la incoación y tramitación de expedientes gubernativos o disciplinarios por los mismos hechos. No obstante, la resolución definitiva del expediente sólo podrá producirse cuando la sentencia recaída en el ámbito penal sea firme y la declaración de hechos probados vinculará a la Administración.

Entre las faltas muy graves, figura «cualquier conducta constitutiva de delito doloso», la cual, obviamente, podría llevar consigo la pena de inhabilitación. Sin embargo, nuestra primera crítica ha de considerar la imprecisión de la tipificación de esta conducta, sobre todo si la relacionamos con la gravedad de las sanciones impuestas: separación del servicio o suspensión de funciones de tres a seis años. Esta desproporcionalidad entre el ilícito administrativo y la correlativa sanción, ha sido criticada en numerosa jurisprudencia, que se ha visto abocada a dictar una sentencia absolutoria antes que permitir una injusticia manifiesta. Por otra parte, no se relaciona el delito doloso con la función que ha de desempeñar, ni tampoco con el perjuicio que le cause a los ciudadanos, ni a su seguridad. En síntesis, una muy defectuosa construcción jurídica.

Cuando algún policía es condenado en sentencia firme por dicho delito, se le inicia o se continuá el correspondiente expediente disciplinario, que puede terminar sin sanción o con alguna de las anteriores citadas. En cualquier caso, no se sigue ningún otro expediente en vía puramente administrativa y no disciplinaria.

ANÁLISIS ADMINISTRATIVO

Según la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (55), tendrán tal consideración las personas incorporadas a la Administración Pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo.

Para alcanzar tal condición, es necesario estar en posesión de una determinada titulación y superar unas pruebas selectivas. De esta manera, se incorpora a la Administración, en la que desempeñará funciones relacionadas con su titulación o distintas a la misma. Con ello, quiero diferenciar

(55) Texto articulado aprobado por decreto 315/1964.

el servicio que un titulado universitario presta en el seno de la función pública, que no puede identificarse con el que podría prestar como perteneciente a un Colegio profesional.

A los efectos que ahora nos interesan debemos diferenciar el carácter de profesional de la función pública, con el cargo que en cada ocasión esta persona pueda desempeñar.

Como pusimos de manifiesto con anterioridad, el Código Penal establece dos penas de inhabilitación: la absoluta y la especial. La primera producirá los siguientes efectos:

1. Privación de todos los honores y de los empleos y cargos públicos que tuviere el penado, aunque fueran electivos.
2. La privación del derecho de elegir y ser elegido para cargos públicos durante el tiempo de la condena.
3. La incapacidad para obtener los honores, cargos y derechos mencionados en el número 1 igualmente por el tiempo de la condena.

La inhabilitación especial conlleva las siguientes consecuencias:

1.º La privación del cargo o empleo sobre el que recayere y de los honores anejos a él.

2.º La incapacidad de obtener otros análogos durante el tiempo de la condena.

Doctrinalmente hay dos corrientes bien definidas sobre los efectos de la pena de inhabilitación, la perpetuidad o la temporalidad. Los defensores de la primera tesis (RODRÍGUEZ DEVESA y FERRER SAMA, entre otros) basan sus argumentos en la falta de referencia en el apartado 1.º a la expresión «por el tiempo de la condena». Los segundos (MANZANARES y OCTAVIO DE TOLEDO) arguyen que el propio Código Penal, ya establece la duración de la pena —seis años y un día a doce años— y que a partir del texto de 1932 ya no existen penas perpetuas.

La confusión surge de los artículos de la L. F. C. por el que la condición de funcionario se pierde por la «pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público» y el 50.3 y 4. Según el primero, «la suspensión por condena criminal podrá imponerse como pena o por consecuencia de la inhabilitación para el ejercicio de cargos y funciones públicas, con el carácter de principal o de accesoria, en los términos de la sentencia en que fuera acordada» y el número 4 establece que la «imposición de la pena de inhabilitación especial para la carrera de fun-

cionario a la absoluta para el ejercicio de funciones públicas, si una u otra fueran con carácter perpetuo, determinará la baja definitiva del funcionario en el servicio, sin otra reserva de derechos que los consolidados a efectos pasivos». Es evidente que esta referencia a la perpetuidad es totalmente contraria a lo previsto en el texto punitivo, toda vez que como acabamos de ver no existen penas perpetuas en nuestro ordenamiento jurídico y, por otra parte, la duración de dichas penas está perfectamente fijada. Por consiguiente si la inhabilitación tiene un carácter temporal, nunca podrá conllevar la pérdida de la condición de funcionario. Por todo ello, la pena de inhabilitación absoluta, privará al funcionario de su condición por el tiempo de la condena y la inhabilitación especial le privará del cargo público concreto que mencione la sentencia y de la posibilidad de obtener otros análogos por el tiempo de la condena, sin privar al funcionario de su condición de tal.

Hemos de recordar que el funcionario inhabilitado pasará a la situación de suspenso de funciones, en la que permanecerá durante el tiempo que dure la condena, debiendo solicitar el reingreso al servicio activo, al finalizar la misma (56).

La jurisprudencia (57) viene manteniendo una interpretación uniforme, considerando que la pena de inhabilitación priva de la condición de funcionario y por tanto la relación de servicio queda extinguida, sin que sea necesaria otra actividad de la Administración que la de constatar la existencia de la condena y ejecutarla. Igualmente mantiene que una vez cumplida la pena, no es posible readmitir al funcionario al servicio activo; todo ello a la luz de los artículos 37 y 50 de la Ley de Funcionarios. Por nuestra parte consideramos esta doctrina jurisprudencial un tanto inmovilista y anclada en el pasado, pues creemos que la Constitución y las demás reformas legales impiden el mantenimiento de la perpetuidad de las penas, en que de «facto» —se quiera o no— se convierte la interpretación jurisprudencial. Choca, por otra parte, con el principio de rehabilitación que el texto constitucional y la legislación penitenciaria han venido a instaurar y defender.

Más congruente nos parece la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia de Albacete de 21 de febrero de 1974 (58)

---

(56) Artículo 23 del Decreto 730/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los funcionarios de la Administración del Estado.

(57) Entre otras, Sentencias del TS de 12 de junio de 1972; 30.3.79; 9.5.91; 14.2.92.

(58) El Tribunal estaba constituido por don Ramón Sancho Candela, don Pascual Sala Sánchez, y don Gregorio García Ancos.

al señalar que si bien es cierto que el Código Penal en su artículo 35 determina que la pena de inhabilitación absoluta produce entre otros efectos el de la privación de los empleos y cargos públicos que tuviere el penado, pareciendo que gramaticalmente la palabra «privación» puede ser equivalente a perpetuidad, extremo que vendría confirmado por el artículo 37.d) de la Ley de Funcionarios civiles, también es cierto, que esta misma Ley en su artículo 50.4, al afirmar que si la inhabilitación absoluta fuera con carácter *perpetuo* determinará la baja definitiva del funcionario, parece, a «sensu» contrario que puede existir inhabilitación de carácter *temporal*, cuando así lo exprese la sentencia.

Ya sostuvimos anteriormente que las penas perpetuas fueron suprimidas del Código. Se apoya igualmente esta sentencia, en el artículo 68.3 del Reglamento de funcionarios de la Administración Local cuando establece que los funcionarios condenados a la pena de inhabilitación absoluta podrán rehabilitarse y reintegrarse en su escalafón.

Concluyendo su fallo en «no haber lugar a la separación definitiva del servicio activo del recurrente y, de otra, el derecho de este a reingresar en tal servicio como funcionario público del Cuerpo General Administrativo».

Criterio semejante a la anterior jurisprudencia ha venido manteniendo la Administración consultiva, con fundamento en los mismos razonamientos y manteniendo la doctrina de que la pena de inhabilitación absoluta o especial tiene como efecto el de la pérdida de la condición de funcionario, dando lugar a la consiguiente extinción de la relación de servicios que impide además el que, cumplida la condena, pueda accederse a otorgar el reingreso al servicio activo. Sin embargo el Consejo de Estado (Dictamen de 28 de noviembre de 1974) señala que «cuestión totalmente aparte es la de que en el terreno puramente doctrinal y de "lege ferenda" pueda sostenerse la procedencia u oportunidad de establecer la temporalidad de la pena de inhabilitación en cuanto a su especial efectos de privación de honores, cargos o empleos». En términos semejantes la Dirección General de lo Contencioso del Estado (Dictamen de 14 de octubre de 1972) manifiesta su inquietud hasta «ver desaparecidos definitivamente de nuestra legislación las penas que privan absolutamente de derechos, penas que cabe conceptuar como residuos históricos de la denominada "muerte civil" y que han desaparecido de la mayoría de los ordenamientos jurídicos actuales». Esta inquietud que ha tenido eco en los servicios jurídicos de la Administración y en algunos Departamentos (59) considera que la «pérdida de la

(59) Vid., Informe del Ministerio de Educación y Ciencia de 18 de enero de 1993.

condición de funcionario por razón de condena a las penas de inhabilitación absoluta o especial debe estimarse contraria a la Constitución y derogada por esta».

La conclusión de todo lo anterior no puede ser más pesimista, pues parece sorprendente que no obstante la reforma introducida en la regulación funcionarial por la Ley 30/1984 haya obviado esta cuestión, que desde un punto de vista humano es fundamental; e igualmente, que la interpretación jurisprudencial y doctrinal continua anclada en el inmovilismo, con un olvido total de la existencia de una Constitución —normal suprema del Estado de Derecho— y de la obligación que tienen de impulsar e interpretar el derecho en aras de una mayor justicia y equidad.

En el ámbito castrense, el Código penal Militar, clasifica las penas en principales y accesorias, las primeras están constituidas por:

— Prisión.
— Pérdida de empleo.
— Inhabilitación definitiva para mando de buque de guerra o aeronave militar.
— Confinamiento.
— Destierro.

Son penas accesorias:

— Pérdida de empleo.
— Suspensión de empleo.
— Deposición de empleo.
— Inhabilitación absoluta.
— Suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo.
— Supervisión de las actividades de la empresa, incautación o disolución de la misma.
— Pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito.

La pena de inhabilitación absoluta producirá las consecuencias señaladas en el código Penal Común (art. 35) y que anteriormente comentamos. Ahora bien al ser una pena accesoria su duración sea la de la pena principal (art. 26 del Código Penal Militar). En cuanto a la pena principal de inhabilitación definitiva para mando de buque de guerra o aeronave militar privará al penado, con carácter permanente, del mando de estos. Sin embargo esta es una pena alternativa a la de prisión, por lo que se deja al Tribunal la elección de una u otra.

Los efectos administrativos de estas penas vienen regulados en la Ley 17/1989 de 19 de julio. reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, en cuyo artículo 65.1.d se establecen como causas de la pérdida de la condición militar: Pena principal o accesoria de pérdida de empleo, de inhabilitación absoluta o inhabilitación especial. Vemos que todas ellas se refieren a las penas previstas en el Código castrense, la inhabilitación especial es la que se refiere al mando de buque o aeronave, por lo que no tendrían incidencia alguna las previstas en el Código penal común. Esta interpretación esta acorde con la hermenéutica del artículo, que sólo se refiere a penas o sanciones militares. En este mismo sentido lo desarrolla el Reglamento General de adquisición y perdida de la condición de militar y de situaciones administrativas del personal militar profesional (60).

Respecto al personal de la Guardia Civil, este Reglamento no le es de aplicación toda vez que en su Disposición Transitoria Decimotercera le exceptua de su ámbito (61).

La Ley 28/1994 sólo regula las situaciones de servicio activo, servicios especiales, excedencia voluntaria y reserva. Será necesario desarrollar esta Ley en cuanto a las demás situaciones administrativas, así como en lo referente a la adquisición y pérdida de la condición de Guardia Civil. A este respecto hemos de tener presente que la Guardia sólo tendrá consideración de fuerza armada en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que se le encomienden. Siendo, por lo tanto, la jurisdicción ordinaria la competente para conocer de los delitos cometidos por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones.

Por todo ello, la ley 17/1989 reguladora del Régimen de Personal Militar profesional, sólo le será de aplicación, en cuanto a la pérdida de la condición de guardia civil, en los casos de haber sido enjuiciados por la jurisdicción militar. En los demás supuestos habrá de atemperarse a la normativa de la jurisdicción ordinaria y a su Régimen disciplinario propio, aprobado por Ley 11/1991 de 17 de junio. El artículo 9.10, considera falta muy grave: Haber sido condenado por sentencia firme, en aplicación de disposiciones distintas al Código Penal Militar, por un delito cometido con dolo que lleve aparejada la privación de libertad o cuando la condena fue-

(60) Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre.

(61) Hasta tanto no se desarrolle reglamentariamente el régimen jurídico sobre la adquisición y pérdida de la condición de militar y de situaciones administrativas del personal perteneciente al Cuerpo de la Guardia Civil, seguirá rigiéndose por las disposiciones hasta ahora en vigor.

ra superior a un año de prisión si hubiere sido cometido por imprudencia. Su instrucción dará lugar a la apertura del correspondiente expediente gubernativo.

En nuestra opinión, al guardia civil no se le puede aplicar la Ley 17/1989 cuando haya sido condenado a la pena de inhabilitación por la jurisdicción ordinaria, sino solamente cuando la condena proceda de la jurisdicción militar.

Con relación a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, ya exponíamos anteriormente que el artículo 27 de la Ley Orgánica 2/1986 y el artículo 6.º del Decreto 884/1989 de 14 de julio consideraba como falta muy grave «cualquier conducta constitutiva de delito doloso». Por ello, en estos casos se instruye el correspondiente expediente, a cuya resulta podrá ser decretado el sobreseimiento o bien la separación del servicio o la suspensión de funciones de tres a seis años. Lo que nunca se producirá es la baja automática del funcionario, toda vez que según informe de los Servicios Jurídicos del Ministerio del Interior (10-6-1988), la condena a la pena de inhabilitación absoluta o especial a que se refieren los artículos 35 y 36 del Código Penal no determina la pérdida de la condición de funcionario, sino la privación del ejercicio de las funciones por el tiempo de la condena, reincorporándose al servicio activo una vez cumplida la misma, y sin perjuicio de que, no obstante ello, pueda acordarse la separación definitiva del servicio por razón de los mismos hechos porque fue condenado el funcionario en virtud de expediente administrativo ordinario.

La condición del Juez o Magistrado se venía perdiendo «por imposición de pena principal o accesoria de separación del cargo judicial, inhabilitación absoluta o especial para cargo público». Los tribunales que dictaren estas sentencias remitirán testimonio de ellas al Consejo General del Poder Judicial, una vez que hubieren ganado firmeza (art. 379.1.d). En este caso no se podría solicitar la rehabilitación (art. 380).

Sin embargo la Ley Orgánica 16/1994 de 8 de noviembre ha introducido importantes novedades en la actual regulación, aunque la justifica en términos de una mayor exigencia, la realidad es que ha venido a corregir una situación de manifiesta injusticia, aunque continúa aplicándose en los demás ámbitos de la Administración. Afirma en la exposición de motivos que «la comisión por un Juez o Magistrado de cualquier delito doloso, lo haya sido o no en el ejercicio de la función judicial, tiene un significado especial que trasciende de las consecuencias estrictamente penales en el Código, más alla incluso de las penas privativas de derechos puesto que evidencia su incapacidad para el ejercicio de la función jurisdiccional mientras no obtenga la rehabilitación, como deriva del artículo 303 de la Ley

Orgánica del Poder Judicial». Este artículo se refiere a las condiciones que se exigen para el ingreso en la carrera judicial.

La nueva redacción del apartado d) del artículo 379.1, es del siguiente tenor: «Por la condena a pena privativa de libertad por razón de delito doloso. En los casos en que la pena no fuera superior a seis meses, el Consejo General del Poder Judicial, de forma motivada y atendiendo a la entidad del delito cometido, podrá sustituir la pérdida de la condición de Magistrado o Juez por la sanción prevista en el artículo 420.1.d)». Como vemos se ha aquilatado y racionalizado la pérdida de la condición del Juez o Magistrado, quedando exceptuados los delitos culposos y en cuanto a los dolosos, cuando la pena fuera inferior a seis meses, podrá sustituirse por la sanción de suspensión por la misma duración.

Aspecto de máximo interés es la nueva redacción del artículo 380 (62) toda vez que puede ser rehabilitado el Juez o Magistrado que hubiese sido condenado por cualquier pena, cosa que no ocurría anteriormente. Por lo tanto, se abre la puerta a la tesis que venimos manteniendo que no pueden existir penas perpetuas, o con consecuencias equivalentes.

La rehabilitación se concederá por el Consejo General del Poder Judicial, previa petición del interesado, y valorando las circunstancias de todo orden.

Si la rehabilitación se denegare, no podrá iniciarse nuevo procedimiento para obtenerla en los tres años siguientes, plazo que se computará a partir de la resolución denegatoria inicial del Consejo General del Poder Judicial.

En cuanto a los miembros del Ministerio Fiscal, su situación es distinta toda vez que el artículo 46.1.d) de su Estatuto Orgánico (Ley 50/1981 de 29 de diciembre) establece la pérdida de la condición de fiscal por «pena principal o accesoria de inhabilitación para cargos públicos».

En cuanto a la rehabilitación, le será de aplicación lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero sólo para los casos de separación disciplinaria y no para los demás, por lo que se pierde la condición de Fiscal (63).

---

(62) Quienes hubieren perdido la condición del Juez o Magistrado por cualquiera de las causas previstas en los apartados a), b), c) y d), del artículo anterior, podrán solicitar del Consejo General del Poder Judicial su rehabilitación, una vez obtenida la establecida en el Código Penal, si procediere.

(63) Articulo 46. 1. La condición de Fiscal se pierde en virtud de alguna de las causas siguientes: a) Renuncia, b) Pérdida de la nacionalidad española, c) Sanción discipli-

Continuando con la disparidad legislativa que estamos constatando, los Secretarios Judiciales, perderán la condición de tales, entre otras causas, (art. 24 del Decreto y 29/1988 de 29 de abril) por:

— Pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para el desempeño de cargos públicos.

— Incapacidad sobrevenida por condena por delito doloso, mientras no se haya obtenido la rehabilitación.

En cuanto a la rehabilitación no podrá solicitarse en el caso que haya sido condenado a la pena de inhabilitación, encontrándose, por lo tanto, en peores circunstancias que los Jueces y Magistrados, y adquiriendo dicha pena la consideración de perpetua.

CONCLUSIÓN

Aunque podíamos haber comentado los reglamentos administrativos de otros cuerpos de funcionarios, así como los correspondientes a las Comunidades Autónomas y Administración Local, nos parece suficiente para poner de relieve el caos administrativo en que nos encontramos. El hecho en sí mismo, no tendría más importancia, si se tratase de análisis dogmáticos sobre teorías administrativas u opiniones doctrinales, la cuestión es más pedestre y de un realismo incuestionable. La misma pena, impuesta por los Tribunales de Justicia, tiene unas consecuencias dispares para los funcionarios de la Administración Pública. Ya sabemos —y el Tribunal Constitucional lo ha aclarado— que no es lo mismo la igualdad que el igualitarismo. Pero también figuran en la Constitución los principios de seguridad jurídica, igualdad ante la ley, reinserción social; y en lo referente a la Administración Pública los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación.

Ante esta selva normativa ¿se pueden alcanzar los anteriores principios? Todo ello lo tenemos que analizar desde una perspectiva global, pero no olvidando las peculiaridades de las funciones que cada grupo de funcionarios realiza y las consecuencias que para la convivencia ciudadana tienen. Es innegable que la lucha contra el terrorismo, narcotráfico o la de-

---

naria de separación del servicio; d) Pena principal o accesoria de inhabilitación para cargos públicos; e) Haber incurrido en algunas de las causas de incapacidad.

2. La integración activa en el Ministerio Fiscal cesa también en virtud de jubilación forzosa o voluntaria, que se acordará por el Gobierno en los mismos casos y condiciones que se señalan en la Ley Orgánica del Poder Judicial para los Jueces y Magistrados.

lincuencia organizada no presenta los mismos peligros, para los funcionarios que las ejecutan, que las actividades burocráticas de la marcha administrativa.

Tampoco se debe ignorar —por el que corresponda— que las actividades operativas han de ser apoyadas con el correspondiente marco normativo, que facilite y equilibre los distintos intereses en juego. No podemos pedir un máximo de eficacia cuando no se proporcionen los medios personales, materiales y normativos adecuados. La historia nos ha enseñado la lucha permanente entre los derechos individuales y los sociales y la coordinación que al Estado le corresponde haciendo compatible la libertad con la seguridad. Tenemos, profesamos y practicamos un respeto total y absoluto al principio de legalidad, pero no nos olvidamos que también figura en nuestra Constitución el de seguridad. La libertad sin seguridad es la anarquía, pero la seguridad sin libertad, autoritarismo. Seamos conscientes de lo que nos jugamos, a la vez que sinceros y transparentes. Olvidémonos de los cantos de sirena y de los discursos demagógicos para enfrentarnos con la realidad y prestar un buen servicio a los ciudadanos. Lo demás es pura entelequia de la que el pueblo español está ya cansado.

Para terminar, creemos que la única solución sería que en el Código Penal se estableciesen con concreción las consecuencias de las penas de inhabilitación, sin que la Administración pudiese realizar interpretaciones normativas que llevan a consecuencias no queridas por la propia sentencia. Es una intromisión flagrante del poder ejecutivo en el judicial.

Todo ello, no es obstáculo para que aquellos Cuerpos en cuyos Reglamentos Disciplinarios, pudiesen instruir el correspondiente expediente, que con todas las garantías constitucionales y teniendo presente el principio «non bis in idem» tomasen las medidas adecuadas a nivel corporativo, pero nunca unas consecuencias automáticas, no previstas en la sentencia, y de unos resultados tan graves como la pérdida de la condición de funcionario.

Desde el punto de vista de la jerarquía normativa y de la economía legislativa y solución global de esta problemática, consideramos que la reforma ha de realizarse en el Código Penal.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ROLDÁN, Luis y FORTUN ESQUIFINO, Ricardo. «La Ley Disciplinaria Militar». Pamplona 1986.

ANTÓN ONECA, J: «Derecho Penal. P. G.» 2.ª Ed. 1986.

BERISTAIN, A.: «La inhabilitación penal ayer, hoy y mañana» R. G. L. J. septiembre 1966. Número 3.

CÓRDOBA RODA y OTROS: «Comentarios del Código Penal». Barcelona 1972.

GONZÁLEZ RIVAS, J. J.: «Las sanciones administrativas en la Jurisprudencia Constitucional». Actualidad administrativa núm. 28, 11-17 julio 1994.

JESCHECK, H. H.: «Tratado de Derecho Penal. Parte General Vdumen 2.º. 2.ª Ed. Barcelona 1981. Trad. y Anotaciones por Mir Puig y Muñoz Conde».

LANDROVE, G.: «Las consecuencias jurídicas del delito». 2.ª Ed. Madrid, 1988.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: «Las inhabilitaciones y suspensiones en el Derecho positivo español». ADPCP, Tomo 28. enero-abril 1977.

MESTRE DELGADO, J. F.: «La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública». Libro Homenaje al prof. GARCÍA DE ENTERRÍA. Tomo III. Madrid, 1991.

MILLÁN GARRIDO, Antonio: «Régimen Disciplinario de la Guardia Civil». Madrid 1992.

MONTERO CASADO, F. J.: «Las inhabilitaciones para la profesión de funcionario». RAD, núm. 98.

MIR PUIG, S.: «El Sistema de Sanciones». RJC Barcelona 1980.

MIR PUIG, S.: «Derecho Penal PG» Barcelona 1990, 3.º Ed.

QUINTERO OLIVARES: «Derecho Penal», PG, 2.ª Edic. Madrid, 1989.

RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ. «Derecho Penal. Parte General» Madrid. 15.ª Ed. 1992.

RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, José Luis y otros: «Comentarios a la ley Disciplinaria de la Guardia Civil». Madrid, 1993.

ROJAS CARO, José: «Derecho Disciplinario Militar». Madrid, 1990.

ROMERO MAURA, J. Voz «Inhabilitación». NEJ. Tomo XII. Barcelona 1977.

TABARA CARBAJO, Zacarías: «Ley disciplinaria de la Guardia Civil». Guadalajara 1992.

TRAYTER, Juan Manuel: «Manual de Derecho Disciplinario de los funcionarios públicos». Madrid 1992.

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

II. Notas y comentarios

OBLIGACIÓN LEGAL DE COLABORACIÓN DE NOTARIOS Y REGISTRADORES CON EL MINISTERIO FISCAL

ALFREDO RAMOS SÁNCHEZ
Fiscal del TSJ de Madrid

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. NATURALEZA.—III. EXTENSIÓN.—IV. REGULACIÓN. 1. *Principios de publicidad de Protocolos y Registros*. 2. *El «interés legítimo» del Ministerio Fiscal*. 3. *La actividad del Ministerio Fiscal*.—V. ABONO HONORARIOS. 1. Honorarios y devengos notariales. 2. Honorarios y devengos registrales. 3. Las costas del Ministerio en el proceso.—VI. CONCLUSIÓN.

ORDENACIÓN LEGAL DE COLABORACIÓN DE NOTARIOS Y REGISTRADORES CON EL MINISTERIO FISCAL

I. PLANTEAMIENTO

La cuestión que se trata consiste en determinar si por parte de algunos profesionales que desempeñan funciones públicas —Notarios, Registradores de la Propiedad y Mercantiles— existe obligación de atender los requerimientos del Ministerio Fiscal, remitiendo los documentos interesados por éste, y si pueden repercutir sus honorarios e, incluso percibirlos con carácter simultáneo o anticipado a la entrega de la documentación.

Conviene recordar, en primer lugar, qué facultades tiene atribuidas el Ministerio Fiscal.

El art. 124 encomienda al Ministerio Fiscal «*promover la acción de la justicia* en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, *de oficio* o a petición de los interesados...», remitiendo (art. 124.3) a su Estatuto Orgánico.

En igual sentido se expresa el art. 435 LOPJ y, asimismo, el art. 1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/1981, de 30 de diciembre), enumerando sus funciones el artículo 3 de este último y estableciendo el art. 4 del estatuto Orgánico, los medios que, para el cumplimiento de su misión se otorga al Ministerio Fiscal y entre ellos:

Núm. 3.—Requerir el auxilio de las *autoridades* de cualquier clase y sus agentes.

Núm. 4.—Dar a cuantos *funcionarios* constituyen la Policía Judicial las ordenes e instrucciones procedentes en cada caso.

Núm. 6.—Ejercitar las demás facultades que el ordenamiento jurídico le confiere.

Termina el precepto señalando que:

> «Las autoridades, funcionarios u organismos requeridos por el Ministerio Fiscal en el ejercicio de las facultades que se enumeran en los párrafos precedentes *deberán atender inexcusablemente el requerimiento dentro de los límites legales*».

Para el esclarecimiento de las infracciones penales, el artículo 5 del Estatuto Orgánico faculta al Ministerio Fiscal para efectuar las diligencias que le atribuye la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siempre que no supongan medidas cautelares restrictivas de derechos, a excepción de la detención preventiva.

II. NATURALEZA

La conducta de colaboración de Notarios y Registradores se ha entendido como una manifestación del deber de auxilio de justicia, como colaboración con la actividad jurisdiccional y como obligación de cumplimiento de las resoluciones judiciales.

Y así viene recogido en nuestra legislación, donde son numerosos los preceptos legales que imponen el acatamiento de las decisiones de los Tribunales de Justicia (art. 118 Constitución Española, art. 17 y 469 LOPJ y 297 Ley de Enjuiciamiento Civil).

No existen preceptos de igual naturaleza respecto al Ministerio Fiscal. Únicamente, con carácter general, el artículo 4 del Estatuto Orgánico e indirectamente, el artículo 785 bis Ley de Enjuiciamiento Criminal en cuanto a la investigación de delitos —requerimientos, deber de declarar posibles inculpados y testigos etc...—.

Sin embargo, desde el momento en que la Constitución y las Leyes configuran al Fiscal como «promotor de la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley» y le imponen la obligación de actuar para el cumplimiento de sus misiones, y considerando la naturaleza de éstas, no cabe duda de que la actividad requerida de organismos y particulares por el Ministerio Fiscal tiene, al menos, un doble fundamento:

— Auxiliar a la acción de la justicia, aunque no sea desde una perspectiva decisoria, jurisdiccional.

— «En la necesaria y recíproca cooperación que ha de existir entre los distintos organismos estatales para el mejor cumplimiento de la función que a cada uno le está encomendada» (Guasp).

III. EXTENSIÓN

En relación con los supuestos a que nos hemos referido —Notarios, Registradores— conviene precisar que tipo de actividad o colaboración se puede solicitar por el Ministerio Fiscal y cual es el principio que rige dicha colaboración en el ejercicio de sus funciones.

Las peticiones del Ministerio Fiscal son mucho más reducidas que las del Órgano Jurisdiccional y se limitarán, normalmente, a recabar información.

Efectivamente, el Órgano Judicial, a través de procedimientos de variada naturaleza, puede alterar el contenido de protocolos y registros públicos. Así, por citar algunos ejemplos, concurrir a otorgar escritura pública en nombre de quien no comparece o puede declarar falsedad de un documento expedido por Notario, con la rectificación del mismo que de ello se deriva. Y puede además ordenar en los registros anotaciones de embargos o de demanda o determinar inscripciones y cancelaciones.

Estas facultades, resultado directo de la actividad jurisdiccional, no alcanzan al Ministerio Fiscal. Generalmente, lo que necesita para su función, es información sobre el contenido de Registros y Protocolos a través, sobre todo, de certificaciones y copias autorizadas.

IV. REGULACIÓN

1. *Principios de publicidad de Protocolos y Registradores*

Centrada así la cuestión, se hace preciso examinar las normas de publicidad de Notarios y Registradores.

El artículo 32 Ley del Notariado establece el secreto de protocolo, que los Notarios no permitirán examinar «en todo o en parte... no precediendo decreto judicial sino a las partes interesadas».

Por el contrario, es consustancial a los Registros el principio de publicidad, en sentido material y formal. Referido a este último, se establece la publicidad para quien tenga «interés en consultarlos» en los artículos 221 y ss. Ley Hipotecaria, a través también de certificaciones (art. 227 y 223 LH), y notas simples (art. 332 Reglamento Hipotecario).

Y análogo principio cabe predicar del Registro Mercantil (art. 23 C. Comercio y art. 12 Reglamento Registro Mercantil), el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles (art. 34 OM de 15 de noviembre 1982), y el

Registro de Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento, cuyo Reglamento de 19 de junio de 1955 (art. 49 y D. Final) se remite a la legislación hipotecaria.

Sin olvidar estos principios generales y su proyección interpretativa, conviene resaltar que, en todo caso, se hace referencia para regular la publicidad al «interés legítimo» o al «interés» del que solicita copias o certificaciones, lo que nos lleva a examinar cual es el «interés» del Ministerio Fiscal.

2. *El «interés legítimo» del Ministerio Fiscal*

A los efectos que nos ocupan, hablar de «interés legítimo» del Fiscal es necesario, pero notoriamente insuficiente, puesto que no puede desligarse de las facultades-deberes que constituyen su función, pues, en definitiva:

a) Por la Constitución y las Leyes se reconocen unos determinados bienes sociales y principios del Estado (Derechos Fundamentales, Justicia, etc...) que se consideran deben ser objeto de protección, la cual, entre otros Órganos, se encomienda específicamente al Ministerio Fiscal (art. 124 CE, art. 435 LOPJ y art. 1 de EO).

b) El Fiscal tiene la *obligación* de practicar «las diligencias que estime pertinente para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los participes en el mismo» (art. 785 bis LECr).

c) El Fiscal tiene *la obligación* de entablar las acciones penales procedentes *junto con la acción civil (art. 105 y 108 Ley Enjuiciamiento Criminal*).

d) El Fiscal *debe* asumir en su actuación, «la defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley» y, en concreto, *en materia civil,* en los procesos de estado civil (art. 4, núm. 6 EO), y respecto a la asunción o promoción de la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes no puedan actuar por si mismos (art. 3, n.º 7, E.O.), instando, en su caso, las oportunas medidas o procesos (art. 203 C. Civil —incapacidad—, art. 129 y 137 —filiación—, el art. 167 C. Civil —administración bienes hijos—, etc...).

e) Se reconoce al Fiscal legitimación —interés— para el recurso gubernativo contra la suspensión o negativa a inscribir documentos judiciales en los «asuntos criminales» en que debe ser parte (art. 112-2.º Reglamento Hipotecario, 67 b) del Reglamento Registro Mercantil).

Es indudable que por disposición legal, e incluso con rango Constitucional, se reconocen al Ministerio Fiscal funciones de las que se deriva el interés legalmente reconocido que le habilita para acceder al contenido de los Protocolos y Registros, imponiéndole además, el ejercicio de las acciones que considere pertinentes, para lo que la obtención de esta información será presupuesto indispensable.

3. *La actividad del Ministerio Fiscal*

Hay que distinguir aquellas funciones que se suscitan dentro y fuera del proceso.

Respecto a las primeras, se realizan a través del órgano judicial competente en el procedimiento de que se trate, por lo que serán las resoluciones judiciales los determinantes de la obligación de colaboración por parte de Notarios y Registradores cuyo fundamento general ya hemos visto con anterioridad, y tiene un amplio apoyo legislativo, quedando al margen de éste trabajo.

Pero son aquellas actividades extraprocesales del Fiscal las que pueden suscitar mayores dudas, sobre todo por su falta de concreta regulación y a ellas nos vamos a referir a continuación.

a) Actuaciones penales:

Son las denominadas diligencias de investigación que realiza el Fiscal con carácter preprocesal.

El ejercicio de las funciones del Ministerio Fiscal (art. 124 CE, art. 3 núm. 4 y 5 EO y art. 105 Ley de Enjuiciamiento Criminal), implican unas atribuciones coercitivas, cuya cobertura legal es relativamente amplia y viene recogida, como ya se ha examinado, en el artículo 4 núm. 3, 4 y artículo 5 del EO, en el artículo 781 LE Criminal y, principalmente, en el artículo 785 bis de esta última Ley.

La Circular núm. 1/1989, de 8 de marzo de la Fiscalía General del Estado sobre el procedimiento abreviado analiza esta cuestión con detenimiento, llegando a la conclusión que,

> «el Fiscal podrá practicar como actos de investigación todas aquellas actuaciones que la Constitución o la Ley no reserve expresamente a la Autoridad Judicial».

Es indudable que la exhibición por medios habituales de los protocolos y registros no está reservada a la autoridad judicial.

b) Actuaciones Civiles

Más difícil resulta determinar la potestad del Ministerio Fiscal en las actuaciones civiles no procesales.

Nuevamente, hay que recurrir al artículo 4, núm. 3 y 4 Estatuto Orgánico y a su último párrafo, así como la causa general del interés legítimo ya expuesto.

Si el Fiscal puede y debe ejercitar acciones civiles en numerosos supuestos, especialmente en materia de familia, ello requiere que obtenga los datos o elementos necesarios que van a determinar si, conforme a la Ley, es procedente ejercitar la acción civil.

Y ello, en virtud del cumplimiento imperativo de sus funciones y del interés que la Ley le atribuye anteriormente expuestas.

V. ABONO HONORARIOS

Cuestión diferente es si el Notario o los Registradores deben percibir del Ministerio Fiscal el importe de los honorarios y gastos devengados.

No existe norma que regule específicamente la materia.

Con carácter general, y referido, una vez más, a Jueces y Tribunales, el artículo 17 LOPJ establece un deber de colaboración «sin perjuicio del reconocimiento de los gastos y del abono de las remuneraciones debidas que procedan conforme a la Ley».

Ahora bien, una cosa es el reconocimiento de ese derecho cuyo cobro en la actuación de la justicia sólo esta previsto en cuanto integra y procede el abono de «costas», y otra es el pago simultáneo o anticipado al funcionario que expide el documento:

1.º *Honorarios y devengos Notariales*

El Arancel Notarial, aprobado por Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre señala en su ANEXO II (Normas Generales de aplicación):

1.º Que el Notario no puede exigir anticipadamente provisión de fondos, salvo para los pagos a terceros en nombre del cliente (norma 8.ª).

2.º Que importe de los derechos devengados se hará constar por el Notario al pie de la escritura (norma 9, núm. 1) y se consignarán en minuta con mención del recurso y plazo para su impugnación (N. 9, núm. 2) que podrá efectuarse en el plazo de 15 días ante el Notario (N. 10).

Por otra parte el artículo 63 párrafo 4.º Reglamento Notarial establece que:

> «Los honorarios, y derechos y las cantidades suplidas por el Notario ... podrán hacerse efectivos por el procedimiento de apremio que la legislación hipotecaria establece... a favor de los Registradores de la Propiedad».

El artículo 230 Reglamento Notarial, prevé la remisión de copias «por correo y certificadas» al solicitante, sin referirse a que pueda efectuarse contra reembolso, lo que podría contradecir las normas arancelarias examinadas.

Y el artículo 248 señala que:

> «los Notarios están obligados a expedir las copias que soliciten los que sean parte legítima, aun cuando no les hayan sido satisfechos los honorarios devengados por la matriz, sin perjuicio de que para hacer efectivos estos honorarios utilicen la acción que les corresponda con arreglo a las Leyes».

A su vez, el artículo 249 Reglamento Notarial dispone que las copias deben ser libradas «en el plazo más breve» y, en todo caso, «dentro del plazo en que ha de ser presentado a liquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales...».

Y su párrafo 3.º señala que:

> «deberá quedar a disposición del adquirente, dentro de los 5 días hábiles siguientes al otorgamiento, salvo causa justificada debidamente acreditada, copia autorizada de cualquier escritura que contenga actos susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad».

Todas estas normas, por la observancia de los plazos, parecen desligar la expedición y entrega de documentos de su cobro.

La entrega, previo pago, impondría una especie de derecho de retención, cuya atribución al Notario no esta específicamente reconocida y cuyo ejercicio frente al Fiscal parece inadmisible, en cuanto la efectividad de los intereses que defiende no pueden estar supeditados al pago de unos honorarios, de la misma manera que no lo están respecto a los Tribunales de Justicia.

2.º *Honorarios y devengos Registrales*

El artículo 352 Regl. Hipotecario dispone que:

> «Las Autoridades, Tribunales o funcionarios públicos que se encuentran tramitando expedientes, juicios o actuaciones, podrán reclamar directamente de

los Registradores las certificaciones o antecedentes que le interesen o la manifestación de libros, *sin* obligación de abonar inmediatamente los honorarios respectivos, cuando procedan de oficio o estén exentos... pero harán las reservas oportunas para que aquellos sean indemnizados si hubiese lugar a ello».

«En los demás casos se aplicará el artículo 614 de este Reglamento» (que regula quien esta obligado al pago).

Los artículos 617 y ss. RH regulan el procedimiento de cobro por el Registrador.

3.º *Las costas del Ministerio Fiscal en el proceso*

Pero, es que, además, si el Ministerio Fiscal ejercitase por vía procesal sus pretensiones, en ningún caso se abonarían por el mismo los gastos así devengados, y por ello, en las acciones que, con los mismos fines, pueden tener lugar extraprocesalmente, no hay razón para cambiar de criterio.

Aquí deberán distinguirse las actuaciones de carácter penal y civil, que pueden resultar orientativas.

a) *Actuaciones penales*

Efectivamente, en el proceso criminal las costas nunca son satisfechas por el Ministerio Fiscal, respecto al que no cabe su condena, como se deriva:

— Del artículo 240 en relación con el 241 LE Criminal que no contempla la condena del Ministerio Fiscal.

— En la exclusión específica que se hace para el Ministerio Fiscal en algunos supuestos (art. 70 Recusación; art. 901 Recurso de Casación).

— En la propia naturaleza de su función (art. 124 CE).

Ya se ha visto las facultades que, en orden a la investigación penal, se atribuyen al Ministerio Fiscal y que, en definitiva, son las que corresponden al Juez, salvo que estuviesen reservados a éste por ser limitativas de Derecho.

Las Diligencias de Investigación del Ministerio Fiscal están destinadas a «la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes del mismo» (art. 785 bis LE Criminal) de manera semejante a la que establecen para el Juez (art. 299 —Sumario— y art. 785.3 diligencias pre-

vias), excepción hecha, insistimos, de aquellas medidas restrictivas de derechos o cautelares reservadas a la Autoridad Judicial.

Y toda esta instrucción-investigación puede tener su desarrollo a través del proceso criminal, terminado por sentencia, o bien no llegar a este punto por existir alguna causa que lo impida o haga innecesario: archivo (art. 785 bis) o sobreseimiento (art. 637 y 641 LE Criminal).

Pues bien, sólo en el caso de que exista una condena son exigibles las costas. Así dice el artículo 121 LE Criminal:

> «Todos los que sean parte en una causa... tendrán obligación de satisfacer los *derechos* de los *Procuradores*... los honorarios *Abogados*, los de *Peritos*... y las indemnizaciones de *testigos*...».
>
> «*Ni durante la causa ni después de terminada tendrán obligación de satisfacer las demás costas* procesales, *a no ser que a ello fueren condenados*».

Resulta, pues, lógico, someter los gastos causados en la investigación del Ministerio Fiscal al mismo régimen que la instrucción judicial, dados los fines a que están destinados y las Instituciones del Estado que los ordenan.

Y si, posteriormente, se abre proceso penal, en este se determina quien paga las costas, si es que hay condena, y desde luego, esta nunca recaerá sobre el Ministerio Fiscal.

b) Actuaciones Civiles

El proceso civil tiene normas diferentes.

Ciertamente, los honorarios de Notarios y Registradores también forma parte de las costas (V. art. 423 LE Civil) y, para el pago de costas, previa su imposición, rigen los criterios de temeridad y vencimiento.

El artículo 292 LE Civil señala que:

> «La parte a cuya instancia se libre el exhorto queda obligada a satisfacer los gastos... que pagará tan pronto se reciba la cuenta... y los demás... por vía de apremio... si dentro de los 8 días no acredita haberlo satisfecho».

Y el artículo 299 LE Civil, refiriéndose a los mandamientos, oficios y exposiciones, dispone que:

> «La parte a cuya instancia se libren queda obligada a satisfacer los gastos que se originen por su cumplimiento en los términos del artículo 292 de esta Ley».

Ahora bien, de la regulación procesal civil se extraen dos consecuencias:

1.º Que la entrega de los documentos a la Autoridad Judicial no esta supeditada al previo abono de honorarios.

2.º Que el Fiscal nunca es condenado en costas y en consecuencia, nunca ha quedado obligado al pago de estos gastos.

Los criterios que determinan el pago de los gastos a través de la condena en costas, son los de temeridad y vencimiento con carácter general.

Alguna antigua Sentencia del Tribunal Supremo (25-5-1881 y 26-4-1897) reconocen expresamente la posibilidad de imposición de costas al Ministerio Fiscal, aunque no debe olvidarse que la posición institucional de éste no era igual que en la actualidad ya que a partir del Decreto de 16-3-1886, se confiere a los Abogados del Estado la representación del Estado y la Hacienda Pública, que anteriormente asumía el Fiscal.

Hoy día, sin embargo, la posición del Ministerio Fiscal, con la misión constitucional que le corresponde y sin defender interés de parte, mal se ajusta a los criterios de temeridad y vencimiento.

Además, el hecho de que no se aprecie temeridad no significa irresponsabilidad, puesto que cabe la vía disciplinaria.

Resultaría, por tanto, absolutamente incoherente que el Fiscal estuviera sometido a un régimen de exacción distinto según su actividad sea procesal o extraprocesal, cuando los intereses que le están atribuidos y asume con su actuación son exactamente los mismos.

Por último y respecto al papel utilizado (art. 350 y 351 RH y art. 248 RN) deben tenerse en cuenta que el art. 3 del Real Decreto-Ley de 14-3-86 suprime el Impuesto de actos Jurídicos documentados para instancias y certificaciones.

VI. CONCLUSIÓN

De lo expuesto se deducen las siguientes conclusiones:

1.º) No hay norma específica que regule el deber de colaboración con el Ministerio Fiscal de Notarios y Registradores.

2.º) Puede sostenerse el deber de colaboración —expedición de copias y certificados— por parte de los Registradores y Notarios en actua-

ciones extraprocesales en materia penal y en materia civil conforme a lo expuesto, es decir:

a) Por el principio de publicidad de Protocolos y Registros para quien tenga interés legítimo.

b) Porque la Constitución y las leyes atribuyen al Ministerio Fiscal un indudable interés que legitima su acceso al conocimiento de protocolos y registros en el ejercicio de sus funciones.

c) Porque el requerimiento de información no es facultad reservada exclusivamente a la Autoridad Judicial.

d) Porque el ejercicio de sus funciones requiere implícitamente que el Fiscal utilice los medios para la consecución de sus objetivos y no hay impedimento legal de base alguna.

3.º) Los Registradores y Notarios devengan sus honorarios que deben ser satisfechos, pero sin previo pago por el Fiscal, toda vez que:

a) Respecto a los Notarios, así puede deducirse de las normas expuestas del Arancel Notarial y del procedimiento establecido para su cobro.

b) Respecto de los Registradores, por lo dispuesto en el artículo 352 Reglamento Hipotecario y normas concordantes.

c) Porque no parece lógico someter a distinto tratamiento este tipo de gastos cuando se realizan fuera o dentro del proceso, puesto que en este último caso las costas nunca son a cargo del Ministerio Fiscal.

d) Por el deber de colaboración, analógicamente aplicable respecto al Fiscal, establecido para Jueces y Tribunales en el artículo 17 de la LOPJ.

4.º) Sería preciso una regulación de la materia que estableciera *claramente* el deber de colaboración de Notarios y Registradores, la exclusión de pago por el Ministerio Fiscal y, en su caso, con cargo a qué Organismo deben abonarse los honorarios devengados, o bien, configurarlo como actividad de auxilio a la Justicia no remunerada.

ciones extraprocesales en materia penal y en materia civil conforme a lo expuesto, es decir:

a) Por el principio de publicidad de Protocolos y Registros para quien tenga interés legítimo.

b) Porque la Constitución y las leyes atribuyen al Ministerio Fiscal un indudable interés que legitima su acceso al conocimiento de protocolos y registros en el ejercicio de sus funciones.

c) Porque el requerimiento de información no es facultad reservada exclusivamente a la Autoridad Judicial.

d) Porque el ejercicio de sus funciones requiere implícitamente que el Fiscal utilice los medios para la consecución de sus objetivos y no hay impedimento legal, de base alguna.

3.º) Los Registradores y Notarios devengan sus honorarios que deben ser satisfechos, pero sin previo pago por el Fiscal, toda vez que:

a) Respecto a los Notarios, así puede deducirse de las normas expuestas del Arancel Notarial y del procedimiento establecido para su cobro.

b) Respecto de los Registradores, por lo dispuesto en el artículo 582 Reglamento Hipotecario y normas concordantes.

c) Porque no parece lógico someter a distinto tratamiento este tipo de gastos cuando se realizan fuera o dentro del proceso, puesto que en este último caso las costas nunca son a cargo del Ministerio Fiscal.

d) Por el deber de colaboración, analógicamente aplicable respecto al Fiscal, establecido para Jueces y Tribunales en el artículo 17 de la LOPJ.

4.º) Sería preciso una regulación de la materia que estableciera claramente el deber de colaboración de Notarios y Registradores, la exclusión de pago por el Ministerio Fiscal y, en su caso, con cargo a qué Organismo deben abonarse los honorarios devengados, o bien, configurarlo como actividad de auxilio a la Justicia no remunerada.

FISCALES Y REGIMEN DISCIPLINARIO

ALBERTO MANUEL LÓPEZ LÓPEZ
Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS INFRACCIONES DISCIPLINARIAS.—III. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR, LOS ÓRGANOS COMPETENTES Y EL SISTEMA DE RECURSOS.—IV. EPÍLOGO.

I. INTRODUCCIÓN

Que la Constitución concedió a los Jueces la trascendental misión de «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado», por medio de un proceso configurado según las reglas del denominado sistema acusatorio, no representa ninguna novedad.

Transcurridos más de 15 años desde su entrada en vigor, podemos felicitarnos del avance conseguido en la doctrina jurisprudencial sobre protección de derechos fundamentales, pero en lo concerniente a la forma de proceder seguimos atascados en el siglo XIX.

Esta parálasis procesal tiene múltiples causas, pero, en mi opinión, la fundamental es la siguiente: no es posible la asunción en el proceso penal de los clásicos principios *nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex oficio, da mihi factum dabo tibi ius* sin la concurrencia procesal de un público elemento motriz, el MF, tan independiente e imparcial como el Juez mismo.

Al hablar de la independencia e imparcialidad del MF todos pensamos en los grandes temas, nunca suficientemente debatidos: relaciones con el Poder Ejecutivo, elección del Fiscal General del Estado, competencias del Consejo Fiscal, etc... y quizás no prestamos la suficiente atención a materias tan cotidianas como el régimen disciplinario interno que, como peligrosa «espada de Damócles», se halla suspendida sobre la cabeza de cada Fiscal, recordándole que su misión es, antes que procurar la imparcial aplicación de la ley, eludir cualquier zona de fricción con sus superiores (1).

(1) Así se expresa GIMENO SENDRA comentando el régimen disciplinario de la judicatura. «Fundamentos de Derecho Procesal». Tecnos. pág. 82. Madrid, 1981.

La regulación legal del derecho disciplinario de los Fiscales se halla fraccionada. El Estatuto Orgánico (arts. 61 a 70) enumera las infracciones, la sanción que le corresponde a cada una de ellas, el órgano competente para acordarla y el sistema de recursos, mientras que el procedimiento a seguir se establece en nuestro obsoleto y prácticamente olvidado de todos, Reglamento Orgánico de 1969 (arts. 123 a 137), completando sus evidentes lagunas y reinterpretándolo de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial (arts. 414 a 427) y el Reglamento a Régimen disciplinario de la Administración del EStado de 10 de enero de 1986 (en adelante RRDAE).

A destacar sus deficiencias, siempre en comparación con el recientemente remozado régimen disciplinario judicial, es a lo que voy a dedicar mi comentario, comenzando por las cuestiones de derecho sustantivo para continuar después con las procedimentales.

II. Las infracciones disciplinarias

No es el momento de realizar un estudio pormenorizado de cada una de ellas, algo que excedería con mucho de los modestos límites marcados para este trabajo, sino llamar la atención sobre algunas cuestiones que considero del máximo interés, pues pueden condicionar tanto al comportamiento profesional de cada uno de los Fiscales, como el talante colectivo de la Institución.

A) *La obsoleta e hipócrita utilización estatutaria de conceptos decimonónicos*

La afirmación napoleónica del decoro y prestigio personal que debía adornar la vida privada de los miembros de la Judicatura, en protección del altísimo honor y dignidad de la carrera a la que pertenecen, fue, por fin, sustituida por criterios exclusivamente profesionales en la redacción originaria de LOPJ, acentuándose la tendencia en la reciente reforma de noviembre de 1994.

Los Fiscales, sin embargo, hemos quedado al margen de esta corriente, y nuestro Estatuto sigue manteniendo y, nada menos que como ¡falta muy grave!, sancionable hasta con la separación del servicio, «la conducta irregular que comprometa la dignidad de la función fiscal».

No voy a extenderme en los obvios comentarios (2) que hoy merece la sanción del funcionario «culpable» de comportamientos ajenos a su actividad profesional, por mucho que éstos puedan estimarse por algunos como comprometedores de algo tan preciado y difuso como«la dignidad de la función fiscal».

Sí se debe denunciar con firmeza el mantenimiento de supuestos de hecho tan profundamente reaccionarios en una Ley tres años posterior a la Constitución, cuando ya han sido abandonados hasta por la propia Judicatura de la que procedían.

B) *La no separación entre la función jurisdiccional y gubernativa del MF.*

La responsabilidad disciplinaria es una parcela del Derecho administrativo sancionador. De acuerdo con dicha naturaleza, lo disciplinario no puede escapar del terreno *profesional* interno que le es propio, para invadir lo que es la actuación *procesal* externa de los funcionarios, ya sean éstos Jueces o Fiscales.

Para los primeros, la coherencia epistemológica de una responsabilidad disciplinaria procesal o jurisdiccional había sido puesta en duda por la doctrina (3), y rechazada frecuentemente por la jurisprudencia, a pesar de venir reconocida en diversos textos (4), quedando proscrita expresa y definitivamente en nuestro derecho tras la Disposición derogatoria única de la LO 16/1994 (5).

---

(2) Para Jueces, aunque trasladables sin modificar una coma a los Fiscales, pueden verse:

MOVILLA ÁLVAREZ, C.: «Responsabilidad del Juez». *Poder Judicial* núm. V, pág. 161 y ss.

ANDRÉS IBÁÑEZ-MOVILLA ÁLVAREZ: «El Poder Judicial». Tecnos. Madrid, 1986.

(3) Por todos, GONZÁLEZ GRANDA, PIEDAD: «Independencia del Juez y control de su actividad». *Tirant lo Blanch*. Valencia, 1993, pág. 185.

(4) Dispersión que fue criticada, entre otros, por MARCHENA GÓMEZ, MANUEL: «La desordenada coexistencia de las distintas formas de responsabilidad de Jueces y Magistrados». *Actualidad Aranzadi*. Año III, núm. 123.

(5) Según la cual:

«Quedan derogados:

1. El régimen de responsabilidad disciplinaria procesal de Jueces y Magistrados, contenido en las Leyes de Enjuiciamiento Civil y de Enjuiciamiento Criminal y, en particular, los preceptos que se concretan en los apartados siguientes...».

De acuerdo con ello, pudiera parecer que, de igual forma, los errores jurídicos —intencionales o culposos— cometidos por los Fiscales en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales habrán de igualmente exigirse por las exclusivas vías penal o civil, previstas en el artículo 60 del Estatuto, que se remite a lo dispuesto en el LOPJ para Jueces y Magistrados.

Sin embargo, la realidad es muy otra, pues nuestro Estatuto acoge una generosa «vía de agua» que permite sancionar disciplinariamente a los Fiscales por aquellas actuaciones procesales que se puedan entender por sus superiores jurídicamente equivocadas.

Me estoy refiriendo a los dos tipos abiertos, con los que, a modo de «cajón de sastre», se terminan los repertorios de los artículos 63 y 64.

Según el primero, es falta grave:

> «Las restantes infracciones de los deberes inherentes a la condición de Fiscal, establecidos en la presente Ley, cuando merecieran la calificación de graves atendidas la intencionalidad del hecho, su trascendencia para la Administración de Justicia y el quebranto sufrido por la dignidad de la función fiscal».

Mientras que para el segundo, lo es leve:

> «Las restantes infracciones de los deberes propios de su cargo o la negligencia en el cumplimiento de los mismos, cuando no mereciere la calificación de grave».

Como se puede ver, la redacción de ambos es tan amplia que en ellos cabe cualquier decisión adoptada por un Fiscal. La que, además, podrá ser calificada como falta grave o leve atendiendo a tan difusos criterios como *el quebranto sufrido por la dignidad de la función fiscal*. Mayor inseguridad jurídica posiblemente no quepa.

En efecto, los deberes propios del cargo o inherentes a la condición de Fiscal a los que se refieren estos dos números, serán lógicamente los jurisdiccionales enumerados de forma nada precisa en el artículo 3 del Estatuto —«velar porque la función jurisdiccional se ejerza eficazmente, por el respeto de las instituciones y de los derechos fundamentales y libertades públicas, etc., etc.»— adobados con lo dispuesto en el artículo 48 —«desempeñar fielmente el cargo que sirvan, con prontitud y eficacia»—, los que, como se ve, permiten un margen de discrecionalidad tan considerable que sólo pueden estimarse contrarios al requisito de *lex certa* que, como corolario del principio de legalidad, viene exigido en el artículo 25.1 de la Constitución.

La inseguridad concurrente en la tipificación de semejantes supuestos de hecho y su incidencia sobre la genuina actividad jurisdiccional, fueron, sin duda, las causas de que ambas infracciones fueran las únicas que se suprimieron, para los Jueces, dentro del repertorio de faltas disciplinarias anterior a la reforma de noviembre de 1994 de la LOPJ.

A pesar de no contener estos dos difusos tipos, según la Exposición de Motivos de la LO 16/1994, se ha procedido a la sustitución de los demás con la intención de reforzar «la seguridad jurídica procurando la mayor concreción posible en la descripción de las conductas sancionables. Así, se eliminan las «cláusulas abiertas» relativas a la infracción de prohibiciones y deberes establecidos por la ley, cuya literalidad podría hacer punible cualquier infracción normativa...».

Después de tan contundentes palabras del legislador sobra cualquier comentario, pues no cabe pensar que lo inseguro, lo inconcreto o falaz aplicado a la Judicatura, se vuelva, como por arte de magia, indubitable y preciso para la Fiscalía.

c) La hiperprotección del principio de dependencia jerárquica.

Los Fiscales desempeñamos nuestra misión conforme a los principios de unidad y dependencia jerárquica (art. 124.2 CE), a diferencia de los Jueces que son independientes e inamovibles (art. 117.1 CE).

Las consecuencias de esta esencial diferencia se extienden también al régimen disciplinario de cada cual. Así, por ejemplo, la LOPJ (art. 417.4) considera falta muy grave «la intromisión, dirigiendo órdenes o presiones de cualquier clase, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de otro Juez o Magistrado», mientras que para nuestro Estatuto lo es, en cambio, «el incumplimiento de las órdenes recibidas en la forma establecida en este Estatuto».

Pero a partir de aquí es donde comienzan los problemas, porque el Estatuto distingue entre desobediencias que son faltas muy graves y otras que sólo lo son graves, sin determinar, al tiempo, los requisitos formales que deben contener las órdenes para ser ejecutivas, y las distintas clases de órdenes que justifican los muy diferentes castigos previstos estatutariamente.

En una, a sabiendas, arriesgada interpretación personal, creo deducir del capítulo dedicado a la unidad y dependencia del MF (arts. 22 a 28 del Estatuto) que existen instrucciones *escritas y órdenes orales* (6), y que el incumplimiento de las primeras será una falta muy grave (art. 62.1) (7) y el de las segundas falta grave (art. 63.2) (8).

Tampoco sería descabellado pensar que el criterio utilizado para distinguir entre la falta grave y la muy grave, no es la forma, oral o escrita, sino el grado jerárquico de quien proviene la orden: el Fiscal General del Estado o el Fiscal Jefe respectivo, sino fuera porque, como hemos visto, el artículo 63.2 admite que el incumplimiento de las órdenes u observaciones verbales recibidas de los jefes puedan también constituir falta muy grave.

En cualquier caso, lo que no puede discutirse es la muy defectuosa tipicidad de unas infracciones de las que depende la configuración estructural de toda la Institución.

Deben fijarse cuidadosamente los requisitos formales de las órdenes, pues son imprescindibles para asegurar la prueba posterior del incumplimiento y el grado de culpabilidad del infractor.

Y sobre todo, aclarar dónde está la diferencia entre la desobediencia falta muy grave y la grave, pues no es jurídicamente aceptable anudar a unos supuestos de hecho idénticos —incumplimiento de las órdenes recibidas— unas sanciones tan desproporcionadamente desiguales. La elección entre una y otra no puede quedar al arbitrio exclusivo del Instructor del expediente. El tipo ha de contener la descripción de los elementos esenciales que configuran cada infracción en particular, de modo que, como dijo la STS de 28 de mayo de 1987:

«El acto u omisión sancionados se hallen claramente definidos como falta gubernativa, es decir, estén suficientemente reconocidos por la ley describiendo con cuidado los

---

(6) No es el purismo técnico lo que adorna nuestro Estatuto Orgánico, ya que, además de órdenes e instrucciones, habla de «comunicaciones» (art. 25, párf. 2.º) y «observaciones verbales» (art. 63.2), como si de algo distinto se tratase, pero lo cierto es que en todo el Estatuto no he hallado elementos que justifiquen la diferencia.

(7) Artículo 62 «se considerarán faltas muy graves:

1. El incumplimiento de las órdenes recibidas en la forma establecida en este Estatuto».

(8) Artículo 63. «se consideran faltas graves:

2. El incumplimiento de las órdenes u observaciones verbales recibidas de sus jefes, salvo que constituyan falta muy grave».

elementos de la conducta. Como declara la STC de 15 de octubre de 1982, el principio de tipicidad obliga al legislador a realizar un esfuerzo para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos».

Resumiendo, los Fiscales sabemos que desobedecer a un superior jerárquico puede acarrearnos un expediente disciplinario, pero desconocemos exactamente las consecuencias jurídicas del incumplimiento, que pueden ir, sin que conozcamos exactamente los motivos, desde la simple reprensión, hasta la separación del servicio (9).

---

(9) Al hilo de este apartado se me ocurre el siguiente comentario:

Según el Estatuto (Capítulo II del Título II), los Fiscales sólo somos jerárquicamente dependientes del Fiscal General del Estado y de nuestro Fiscal Jefe respectivo. En puridad, sólo podemos recibir órdenes de alguno de ellos, y únicamente los incumplimientos de éstas serán los que lleven aparejada responsabilidad.

Sin embargo, con el aumento profesional y competencial de las Fiscalías españolas en los últimos años han aflorado nuevas figuras administrativas *extra legem,* intermedias entre los Fiscales de a *pie* y las jefaturas.

Cada vez son más las Fiscalías que tienen dos sedes, por lo que al frente de la más moderna el Fiscal Jefe ha colocado a uno de los Fiscales allí destinado (normalmente el más antiguo, después del Teniente Fiscal) que ejerce las labores de una jefatura delegada.

Junto a estas verdaderas *subjefaturas,* hallamos otras simplemente *sectoriales,* que habitualmente son desempeñadas por los llamados Fiscales Coordinadores, que nacieron en el RD 391/1989, de 21 de abril, con el exclusivo fin de permitir la equiparación económica entre la carrera Fiscal y la Judicatura y que ahora se vienen utilizando para la desconcentración de las funciones de la Jefatura.

No es el momento de poner en duda que los nuevos tiempos exigen un profundo cambio organizativo, incompatible con la detentación en una sola mano, la del Fiscal Jefe, de todas las funciones y competencias de la Institución, es imprescindible, ahora más que nunca, la distribución ecuánime de las atribuciones. Pero una cuestión de tanta trascendencia para el MF en su conjunto no se puede confiar a la vía de hecho. Debe basarse en una previa y precisa regulación legal y reglamentaria.

Pero, mientras tanto, y volviendo a nuestro régimen disciplinario, cabe preguntarse si estas subjefaturas de hecho gozan de las facultades previstas en los artículos 23, 25 y 26 del Estatuto para los Fiscales Jefes. ¿Están legitimadas para dar órdenes a sus compañeros? y el incumplimiento de sus indicaciones ¿dará lugar a responsabilidad?. Con la Ley en la mano, desde luego que no.

La delegación administrativa de atribuciones precisa de una norma que autorice su utilización, y recordemos que los Fiscales Jefes sólo pueden delegar en otros Fiscales de la plantilla las labores de visado, a las que se refirió la Instrucción 1/87. La que, al tiempo, se encargó de aclarar la ausencia de fuerza ejecutiva de las decisiones propias del visador delegado, pues «el Fiscal que disienta del visado así realizado por un compañero podrá acudir al Fiscal Jefe, para que éste resuelva definitivamente». Es decir, de acuerdo con la doctrina de la Circular, sólo serán órdenes de obligado cumplimiento las que provengan del Fiscal Jefe o, en su ausencia, del que haga sus veces, pero no las indicaciones orales o escritas que provengan de otros funcionarios y que no tengan el refrendo expreso de la Jefatura.

III. El procedimiento sancionador, los órganos competentes y el sistema de recursos

a) *El procedimiento*

Como dije al principio, el procedimiento se encuentra regulado en nuestro preconstitucional Reglamento complementado con las normas disciplinarias previstas para los Jueces y los demás Funcionarios Civiles del Estado.

Pues bien, el trámite previsto en el artículo 129 de nuestro Reglamento ha quedado completamente inservible. Tras la Constitución, los principios consagrados en sus artículos 24 y 25 se han extendido a todo el ámbito de la potestad punitiva del Estado, incluido el derecho disciplinario (STC 77/1983, de 3 de octubre).

La prohibición de todo atisbo de indefensión exige el respeto del derecho del inculpado a alegar y ser oido en el expediente y nuestro Reglamento impide la defensa efectiva del funcionario por dos caminos:

— Primero, admitiendo, para las faltas leves, las llamadas «sanciones de plano», mediante las cuales el Fiscal Jefe, con basamento en sus propias informaciones y sin sujección a formalidades de tipo alguno, tiene competencia para dar por probados los hechos, la existencia de la infracción, la imputación a su autor, su culpabilidad, etc.

Tal poder exhorbitante de la Administración, de utilización frecuente en la derogada legislación sobre Orden Público, fue prontamente declarado inconstitucional (STC 8 de julio de 1981), lo que no ha impedido que vuelva a ser utilizado para la sanción de advertencia en el artículo 68 del Estatuto, aunque eso sí, ahora tras una formularia y previa «audiencia del interesado».

En descargo del Estatuto hay que decir que tampoco la LOPJ (art. 422.1) y el RRDAE (art. 18.2) exigen la instrucción de un expediente contradictorio para las sanciones mas leves, aunque ya ambos evitan la denominación de sanciones de plano.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha justificado la legalidad de este proceder por la lenidad de la sanción, pues, por pura racionalidad y proporcionalidad, dice, la tramitación de complicados expedientes debe reservarse a las sanciones graves (STS 21 de junio de 1985).

Empero, la practicidad casa mal con la Justicia. Y si la infracción es tan leve que no merece la incoación de un expediente contradictorio,

más parece que debiera quedar impune que exponernos a la sanción injusta (10).

— Y, segundo, concediendo al sujeto al expediente un único trámite de alegaciones, tras la formulación del pliego de cargos.

Afortunadamente, la jurisprudencia, interpretando la LOPJ y el RRDAD considera imprescindibles, bajo pena de nulidad absoluta de lo actuado (STS 25 de enero de 1984), la participación del interesado en los siguientes momentos procedimentales:

1.º Toma previa la declaración del expedientado (art. 34.2 RRDAE).

2.º Comunicación del pliego de cargos, con plazo para contestarlo, solicitando las pruebas que en su defensa estime necesarias (art. 425.2 LOPJ y 36 RRDAE).

3.º Practicadas las pruebas, se dará traslado del expediente complejo al imputado para que alegue lo que estime en su defensa (art. 41 RRDAE y no contemplado en la LOPJ).

4.º Realizada la propuesta de resolución, debe también notificarse ésta para que el interesado pueda alegar ante el instructor cuando considere conveniente a su defensa (art. 425.3 LOPJ y 43 RRDAE).

Estos trámites es de suponer que serán habitualmente respetados en todos los expedientes abiertos a los Fiscales, aunque, ciertamente, carezco de datos suficientes que me permitan afirmarlo con contundencia.

B) *Los órganos competentes y los recursos disponibles*

a) La competencia funcional disciplinaria cobra una importancia excepcional en cuerpos como el Ministerio Fiscal español que se hallan organizados según el sistema de «carrera administrativa» (11), pues si lo as-

---

(10) Es de conocimiento común, que el ejercicio de la potestad disciplinaria no siempre responde a su finalidad última, pues, como dice CASTILLO BLANCO, «es un hecho que en las Administraciones públicas se utilizan con «escasez» los procedimientos disciplinarios y numerosa veces con fines inconfesables por lo que, en infinidad de ocasiones, o no se utilizan o sirven como represalia, en algunos casos, de carácter político.» «Función Pública y Poder Disciplinario del Estado». *Editorial Civitas*. Madrd, 1992. pág. 182.

(11) Utilizo el término en su contenido vulgar y no técnico, pues sabido es, que en España no existe propiamente un sistema funcionarial de carrera administrativa, sino uno de empleo o puestos de trabajo. RAMÓN PARADA: «Derecho Administrativo. II. Organización y empleo público». *Marcial Pons*. Octava edición, Madrid, 1994. pág. 426; NIETO

censos, suspensiones o destituciones dependen del Ejecutivo, la atribución de la suprema potestad disciplinaria al Ministerio de Justicia puede convertirse en el sutil procedimiento para modular gubernativamente el comportamiento general de la Institución, y, en particular, con su amenaza, controlar a aquéllos Fiscales que se consideren especialmente incómodos o heterodoxos en el desempeño de su función.

Reflexiones semejantes, aplicadas a la hermana «carrera judicial», determinaron que en la Constitución se atribuyera la potestad disciplinaria exclusivamente a los órganos de autogobierno del Poder Judicial (art 122.2 CE), como presupuesto imprescindible de la independencia externa de la Justicia, sin la que ésta queda convertida —como sucedía en la legislación preconstitucional— en una simple proclamación retórica.

Sobre el régimen disciplinario de los Fiscales no existe, en cambio, precisión alguna en el artículo 124 de la Constitución, y gracias a ello el Estado, en este punto, ha podido seguir como si en España nada hubiese cambiado en estos años y continuásemos siendo el «órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de justicia» (art. 35 de la Ley Orgánica del estado de 1967).

Así, para imponer las sanciones de advertencia y reprensión —faltas leves— es competente el Fiscal Jefe respectivo. Nombrado (art. 39.1) y cesado (art. 41) directamente por el Gobierno.

Para las de suspensión de empleo y sueldo y separación del servicio —faltas graves y muy graves—, el Fiscal General del Estado. Nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno (art. 124.4 CE y 29.1 Estatuto). Con la excepción de la más grave de las sanciones, que exige el previo informe favorable del Consejo Fiscal (art. 67.3).

Así las cosas, resulta odiosa la comparación con la Judicatura, pues, siguiendo el mandato constitucional, el artículo 421 LOPJ, atribuye la competencia sancionadora a órganos que nada tienen que ver con el Ejecutivo.

La sanción de advertencia puede ser impuesta por el Presidente del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional o Tribunales Superiores de Justicia, a los Jueces y Magistrados dependientes de los mismos (art. 421.1 LOPJ).

GARCÍA: «La Carrera Administrativa». *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ, Madrid 1993. pág. 43.

La de multa o la de advertencia y multa, señalada para las faltas leves, corresponde a las distintas Salas de Gobierno.

Las sanciones señaladas para las faltas graves sólo podrá imponerlas la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial.

Y las faltas muy graves, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

No es diferencia baladí, y seguro que todo el mundo entiende la causa, que la decisión de sancionar disciplinariamente las infracciones de los Fiscales sea siempre competencia de órganos unipersonales jerárquicamente ordenados, mientras que, para los Jueces, lo sean órganos colectivos e independientes, cuya voluntad, por razones obvias, resulta mucho más difícil de modular según condicionamientos externos.

Junto a ello, gozan de otra garantía añadida de la que, por supuesto los fiscales carecen, pues para evitar las posibles desviaciones corporativas en uno u otro sentido que puedan surgir en los expedientes disciplinarios incoados a miembros de la Judicatura la LOPJ ordena la intervención de un órgano externo e imparcial, como el Ministerio Fiscal, que habrá de controlar la exquisita adecuación a la legalidad del procedimiento y de la resolución, utilizando, en su caso, contra ella los oportunos recursos administrativos y jurisdiccionales (art. 425) (12).

b) Un comentario igualmente desfavorable merece el repertorio de recursos disponibles.

Los Jueces sancionados en primera instancia pueden optar, potestativamente, entre el recurso ordinario administrativo o la vía contencioso-administrativa (arts. 422.1 y 425.8).

Los Fiscales, salvo para las faltas leves impugnables ante el Consejo Fiscal, si quieren impedir la firmeza de todas las demás han de soportar la carga de acudir al engorroso recurso contencioso-administrativo ante la Sala 3.ª del Tribunal Supremo (13), pues como mero y dilatorio formalis-

---

(12) El nuevo texto de la LOPJ reconoce legitimación para interponer el recurso contencioso-administrativo a las asociaciones de Jueces y Magistrados, en nombre de sus asociados, (art. 425.8).

Es de suponer que, siendo la LOPJ derecho supletorio para los Fiscales, según la Disposición Adicional del Estatuto Orgánico de éstos, se reconocerá en el futuro idéntica facultad a las Asociaciones de Fiscales existentes.

(13) No todos los Fiscales vivimos en Madrid, los gastos de Abogado y Procurador seguramente serán superiores al importe de la sanción recurrida, y el Supremo no se distingue precisamente por la celeridad en la resolución de los recursos, de modo que tal vez sera peor soportar las molestias del recurso que las de la sanción injusta.

mo puede estimarse la alzada ante el Ministerio de Justicia (14), cuando, de sobra es conocido, que en vía administrativa resulta excepcional la revocación de los actos de la administración por muy discutibles o injustos que éstos pudieran parecer.

IV. EPÍLOGO

Las anteriores líneas no pretenden teorizar sobre la dependencia gubernamental o no del MF español, sino servir de punto de partida sobre el que iniciar una configuración moderna del Instituto como el órgano del Estado que, con autonomía funcional, promueve imparcialmente la acción de la justicia en defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos. Tarea que se me antoja inalcanzable si no se empieza por resolver problemas domésticos como el obsoleto e impresentable régimen disciplinario que nos ha tocado padecer.

Jaen, a 13 de enero de 1994.

(14) El Estatuto (art. 67) habla de recurso de alzada ante el Ministro de Justicia, cuando lo cierto es que la resolución de los numerosos recursos administrativos no son ni siquiera firmados por el titular del Ministerio, sino por el funcionario que ostenta la jefatura del Departamento de recursos.

EL DELITO ECOLÓGICO: ASPECTOS JURISPRUDENCIALES

JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ DE GREGORIO
Fiscal Coordinador de Medio Ambiente de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONCEPTO DE GRAVEDAD DEL RIESGO MEDIOAMBIENTAL.—III. CONSUMACIÓN Y FORMAS IMPERFECTAS.—IV. LUGAR DE COMISION DEL DELITO.—V. LA CONTINUIDAD DELICTIVA.—VI. LOS SUBTIPOS AGRAVADOS: a) *Aportación de información falsa sobre aspectos medioambientales.* b) *Riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.*

I. INTRODUCCIÓN

No es hasta seis años de la introducción en nuestro Código Penal por Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, del artículo 347 bis, destinado a sancionar penalmente determinadas conductas atentatorias contra el Medio Ambiente y el derecho al disfrute del mismo y en general, a la calidad de vida (art. 45.3 CE) cuando la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Tercera) dicta con fecha 20 de febrero de 1988 la primera Sentencia condenatoria por dicha modalidad delictiva, en un supuesto de contaminación por emisiones a la atmósfera de productos tóxicos (anhídrido sulfuroso) con el consiguiente daño medioambiental, viéndose así realizadas las expectativas de numerosos sectores sociales, que ven en el Poder Judicial y en los Tribunales de Justicia un real garante de tales derechos.

Entre las causas o motivos que justifican la ausencia de cualquier otra resolución judicial en tan largo período de tiempo, desde la entrada en vigor del tipo penal, puede señalarse como una de las más significativas la falta de impulso y actuación en la investigación y persecución de los delitos contra el Medio Ambiente por el Ministerio Fiscal en la mayoría de las circunscripciones judiciales españolas, unido a la actitud ciertamente reprochable de las Administraciones Públicas con competencias medioambientales (únicas garantes de aquellos derechos hasta el año 1983) y su acreditada desidia y negligencia, aún no superadas, a la hora de denunciar tales conductas ante la Autoridad Judicial.

Por contra, la positiva actitud por la que a la primera causa o motivo se refiere, de varias Fiscalías de Medio Ambiente de los Tribunales de Justicia españoles (Catalunya, Valencia, etc.), centrando desde el año 1990 en los órganos del Ministerio Fiscal la investigación preprocesal de los deli-

tos ambientales (1) (2) (3), ha permitido hasta la fecha la incoación de numerosos procesos penales concluidos en su casi totalidad en Sentencias condenatorias firmes (4).

Dicho incremento de la actuación judicial ha dado lugar ya a una nutrida Jurisprudencia, tanto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Sentencias de 30 de noviembre de 1990, 11 de marzo de 1992, 5 de octubre de 1993 y 26 de septiembre de 1994) como de los Juzgados de lo Penal y Salas de las Audiencias Provinciales, especialmente de Catalunya y Valencia, amén de algún pronunciamiento, siquiera indirecto, del Tribunal Constitucional (STC 127/1990, de 5 de julio), todo lo cual ha permitido en un corto período de tiempo inferior a diez años, configurar doctrinalmente el tipo penal del artículo 347 bis del CP, sus elementos constitutivos, objetivos y subjetivos, su naturaleza jurídica, la problemática de su autoría, en especial la aplicación del artículo 15 bis del CP a este tipo de conductas, modalidades o subtipos agravados y otros aspectos de interés, a la hora del enjuiciamiento y aplicación de la norma penal referida por los Tribunales de Justicia.

En la presente exposición se tratan diversos aspectos del tipo penal a la luz de la interpretación que del mismo han hecho los distintos Tribunales, interpretación jurisprudencial que como ya veremos no es ni ha sido en modo alguno unánime en algunos aspectos, en parte ya comentados (PÉREZ DE GREGORIO, 1993) (5) al evidenciarse discrepancias basadas la mayoría de las veces en errores jurídicos sobre los elementos de tipo penal o su naturaleza o derivados muchas veces de la incorrecta interpretación y aplicación al tipo en blanco que el delito medioambiental constituye, de la normativa complementaria administrativa por parte de algunos órganos sentenciadores (unipersonales o colegiados), que la doctrina del Tribunal Supremo va aclarando y unificando, a pesar de ser escasos los pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal, consecuencia de la excepcionalidad con que a él llegan las causas penales por delito ecológico.

II. EL CONCEPTO DE *GRAVEDAD* DEL RIESGO MEDIOAMBIENTAL

El artículo 347 bis fija la distinción entre delito e infracción administrativa (basado en el mandato constitucional del artículo 45.3 CE y en la legislación comparada y en la doctrina) en el concepto de *la gravedad* del riesgo medioambiental causado *y en el peligro concreto y potencial grave* que la conducta del sujeto activo del delito ha creado sobre los bienes jurídicos protegidos y el objeto material de los mismos («pongan *en grave peligro*» y «puedan *perjudicar gravemente*»). El concepto de gravedad

del riesgo (y con él, la existencia del delito o en su defecto, la de una mera infracción administrativa en su caso), deberá ser apreciado por los Tribunales, teniendo en cuenta la prueba pericial practicada en la causa.

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3.ª) de fecha 20 de febrero de 1988 (en un supuesto de contaminación por emisiones de dióxido de azufre de una Central Térmica) se declaraba probada (Hecho Probado Único) «*la grave contaminación* de grandes masas boscosas situadas en las cercanías y más altas cotas de la Central (estimada en 30.000 hectáreas), efecto directo de sus emisiones, pudiendo constatarse que la incidencia conlleva *un grave y potencial peligro* para la vida vegetal de la zona», y en sus Fundamentos Jurídicos Quinto y Séptimo, señala: «Cabe razonar que la degradación del Medio Ambiente en la zona de influencia de la Central de Cercs es evidente y constatada por las pruebas... por cuanto se ha producido una agresión al equilibrio ecológico *con esa gravedad* que el Legislador enuncia... asumida *la grave degradación y peligro* para la masa boscosa de esta zona de l'Alt Berguedà, así como su nexo causal prioritario, con las emisiones de humos y partículas sólidas de la central Térmica».

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) de fecha 30 de noviembre de 1990 (confirmatoria de la anterior), incide en el concepto de gravedad recogido en la de instancia, señalando (Fundamento Jurídico Primero) que «la Sentencia (de instancia) puede ser calificada de modélica, en cuanto a su precisión y sistematización cronológica... describiendo con exactitud todo el proceso... y llegando por último a constatar, sin dudas ni ambigüedades, que se han producido *graves y potenciales peligros* para la vida vegetal de la zona». Y en su Fundamento Jurídico Noveno señala: «Más adelante, vuelve a apreciar *una grave contaminación* en grandes masas boscosas, para terminar afirmando que todo ello supone *un grave y potencial peligro* para la vida vegetal de la zona».

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) de 11 de marzo de 1992 (en un supuesto de contaminación por vertido de jugos de naranja en descomposición, con riesgo de afección a la salud pública, cultivos, fauna y flora), estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia de fecha 6 de marzo de 1990 de la Audiencia Provincial de Valencia (no consta Sección), que absolvió al acusado al estimar la Sala de instancia que no había quedado acreditada la gravedad del riesgo o perjuicio para el entorno ecológico derivado de los hechos de autos, por lo que aquellos serían constitutivos de una simple infracción administrativa. En su Fundamento Jurídico Tercero se dice:

«Tanto el peligro como el posible perjuicio han de ser *graves*. En sentido semántico, *grave* es aquello que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas. Ello implica un juicio de valor, y por lo mismo, es eminentemente circunstancial. Pero en el caso de que tratamos, para que no quede todo en pura apreciación subjetiva, habrá que acudir como puntos de referencia a los propios parámetros del tipo. Por de pronto, hay que descartar los aspectos más agudos del elemento normativo, o si los actos de agresión al medio Ambiente originan un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico, puesto que ambos supuestos exceden del tipo básico, para constituir subtipos agravados. Para encontrar *el tipo medio de gravedad* al que se refiere el párrafo 1.º del artículo 347 bis del CP habrá que acudir *a la medida* en que son puestos en peligro tanto el factor antropocéntrico (es decir, la salud de las personas, incluida la calidad de vida por exigencia constitucional) como las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua, flora, fauna y gea), puestas en peligro. Con vistas de la anterior doctrina, podemos ya valorar jurídicamente los datos fácticos que nos ofrece la Sentencia *a quo*... de los actos de vertido del secadero de naranjas, consistentes en jugos en descomposición de tales frutas, con *evidente perjuicio* para los cultivos de hortalizas y aledaños, a la fauna y flora acuáticas, amén de que la putrefacción originada por el secadero formó gran cantidad de materia orgánica acidificadora que daña la vida de peces y plantas. Téngase en cuenta que el secadero se construyó sobre un marjal, terreno bajo y pantanoso que había de facilitar en gran medida los riesgos para la salud humana (plagas) y para la vida animal, vegetal y ambiente. Decir, por tanto, como conclusión, que sanitariamente tal industria era molesta y aún peligrosa, respecto de los factores etiológicos dañosos para el Medio Ambiente».

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) de 26 de septiembre de 1994 (recogiendo y confirmando la de instancia de fecha 1 de octubre de 1993 de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, en este aspecto, y en un supuesto de vertidos tóxicos a un espacio natural protegido de carácter húmedo), señala al respecto (Fundamento Jurídico Primero) que «*el grave peligro* quedó descrito a través de la prueba pericial practicada en el acto del juicio oral, así como de la documental, que se ratificó y se dio por reproducida en el mismo, acreditándose asimismo la relación de causalidad entre el vertido de autos y dicho peligro grave» y se recalca que «además del espacio natural en sí, puesto en peligro, dicho informe pericial puso de relieve *las graves consecuencias* que puede tener el vertido de los residuos descritos (aceites minerales) para la cadena trófica de la Reserva Natural, tanto por los efectos físicos determinantes de la afección de las plantas subacuáticas y organismos foto-

sintéticos, que constituyen el más bajo escalón de la cadena trófica, hasta la posible afectación física de las especies protegidas de aves que se describen, como por los efectos químicos de envenenamiento de las aguas, perjudiciales para la fauna piscícola y para la flora».

La Sentencia de fecha 9 de febrero de 1993 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Segunda), estimando el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra Sentencia absolutoria de fecha 26 de marzo de 1992 del Juzgado de lo Penal número 11 de Barcelona (en un supuesto de contaminación fluvial por vertidos industriales tóxicos), señala (Hecho Probado Único) que «tal vertido era potencialmente apto *para perjudicar gravemente* las condiciones de la vida de la fauna piscícola del Río Llobregat y *para generar un grave peligro* para la salud de las personas, ya que las aguas del citado río son destinadas en parte para el consumo humano a través de pozos de captación y otros medios con destino a Barcelona» y declara (Fundamentos Jurídicos Cuarto y Quinto): «La cuestión a analizar será la presencia o no de prueba en autos que acredite *la nocividad del vertido* para las personas o las condiciones de vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles, y en su caso, la entidad de aquélla, ya que el tipo penal *exige gravedad* tanto en el peligro para la salud de las personas como en el posible perjuicio para las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles. Contrariamente a lo sustentado en la Sentencia apelada, estima el Tribunal de alzada que hay base probatoria suficiente para afirmar *la grave nocividad del vertido* de aguas residuales al que se alude en el *factum* de aquélla. Si en el mismo se eleva a la categoría de probado que la concentración de COBRE en dichas aguas era de 75 mg/l y la normativa que complementa el tipo penal en blanco consagrado en el artículo 347 bis fija en 10 mg/l el límite máximo de concentración de cobre tolerado en casos de vertidos —Reglamento del Dominio Público Hidráulico (HDPH) de 11 de abril de 1986, que desarrolla la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985 y 0,05 mg/l si se atiende a la Orden del MOPU de 11 de mayo de 1988 que aplica la Directiva Comunitaria 75/440 CEE en materia de vertidos—, prácticamente sobre cualquier tipo de opinión especializada en torno a la nocividad del vertido realizado, así como a su gravedad, y ello por cuanto, como se apunta en el escrito de recurso, es un dato objetivo que el índice de cobre detectado en las aguas residuales vertidas era 750 veces superior al límite máximo fijado en el RDPH y 150.000 veces superior al tolerado por la Orden del MOPU. No obstante, a mayor abundamiento, existen sendos dictámenes elaborados por el Departamento de Ecología de la Facultad de Biología de la Universidad de Barcelona a través de la persona de su Catedrático... Pues bien, en dichos informes o dictámenes viene a sostener-

se la gran toxicidad del cobre para los organismos acuáticos y se indica que la toxicidad para los peces a nivel de DL 50 en 4 días se sitúa alrededor de 1 mg/l en las especies resistentes, existiendo otros organismos que son afectados a cantidades más bajas, siendo de 2 mg/l la DL 50 máxima de las especies más resistentes a la polución. En otro sentido, la orden del MOPU de 11 de mayo de 1988 dispone que las aguas superficiales destinadas a ser captadas para agua potable no han de pasar de 1 mg/l como máximo en Cobre, estando incluido dicho metal en la lista de sustancias perjudiciales para las aguas subterráneas en la Directiva de la CEE de 26 de enero de 1980. A modo de conclusión, entiende el Tribunal que una concentración de Cobre de 75 mg/l puede *perjudicar gravemente* la fauna del Río Llobregat y *poner en grave peligro* la salud de las personas al tener efectos importantes sobre la posibilidad de potabilización de sus aguas».

La Sentencia del Juzgado de lo Penal número 23 de Barcelona de fecha 13 de mayo de 1992 señala al respecto (fundamento de Derecho Primero): «la posibilidad de causarse un perjuicio *grave* en las condiciones de la vida animal y espacios naturales queda también acreditada por las manifestaciones del Perito en la vista oral y la ratificación de sus informes obrantes en esta causa. Existe así *una alta peligrosidad* para la vida animal seguida de perjuicios para el propio río a donde acaban desembocando las aguas residuales y en menor medida para la flora. Por ello, el consumo humano del agua que recibe estos vertidos resulta imposible».

La Sentencia del Juzgado de lo Penal número 14 de Barcelona de fecha 6 de abril de 1992, en un supuesto, como en el anterior, de vertidos de aguas residuales contaminantes a cauces públicos, fundamenta el concepto de gravedad en los siguientes extremos (Fundamento Jurídico Segundo, Apartado 3.º): «Visto el resultado de las pruebas practicadas, cabe concluir afirmativamente que los vertidos de aguas residuales realizados por la Empresa cuyo responsable es el acusado, sin que las mismas fuesen depuradas convenientemente, *han puesto en grave peligro* la salud de las personas y *han podido perjudicar gravemente* las condiciones de la vida animal y ello por los siguientes motivos: 1) En primer lugar, porque el Dictamen efectuado por el Perito don Narcís Prat y ratificado en el juicio oral, es rotundo al afirmar que el alto contenido de Aluminio (150 mg/l Al) en las aguas residuales vertidas por la Empresa, según los análisis asimismo ratificados en el Juicio Oral por el Perito Don Joaquín Guardiola, es muy tóxico sobre todo combinando con bajos niveles de PH (4,55 unidades) lo cual por si solo eliminaría la mayoría de las especies animales y organismos vivos que pudieran existir en las aguas, y 2) porque también el vertido continuado en dichas condiciones pone en grave peligro la salud de las

personas habida cuenta de que el destino final de las aguas vertidas es el consumo humano a través de los pozos de Molins de Rei, lo que no es descartado en los dictámenes periciales aportados por la defensa... Lo anteriormente expuesto determina que concurran en la actuación del acusado todos los elementos integrantes del delito contra el medio ambiente precedentemente definido».

En idéntico supuesto de vertidos contaminantes a cauces públicos, la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 15 de Barcelona de fecha 21 de diciembre de 1991 señala (Fundamento Jurídico Único y Hechos Probados Único): «Las sustancias referidas, cianuros (Cn), Cromo hexavalente (Cr VI), Zinc (Zn), son elementos metálicos altamente contaminantes y vertidos en las aguas terrestres, en el caso de autos, en la Riera de Els Llops y desde la misma al Río Llobregat, son susceptibles de *poner en grave peligro* la salud de las personas que utilicen dichas aguas para usos domésticos y *pueden perjudicar gravemente* las condiciones de la vida animal, vegetal y en general, los ecosistemas naturales de la cuenca del Río Llobregat. Así se desprende del informe Dictamen del Catedrático de Ecología especialista en Ecología Fluvial del Departament d'Ecología de la Universidad de Barcelona Dr. Narcís Prat i Fornells, de fecha 30 de octubre de 1989, que señala que los índices de contaminación causados por el acusado son suficientes para eliminar totalmente toda vida animal y vegetal del río que los recibe y que tales vertidos son altamente peligrosos para la salud humana, al afectar por impregnación acuífera a pozos y plantas potabilizadoras de la zona, usadas para uso doméstico, hasta el punto de calificar de devastadores los posibles efectos nocivos que causarían, propios de países subdesarrollados en materia de prevención y tratamiento de la polución fluvial».

La gravedad del riesgo ocasionado por los vertidos *resta más que acredita* cuando como consecuencia de los mismos se detecta además *un resultado gravemente dañoso*. Así, la Sentencia del juzgado de Instrucción número 2 de Terrassa de fecha 20 de junio de 1989, primera dictada en España en materia de vertidos de pesticidas tóxicos a las aguas del Río Llobregat que ocasionaron una elevada mortandad en su fauna piscícola, señala (Fundamento Jurídico Quinto) que «tras los vertidos prohibidos de los pesticidas se perjudicó *de forma importante* la vida animal existente en el río, provocando con ello la muerte continuada de una importante cantidad de peces durante los días que duró la intoxicación, obligando previsoriamente a alterar, en protección de la salud de las personas, el abastecimiento de agua de una amplia zona de municipios en evitación de una eventual intoxicación humana, aunque no letal».

La Sentencia del Juzgado de lo Penal número 14 de Barcelona de fecha 10 de marzo de 1992, en un supuesto de vertedero ilegal de residuos industriales tóxicos, señala (Fundamento Jurídico Tercero, Apartado 3.º): «Ha quedado probado que el vertido realizado de forma incontrolada e indiscriminada de productos industriales, químicos y deshechos sanitarios efectuado en la cantera desde el vaciado de la misma y a partir de agosto de 1983, *pone en peligro grave* la salud de las personas en una doble perspectiva: 1) por un lado, porque el vertido de productos tóxicos efectuado en dicha cantera, alterados por el calor, fue la causa de los incendios producidos los días 24 de septiembre y 2 de octubre de 1983, a consecuencia de los cuales fueron afectados en las vías respiratorias los bomberos y vecinos de Molins de Rei (Barri del Canal), ratificando el Perito Joan Arús i Oriol su informe, donde añadió que había un riesgo directo de emanaciones y de las personas que podían acudir allí y tocar los residuos; y 2), por otro, por el extraordinario riesgo de que los productos químicos vertidos puedan filtrarse a las aguas subterráneas del acuífero y cuyo destino final es el consumo humano, siendo confirmada esta impresión en todos los análisis de muestras efectuados y en los dictámenes periciales obrantes en la causa, que acreditan un alto contenido en materia orgánica y materias minerales disueltas, lo que puede dar lugar a la contaminación de las aguas subálveas, apareciendo en la misma una elevada cantidad de cloruros, cianuros y sulfuros, en límites que superan los permitidos... Lo anteriormente expuesto permite concluir que los vertidos efectuados en la cantera de la que era responsable el acusado por sí solos son susceptibles de causar *un peligro grave* a las personas, que en el caso de autos resulta agravado porque esta actividad ilícita se venía desarrollando con mucha anterioridad a 1983».

La Sentencia del Juzgado de lo Penal de Manresa de fecha 10 de noviembre de 1993, en un supuesto de vertidos de aguas residuales contaminantes, señala, tras recoger el concepto de gravedad contenido en la STS de 11 de marzo de 1992, que (Fundamento Jurídico Cuarto): «En aplicación de este sistema valorativo, es evidente que el riesgo ocasionado por la conducta que se juzga puede ser calificado de *grave*, ya que, independientemente del riesgo para la vida humana que pueden suponer las acumulaciones de cromo en el fondo del embalse de Sau, extremo que resulta difícil de concretar según las pruebas periciales,lo cierto es que las concentraciones de níquel y cromo *han de afectar de manera grave*, pero no catastrófica o irreversible, las condiciones naturales del ecosistema de la riera de L'Esperança y en menor grado progresivamente, las de los ríos Gurri y Ter y del sistema de embalses de Sau-Susqueda, ya que actúan directamente destruyendo los micro y macroorganismos, de forma que en el

punto donde se origina el vertido resulta absolutamente imposible la vida de los organismos autóctonos, y en el recorrido posterior de las aguas residuales, en mérito a la progresiva disolución por nuevas aguas aportadas, se va reduciendo progresivamente la dificultad de supervivencia de los organismos hasta que en una dilución aproximada de 500 veces la inicial dejarán de producirse los efectos nocivos; lamentablemente no se ha constatado cuál es el caudal vertido, pero si se sabe que el volumen de agua habitual de la riera de L'Esperança es muy reducido, *factor que agrava* las consecuencias nocivas de la actividad».

En iguales términos define la gravedad la Sentencia de 17 de noviembre de 1993 del mismo Juzgado (Fundamentos Jurídicos Tercero y Cuarto): «Se considera probado que la actividad desarrollada, consiste en verter aguas residuales originadas en el proceso productivo, ha generado un riesgo susceptible de perjudicar las condiciones de la vida animal. Para llegar a esta conclusión, se relaciona la naturaleza de los elementos contaminantes identificados con los efectos que sobre la fauna y la flora pueden producirse según las pruebas periciales practicadas. Los elevados índice de PH, la Demanda Química de Oxígeno (DQO) y el contenido de Cloruros de las aguas vertidas, hacen imposible la vida animal en su entorno, según el informe coincidente de los peritos, pero subsiste la duda de cuáles podrían ser los efectos reales sobre el Río Llobregat... Existe un parámetro que con toda seguridad tiene que incidir en el equilibrio ecológico hasta el punto de representar un peligro real para la fauna del río, es la coloración, los efectos de la cual fueron perfectamente descritos en el juicio por el perito Dr. Prat, Catedrático de Ecología, que expuso el efecto de la transparencia de las aguas sobre los organismos vivos y explicó gráficamente cómo los colorantes, independientemente de su composición, penetran en el interior de los animales y plantas y modifican las condiciones de identificación del entorno, lo que en definitiva significa que en las aguas coloreadas en términos generales no pueden vivir los organismos propios del hábitat afectado... Los vertidos tratados no han causado ningún riesgo para la salud de las personas, porque el agua del Río Llobregat no es susceptible de ser ingerida directamente y si bien se ha explicado de qué forma pueden influir en los pozos de captación a través de la filtración y caudales subálveos, no está claro que por esa vía se pueda crear un peligro para la salud humana... Es evidente que el riesgo ocasionado por la conducta que se juzga puede ser calificado de *grave*, ya que se ha determinado y probado en especial a través de las pruebas testificales y de los reportajes fotográficos obrantes en las actuaciones, que por causa de los vertidos ocasionados por Acabats del Bages, S. A. y decididos por el acusado, en varias ocasiones... las aguas del Río Llobregat bajaban colorea-

das de color rojo oscuro, lo que ha tenido que afectar de forma *grave*, pero no catastrófica o irreversible, a las condiciones naturales del ecosistema del río a la altura de los vertidos y en menor grado progresivamente en las zonas situadas aguas abajo, ya que la coloración de las aguas actúa directamente destruyendo los micro y macroorganismos, de forma que en el punto donde se origina el vertido resulta absolutamente imposible la vida de los organismos autóctonos, y en el recorrido posterior de las aguas y por el paso del tiempo a causa de la progresiva dilución por nuevas aguas aportadas, se va reduciendo progresivamente la dificultad de supervivencia de los organismos... Especialmente consta la fecha del cierre forzado de la Planta Potabilizadora de Abrera a causa de la imposibilidad de decolorar las aguas, lo que significa que ni los elementos mecánicos ni los químicos ni los biológicos de la planta de tratamiento pudieron asumir el causal de agua aportado».

La Sentencia de fecha 21 de junio de 1994 del Juzgado de lo Penal número 2 de Barcelona, en un supuesto de vertidos de purines de cerdo a cauces fluviales destinados a la captación de aguas para uso potable, fundamenta el fallo condenatorio y el concepto de gravedad (Fundamento Jurídico Sexto, Séptimo y Octavo) en los siguientes términos:

«De los informes periciales practicados ha quedado acreditado que los vertidos procedentes de la granja del acusado eran contaminantes y *altamente tóxicos*, atendido el resultado de los análisis practicados de las aguas de la Riera de Caldes, a donde finalmente llegaban aquellos, como de los líquidos que salían de los propios establos de la granja, si se comparan con los parámetros a niveles máximos de las corrientes de aguas superficiales cuando son destinadas a la producción de agua potable, tal como se establece en la Orden del MOPU de 11 de mayo de 1988, tomando el tipo de agua que mayor tratamiento debe recibir para su potabilización, frente al límite máximo fijado por dicha Orden Ministerial —que en su preámbulo recoge la afirmación de que la adhesión de España a la Comunidad Europea comporta la necesidad de incorporar explícitamente al Derecho Español aquellas disposiciones comunitarias de obligado cumplimiento, entre ellas la DC 75/440 CEE— para las concentraciones de sólidos en suspensión de 200 mg/l, el líquido analizado dio 4.820 mg/l; frente a una Conductividad de 1.000 us/cm, el líquido analizado alcanza los 1.196 us/cm; frente al parámetro Demanda Química de Oxígeno (DQO), de 30 mg 02/1, resultaron 173 mg 02/1; frente al parámetro DBO 5 de 7 mg 02/1, de límite máximo, el líquido alcanzó el de 51 mg 02/1; y frente a los 20.000 coliformes fecales y 10.000 estreptococos fecales fijados en dicha Orden, el perito informante, para explicar los términos "abundantes" y "abundantísimos" utilizados en su informe tras el análisis practicado de las mues-

tras tomadas en el cauce de la riera, habló de que utilizan esos términos cuando resultan prácticamente incontables, pudiendo hablarse de "millones"... Por consiguiente estamos ante el supuesto de contaminación definida en el artículo 233 del RDPH como "la acción y el efecto de introducir materias o forma de energía o inducir condiciones el agua que, de modo directo o indirecto, impliquen una alteración perjudicial de su calidad en relación con los usos posteriores o con su función ecológica", pues no sólo ha quedado probado que los vertidos se han realizado sobre cauces de aguas superficiales destinados además al abastecimiento de una población, sino que con ellos se ha alterado perjudicialmente la calidad de dichas aguas y comprobados los análisis realizados, resulta acreditada la *agravación* de la contaminación... pues no solamente se han vertido intencionadamente dichas sustancias sobre cauces de aguas superficiales destinados al abastecimiento humano, entre otros usos, sino que por las razones apuntadas en el informe del Consorci del Besós, antes analizadas, sobre la recogida de aguas pluviales en los mismos depósitos de almacenaje de los excrementos y aguas sucias de la granja, tal sistema constituye asimismo un peligro de contaminación también prohibido por dicho artículo 234 RDPH... Por todo lo que hasta ahora analizado, resulta la concurrencia de todos los presupuestos que establece el párrafo 1.º del artículo 347 bis CP, ya que... se ha puesto en peligro *grave* la salud de las personas, al estar destinadas dichas aguas (de los cauces públicos afectados) en parte al abastecimiento de agua potable de una población limítrofe, obligando a la estación de bombeo a paralizar la toma de aguas de la Riera en cuanto tuvo conocimiento de la contaminación realizada».

En otro supuesto de contaminación de cauce público por vertido de purines de cerdo, la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Manresa de fecha 1 de marzo de 1994 considera acreditada la gravedad de los hechos y el consiguiente riesgo grave (Fundamento Jurídico Cuarto) indicando que «es evidente que el riesgo ocasionado por el comportamiento que se juzga puede ser calificado de *grave*, ya que el vertido de aguas residuales que contienen gran cantidad de residuos fecales y en consecuencia de bacterias, en especial coliformes y estreptococos, hasta el punto de influir en la coloración del agua, ha de afectar de *manera grave* las condiciones naturales del ecosistema de la riera, ya que actúan directamente destruyendo los micro y macroorganismos, pero éstos podrán regenerarse una vez cese el vertido y se estabilice el equilibrio ecológico, siempre que no haya habido una destrucción total de la vida biológica. Mucho peor es el posible efecto sobre la salud humana, lo que es mucho más importante a los efectos de valoración de la gravedad... en este ámbito, hay que señalar que las bacterias fecales, provinientes del tracto intestinal de los mamíferos —es-

treptococos, coliformes y otras— son conocidos productores de enfermedades para el hombre, como la disentería, tifus, cólera, etc. Lo que en definitiva, y acreditada la gran cantidad de agua residual vertida, conduce a apreciar que el riesgo creado *fue grave*».

La existencia en los vertidos contaminantes de *altas concentraciones de sustancias tóxicas*, susceptibles de afectar gravemente las condiciones naturales sin una elevada dilución de las mismas en aquél, son suficientes para acreditar la existencia del delito contra el Medio Ambiente y la gravedad del riesgo producido:

«El riesgo ocasionado puede ser calificado de *grave*, ya que las concentraciones de amoníaco y cromo tiene que afectar de forma grave, pero no catastrófica o irreversible, las condiciones naturales del ecosistema del río Congolt y en menor grado progresivamente las del río Besós, ya que actúan directamente destruyendo los macro y los microorganismos, de forma que en el punto en que origina el vertido resulta absolutamente imposible la vida animal de los organismos autóctonos y en el recorrido posterior de las aguas aportadas, se va reduciendo progresivamente la dificultad de supervivencia de los organismos, hasta que en una disolución aproximada de 500 veces la inicial dejarán de producirse los efectos nocivos» (Sentencia de 14 de abril de 1994 del Juzgado de lo Penal de Manresa, Fundamento Jurídico Cuarto).

«Ha quedado acreditado, por el análisis practicado por el Servei d'Hidrología de la Junta d'Aigües, de la muestra de aguas residuales tomadas, que en éstas se detectó la presencia de las siguientes concentraciones de sustancias tóxicas y peligrosas: 1) Cianuros: 0,96 ppm 2) Cobre: 0,10 pp. y 3) Níquel: 135 ppm/1; tales índices de concentración de metales, a tenor de los baremos máximos permitidos establecidos por la normativa administrativa vigente, resultaron *inadmisibles* para la Administración. Igualmente ha resultado probado, a través de las dos periciales técnicas emitidas por dos peritos especialistas en temas relativos a la salud pública y el Medio Ambiente. El Catedrático de Ecología de la Universidad de Barcelona, Dr. Prat, ratificó sus dictámenes y confirmó que la alta concentración de níquel (135 ppm/l) detectado en las aguas residuales de la Empresa, era tóxica para los organismos vivos de la zona (entre los cuales, peces, insectos acuáticos y crustáceos), concluyendo que las mismas no son aceptables ni para regar o para industrias siendo por consiguiente inaceptables para el consumo humano. El segundo informe pericial, emitido por el Director del Instituto Nacional de Toxicología de Barcelona, Dr. Juan Luis Valverde, reveló que la concentración de níquel detectada era desmesurada y superior en exceso —130 mg sobre los 10 mg permitidos— al pará-

metro reglamentado administrativamente, con claro efecto negativo para el medio ambiente resultando inútil el agua contaminada para el consumo público» (Sentencia de 1 de marzo de 1994 del Juzgado de lo Penal número 22 de Barcelona, Fundamento Jurídico Tercero).

«El agua residual obtenida fue analizada y resultó contenía cantidades tóxicas de diversas sustancias, en especial cianuro y zinc, que según las pruebas periciales practicadas, son en esas concentraciones *muy peligrosas* para el equilibrio ecológico en general y para la vida animal en particular. Por lo que respecta a su peligrosidad, es interesante la constatación del hecho puesto en evidencia por el testigo, vecino de la industria, de que en un caso de fuga de las aguas residuales que inundaron sus campos, fue indemnizado por la empresa, siendo destruidas las plantaciones afectadas. El informe del Dr. Narcís Prat evidencia que concentraciones como las de autos, impiden el desarrollo de peces e invertebrados y concretamente, la concentración de zinc provoca la muerte inevitable de las Daphnia y la de cianuros es venenosa para los peces, provocando el vertido importantes alteraciones de los organismos vivos, hasta no ser diluído un mínimo de 30.000 veces (imposible en el río Gurri). Al mismo tiempo, el informe del Dr. Valverde pone en evidencia que las concentraciones registradas, en especial las de cianuro, son altamente tóxicas para las personas, que pueden absorverlas tanto por ingestión como por vía cutánea, lo que constituye en todo caso un riesgo para la salud de las personas» (Sentencia de 25 de marzo de 1994 del Juzgado de lo Penal de Manresa, Fundamento Jurídico Cuarto).

«La empresa, desde el comienzo de su actividad industrial, ha venido vertiendo ininterrumpidamente al río Congost, del que van a parar al río Besós, de forma directa e incontrolada y sin que tuviere ningún sistema de depuración, sus aguas residuales, contaminadas con sustancias químicas y entre ellas, mercurio, debido a los productos por ella fabricados, así como amonio, detergentes, cloruros, sulfatos, hierro y materias sólidas, sin tener autorización de vertidos... En la conducta de los acusados se da asimismo el tercer requisito del tipo, la existencia de un resultado consistente en un peligro grave para la salud de las personas o las condiciones del ecosistema natural. En efecto, así se deduce del dictamen pericial emitido por el Catedrático de Ecología Dr. Narcís Prat i Fornells y del Perito Dr. Juan Luis Valverde, a los que hay que añadir, teniendo en cuenta el dicho de que "una imagen vale más que mil palabras" la vista de las fotografías que forman parte del reportaje fotográfico unido al atestado de la Guardia Civil, todo lo cual deduce el daño prácticamente irreparable causado en la parte del río donde se han venido realizando los vertidos de la Empresa»

(Sentencia de 28 de enero de 1994 del Juzgado de lo Penal número 23 de Barcelona, Hechos Probados y Fundamento Jurídico Quinto).

«Los acusados permitieron el vertido permanente que dicha Empresa, dedicada a la fabricación de fibras sintéticas, venía realizando al canal pluvial número 5 de El Prat de Llobregat, llegando hasta la laguna o pequeño estanque del Remolar, ubicado junto a la zona acuífera del río Llobregat y desde allí al Mar Mediterráneo, con afectación de la Reserva Natural protegida por decreto 328/1992 de la Generalitat de Catalunya, resultando *potencialmente peligrosos* dichos vertidos industriales por la contaminación de los líquidos (sic¡) (sólidos) que contienen en suspensión y que sobrepasan los límites tolerables por las reglamentaciones... y para la fauna piscícola y demás condiciones de la vida animal y vegetal, incluida la vida humana y en general con peligro concreto para el ecosistema del que forma parte... Cabe destacar la práctica de la prueba pericial, que obliga a estimar rebasados con creces los límites legales establecidos. Su peligrosidad potencial y concreta en los aspectos señalados, también es de signo pericial apreciado objetivamente, destacando la prestada por los Peritos Sres. Prat Fornells y Ricard Gutiérrez en orden a conectarla con la posible afectación contaminante a aguas, peces, zona de reserva y fauna piscícola y vida de la laguna, con incluido peligro para las personas» (Sentencia de 20 de diciembre de 1994 del Juzgado de lo Penal núm. 10 de Barcelona, Hechos probados y Fundamento Jurídico Segundo).

«Debe examinarse si la actividad enjuiciada ha generado un riesgo susceptible de perjudicar las condiciones de la vida animal, relacionando la naturaleza de los elementos contaminantes identificados (cloruros, sulfuros, cromo total, amoníaco) con los efectos que sobre la fauna y la flora pueden producirse según las pruebas practicadas. En atención a éstas, en especial la del Catedrático de Ecología Dr. Prat, se considera acreditado que los elevados índices de DQO y DBO de las muestras analizadas hacen imposible la vida animal aunque el agua residual sea posteriormente muy diluida, se trata en definitiva de agua en la que no es posible la respiración de los seres vivos, de forma que no pueden existir los organismos aerobios, encargados de biodegradar la materia orgánica, proceso sin el cual se generan procesos de putrefacción de las aguas, que en definitiva es lo que ocurre en los ríos Gurri y Meder. Todo ello unido a la alta toxicidad de algunos elementos contenidos en las aguas residuales de la empresa, como cloruros y sulfuros, hacen pensar en un riesgo objetivo susceptible de perjudicar las condiciones de la vida animal. Las concentraciones de estos contaminantes (amoníaco, cloruros y sulfuros) y la consecuencia de la alteración del índice de las demandas de oxígeno, afectan de forma *grave*, las condiciones naturales del ecosistema de los acuíferos afectados,

ya que actúan directamente destruyendo o impidiendo la existencia de los macro y microorganismos» (Sentencia de 25 de noviembre de 1994 del Juzgado de lo Penal Manresa, Fundamentos Jurídicos Tercero y Cuarto).

III. Consumación del delito y formas imperfectas

Como delito de riesgo abstracto y peligro concreto (salud humana y calidad de vida) y potencial (condiciones medioambientales), el delito contra el Medio Ambiente se *consuma* cuando se produce la actividad típica (producción o provocación de emisiones o vertidos y creación del riesgo y peligro). *No caben las formas imperfectas* (tentativa y frustración).

En dicho sentido, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1993, casando a instancias del MF la de la Sala de la Audiencia Provincial de Palencia de 13 de junio de 1993. En un supuesto de vertido de lindano (producto altamente tóxico), la Audiencia Provincial condenó por delito contra el Medio Ambiente *en grado de tentativa*, al entender que no se llegó a trasladar la totalidad del residuo existente en la fábrica que lo producía y sobre todo, porque no llegó a asentarse y permanecer sobre el terreno el tiempo necesario para su contacto e ingesta por seres vivos y para su infiltración o arrastre por la acción de las aguas.

Entiende el Tribunal Supremo (Fundamento Jurídico Primero) que «la consumación se produce, por tratarse de un delito de peligro concreto, *por la creación del riesgo* mediante la realización de alguna de las actuaciones previstas en el tipo penal. Los acusados, con diversa adjudicación de funciones, realizaron de una manera directa el vertido en el suelo de la sustancia tóxica conocida como lindano, creando con ello un riesgo evidente para la salud humana y para las condiciones de la vida animal. *Desde este momento se produce el grave riesgo* exigido por el tipo penal, que no llegar a alcanzar mayores repercusiones o daños por la intervención posterior de los implicados, que retiraron el producto ante la denuncia formulada... *la realización material* del vertido en el suelo o de la emisión a la atmósfera de productos peligrosos para la salud de las personas o las condiciones (del Medio Ambiente) *completa el tipo penal* sin necesidad de que se produzca un perjuicio concreto. La actuación posterior de los acusados, retirando el producto vertido, sirve para determinar la penalidad aplicable y puede ser considerada con efectos atenuatorios en la fijación de la pena».

En igual sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) de 26 de septiembre de 1994 (Fundamento Jurídico Primero):

«*la consumación* del ilícito se produce —como se lee en la Sentencia de esta Sala de 5 de octubre de 1993— por la *creación del riesgo* mediante la realización de alguna de las actuaciones previstas en el tipo. Si el peligro o posible perjuicio *se efectivan* (resultado), estaremos —según expresa la STS de 11 de marzo de 1992, Fundamento Jurídico Tercero— ante *delitos de lesión*, que se castigarán separadamente, en tanto el delito de riesgo tiene un alcance colectivo y el de lesión o resultado, individual o específico (daños, lesiones, etc.)».

La interpretación del TS no sólo responde al tipo legal, sino que se ajusta a la resolución número 1 (1990) de la 17.ª Conferencia de Ministros de Justicia Europeos, en las que recomendaba (Recomendación B) la regulación de los delitos contra el Medio Ambiente (como ha sido la seguida en España) como delitos *de peligro o riesgo* abstracto (concreto o potencial), en concurso con delitos *de resultado* cuando el riesgo o peligro deviene un evento dañoso (6).

IV. Lugar de comisión del delito

Los delitos contra el Medio Ambiente se entenderán cometidos *donde radique la actividad contaminante o se originen o produzcan las emisiones o vertidos*, no en el lugar donde se origine el riesgo o sus efectos.

Tal interpretación es común a los delitos de riesgo o mera actividad regulados en el Código Penal y ha sido confirmada para los atentatorios contra el medio Ambiente por el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1993, en el que señala que «Dada la naturaleza de la infracción como *delito de peligro*, en que el resultado puede tener consecuencias agravatorias, queda consumado desde que las emisiones o vertidos, contraviniendo las normas protectoras del Medio Ambiente, pongan en grave peligro la salud de las personas o puedan perjudicar las condiciones de la vida animal, vegetal y ecosistemas naturales, y ello tuvo lugar *donde la fábrica radica*».

Por ello, *la competencia* para la instrucción de la causa penal (motivo de la Resolución comentada) corresponde al órgano jurisdiccional *del lugar de situación de la actividad contaminante* y no donde se produzcan sus efectos o riesgos; en el caso de industrias, donde radiquen las mismas.

Tal criterio es asimismo conforme con la Resolución número 1 (1990) de la 17.ª Conferencia de Ministros de Justicia Europeos, a la hora de solicitar la cooperación internacional para la persecución de dichos delitos no sólo en *el país de producción del hecho punible*, sino en todos aquellos

en los que se halla producido un resultado o consecuencias derivadas de los mismos (6).

V. La continuidad delictiva

Un solo vertido o emisión completa el tipo penal, por lo que *una pluralidad* de los mismos imputables a una única actividad industrial y en períodos de tiempo sucesivos o correlativos, con homogeneidad de la acción , darán lugar a la apreciación de *la continuidad delictiva* y a la aplicación del artículo 69 bis del Código Penal.

Existe unanimidad jurisprudencial en cuanto a que el tipo penal del párrafo 1.º del artículo 347 bis del Código Punitivo se completa con *un solo vertido o emisión* contaminante. En sentido contrario, la Sentencia de fecha 26 de marzo de 1992 del Juzgado de lo Penal número 11 de Barcelona, interpretando erróneamente el término de «vertidos» contenido en el tipo como «la necesidad de una pluralidad (dos o más) de aquéllos para completarlo». La referida Sentencia fue revocada en virtud de recurso de apelación interpuesto por el MF, por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sala Segunda) de 9 de febrero de 1993, en la que se señala (Fundamento Jurídico Octavo):

«Aún cuando ciertamente en el artículo 347 bis se utiliza la expresión "emisiones" o "vertidos", considera la Sala que ello no autoriza a afirmar la atipicidad de un solo acto de tal naturaleza que ponga en grave peligro la salud de las personas o pueda perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, plantaciones útiles o espacios naturales. El término plural empleado ha de ser interpretado como sostiene el apelante (MF), en el sentido de que la emisión o vertido puede ser de cualquier tipo, es decir, de sustancias sólidas, líquidas o gaseosas, en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas. Avala dicha interpretación, no sólo el hecho de que el denominado delito ecológico surgió para dotar de protección penal al derecho de la colectividad a disfrutar de un Medio Ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, siendo indiscutible que contra dicho derecho se puede atentar *a través de una sola emisión o vertido* que reúna el resto de exigencias contenidas en el tipo penal, sino asimismo, el propio sentido del resto de tipos penales recogidos en la Sección Segunda, Capítulo II, Título V del Libro II del Código Penal, encabezada con el epígrafe "Delitos contra la Salud Pública y el Medio Ambiente". Prácticamente en todos ellos se emplean términos plurales: "sustancias nocivas para la salud o productos químicos" (art. 341 CP), "medicamentos deteriorados" (art. 343 CP), "medicamentos de cualquier

clase o medios anticonceptivos" (art. 343 bis CP) "actos de cultivo, elaboración o tráfico" (art. 344 CP) "productos alimenticios" (art. 346 CP) y sin embargo, ni doctrinal ni jurisprudencialmente, se cuestiona que, por ejemplo, la elaboración sin mediar autorización de una sustancia nociva a la salud o de un producto químico que pueda causar estragos, es una conducta incardinable en el artículo 341 CP, por más que el precepto hable de sustancias o productos en plural, o que un sólo acto de tráfico de estupefacientes llena las exigencias del tipo contenido en el artículo 344 CP, por más que en el mismo se aluda a "actos"».

En igual sentido, las Sentencias del Juzgado de lo Penal número 23 de Barcelona de 13 de mayo de 1992 (Fundamento Jurídico Primero): «El hecho de no haber realizado más que una toma de muestras no resulta incompatible con la expresión "emisiones o vertidos" empleada por el texto legal, que no requiere necesariamente una pluralidad de actuaciones o conductas antijurídicas, del mismo modo que no lo requieren los artículos 431, 563 o 597 del Código Penal, cuando mencionan también en plural la ejecución de "actos lúbricos" o la causación de "daños". Así pues, debe entenderse consumado el delito con la realización, en las condiciones exigidas por el tipo, de cualquier emisión o vertido»; la del Juzgado de lo Penal de Manresa de fecha 17 de noviembre de 1993 (Fundamento Jurídicos Quinto y Sexto): «Resulta, pues, evidente, que en el presente caso se ha infringido la normativa vigente al realizar vertidos contaminantes y ejercer la actividad clasificada sin el preceptivo permiso y control administrativo, al menos en los vertidos anteriores al 16 de mayo de 1991, fecha en la que se concedió por parte del Servicio de Cuencas del Centro una autorización provisional de vertido y que con posterioridad a la misma, se ha seguido infringiendo la normativa, al no ejecutar los compromisos en relación al programa de descontaminación gradual o instalación de una planta depuradora, sobrepasando los parámetros límite establecidos en el RDPH, por lo que cabe declarar que los hechos son constitutivos de un delito continuado contra el Medio Ambiente»; la del mismo Juzgado de fecha 22 de octubre de 1994 (Fundamento Jurídico Noveno): «Tal como solicita la acusación, debe apreciarse que nos hallamos ante un supuesto de delito continuado, por lo que corresponde la aplicación de lo previsto en el artículo 69 bis del Código Penal, ya que se dan los elementos necesarios para ello y en concreto a) una pluralidad —10— de acciones delictivas, b) unidad de designio o propósito que revela el dolo unitario y que se traduce en ejecución de un plan preconcebido o en el aprovechamiento de idéntica ocasión, c) homogeneidad de delitos, unidad de precepto penal violado o de preceptos muy próximos, así como homogeneidad de técnica comisiva, d) identidad de sujeto o su-

jetos activos en todas las acciones consideradas, y e) que los bienes jurídicos atacados no tengan naturaleza eminentemente personal (STS 6 de octubre de 1989)»; la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 13 de Barcelona de fecha 4 de enero de 1995 (Hechos Probados Único): «A finales de 1989 y hasta principios de 1991 se efectuaron diversos vertidos los días 11 de octubre de 1989, 25 de abril, 4 de mayo, 5, 10, 11 y 22 de octubre de 1990 y 17 de mayo de 1991» y (Fundamento Jurídico Primero): «Los hechos son constitutivos de un delito consumado y continuado contra la salud pública y el Medio Ambiente».

En sentido contrario e incurriendo en el mismo error que la antes mencionada del Juzgado de lo Penal número 11 de Barcelona, la de fecha 22 de noviembre de 1994 del de igual clase número 10 de dicha ciudad, en la que, pese a declararse probada la existencia de multiplicidad comisiva por parte de los acusados (vertidos desde el año 1990 a 1991) se entiende (Fundamento Jurídico Primero) que «no ha sido probado el requisito del plan preconcebido, así como el factor temporal, ya que se exige que las acciones se desenvuelven en un mismo o aproximado entorno de tiempo» y que «la sucesión de actos forma y conforma el tipo, puesto que la comisión aislada o esporádica resulta inidónea para su penalización». Dicha resolución se halla recurrida en apelación por el MF, en éste y otros aspectos.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 26 de septiembre de 1994 se ha pronunciado por primera vez sobre la continuidad delictiva en los delitos contra el Medio Ambiente, dictaminando (Fundamento Jurídico Octavo) que el tipo penal se consuma con *un sólo vertido o emisión*, por lo que una pluralidad de los mismos dará lugar *a la apreciación de la continuidad delictiva*, la cual requiere «*la constancia* en autos de los vertidos sucesivos y la *homogeneidad* de la conducta» (en igual sentido, STS de 4 de julio, 16 de septiembre y 24 de octubre de 1991, relativas a la continuidad delictiva en general).

VI. Los subtipos agravados

a) *Aportación de información falsa sobre aspectos medioambientales de la empresa*

El artículo 347 bis 2.º contempla como subtipo agravado de la responsabilidad penal la aportación de información falsa sobre aspectos ambientales de la Empresa.

Si bien existe escasísima jurisprudencia sobre el mismo y el Tribunal Supremo (Sala Segunda) no se ha pronunciado sobre los requisitos del mismo, de la doctrina y del examen de la normativa administrativa complementaria del tipo penal, podemos deducir los siguientes extremos:

a) Se trata de un subtipo que, junto con un elemento *objetivo* (aportación de información de datos falsos de cualquier clase sobre aspectos ambientales de la Empresa: su actividad, riesgo contaminante, existencia de emisiones o vertidos, productos residuales derivados del proceso productivo, destino y tratamiento de los mismos, cumplimiento de la normativa administrativa en materia de eliminación de residuos, control de éstos, existencia de autorizaciones administrativas antecedentes a las solicitadas, etc.), requiere un claro elemento *subjetivo*, es decir, una clara intencionalidad, tendente *a eludir el preceptivo control por parte de la Administración de la actividad potencialmente contaminante desarrollada* por la industria, la que (Sentencia de la AP de Barcelona de 1 de junio de 1993) «se llevaría a cabo al margen de todo control, con el consiguiente peligro para la situación medioambiental».

b) Sólo es de apreciar cuando *se derive de la relación Administración-administrado*, como consecuencia de la actuación de éste respecto de aquélla en la solicitud y/o obtención de las preceptivas autorizaciones administrativas de funcionamiento, emisión o vertido de la actividad social, cumplimiento de la normativa administrativa en materia de producción, tratamiento y eliminación de residuos tóxicos, actividad inspectora de la Administración y demás características de dicha relación. No será de apreciar evidentemente cuando se derive de una relación entre la Empresa (y sus responsables) y la Autoridad Judicial, siendo el caso más evidente el de *la apertura de actuaciones penales* por presunto delito medioambiental, ya que la aportación de informes o datos falsos a la Autoridad Judicial (Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal) o a la Policía Judicial a las órdenes de aquéllos no constituirá sino una manifestación del derecho de defensa del imputado [arts. 24.2 de la CE y 520.2.a) de la LECr.] (PÉREZ DE-GREGORIO, 1994) (3).

c) El modo en que generalmente se apreciará la existencia del subtipo será mediante *la aportación al proceso penal* (a través de la Administración Pública, en forma directa o por solicitud de la Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción) *de la documentación administrativa* («información») aportada por los responsables de la Empresa a la Administración competente. La existencia de documentos o informes falsos *emanados de la Administración* (no de los administrados) constituiría *un delito autónomo de falsedad documental*, imputable a los funcionarios

públicos otorgantes o intervinientes o a los administrados, según los casos, de conformidad con los artículos 302 y siguientes del Código Penal (VERCHER, 1993) (7).

La escasa jurisprudencia recaída sobre la materia tratada no es ciertamente muy afortunada y como en otros subtipos agravados del artículo 347 bis 2.º del CP, se aprecia frecuentemente una lamentable y errónea interpretación de la normativa administrativa, cuando no un desconocimiento de la misma, por parte de algunos Juzgados y Tribunales.

La Sentencia del Juzgado de lo Penal número 1 de Terrassa de 29 de abril de 1994 aprecia justamente la existencia del subtipo. Tras declarar probado (Hecho Probado Único) que «En la Declaración de Residuos correspondientes al año 1990 presentada por la Empresa se hacían constar, entre otros extremos, que el cobre se recuperaba y procesaba en las propias instalaciones de la factoría y que las aguas cianuradas eran tratadas con hipoclorito sódico hasta la total eliminación del cianuro, aseveraciones que en modo alguno se ven confirmadas por el resultado de los análisis realizados», señala en su Fundamento Jurídico Segundo: «Algunas de las afirmaciones realizadas en la Declaración de Residuos de 1990 ponen de relieve que la Empresa *aportó datos incorrectos o inexactos sobre los aspectos ambientales* de su actividad. Cualquiera de los tres extremos citados (clandestinidad, desobediencia y falsedad) posibilita la aplicación de la agravación específica prevista en el citado párrafo segundo».

De incongruente además de errónea debe reputarse la interpretación que del subtipo efectúa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Quinta) de 21 de julio de 1994, al desestimar el recurso de apelación interpuesto por el MF contra la de instancia de 25 de marzo de 1994. En un supuesto de vertidos industriales contaminantes a cauce público, sin autorización administrativa de funcionamiento ni de vertido por parte de la Empresa, el MF invocó la aplicación del subtipo al haber hecho constar el acusado, en la solicitud de licencia municipal de actividades (en la que ocultó la carencia de la antecedente de vertidos) ante el Ayuntamiento de la localidad, que la industria que pretendía legalizar «no generaba residuos ni aguas residuales», con la evidente finalidad de obtener de aquél una ilícita autorización del funcionamiento. El Juzgador de instancia obvió pronunciarse sobre la concurrencia de la agravante y la Sala (Fundamento Jurídico Único) desestima su aplicación con el siguiente razonamiento: «La agravante interesada requiere un evidente elemento intencional, *que no se evidencia* del hecho de que en la solicitud consignase que su actividad no tiene que afectar al Medio Ambiente, pues claramente expone en aquélla que entre sus actividades está la de soldadura con acabados elec-

trolíticos, actividad que genera vertidos contaminantes». La Sala parece dar a entender que no existe cuando la Administración pueda «presumir» (¿?) que existe aquélla.

La Sentencia del Juzgado de lo Penal número 10 de Barcelona de 20 de diciembre de 1994, en su supuesto de vertidos contaminantes a cauces públicos y espacio natural protegido, en relación con la existencia de falsedades de las Declaraciones de Residuos de la Empresa, desestima la aplicación del subtipo, fundamentándolo en que (Fundamento Jurídico Tercero): «Del resultado del examen de los documentos aportados y de la prueba testifical, se colige la insuficiencia de aquéllos para considerarlos confeccionados con intención falsaria, sino más bien, formando parte de un quehacer irregular si se quiere, pero desprovisto del dolo necesario para tipificar el concepto requerido para tal conceptuación, por lo que se rechaza su aplicación al caso».

b) *El riesgo de deterioro irreversible o catastrófico*

Se trata de una modalidad agravada (art. 347 bis 3.º CP), en la que concurre con el tipo delictivo básico, *un riesgo o peligro de especial gravedad o relevancia*, que puede dar lugar a *un deterioro irreversible o catastrófico* de los elementos que configuran el campo de protección del Medio Ambiente.

La doctrina científica ha afirmado que si bien estamos nuevamente ante un tipo *agravado* de la modalidad básica (y por ello, un delito de riesgo o peligro concreto o perjuicio potencial), no puede desconocerse que al mismo tiempo constituye una típica *categoría de resultado*, como señaló el Tribunal Supremo en la primera de sus sentencias sobre la materia, en la que apreció su concurrencia. La interpretación jurisprudencial subsiguiente es que concurre dicha modalidad agravada cuando el riesgo o daños causados, en función de su intensidad, extensión y efectos, *hacen imposible la regeneración natural espontánea* o aquélla requiere *una costosísima acción y muy largo plazo*. Es decir, cuando el riesgo o el resultado causado por aquél produzca un efecto medioambiental no susceptible de regeneración natural por sí mismo o en el plazo natural conocido o estimado. Evidentemente, la existencia del subtipo agravado deberá ser apreciada por los Tribunales de conformidad con *la prueba pericial* practicada en la causa.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 30 de Noviembre de 1990, se pronunció por primera vez sobre su apreciación (negada en la Sentencia de instancia), de forma confusa y habida cuenta que

en el supuesto de autos (emisiones contaminantes de una central térmica, que además del riesgo medioambiental habían producido como resultado daños en una extensa área boscosa) el resultado dañoso independiente del delito de riesgo se había objetivizado, señalando (Fundamento Jurídico Decimoséptimo): «La cuestión que plantea el motivo se refiere a la inaplicación del subtipo agravado que contempla el párrafo 3.º del artículo 347 bis CP, en el que se describe o contiene una típica categoría *de resultado*, que viene determinada por la causación de *un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico*, que debe ser objetivado y valorado en el curso del proceso. Las consecuencias o resultados de la actividad que dirigía el procesado se describen en diferentes pasajes del hecho probado. Así se afirma que las emisiones que provocan la lluvia ácida han ocasionado la clorosis o necrosis de gran parte de la masa boscosa. Se insiste a continuación en que el efecto directo de tales emisiones han producido la grave contaminación y aunque no precisa la exención o número de hectáreas afectadas las sitúa en torno a las 30.000 H. No conforme con ello añade que puede constatarse como la incidencia de la emisión de humos conlleva un grave y potencial peligro para la vida vegetal de la zona. Después de realizadas tales afirmaciones la Sala sentenciadora descarta la aplicación del subtipo agravado no obstante haber sentado en sus razonamientos —Fundamento Jurídico Sexto— que es clara la relación de causalidad emisión-degradación en virtud de los datos de medición de que dispuso la Sala.

En el Fundamento Jurídico Noveno el Tribunal de instancia se alinea con un concepto de irreversibilidad excesivamente literal, considerando que en el actual nivel tecnológico siempre es posible volver desde el estado de deterioro a que se llega al estado anterior a la degradación, estimando que el conocimiento humano no conoce límites para reparar los daños ecológicos.

Tal afirmación no concuerda con el contenido y espíritu del precepto, que eleva la pena en función de la *intensidad del daño causado* y la extensión de la zona afectada, adjetivando el daño catastrófico o irreversible, cuando el proceso acumulativo de los efectos degradantes del Medio Ambiente *afecta sensiblemente a los bienes protegidos* —en este caso, a las zonas boscosas— ocasionando su muerte —necrosis— *en un ámbito tan extremo* que permite la calificación más agravada sin perjuicio de una hipotética y costosa reparación o repoblación que nunca podrá ser eficaz cuando, como sucede en el presente caso, el anhídrido sulfuroso no sólo se difunde en la atmósfera sino que es absorbido por la masa arbórea y se sedimenta en el suelo, *haciendo imposible su regeneración espontánea*. Por otro lado, *la extensión afectada* nos permite afirmar que la necrosis y clorosis de que se describe en el hecho probado *puede alcanzar los ca-*

racteres de catastrófica en cuanto a su entidad y efectos, todo ello sin perjuicio de que una acción costosísima que renovase el manto de la tierra afectado y lo sustituyese por otro, procediendo a la plantación de nuevas especies arbóreas que, *a muy largo plazo*, pudieran devolver el equilibrio ecológico a la zona, siempre que se interrumpiere el funcionamiento de las fuentes de contaminación.

Precisamente esta necesidad de una operación de tal envergadura nos demuestra y nos lleva a la conclusión de que *los daños fueron irreversibles o catastróficos*, por lo que se debe estimar el motivo».

En la misma línea argumental, la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 2 de Ciudad Real de 4 de julio de 1991, en un supuesto de aterramiento por vertidos de escombros de una laguna y tras declarar probado (Antecedente de Hecho Primero) que «con todo, los 600 m3 de escombros arrojados por el inculpado están determinando un perjudicial impacto sobre dicho ecosistema, que al ver sepultadas comunidades de algas y cormofitas, *han determinado la desaparición de la zona de forma irreversible de algunas comunidades de animales*, según los especialistas. Sólo la labor de desescombro costaría 204.000 pesetas, sin que haya podido valorarse el coste que implicaría realizar el intento de recuperación de la riqueza ecológica, por ser ésta de *reparación ambiental imposible*», aplica el subtipo agravado, que basa (Fundamento Jurídico Cuarto) «por encuadrarse a mayor abundamiento en el subtipo agravado del artículo 347 bis párrafo 3.º del Código Penal, por cuanto si el vertido de escombros ha destruido toda la vegetación de la orilla de la laguna en una extensión de 200 m, sepultando algas y cormofitas y siendo prácticamente imposible su recuperación, *el daño es irreversible* aunque el aspecto estético puede volver a recobrar el que tenía anteriormente, manifestación que fue aseverada y confirmada por el Perito Sr. Jiménez, aunque matizara verbalmente la irreversibilidad del daño como parcial, por cuanto podría repararse en cuento a la fauna, mas no así en cuanto a la flora y riqueza hidrológica».

En la mayoría de los procedimiento por delito ecológico relativos a vertidos de aguas residuales contaminantes a aguas fluviales discurrentes (ríos, rieras, arroyos y torrentes), el Ministerio Fiscal no ha invocado la aplicación del presente subtipo agravado, por desprenderse de la prueba pericial el poder de autodepuración natural de los mismos y autogeneración en la mayoría de los casos objeto de procedimiento, lo que técnicamente no podría dar lugar a la consiguiente apreciación por los Tribunales penales. Sólo algún supuesto de vertidos altamente tóxicos a cauces fluviales gravísimamente contaminados industrialmente y cuyo índice biológico (BILL) era estimado por los expertos periciales como de O ha sido alegado, por

entender que dichos vertidos contaminantes *impedían la regeneración del río y su entorno natural*, tanto por lo que respecta a su autodepuración natural como por parte de las medidas adoptadas por la Administración Hidráulica.

En este sentido, la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 23 de Barcelona, de 28 de febrero de 1994 al tratar el aspecto del denominado «efecto sinérgico» de la contaminación industrial, se pronuncia sobre la apreciación del subtipo a los vertidos enjuiciados, indicando (Fundamento Jurídico Séptimo) que «cabe añadir la concurrencia de la agravante señalada en el párrafo 3.º del artículo 347 bis del Código Penal, como se deduce de los informes de los Peritos Sres. Prat y Valverde, estudiados en el fundamento Quinto, del que se deduce *el daño prácticamente irreparable causado en la parte del río* donde se han venido realizando los vertidos de la empresa, ya que los mismos, por sí solos o como parece más probable juntos con los de otras empresas que también vierten al río Congost, han dejado a éste en una situación de *deterioro prácticamente irreversible*».

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

(1) Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 779 a 789). BOE n.º 313, 30-12-1988.

(2) Circular 1/1990 de la Fiscalía General del Estado de 26 de septiembre sobre Contribución del Ministerio Fiscal a la investigación y persecución de los Delitos contra el Medio Ambiente.

(3) PÉREZ DE-GREGORIO, José J., 1994 «La prueba en el proceso penal por delitos contra el Medio Ambiente», Revista *La Ley*, n.º 3.579, págs. 1-4.

(4) Memorias de la Fiscalía General del Estado de 1990-1994 y Memorias de las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia de Catalunya y Valencia, años 1990-a 1994.

(5) PÉREZ DE-GREGORIO, José J., 1993, «La agravante de clandestinidad industrial en los delitos contra el Medio Ambiente», Revista *La Ley*, n.º 3.252, págs. 1-3.

(6) Resolución n.º 1 (1990), relativa a la Protección del Medio Ambiente por el Derecho Penal, 17.ª Conferencia de Ministros de Justicia Europeos, Estambul, 1990.

(7) VERCHER NOGUERA, A., «Ministerio Fiscal y Medio Ambiente; nuevas perspectivas de actuación», Revista *La Ley*, n.º 3.370, págs. 1-5.

LA COMPETENCIA PARA ENTENDER DE LAS DEMANDAS DE REVISIÓN

JESÚS VICENTE CHAMORRO
Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

El artículo 73.1.b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye a la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, el conocimiento del «recurso extraordinario de revisión» que establezca la ley contra las sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma e materia de Derecho Civil foral o Especial, propio de la Comunidad Autónoma si el correspondiente Estatuto de Autonomía ha previsto esta atribución. Así lo ha previsto, en efecto, el de Cataluña (art. 20.1.a)), el del País Vasco (art. 14.1.a)) y, entre otros, el de Galicia (art. 22.1.a)).

Estas disposiciones obligan o al menos autorizan a formular algunas observaciones sobre esta cuestión.

Por un lado el recurso de revisión, a diferencia del de casación, no se funda en la aplicabilidad de normas de Derecho Común o Foral o Especial, para resolver el asunto, la revisión solamente tiene como causas posibles —artículo 1796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— la voluntad de principio o preceptos procesales que, como tales no pueden en ningún caso constituir Derecho Foral o Especial en una Comunidad Autónoma, puesto que la Constitución (art. 149.6) establece que el Derecho Procesal es la competencia del Estado exclusivamente. Así, pues, atendiendo a estas consideraciones carecen de fundamento las disposiciones legales antes citadas.

No se trataría, por tanto, de basar la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia en el Derecho Material aplicado en el pleito. La única solución viene dada solamente por un criterio territorial, que la sentencia impugnada haya sido dictada por un Tribunal de la Comunidad Autónoma: en ese sentido también (art. 71 núm. 1.b)) y en cuanto al conte-

nido del pleito, que haya versado sobre Derecho propio de la comunidad Autónoma.

Así, pues, la regla para determinar la competencia es bien simple: que el objeto del pleito haya sido el Derecho Foral o Especial de la Comunidad Autónoma y que el órgano jurisdiccional que dictó la sentencia cuya cosa juzgada se impugna esté comprendida en el territorio de la Comunidad.

Esa ha de ser la primera cuestión y habrá que dictaminar al examinar, sin que queda plantear cuestión alguna sobre la competencia entre la Sala Primera del Tribunal Supremo y la de lo Civil y Penal del Tribunal Supremo si entiende que le está atribuida la competencia, ordenará al Tribunal Superior de Justicia que se abstenga de entender sobre el asunto y, en su caso, que le remita las actuaciones que hubiera podido realizar.

Si el dictamen se produce ante el Tribunal Superior de Justicia, éste, en su caso, debe remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo o continuará entendiendo de ellas, comunicándolo a la Sala Primera, para que, en su caso, decida lo que corresponda.

Es la distribución de competencia y nace, por un lado del afán de potenciar la división del Estado en Autonomía, o tal vez del purito de constituir en cada Comunidad Autónoma una especie de Tribunal Supremo en sus propios efectos territoriales.

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

III. Resumen de jurisprudencia

RESUMEN DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

JUAN C. ORTIZ URCULO
Fiscal ante el Tribunal Constitucional.

SENTENCIA del Tribunal Constitucional 1/1995, de 10 de enero. Ponente: Cruz Villalón. Sobre Juez competente para conocer de un «habeas corpus» promovido por un Guardia Civil.

El Juzgado de Instrucción número 6 de Sevilla declaró no haber lugar a iniciar el procedimiento de «habeas corpus» de un miembro de la Guardia Civil, por falta de competencia. El Tribunal Constitucional confirma esta decisión con los siguientes argumentos:

«La demanda queda, inicialmente, contraída a la determinación de si el Auto del Juez de Instrucción declarando su falta de competencia para resolver de la solicitud de "habeas corpus" de un miembro de la Guardia Civil vulnera los derechos a la tutela judicial efectiva y al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.1 y 2 CE). A estos efectos conviene advertir que el demandante no niega la validez, en sí misma, del párrafo tercero del artículo 2 de la LO 6/1984, reguladora del procedimiento de "habeas corpus" sino exclusivamente la corrección constitucional de la aplicación que de la misma se hace en dicho Auto, en la medida en que la entiende aplicable a los miembros de la Guardia Civil».

«Siguiendo la doctrina contenida en la citada STC 194/1989 y reiterada en las SSTC 44/1991 y 106/1992, la demanda debe ser desestimada en este extremo. En efecto, hemos declarado en dichas Sentencias, una vez determinada la posibilidad de que el legislador someta a la Guardia Civil a un régimen de disciplina militar, que con independencia de que los círculos relativos a la aplicación del régimen disciplinario militar y al ámbito revisor de la jurisdicción militar no sean forzosamente superponibles o coextensos, y así lo hayamos declarado en alguna ocasión, es el caso que, en el supuesto presente, "el demandante, que no es miembro del Cuerpo

de Policía Nacional sino de la Guardia Civil, Instituto armado de naturaleza militar, ha sido sancionado en los dos expedientes por faltas graves contempladas, a juicio del Director general de la Guardia Civil, competente al respecto" (arts. 10 y 21 de la LO 12/1985), en el artículo 9.15 de esta misma Ley Orgánica, cuyo artículo 52 establece que contra la sanción y una vez agotada la vía administrativa (art. 50 LO 12/1985) "podrá interponer en el plazo de dos meses, recurso contencioso disciplinario militar"...».

«Ahora bien, con la Guardia Civil ocurre, al contrario que con el Cuerpo Nacional de Policía, que la naturaleza militar que le ha atribuido el legislador postconstitucional, ...incluye a tal instituto armado en el ámbito castrense, y aunque ello no significa que todo ilícito cometido por un Guardia Civil quede como regla general sometido a este ámbito jurisdiccional... si obliga a afirmar que las sanciones disciplinarias impuestas a un Guardia Civil, como en los casos que nos ocupan, por faltas tipificadas en el artículo 9.15 LO 12/1985, sólo son revisables por la jurisdicción militar, porque el mantenimiento de la disciplina en las relaciones internas de subordinación y supraordenación de un Instituto armado de naturaleza militar y estructurado jerárquicamente (art. 13 LO 3/1986), pertenece al ámbito estrictamente castrense (art. 117.5 CE)», añadiéndose a continuación que, «por lo mismo, el "habeas corpus" corresponderá a la jurisdicción militar si la detención tiene como causa una sanción revisable por la jurisdicción castrense, y»... ello «se deriva también inequívocamente del artículo 2, párrafo tercero, de la Ley Orgánica 6/1984... y del artículo 61.3 de la LO 4/1987, que se remite el anterior (fundamento jurídico 5.º)».

SENTENCIA 11/1995, de 16 de enero. Ponente: González Campos. Sobre asistencia de Procurador a las vistas de apelación en un procedimiento abreviado.

La queja de la demanda de amparo se dirigía contra la decisión adoptada por la Audiencia Provincial, que no daba intervención en el acto de la vista del recurso de apelación al Letrado de la apelante, «por no comparecer asistida del Procurador que la representase, ni comparecer la representada».

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 el Tribunal Constitucional hace dos precisiones:

«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 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 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 tal 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 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 llevarse 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 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».

«3. 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 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 151/1987,

251/1987, 114/1988, 37/1990 y 195/1993, 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 Cuarto y 148/1994, Fundamento Jurídico Cuarto)».

«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 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 al 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 CE)».

«4. 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 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 —artículo 44.1 LOTC—. Por esta razón, según abundante y reiterada doctrina constitucional (SSTC 167/1988, 141/1992 y ATC 526/1989, entre otras muchas resoluciones), no puede invocarse indefen-

sión cuando ésta se deba de manera relevante a la inactividad o negligencia del interesado o se genere por su voluntaria actuación desacertada, 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».

La sentencia desestimó por tanto el amparo.

SENTENCIA 29/1995, de 6 de febrero. Ponente: Cruz Villalón. Sobre el derecho a defenderse por sí mismo, sin asistencia de Abogado, en un procedimiento incoado contra el recurrente por un delito de abandono de la prestación social sustitutoria.

El Tribunal Constitucional advierte que el derecho a defenderse por sí mismo existe, pero no se extiende a la facultad de prescindir de la correspondiente defensa técnica. Sin embargo, a parte la defensa técnica, debe ser garantizada la defensa por sí mismo, y ello encuentra acomodo en nuestro procedimiento, de un lado, en la instrucción (arts. 396 y 400 LECr), «manifestar cuanto tenga por conveniente» y «cuantas veces quisiere», y, de otro, en el juicio oral, con el derecho a la última palabra al que también se refirió la STC 181/1994. El TC se expresa así:

«4. la primera cuestión a responder es la de si, como pretende el demandante, el ejercicio del derecho a defenderse por sí mismo permite excluir la defensa por medio de Abogado. A estos efectos es de tener en cuenta que, ciertamente, por lo que a la defensa técnica se refiere, la LECr la confitura como preceptiva desde el mismo instante de la detención (art. 27.3 CE) y a lo largo de todo el proceso penal. En un primer momento, y tras la reforma llevada a cabo por la Ley 53/1978, de 4 de diciembre, el artículo 118 LECr, posibilitó el ejercicio del derecho de defensa por medio de Abogado desde que se comunicara al imputado la existencia del proceso o hubiera sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar, si bien en sus apartados tercero y cuarto se configura dicha asistencia letrada como obligatoria sólo desde el momento en que se necesite el consejo del Abogado o haya de interponer algún recurso que haya indispensable su actuación».

«Sólo con las reformas de los artículos 520 y, sobre todo, 788 LECr, operadas respectivamente por la LO 14/1983, de 12 de diciembre, y por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal se establece cumplidamente la defensa técnica obligatoria a lo lar-

go de todo el proceso. En efecto el artículo 520.2.c), en su último inciso, determina que si el detenido o preso no designa Abogado para que asista a las diligencias policiales y judiciales, se procederá a su designación de oficio, disposición que es complementada por el artículo 788, en cuya virtud «desde la detención, o desde que las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada y fuera necesaria la asistencia letrada, la Policía judicial, el Ministerio Fiscal o la Autoridad judicial recabarán del Colegio de Abogados la designación de un Letrado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado», añadiendo el apartado segundo de dicho precepto que «el Abogado designado continuará prestando asistencia jurídica hasta la finalización del proceso».

«El contenido del derecho a defenderse por sí mismo no se extiende a la facultad de prescindir de la preceptiva defensa técnica. El mandato legal de defensa por medio de Abogado encuentra una propia y específica legitimidad, ante todo en beneficio del propio defendido, pero también como garantía de un correcto desenvolvimiento del proceso penal, asegurando, en particular, la ausencia de coacciones durante el interrogatorio policial y, en general la igualdad a las partes en el juicio oral, y evitando la posibilidad de que se produzca la indefensión del imputado de tal modo que frente a una acusación técnica aparezca también una defensa técnica. Como dijimos en la STC 42/1982, «La asistencia de Letrado es, en ocasiones, un puro derecho del imputado; en otras, y además (unida ya con la representación del Procurador), un requisito procesal por cuyo cumplimiento el propio órgano judicial debe velar, cuando el encausado no lo hiciera mediante el ejercicio oportuno de aquel derecho, informándole de la posibilidad de ejercerlo o incluso, cuando aun así mantuviese una actitud pasiva, procediendo directamente al nombramiento de Abogado y Procurador. En ningún caso cabe transformar un derecho fundamental que es simultáneamente un elemento decisivo del proceso penal en un mero requisito formal, que pueda convertirse en obstáculo insalvable para tener acceso a una garantía esencial, como es la del recurso (Fundamento Jurídico Tercero)».

«En el caso concreto, y como acertadamente señala el Ministerio Fiscal, frente a la carencia de complejidad técnica alegada por el demandante, la realización por el propio demandante del escrito de defensa como respuesta al escrito de acusación del Ministerio Fiscal, además de la articulación por su parte de las pruebas a practicar antes y durante la vista oral, pueden comprometer gravemente el derecho a la defensa del ahora demandante de amparo. La propia Comisión Europea de Derechos Humanos así lo ha entendido al apreciar que el artículo 6.3 CEDH, «no garanti-

za al acusado el derecho a decidir él mismo de qué manera asegurará su defensa», correspondiendo a las Autoridades competentes decidir si el acusado se defenderá por sí mismo o nombrado de oficio (decisión de admisibilidad de la demanda núm. 5923/1972 contra Noruega, de 3 de mayo de 1975). Numerosas decisiones han precisado, en la misma dirección de remitirse al Derecho nacional en la ordenación de esta materia, que «compete al Estado reglamentar la comparecencia del Abogado ante los Tribunales y la obligación de aquéllos de respetar ciertos principios deontológicos» (decisión de admisibilidad de las demandas núms. 7577/1976, 7586/1976 y 7587/1976, Ensslin, Baader y Raspe contra la República Federal de Alemania, de 8 de julio de 1978)».

«5. La cuestión última, sin embargo, es la de si nuestra legislación procesal garantiza suficientemente el derecho a defenderse por sí mismo, como derecho autónomo y distinto del derecho a la asistencia de letrado. Para el Ministerio Fiscal, como se ha indicado, la respuesta negativa a la cuestión anterior no debe conducir a la denegación del amparo, pues de lo que se trata en el fondo, con independencia de que no se excluya la asistencia letrada, es de que quede garantizado también el derecho a la defensa por sí mismo, particularmente a la vista de las circunstancias subyacentes del delito debatido, la objeción de conciencia, de naturaleza tan subjetiva y personal que aconsejarían la compatibilidad del derecho a defenderse a sí mismo con la asistencia letrada. Esta consideración conduce al Ministerio Fiscal, como se ha señalado, a solicitar el otorgamiento del amparo con el consiguiente reconocimiento del derecho a defenderse por sí mismo, sin perjuicio de la asistencia letrada, aunque sin precisar su articulación concreta».

«Desde luego se hace preciso reconocer que la naturaleza del delito por el que el demandante de amparo se encuentra procesado, el abandono de la prestación social sustitutoria, se encuentra o puede encontrarse tan directamente vinculado a su reconocimiento como objetor de conciencia del cual dicha prestación social trae causa, con la consiguiente conexión con la libertad ideológica (STC 321/1994, fundamento Jurídico Cuarto), que el contenido del derecho a la defensa, en estos casos, se vea o pueda verse reforzado en su vertiente de derecho a defenderse por sí mismo. Ciertamente, y en este sentido, es de tener en cuenta que, para el demandante, «la expresión de los motivos de conciencia es la única defensa». Del mismo modo es indudable que esta expresión directa de sus motivos de conciencia puede ser legítimamete reivindicada como, cuando menos, parcialmente integrante de su derecho a defenderse por sí mismo».

«Ahora bien, la cuestión a la que hay que dar respuesta es la de si en el procedimiento incoado contra el demandante se le ha impedido expresar de forma personal, directa, inmediata y sin restricción alguna los motivos de conciencia que le han llevado al abandono de la prestación social sustitutoria. O, dicho de otro modo, si el procedimiento por el que va a ser juzgado reúne tales características que sólo reclamando la propia defensa en exclusiva podría defenderse adecuadamente frente al delito que se le imputa. Todo ello teniendo en cuenta que el problema no es tanto el de si las posibilidades de autodefensa que ofrece nuestra legislación pueden o no ser mejoradas o ampliadas cuando dichas posibilidades se mueven dentro del contenido esencial del derecho a la defensa en su vertiente de derecho a defenderse por sí mismo».

«6. También en este caso la respuesta ha de ser negativa».

Ante todo, en la fase de instrucción enla que en este momento se encuentra el proceso, el artículo 396 LECr permite al impuesto, en su párrafo primero, «manifestar cuanto tenga por conveniente para su exculpación o para la explicación de los hechos, evacuándose con urgencia las citas que hiciere y las demás diligencias que propusiere, si el Juez las estima conducentes para la comprobación de sus manifestaciones». De otra parte, el acuerdo con el artículo 400 LECr, «el procesado podrá declarar cuantas veces quisiere, y el Juez recibirá inmediatamente la declaración si tuviere relación con la causa».

«Igualmente, por lo que hace a la posterior fase de juicio oral, conviene destacar la importancia del "derecho a la última palabra", con independencia de otras expresiones del derecho a la autodefensa contenidas en los artículos 655, 708, 713 y 793.3.ª LECr. En relación, concretamente, con el derecho a la "última palabra" este Tribunal ha tenido ocasión recientemente de destacar cómo el artículo 739 LECr, "ofrece al acusado el 'derecho a la última palabra' (Sentencia del TS de 16 de julio de 1984), por sí mismo, no como una mera formalidad, sino —en palabras del Fiscal que la Sala asume— 'por razones íntimamente conectadas con el derecho a la defensa que tiene todo acusado al que se brinda la oportunidad final para confesar los hechos, ratificar o rectificar sus propias declaraciones o las de los coimputados o testigos, o incluso discrepar de su defensa o completarla de alguna manera'. La raíz profunda de todo ello no es sino el principio de que nadie pueda ser condenado sin ser oído, audiencia personal, que aún cuando mínima, ha de separarse como garantía de la asistencia letrada, dándole todo el valor por sí misma le corresponde. La viva voz del acusado es un elemento personalísi-

mo y esencial para su defensa en juicio" (STC 181/1994, Fundamento Jurídico Tercero)».

«La conclusión de todo ello es que las normas que rigen el proceso en el que el demandante de amparo figura como acusado, sin excluir la asistencia técnica de Letrado requerida por la LECr con carácter general excepto en el juicio de faltas, le permiten su derecho a expresar directamente y sin mediación alguna las razones de conciencia que motivan la conducta por la que se le juzga, de tal manera que, en lo sustancial, respetan el derecho a hacer cuantas alegaciones estime procedente en defensa de sí mismo, procediendo, por tanto, la denegación del amparo solicitado».

SENTENCIA 48/1995, de 14 de febrero. Ponente: Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer. Sobre la presentación de escritos en el procedimiento laboral y la constitucionalidad del artículo 45 de la LPL.

El artículo 45 de la LPL de 1980, mantenido tras la reforma de 7 de abril de 1995, RD Legislativo 2/1995, permite el último día de un plazo presentar los escritos en el Juzgado de Guardia, siempre que al día siguiente hábil se deje constancia en el Juzgado o Sala de lo Social.

Este precepto ha sido considerado acorde con la Constitución en la sentencia que comentamos. Para ello, el Tribunal Constitucional ha razonado así:

«Aunque pudiera considerarse anacrónica la norma, a partir de la unidad jurisdiccional, e incluso discutirse la conveniencia o no del mantenimiento de esta exigencia que desplaza sobre la parte y obligaciones para prevenir las consecuencias de retrasos en el funcionamiento de la oficina judicial, ello no implica que la exigencia que impone el precepto sea contraria a la Constitución».

«... la libertad de legislador a la hora de determinar las modalidades procesales y los requisitos formales que han de presidir la relación de los ciudadanos con los órganos jurisdiccionales no puede cuestionarse, salvo cuando la opción legislativa suponga, por la propia naturaleza de las exigencias que impone al ciudadano, erigir un obstáculo real y efectivo para el acceso a la tutela judicial sin una justificación discernible y legítima a la luz de los derechos o valores a los que sirve. Sólo de esta evaluación de la carga impuesta al ciudadano puede deducirse la hipotética transgresión del artículo 24 CE, sin que incumba a este Tribunal valorar la mayor o menor adecuación, conveniencia o actualidad de la norma, pues son éstos ras-

gos que, salvados los límites que se acaban de exponer, sólo al legislador incumbe apreciar».

«La carga de poner en conocimiento del órgano judicial la presentación de escritos en el Juzgado de Guardia no puede considerarse como un obstáculo excesivamente gravoso o irrazonablemente impeditivo al acceso a la Justicia, pues no es intrínsecamente censurable desde la perspectiva constitucional el desplazamiento parcial al ciudadano de deberes de cooperación con la oficina judicial para una mejor dispensación de la justicia en un proceso como el laboral, cuya celeridad sigue siendo un rasgo distintivo, acorde con la naturaleza de las pretensiones ejercitadas. Atendiendo al contenido de la carga de comunicación al órgano judicial, puede, en consecuencia, mantenerse el enjuiciamiento positivo que este Tribunal ha venido haciendo desde su Sentencia 3/1986».

«La consecuencia que los órganos judiciales han deducido, la ineficacia de la presentación de documentos de no cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 45 LPL, no puede ser calificada de arbitraria o infundada, sino que enlaza con la naturaleza imperativa, de orden público, de las reglas procesales, y también con el carácter excepcional, en favor de justiciable, con que opera el artículo 45 LPL, que lejos de ser una medida restrictiva del derecho del justiciable al acceso a la jurisdicción constituye una excepción flexibilizadora de la norma general sobre el lugar de presentación de documentos».

«Si el requisito es constitucionalmente legítimo según se ha afirmado, lo serán también las consecuencias que legalmente se deriven de su incumplimiento. Como ya se ha dicho, la exigencia de la comunicación no es una carga excesiva, y permite fórmulas muy flexibles para su realización, pero la simplicidad de la obligación que impone la norma legal no puede servir para justificar su inobservancia, ni entender como desporporcionada una consecuencia que sólo resulta de la negligencia de la parte».

AUTO del Tribunal Constitucional 19/1995, de 30 de enero. Sobre la fuerza probatoria de un testimonio e identificación fotográfica practicados en un atestado policial y su reproducción en juicio oral mediante testimonio de referencia.

«Se aduce... en la demanda que no hubo en el proceso prueba de cargo de que el solicitante de amparo fuera la persona que entregó al coprocesado Sr. JGCG la droga posteriormente hallada en posesión de este

último. Por el contrario, los órganos judiciales de instancia y de casación llegaron a la conclusión de que la presunción de inocencia inicialmente obrante a favor del recurrente había quedado desvirtuada por la existencia de prueba suficiente, constituida, fundamentalmente, por la declaración prestada por dicho coprocesado ante la policía y el Juez Instructor y por la identificación fotográfica del Sr. C como aquella persona que le había entregado la droga intervenida en su poder. Ambos elementos fueron traídos al juicio oral a través del testimonio de los policías que habían instruido el atestado y asistido a la mencionada identificación fotográfica, pudiendo ser sometidos a contradicción en dicho momento por la defensa del Sr. CP, pese a la incomparecencia del declarante. En consecuencia, los órganos judiciales estaban autorizados a valorar libremente dicho testimonio de referencia ya que, conforme ha declarado este Tribunal en supuestos análogos, si bien únicamente tienen consideración de auténticas pruebas de cargo las practicadas en el acto del juicio oral en condiciones de oralidad, inmediación y contradicción (SSTC 31/1981, 62/1985 y 132/1988, entre otras muchas), existe un cauce que excepcionalmente permite otorgar eficacia probatoria a aquellas declaraciones incorporadas al atestado policial que, como ha sucedido en el caso de autos, no pudieron ser objeto de reproducción en el acto del juicio oral al no haber podido ser localizado su autor y testigo principal pese a los repetidos intentos realizados en dicho sentido por el órgano judicial: el testimonio referencial del funcionario de policía ante el que se pronunciaron las manifestaciones inculpatorias (SSTC 217/1989, 303/1993 y 79/1994 y ATC 25/1994). Por consiguiente, ninguna vulneración del derecho del recurrente a la presunción de inocencia cabe reprochar a las Sentencias recurridas».

COMENTARIO: Este Auto revalida los testimonios de referencia como modo de traer al juicio oral el material probatorio que de otra manera se perdería. Pero solamente cuando se ha intentado, repetidamente sin lograrlo, traer al testigo directo.

AUTO 143/1995, de 22 de mayo. Sobre insultos de un representante sindical al empresario. Derecho a la información.

«Este Tribunal ha declarado que cuando se persigue, no dar opiniones, sino suministrar información sobre hechos que se pretenden ciertos, la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz o requisito de la veracidad que no puede obviamente exigirse de juicios o evaluaciones personales y subjetivas (STC 105/1990).

En el caso presente, el representante sindical, al remitir los escritos a sus compañeros del sindicato y ocasionalmente a la prensa, estaba desempeñando una labor informativa sindical».

«Su conducta desde el punto de vista del presupuesto básico exigido para comunicar información, queda bajo la protección del artículo 20 CE, puesto que en los hechos en que se basa el órgano judicial para legitimar el despido (Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia) no se encuentra censura alguna a que la información divulgada por el recurrente fuera inveraz».

«No obstante, el Sr... no sólo se limita a dar conocimiento de los hechos, sino que emite opiniones sobre la conducta de la Dirección. Su actividad informativa aparece intercalada de juicios, opiniones y afirmaciones contra la empresa, tales como "caciques, chaqueteros, actitud agresiva, hitleriana y chantajista de la Dirección, estas actitudes estarían bien en un régimen Pinochetista o rozando la mafia siciliana". Dichas manifestaciones han sido calificadas por el Tribunal Superior de difamantes y, a la vez, de desproporcionadas a su cometido sindical».

«Se ha de verificar por consiguiente si, aun partiendo inicialmente del ejercicio legítimo del derecho de información, se ha excedido notoriamente al proporcionar un daño injustificado a las personas o a la empresa en el ejercicio de la libertad ejercitada. Porque se ha de recordar que la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o de información de la opinión que se realice supone un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones, teniendo en cuenta la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto (STC 105/1990)».

«En el supuesto de autos, es claro que las expresiones utilizadas por el recurrente aparecen como calificaciones particularmente afrentosas, que implican un inequívoco exceso en el ejercicio del derecho a informar. Aunque no puede olvidarse que el representante de los trabajadores en el ejercicio de su función goza de una amplitud de crítica, a cuyo amparo fueron proferidas, ello no puede amparar imputaciones, como las realizadas, que resultan sin justificación alguna, absolutamente innecesarias en función de la finalidad objeto de protección y tendentes a menospreciar la consideración o el prestigio social y comercial de la empresa. No se trata de meras calificaciones de la conducta empresarial que se denuncia, sino de expresiones y epítetos gratuitos y ofensivos que se configuran como desvinculados de todo propósito informativo y evaluativo de la denominada actitud reprochable de la empresa».

«En consecuencia, ...las expresiones emitidas por el Sr... han resultado vulneradoras de los límites que establece el artículo 20.4 a la libertad de información».

COMENTARIO: Aquí el TC perfila una vez más los límites de la libertad de información y la deslinda del simple insulto o descalificación innecesaria.

AUTO 218/1995, de 17 de julio. Sobre la homogeneidad de los delitos de estafa y apropiación indebida a los efectos del principio acusatorio en el proceso penal.

La inadmisión debe merecer el amparo «consistente en la supuesta lesión del derecho a un proceso con todas las garantías imputable al hecho de haber sido condenado el demandante por un delito de apropiación indebida cuando el Ministerio Fiscal, tanto en la primera instancia como en su escrito de apelación, había solicitado expresamente la condena por el delito de estafa».

«En relación con este motivo hemos de recordar que, de conformidad con reiterada jurisprudencia de este Tribunal, el principio acusatorio, englobado en el contenido esencial del derecho a un proceso con todas las garantías, únicamente habilita a los órganos judiciales a modificar el título de condena cuando, partiendo de la inmutabilidad de los hechos enjuiciados —los cuales no pueden adicionarse sin ser sometidos previamente a la consideración de las partes procesales—, exista una relación de homogeneidad entre el delito objeto de acusación y el delito objeto de la condena, es decir, que ambos delitos posean la misma naturaleza porque el hecho que configure los respectivos tipos penales sea sustancialmente el mismo (SSTC 105/1983, 54/1985, 134/1986, 57/1987, 10/1988, 168/1990 y 161/1994, entre otras muchas). Pues bien, en el presente caso no cabe apreciar lesión alguna del principio acusatorio por cuanto, si bien con carácter general pueda admitirse que entre los delitos de estafa y apropiación indebida no existe la relación de homogeneidad penal requerida por nuestra jurisprudencia, es lo cierto que, en determinados casos límite o fronterizos como el que ahora nos ocupa, el contenido de injunto del delito de estafa sí engloba el respectivo contenido de delito de apropiación indebida».

COMENTARIO: En este Auto se pone de relieve la dificultad de establecer con carácter general, entre los delitos de estafa y apropiación indebida, una relación clara de homogeneidad o de heterogeneidad a los efectos de modificar su calificación sin previo debate. Siendo heterogéneos

normalmente, caben casos especiales en los que los supuestos de hecho son los mismos, por lo que deberá estarse al caso concreto atendiendo siempre a la necesidad de que, quien se defiende, lo haya podido hacer realmente igual frente a la estafa que a la apropiación.

AUTO 164/1995, de 5 de junio. Sobre la preconstitución de las pruebas periciales y la no necesidad de ratificación en el acto del juicio oral si las partes no las impugnan.

Se denuncia la lesión del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por entender que el informe de sanidad, imprescindible para determinar si concurrían los elementos del tipo del artículo 420 CP, no podía constituir prueba de cargo válida al no haber sido ratificado en el juicio oral por no solicitarlo ninguna de las partes.

El Tribunal Constitucional dice que «es precisamente este reconocimiento expreso por parte del recurrente de que, obrando en autos el informe de sanidad, no lo impugnó ni solicitó su sometimiento a contradicción en el plenario, lo que ha de conducir a la desestimación de tal alegato. Como recuerda el Ministerio Fiscal, es doctrina de este Tribunal que los informes médicos, al igual que otras pruebas, como los tests de alcoholemia, son pericias que frecuentemente han de practicarse con anterioridad a la celebración del juicio y que constituyen pruebas preconstituidas que despliegan toda su validez si, siendo incorporadas a las diligencias, no son impugnadas por ninguna de las partes, pues tal y como establece el artículo 726 LECr., el órgano judicial "examinará por sí mismo los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad" (STC 24/1991 y ATC 393/1990). En el presente caso, se había incorporado a los autos el informe médico de sanidad ratificado por el médico forense ante el Juez y el Secretario Judicial, por lo que el demandante en amparo tuvo oportunidad de contradecirlo e impugnarlo; al no hacerlo así, el juez pudo tenerlo en cuenta al dictar Sentencia, constituyendo prueba de cargo suficiente para, en unión con el resto de las practicadas, enervar la presunción de inocencia».

COMENTARIO: Se insiste en esta resolución sobre la validez de las pruebas periciales preconstituidas antes del Juicio oral mediante su ratificación ante el Juez y el Secretario, siempre que no hayan sido impugnadas por las partes o no hayan pedido éstas su sometimiento a contradicción en el juicio oral.

RESUMEN DE JURISPRUDENCIA CIVIL

MARÍA VICTORIA DE CÁCERES CASSILLAS
ADRIÁN ZARZOSA HERNÁNDEZ
Fiscales del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

SENTENCIA del Tribunal Supremo, Sala Primera, de fecha 24 de mayo de 1995. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala Trillo-Figueroa. La Sentencia establece la distribución entre la excepción de falta de personalidad del artículo 533 núm. 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la falta de legitimación, determinando la improcedencia de alegar ésta al amparo de dicho precepto por afectar a cuestiones de fondo.

Reproducimos a continuación parcialmente el Fundamento de Derecho Tercero.

TERCERO.—El régimen de la excepción 4.º del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil plantea, sin duda, un supuesto de legitimación, figura jurídica de derecho material y formal y respecto a sus límites definidores es de destacar la Sentencia de 10 de julio de 1982 (RJ 1982, 4226), al expresar que «se trata de un instituto que tanto en sus manifestaciones de derecho sustantivo —"legitimatio ad causam"— como adjetivo —"legitimatio ad processum"— constituye un concepto puente al servir de conexión entre las dos facultades subjetivamente abstractas que son la capacidad jurídica y la de obrar —capacidad para ser parte y para comparecer en juicio— y la real y efectiva de disposición o ejercicio, constituyendo, a diferencia de las primeras, que son cualidades estrictamente personales, una situación o posición del sujeto respecto del acto o de la relación jurídica a realizar, dándose lugar a que mientras en el supuesto de las capacidades o de su falta se hable de personalidad o de ausencia de la misma, en el segundo se haga referencia a la acción o a su falta», lo que viene a significar la improcedencia de la mención a la aludida excepción, ya que, en realidad, lo que se plantea en el motivo es una cuestión que afecta a la de fondo propiamente dicha.

SENTENCIA del Tribunal Supremo, Sala Primera, de fecha 27 de mayo de 1995. Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete. La Sentencia establece en relación al Ministerio Fiscal la compatibilidad entre los principios de unidad de acción y dependencia jerarquía con la autonomía de la actuación de sus miembros en el ejercicio de sus funciones.

Reproducimos a continuación parcialmente el Fundamento de Derecho Décimo.

DÉCIMO.—Los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, conforme a los que el Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios no autorizan sin más a que las reclamaciones o quejas dirigidas contra un miembro del Ministerio Fiscal, deriven necesariamente hacia una reclamación idéntica contra el superior jerárquico de éste, pues, como expresa, el señor JV, al absolver posiciones, «estos principios son compatibles con la autonomía del Ministerio Fiscal y de sus miembros en el ejercicio de su función y en particular en el acto del juicio oral, salvo que en algún momento mediaran órdenes expresas verbales o escritas», respuesta absolutamente coherente con las vigentes disposiciones del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. En el caso concreto, el señor V asume personalmente el respaldo a la actuación de la señora Fiscal en el asunto origen de la reclamación. Ni aun así, sin embargo, está justificado este singular litisconsorcio pasivo que constituye el demandante, pues la responsabilidad de cada miembro del Ministerio Fiscal es personal, propia, e indivisible, salvo que acredite sus razonables discrepancias previas con el cumplimiento de una orden superior, en cuyo supuesto puede eximirse de responsabilidad o atenuarla compartiéndola.

SENTENCIA del Tribunal Supremo, Sala Primera, de fecha 18 de marzo de 1995. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda. La Sentencia asienta la doctrina del Tribunal Supremo, relativa a la imposibilidad de aplicar normas reguladoras de la Sociedad de Gananciales en las uniones extramatrimoniales, doctrina ya expresada en dos Sentencias anteriores.

Reproducimos a continuación parcialmente el Fundamento de Derecho Tercero.

TERCERO.—En el motivo tercero, por la vía del número 5.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alega infracción, por apli-

cación indebida del artículo 392 del Código Civil, en relación con los artículos 609 y 400 del mismo Cuerpo legal. Dice la Sentencia de 18 de febrero de 1993 (RJ 1993, 1246) que «conocida es la doctrina de esta Sala (Sentencias entre las más recientes de 21 de octubre y 11 de diciembre 1992 [RJ 1992, 8589 y 9733]) en el sentido de venir declarando, la imposibilidad de aplicación a estas uniones "more uxorio" de las normas reguladoras de la sociedad de gananciales; pues aun reconociéndose sin limitación el derecho fundamental al libre desarrollo la personalidad, y la susceptibilidad de constituir mediante estas uniones libres o de hecho una familia, perfectamente protegible por la Ley, no por eso cabe equipararlas como equivalentes a las uniones matrimoniales, por lo que no pueden ser aplicables a las primeras las normas reguladoras de esta institución (Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 1990 [RTC 1990, 184])». Y continúa diciendo esta Sentencia de 18 de febrero de 1993 que «de ahí que la doctrina jurisprudencial haya tenido que acudir en estos casos, a los pactos expresos o tácitos existentes entre los interesados, que la voluntad de los convivientes de constituir un condominio o una sociedad particular o universal; y esos pactos expresos o los "falta concludentia", debe inequívocamente evidenciar que fue su voluntad la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la duración de la unión de hecho».

SENTENCIA del Tribunal Supremo, Sala Primera, de fecha 17 de marzo de 1995. Ponente: Excmo. Sr. Almagro Nosete. La Sentencia aborda el alcance de la Disposición Transitoria 7.ª de la Ley 11/1981, el sentido de la misma, conforme al artículo 14 de la Constitución Española, y en relación a la Disposiciones anteriores a aquella ley contenidas en el Código Civil.

Se reproducen los Fundamentos de Derecho Primero, Segundo y Sexto.

PRIMERO.—El presente recurso trae causa de tres procesos acumulados con objetos litigiosos diversos, pero conexos, cuya cuestión nuclear y previa a las demás respuestas judiciales consiste en la determinación de la filiación paterna no matrimonial de la actora, no obstante la matrimonial que tiene reconocida. El problema jurídico principal opuesto como óbice a la entrada sin cortapisas en el fondo de la cuestión se ha centrado en la interpretación de la disposición transitoria 7.ª de la Ley 11/1981 de 13 de mayo, modificativa del CC en materia de filiación, en cuanto establece que «las acciones de filiación se regirán exclusivamente por la legislación anterior cuando el progenitor cuestionado o el hijo hubiere fallecido al entrar en vigor la presente ley». Alienta, sin duda, tras esta norma

el deseo de conseguir seguridad jurídica respecto de situaciones personales inciertas con posible trascendencia económica, una vez que muera cualquiera de quienes con mayor legitimidad están directamente interesados en el esclarecimiento de aquéllas. Mas, en tema, como el debatido, relativo al estado de las personas, debe ponderarse el alcance de la expresada norma en función de derechos fundamentales de la máxima importancia, cual el derecho a la igualdad en los casos y situaciones que reconoce el artículo 14 CE, a la luz, sobre todo, de la TC S de 20 de diciembre de 1982, que declara inconstitucional el artículo 137 CC en su redacción anterior, por cuanto establecía discriminaciones por razón de nacimiento contrarias a la igualdad en relación con las acciones de filiación, doctrina que obliga a que deba entenderse derogada por anticonstitucional cualesquiera discriminación contraria, análoga a la señalada por aplicación del artículo 14 y la disposición derogatoria 3.ª CE. Las discrepancias acerca de la trascendencia e incidencia de la precedente doctrina en el caso enjuiciado se reflejan en los distintos criterios que mantienen la sentencia impugnada y el voto disidente que contra la misma formuló uno de los Magistrados.

SEGUNDO.—Derechamente el primero de los motivos del recurso, encauzado bajo el ordinal 5.º del artículo 1692 LEC (versión anterior a la actual), acusa la infracción del artículo 14 CE, disposición transitoria 7.ª de la Ley 11/1981, y de los artículos 113, 118 y 139 CC en su precedente redacción, así como de la doctrina sentada por el TC S 80/1982 de 20 de diciembre, según la cual el artículo 118 CC en su redacción primitiva ha de ser objeto de interpretación expansiva durante la vigencia de la CE y aplicado a toda clase de hijos. Para la parte recurrente el problema de la norma aplicable a las acciones de reclamación de la paternidad no matrimonial e impugnación de la matrimonial exige que se tome en consideración que el artículo 14 CE es un precepto dotado de aplicación directa que reclama, desde la vigencia de la norma suprema, que se estimen modificados y derogados todos los primitivos preceptos del CC que establecían diferencias entre las distintas clases de filiación y derechos consiguientes, de manera que la legislación antigua del CC sólo puede tenerse como válida en cuanto no esté contradicha por la CE. Sobre este extremo —sostiene— es decisiva la TC S de 20 de diciembre de 1982, que declara que el primitivo artículo 118 CC ha de ser objeto desde la CE de una interpretación expansiva, en virtud de la cual el derecho que el precepto concede a los hijos matrimoniales de reclamar su filiación mientras vivan, ha de ser reconocido a toda clase de hijos, ya sean matrimoniales o extramatrimoniales. Así pues, el derecho de la actora y recurrente a reclamar su verdadera filiación, como hija de don Jesús G R, no admite la

menor duda y consiguientemente deviene indiscutible la infracción de los preceptos invocados por parte de la sentencia recurrida. Y este derecho —sigue— no puede ser desconocido a pretexto de ser inimpugnable la aparente filiación matrimonial de la actora como hija de don Joaquín O A. En efecto, la sentencia recurrida se basa para ello en lo dispuesto por el artículo 113 CC en su redacción primitiva, olvidando que ese precepto no es de aplicación al caso por referirse a acciones ejercitadas por el padre, no a las que pueda ejercitar el hijo. El TS ya estableció en su sentencia de 20 de marzo de 1919 esa doctrina, y reconoció el derecho del aparente hijo matrimonial a impugnar tal filiación, en cualquier momento. En síntesis, mantiene que su representada tiene perfecto derecho a reclamar la filiación extramatrimonial que le corresponde respecto de don Jesús G R y a impugnar por tanto la aparente filiación matrimonial respecto de don Joaquín O A. Y puesto que la sentencia recurrida se lo niega, infringe todos los preceptos invocados y jurisprudencia asimismo citada, por lo que este motivo debe prosperar y ser casada la sentencia en cuestión.

SEXTO.—Los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, que, no obstante, encauzan en algún sentido a la resolución del problema desde una perspectiva constitucional en el razonamiento, no terminaron de extraer todas las consecuencias a que tal examen obliga, así respecto de las pretensiones ejercitadas («acciones»), así respecto a la interpretación del derecho probatorio aplicable a un proceso nacido bajo el imperio de la Ley nueva. La doctrina científica ha valorado la retroactividad de determinados efectos de la filiación con el principio constitucional de igualdad y de no discriminación por razón de nacimiento tomando en consideración la jurisprudencia constitucional referente a la eficacia en el tiempo de los derechos fundamentales y, en especial, reconoció el carácter normativo de la CE y la vinculatoriedad inmediata del artículo 14 en la ya citada TC S de 20 de diciembre de 1982, con anulación de una sentencia de esta Sala que aplicó después de la CE el viejo artículo 137 CC. Es verdad que con criterios meramente legales la disposición transitoria 7.ª se configura como una excepción a la retroactividad, pero también, examinada la legalidad desde una interpretación constitucional, no se puede prescindir de las exigencias que dimanan del artículo 14 y, por ello, debe entenderse que la remisión a la legislación anterior, que en las condiciones que indica establece la disposición transitoria de referencia, opera en relación con aquellas normas del Derecho preconstitucional que no estuvieran derogadas por la CE, de fecha anterior a la reforma de la materia de filiación. En definitiva, ejercitadas las acciones de reclamación de la paternidad no matrimonial e impugnación de la matrimonial, vigente la CE y ya promulgada la

Ley 11/1981, no se pueden aplicar al caso normas o prohibiciones normativas como las referentes a plazos de caducidad de las acciones o denegar las acciones para la determinación de la filiación o imponer restricciones a la legitimación que impliquen un trato diferencial no justificado en perjuicio de los hijos no matrimoniales.

RESUMEN DE JURISPRUDENCIA PENAL

JOSÉ LUIS BUEREN RONCERO
Teniente Fiscal de la Inspección.

PILAR FERNÁNDEZ VALCÁRCEL
Fiscal del Tribunal Supremo.

SENTENCIA del Tribunal Supremo de veintinueve de marzo de mil novecientos noventa y cinco. Recurso número 125/95. Ponente: Excmo. Sr. Moner Muñoz. Tráfico de drogas: hachis. Cantidad de notoria importancia inapreciable en 15 Kg de hachis con 0,44 por 100 de tetrahidrocannabinol.

El inicial motivo del recurso del Ministerio Fiscal, se formula al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciándose infracción por inaplicación del artículo 344 y 344 bis a).3.º del Código Penal, ya que la Sentencia que se impugna, declara probado que el acusado se le ocuparon 23 bloques de una sustancia que al ser analizada reveló una concentración del 0,44 de tetrahidrocannabinol, y pese a ello se absuelve a aquél, de los delitos contra la salud pública y contrabando en cuanto que —fundamento de derecho primero— «toda sustancia cannabica cuyo contenido de THC no supere el 5 por 100 es inocua y su posesión y tráfico son atípicos».

El tema que se suscita en el presente recurso, fue ya resuelto por la Sentencia de esta Sala de 9 de mayo de 1994, a cuyo doctrina nos remitimos, porque estimamos resuelve la cuestión, y es perfectamente aplicable al presente supuesto. En efecto, aunque pudiera discutirse que, dado el contenido del THC de la cannabis, era tan débil, y desde luego inferior al que ordinariamente es propio del hachis con el que suele traficarse, cuyo contenido del THC, va del 2 al 10 por 100, y su media más usual es del 8 por 100 —cfr. Sentencias Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1992, 20 abril, 1 y 11 de junio, 24 septiembre y 22 octubre 1993—, debiera por su menor efecto alucinógeno en el consumidor dejar de considerarse droga, ya que no atentaría a la finalidad tuitiva de la salud pública a que se dirige el artículo 344 del Código Penal. Pero tal argumento olvidaría, tanto el hecho

de que los efectos propios del THC persisten, aunque la proporción del consumo hubiera de duplicarse o triplicarse para obtener idénticos resultados alucinógenos que en una dosis normal, como que existen derivados de la cannabis, que por obtenerse de partes más inertes de la planta o de las plantas botánicamente degeneradas, contienen un porcentaje del THC, inferior al normal del hachis, y pese a ello, siguen considerándose drogas integradas tanto en las Listas I y IV de la Convención Única de Ginebra, como en el objeto típico del artículo 344 citado del Código Penal. Así, la grifa, cuyo contenido es el 0,5 por 100 al 2 por 100 o la marihuana de baja calidad, con porcentajes análogos o inferiores de sustancia activa.

Es por ello, que a lo más que podría llegarse es a una solución análoga a la sentencia de 29 de noviembre de 1993, la que ante la ocupación de hachis con un 0,44 por 100 de THC, —casi idéntica a la del supuesto de autos—, concluyó la existencia del delito aunque calificando la sustancia intervenida de grifa en vez de hachis, y llevando tan calificación a la exigencia de un mayor peso de lo ocupado para estimar la agravación del número 3.º del artículo 344 bis a).

Por tanto, y conforme a la doctrina expuesta, no puede sostenerse se tratara de sustancia inocua, como mantiene la Sentencia impugnada, pues el THC, aunque en menor porcentaje se halla presente, lo que podrá requerir una mayor cantidad de consumo para obtener idénticos resultados alucinógenos que en una dosis de mayor proporción del THC.

Por otra parte, las Sentencias de esta Sala de 27 marzo, 25 mayo y 1 de junio de 1993, 22 septiembre y 14 diciembre 1994, han entendido que la concentración del THC es diversa en cada una de las modalidades de presentación —griffa o marihuana, hachis y aceite—, optándose por establecer el límite mínimo para la apreciación de la agravante específica de notoria importancia no en consideración al porcentaje de THC que muchas veces falta en el resultado de análisis practicado, sino en relación de las modalidades enumeradas, en kilogramo para la forma más común de hachis, cinco veces menor para el aceite y cinco veces más para la griffa o marihuana.

De todas formas, aunque por el carácter excepcional del supuesto de autos y el favor rei, se rompiera con la doctrina de esta Sala de que en materia de hachis y derivados de la cannabis por su carácter de droga natural y no manipulable, el contenido de THC, de la sustancia no debe influir para la determinación del subtipo agravado de notoria importancia, a lo que debe llegarse es a exigir en este caso concreto y por la pobreza del THC, más próxima a la griffa o marihuana que a la del hachis, que para alcanzar la notoria importancia lo ocupado rebasara los cinco o diez kilos

que se exigen para apreciar tan agravación en tales formas más pobres del cáñamo indico —cfr. Tribunal Supremo Sentencias 15 marzo, 19 noviembre 1991 y 24 septiembre 1993—.

Si, pues, conforme a tal doctrina la sustancia ocupada, luego de las sucesivas reducciones, teniendo en cuanta la debilidad del principio activo que contenía, ha de estimarse que no puede reputarse aquella como de notoria importancia, a los efectos de la agravación específica, conforme postula el Ministerio Fiscal, para aplicación del subtipo agravado del artículo 344 bis a).3.º del Código Penal, dada la pobre concentración del THC que contenía.

El motivo, pues, debe estimarse parcialmente, casando y anulado la Sentencia de instancia en tal extremo, dictándose a continuación la procedente.

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1995. Recurso 0579/1994. Ponente: Sr. Martínez-Pereda. Intervención de conversaciones en centro penitenciario: validez de la realizada entre interno y abogado que no es su defensor.

La Ley Orgánica 17/1979, 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 suspendidas 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 I. de J. C. y A. I. en J. M. G. V., 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 oficio 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: J. L. L. M., I. G. B., H. P., J. M. T. I. y J. C. A. A. —folios 435 y 439 v.—. 2.º Que no interesó entrevistase con el también preso, I. de J. C. 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 I. de J. C. y asimismo con E. E. N., A. C. P., J. A. I. y S. D. U., fue la Abogada A. Z. —folios 436 y 436 v.—. 4.º Que G. se entrevistó en una de las cabinas del locutorios con el interno J. L. L. M., mientras que la Abogada A. Z. lo hacía en otra de las cabinas del mismo locutorio , con otros internos. 5.º Como recoge el propio relato histórico de los hechos probados «en un momento no precisado, se reunieron en el lado del locutorio correspondiente a internos, los que lo eran: De J. C., A. I. y E. N., permaneciendo G. V., en el lugar a él correspondiente en la misma cabina, acompañado de 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, G. V., de J. C. y A. I., 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 J. Ch., 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 Z. 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 587/1992 (BOE núm. 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 Ley Orgánica General Penitenciaria distingue entre las comunicaciones que podemos calificar de generales, entre el interno y determinada clase de personas —artículo 51.1— y las comunicaciones específicas que aquél tenga con su Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales —artículo 51.2—; la primera clase de comunicación viene sometida al régimen general del artículo 51.1, 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 especial 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 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 —artículo 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 aquellos que descubren un delito en que la cuenta se dará al Juez de Instrucción competente.

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 al buen orden del establecimiento.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha estimado la violación del artículo 8.1 del Convenio cuando la ingerencia 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 ingerencias 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 dación 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.

SENTENCIA del Tribunal Supremo de quince de febrero de mil novecientos noventa y cinco. Recuso número 0.465/94. Ponente: Excmo. Sr. Martín Pallín. Derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley. Obligación de comunicar la composición del Tribunal colegiado que conoce del asunto, para poder ejercer el derecho a la recusación.

Se suscita la nulidad de la sentencia, por vulneración del artículo 202 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El precepto citado impone que la designación de los Magistrados que no constituyan plantilla de la Sala se hará saber inmediatamente a los mismos y a las partes a efectos de su posible abstención y recusación. Nos encontramos, no solo ante una formalidad esencial que pudiera acarrear la nulidad de la resolución dictada por un órgano judicial anormalmente fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley que nos llevaría a un terreno de rango constitucional. Como ha señalado una reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala el derecho al juez ordinario incorpora a su elenco de garantías la nota de la imparcialidad, tanto en su esfera objetiva como subjetiva, permitiendo a las partes ejercitar su derecho a la recusación si antes, el mismo juez, no ha utilizado su facultad de abstenerse, por alguna de las causas taxativamente establecidas en el artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La recusación no es una facultad ambulatoria que se reserva la parte para utilizarla en el momento que considera más adecuado. La administración estrategica de la posibilidad de apartar a uno o varios magistrados o jueces del conocimiento de un asunto, exige su clarificación desde el momento mismo en que su concurrencia sea conocida por quien puede suscitarla. El artículo 223 de la Ley Orgánica del Poder Judicial impone la obligación de proponer la recusación tan luego como tuviese conocimiento de la causa en que se funda. Evidentemente para ejercitar este derecho las partes tienen que conocer, cual es la composición del órgano colegiado o unipersonal, que conoce del asunto.

La parte recurrente alega que conoció la composición de la Sala en el momento de constituirse ésta para iniciar las sesiones del juicio oral que resolvió definitivamente esta causa. La causa esgrimida por el letrado y que consta en el acta del juicio oral, se basaba en la integración en la Sala de un Magistrado, en este caso una Magistrado suplente, cuya intervención no se le había notificado. Esta protesta se realizó en la sesión del juicio oral que tuvo lugar el 25 de enero de 1994 y no deja de llamar la atención que se utilizase la facultad de recusar frente a una Sala que tenía la misma composición que la formada en ocasión anterior. El

día 5 de octubre de 1993 la misma Sala con la misma composición personal inició las sesiones del juicio oral que fueron suspendidas porque el Letrado que ahora pretende la recusación no había tenido oportunidad de entrevistarse con su patrocinado. En ese momento, por tanto, conoció perfectamente cuales eran los componentes del Tribunal y pudo y debió ejercitar la recusación si lo estimaba pertinente por lo que al no hacerlo así, perdió cualquier clase de justificación para esgrimir esta pretensión de forma extemporánea. Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1995. Recurso 2612/1994. Ponente: Sr. de Vega. Apropiación indebida por impago de pago de cuotas retenidas a los trabajadores. Falsedad mercantil imprudente. Costas, derecho a su percepción por Abogado funcionario. Principio acusatorio, autoría directa o por inducción.

«La mejor comprensión de cuanto representan los hechos aquí enjuiciados y, a la vez, los razonamientos jurídicos que seguirán, obliga una vez más a pormenorizar las peculiaridades de este singular proceso en el que son dos los acusados y condenados.

El principal de ellos, Director-Gerente de la empresa, que la relación fáctica indica, dedicada a la prestación de servicios de vigilancia, fue condenado como autor de sendos delitos de falsedad del artículo 303 del Código Penal en relación respectivamente a un documento oficial y a otro mercantil, y en base a lo establecido en el artículo 302.2.4, aunque la resolución impugnada no sea muy explícita a este respecto. A la vez fue absuelto del delito de apropiación indebida de que también venía acusado en este caso sólo por la representación procesa de la acusación particular, si bien la Audiencia omitió hacer la pertinente declaración absolutoria en el fallo de la sentencia pronunciada, sin duda por simple error u omisión mecanográfica. El segundo de los acusados únicamente fue condenado como autor de un delito de falsedad por imprudencia del artículo 303.

El Director-Gerente, con objeto de conseguir los servicios de vigilancia de las oficinas del Instituto Nacional de Empleo en La Línea de la Concepción, necesitaba acreditar que se encontraba al corriente tanto en el pago de las cotizaciones de la Seguridad Social correspondientes a sus trabajadores como en las obligaciones tributarias, concretamente el Impuesto sobre la renta de las personas físicas, ya que la pretender obtener la contrata en organismo oficial así lo exigía la Ley de Contratos del Estado. Para ello se hizo con un certificado de las oficinas del Instituto Na-

cional de la Seguridad Social, confeccionado a su instancia por el segundo de los acusados, funcionario del referido Instituto con la categoría profesional de Ordenanza, quien extendió a máquina un impreso con el membrete de la Tesorería Territorial de la Seguridad Social de Cádiz en el que se hacía constar que la empresa se encontraba al corriente en el pago de las cuotas, aún no siendo ello cierto. El Director-Gerente reseñado se hizo a la vez de un impreso de la Delegación de Hacienda de los utilizados para la liquidación a cuenta del impuesto referido, en el que tras simular un ingreso de 209.992 ptas., importe de la deuda que mantenía con Hacienda, y después de estampar el sello de la Sucursal de la Caja de Ahorros en la que estaba empleado, lo hizo llegar a la Delegación con objeto de conseguir entonces, como efectivamente aconteció, el certificado que perseguía».

Se alega con apoyo en el artículo 849.1 procedimental, infracción de Ley, al estimarse indebidamente inaplicado el artículo 535 del Código Penal. La relación fáctica de la instancia es clara a estos efectos. Como ya ha sido dicho la empresa, y su Director-Gerente, se quedaron en principio con las cuotas de la Seguridad Social y con el importe del impuesto sobre la renta de las personas físicas, referidas a los trabajadores, pero no para ingresarlas en sus puntos de destino sino para atender al pago de las nóminas a los mismos correspondientes y para a la vez hacer frente a créditos existentes en su contra, sin perjuicio de lo cual (el «factum» no dice período exacto) con posterioridad la empresa se puso al corriente de los pagos y obligaciones a su cargo. Es pues evidente que de esa situación real de crisis, aunque fuera momentánea, ha de partirse a la hora de analizar la doctrina jurídica de la Sala Segunda.

La tesis más tradicional (ver las Sentencias de 15 de febrero de 1994, 25 de junio y 20 de febrero de 1992, 15 de noviembre y 29 de mayo de 1991) entiende que al descontarse la nómina de los trabajadores para los fines antes señalados se adquieren las cantidades correspondientes en concepto de depósito con la obligación de darles el destino para el que las mismas se retuvieron, de tal manera que si el agente no obra así yse queda con el dinero, para sí o para su empresa, realiza la distracción característica del tipo penal. El empresario es un simple gestor y depositario de fondos recaudados. El empresario es sólo poseedor en nombre ajeno de tales cantidades cuya posesión únicamente corresponde al trabajador. La condena viene así configurada alrededor de la «constitutum posessorium». Como no es lo mismo poseer que estar en posesión («esse in poseesione et possidere non sunt idem»), el primero de los acusados dichos está en posesión de lo que no es suyo, está en posesión pero no es poseedor, razón por

la cual no puede hacer y deshacer a su antojo en aquéllo que detenta con esas condiciones.

Ello no obstante hay un segundo criterio, aquí y ahora aplicable, que más que se opuesto al anterior, realmente es en cualquier caso complementario porque define los supuestos excepcionales a la regla general aplicables (ver las Sentencias de 4 de julio de 1994, 30 de septiembre y 20 de junio de 1992). Conforme al mismo el delito de apropiación indebida no existe en aquellos supuestos en los que la empresa, por absoluta falta de liquidez, se desenvuelve con una carencia de capacidad económica consecuencia correlativa a una situación de crisis empresarial. Las retenciones son entonces ficticias porque con ellas la empresa hubo de hacer frente al pago debido a los mismos trabajadores y a los distintos proveedores. Cuando no hay dinero efectivo «para fuera de la empresa» es obvio que éste no puede distraerse o apropiarse indebidamente (Sentencias de 15 de enero de 1991, 1 de febrero de 1989 y 7 de octubre de 1987, además de las citadas). En el supuesto enjuiciado es cierto que la empresa continuó funcionando, pero también lo es que ello fue consecuencia de ese cambio de destino dado a lo retenido. La crisis existió. La crisis fue superada evidentemente con esas ayudas, al menos en parte. Finalmente la empresa pudo cumplir con todas sus obligaciones sin detrimento alguno para los trabajadores.

Fueron unas dificultades económicas superadas y superables. Mas en un corto período de tiempo los ingresos a la Seguridad Social y a la Hacienda se omitieron por carecer la empresa de recursos. Transitoria pero real y absolutamente. El motivo se ha de desestimar.

QUINTO.—El cuarto motivo se interpone, al igual que el siguiente, en base a la infracción de Ley del artículo 849.1 procedimental, por aplicación indebida del artículo 565 del Código Penal, en tanto los jueces de la Audiencia estimaron que el segundo acusado, y en relación al certificado extendido en cuanto a la Seguridad Social, (a la que en ese momento se debían 4.697.396 ptas., solamente cometió un delito de imprudencia temeraria porque únicamente omitió la diligencia debida cuando, ante la petición del Director-Gerente, no se cercioró de la verdad de lo que éste le refería al decirle que se encontraba al corriente en sus pagos a la Seguridad Social.

Dicho motivo guarda directa relación con el quinto motivo que se aduce en este caso por inaplicación indebida del artículo 302 del código Penal en conexión con los artículos 1.216 del Código Civil y 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El recurrente estima pues que la condena debió referirse al delito doloso de falsedad en documento público cometido por

funcionario público que abusare de su oficio. Ambos motivos son apoyados por el Ministerio Público, si bien en función del artículo 303, en lugar del 302, ya que el acusado carecía de competencia para extender el documento, con lo cual se situaba frente al mismo con el carácter de un simple particular. Aunque no se señala expresamente, ha de entenderse de todas maneras que la invocación condenatoria se asienta en el artículo 302.4, siempre del Código Penal.

SEXTO.—La doctrina jurisprudencial, en el debate surgido en torno a la posible incriminación culposa de la falsedad documental, viene admitiendo la comisión imprudente de tal infracción salvo en el caso de las falsedades tipificadas en relación con una finalidad o ánimo específico como acontece en los artículos 304, 305 párrafo segundo, 306, 307 y 311 del mismo Código, es decir, cuando se exige un propósito especial tales las falsedades cometidas «a sabiendas», «con ánimo de lucro», «en perjuicio de tercero» o «para eximir de un servicio público». Se acepta pues la imprudencia en los supuestos de los artículos 302 y 303 ya que el artículo 565 implica una definición genérica a todos los delitos aplicables, con la excepción obligada que venga determinada por la propia Ley o que derive de la propia naturaleza del delito de que se trate, aparte de los casos en los que, conforme a lo acabado de explicar, sea necesario para la consumación delictiva la existencia de un propósito o dolo específico (ver las Sentencias de 10 de febrero de 1992 y 21 de diciembre de 1983).

Sin embargo también es cierto que el Tribunal Supremo (ver entre otras las Sentencias de 18 de noviembre de 1994, 10 de noviembre de 1993, 20 de octubre de 1992 y 5 de febrero de 1991) tiene señalado que para la aplicación del artículo 302 no basta con que el sujeto activo sea un funcionario público, como aquí acontece en cuanto al segundo acusado, V. B., ni tampoco que cuando cometa el delito lo haga con el carácter de tal, prevaliéndose de la función pública que desempeñare, pues es necesario además que, en razón de las normas reguladoras de tal función pública o por disposiciones de la autoridad administrativa correspondiente, le esté encomendado al funcionario, en concreto, la expedición, la confección, la certificación o el despacho del documento en el que la falsedad se propicia.

Si no existe esa encomienda específica no hay abuso del cargo, como aquí ocurre. Es así que sería entonces de aplicación el artículo 303 porque el acusado se situaría frente a la falsedad tal un particular cualquiera, de la manera con que antes ha sido indicado por el Fiscal. Y es ello así porque, finalmente, los hechos acreditados no permiten aplicar el artículo 565 del Código. El acusado V., sin tener autorización o facultad para expedir

las certificaciones que estaban sólo reservadas al Tesorero o Jefe de la Sección correspondiente, rellenó, con la máquina de escribir que como Ordenanza tenía a su disposición, un impreso con membrete de la Tesorería Territorial de la Seguridad Social, tal ha venido ya explicado, en el que se hacía constar que a petición del interesado (el otro acusado Sr. P.) la Tesorería Territorial certificaba que la empresa referida se encontraba al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social, con objeto de que surtiera sus efectos en el Instituto Nacional de Empleo para obtener la consiguiente contrata, impreso al que, con firma ilegible, le puso un sello distinto del que a su Sección correspondía.

SÉPTIMO.—Eso son los datos objetivos del «factum» recurrido. Datos que hacen imposible la eliminación del dolo, según la postura errónea adoptada por la Audiencia. Hechos que hacen imposible la imprudencia temeraria. No se trata de la omisión de normas esenciales de precaución y cautela. Se trata, simplemente, de analizar los hechos probados conforme a los cuales no cabe más que llegar a la conculcación del repetido artículo 303, ya que el acusado alteró la esencia de un documento, faltando a la verdad de su contenido intrinseco, de manera intencionada. Aunque no conste si conocía la deuda pendiente con la Seguridad Social, ni si la empresa del «inductor» se encontraba o no en crisis, lo único cierto es que, en base a una antigua amistad, se prestó a realizar todos los actos antes descritos. La importancia y trascendencia de los mismos sirven como datos indiciarios ciertos, o hechos base, para llegar a la prueba plena del hecho consecuencia, esto es la falsedad documental referida, a través en cualquier caso de las reglas que el artículo 1.253 del Código Civil aporta para la mejor conformación de la íntima convicción. La «mutatio vertitatis» o voluntad de alterar la verdad, convirtiendo en veraz lo que no lo es, surge claramente en un juicio de valor que ahora es obligado sostener y defender (ver la Sentencia de 21 de enero de 1994).

Observese que el acusado, sobre todo lo ya indicado, actuó decididamente y con conocimiento de lo que hacía, pues no puede soslayarse la circunstancia de que por su profesión sabía los trámites y la competencia de las reclamaciones o peticiones formuladas por el público. A la vista de los referidos datos objetivos los jueces de la Audiencia no asumieron una convencida inferencia en cuanto a la intencionalidad del acusado, aunque improcedente acudan al error vencible sobre elementos esenciales de la infracción, artículo 6 bis a) del Código Penal, cuando ni las circunstancias del hecho ni las personales del autor amparan la calificación culposa atribuida.

Piénsese en la complejidad de los actos llevados a cabo, piénsese en las condiciones de cultura en relación a los conocimientos profesionales del acusado. Unos y otros excluyen naturalmente el error (ver la Senten-

cia de 23 de septiembre de 1993). La Audiencia, dada la transcendencia de su argumentación, debió explicar las razones para llegar a ese error en el tipo que anuncia en su sentencia, de otro lado «construida» con encomiable celo. Aunque no queda aclarada la diferenciación, o aplicación en su caso, del error en el tipo o el error de prohibición, resulta evidente con base a las declaraciones hechas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Sentencias de 20 de noviembre de 1990 y 26 de mayo de 1987), que basta para excluir el error la conciencia del agente sobre una alta probabilidad de antijuridicidad en los actos que realiza.

Ambos motivos han de ser estimados.

RECURSO DEL ACUSADO

OCTAVO.—El primer motivo se interpone al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por estimar vulnerado el principio acusatorio «recogido en el artículo 24.2 de la Constitución Española» (sic.), en relación con los artículos 24.1 constitucional y 14.1 y 2 del Código Penal.

El Fiscal acusó al recurrente como autor por inducción de la falsedad del 302.2 y 4 o, alternativamente, de la falsedad del 303, en cuanto al primero de los hechos (falsedad en documento oficial). A la vez también le acusó, como autor directo e inmediato, de la falsedad del artículo 303 respecto de un documento mercantil. El motivo sólo se refiere a la primera de las infracciones en la que también se imputaba al segundo de los acusados, Sr. Valdivia, el mismo delito por autoría directa e inmediata, artículos 302 o en su caso 303 de la Ley penal. La Audiencia condenó al recurrente en base al 303 pero como autor directo y mediato, no inductor, en tanto que al autor material se le condenó únicamente por imprudencia temeraria. La reiteración de conceptos es aquí obligada en aras de la mejor comprensión y de la enseñanza que toda resolución judicial debe comportar.

La reclamación de ahora se basa en que la alteración de la autoría, autor por inducción y autor directo aunque sea mediato, implica la vulneración denunciada a pesar de que las penas y la infracción se han definido dentro de los límites solicitados y de acuerdo con la petición delictiva nominada concretamente. Se dice que si la calificación definitiva de las acusaciones señalaba al recurrente como autor por inducción y al co-reo como autor directo e inmediato, no puede después asumirse por la instancia una autoría directa y mediata en el primer caso, junto con una autoría por imprudencia en el segundo.

El motivo se ha de desestimar porque la pena tendría que ser siempre la misma en tanto jurídicamente, y a los efectos punitivos, análoga consi-

deración han de merecer la autoría directa y la autoría por inducción. Si además, tal se desprende de los fundamentos jurídicos anteriormente expuestos, se casa la sentencia impugnada para condenar al co-reo, Sr. Valdivia, no por la imprudencia sino por la falsedad dolosa del artículo 303, no habría ya inconveniente legal alguno para asumir, en buena técnica jurídica, la inducción y la autoría directa, tal y como las acusaciones solicitaron y tal y como exige el propio recurrente para la mejor perfección del silogismo. El principio acusatorio se respeta si se observan, como en este caso acontece, los requisitos que lo integran (ver por todas la Sentencia de 26 de febrero de 1994), de entre los cuales son los hechos acogidos en la calificación definitiva los que marcaran los límites entre lo permitido y lo prohibido. El Tribunal de instancia condenó por el delito y con las penas contempladas en aquella conclusión, o en aquellas conclusiones. La distinción entre la inducción y la autoría directa, artículo 14.1 y 2 del Código Penal, carece de importancia penológica, tampoco procedimental si la defensa de todas formas pudo ejercitarse eficientemente a la vista de los hechos objeto no sólo de las conclusiones definitivas sino de la prueba practicada. El recurrente sería así autor directo o autor por inducción de un delito doloso.

DÉCIMO.—El cuarto motivo trae a colación el problema de las costas procesales en cuanto la acusación particular. Con base en el 849.1 se denuncia la vulneración de los artículos 109, 110, 111 y concordantes del Código Penal, en relación con los artículos 239, 241 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Dos cuestiones se plantean por el recurrente. De una parte rechaza la posibilidad de que la Tesorería General de la Seguridad Social pueda actuar como acusador particular, con lo cual no deja de plantearse ahora una cuestión totalmente nueva si durante la tramitación de la causa ninguna objeción se hizo al respecto. No puede aducirse en este trámite casacional una cuestión no debatida, traida además a casación cuando sus efectos podrían dejar indefensa a una de las partes procesalmente admitida durante la instancia. El artículo 447 de la Ley Orgánica del Poder Judicial autoriza la actuación de Letrados de la Administración de la Seguridad Social en la defensa de los intereses de las Entidades Gestoras o de la Tesorería General de la Seguridad Social, lo que no es óbice par que incluso, si reglamentariamente se determina, pueda actuar cualquier Abogado designado al efecto. Por tanto la acusación particular, de acuerdo con las reglas básicas del proceso, estuvo correctamente articulada. Tampoco puede aquí discutirse el derecho a una percepción de honorarios, bien se trata de Abogado funcionario, bien se trate de Abogado libremente elegido. Otra cosa será el destino que en el primer caso quepa asignar al mismo. El Real De-

creto de 25 de abril de 1983 regula en ese sentido la intervención de los Abogados del Estado. La percepción de honorarios no ha de impedir el ingreso subsiguiente de su importe en las cuentas del Tesoro, sin perjuicio del fin último que a los mismos se otorgue. El artículo 55.6.ª.j) del Reglamento Orgánico de la Dirección General del Cuerpo de Abogados del Estado y las Instrucciones respectivamente Jurídico del Estado, minuciosamente señalan, ciertamente que sólo respecto de los Abogados del Estado, la percepción de no honorarios y su inclusión en las costas cuando se trata de acusadores particulares.

De otro lado el recurrente impugna la condena en costas por estimar irrelevante la actuación de tal acusación particular. El motivo en su conjunto se ha de desestimar. Sabido es que (ver la Sentencia de 27 de diciembre de 1993) la regla general supone imponer las costas de la acusación particular, en los casos de sentencias condenatorias, salvo cuando la intervención de la misma haya sido notoriamente superflua o gravemente perturbadora, también cuando las peticiones formuladas fueren absolutamente heterogéneas y distintas de las del Ministerio Fiscal. Sólo cuando deban ser excluidas procederá el razonamiento explicativo correspondiente, mientras que en el supuesto contrario, cuando la inclusión de las costas de la acusación particular sea lo procedente, el Tribunal no tiene porqué pronunciarse sobre la relevancia de tal acusación.

En el problema debatido en las presentes actuaciones no puede decirse que la intervención de la Seguridad Social haya sido inútil o superflua. Piénsese, sin mayores razonamientos, que esa acusación particular adecuadamente analizó y consideró, concierta base jurídica, la existencia de un delito de apropiación indebida después no estimado por las razones que aquí vienen expuestas. Piénsese que en base a esa acusación particular se han estimado ahora dos motivos en cuanto a uno de los acusados indebidamente condenado por un delito de imprudencia documental.

SENTENCIA del Tribunal Supremo de cinco de abril de mil novecientos noventa y cinco. Recurso 2/94. Ponente Sr. Moyna Imprudencia médica. Tipicidad de las lesiones causadas al feto. Alcance de la responsabilidad del médico de guardia y de las matronas. Responsabilidad civil, necesidad de fijar las bases para su determinación.

El Juzgado de Instrucción número 1 de Palencia instruyó Procedimiento Abreviado con el número 17 de 1990, contra O. P. R.y otros, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de dicha Ciudad que, con fecha veintidos de noviembre de mil novecientos noventa y tres,

dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: «Primero: A) El día 19 de julio de 1984 se encontraba de Guardia O. P. R., mayor de edad y sin antecedentes penales, como comadrona o matrona, adscrita al servicio de Toco-Ginecología de la Seguridad Social —INSALUD— del Hospital Lorenzo Ramírez, hoy RIO CARRIÓN, de esta ciudad de Palencia. En el mismo servicio sanitario, con contrato temporal con igual institución se encontraba de guardia, como médico especialista en ginecología, M. J. P. B., mayor de edad y sin antecedentes penales, siendo ésta su cuarta guardia en mencionado Hospital. B) Hacia las 0,30 horas de dicho día la esposa de P. L. F., Doña C. G. S., que se encontraba hacia las 37 semanas de embarazo "rompió aguas" siendo éstas oscuras pero, como quiera que no tenía dolores y el pronóstico del parto era para finales de mes, permaneció en su domicilio hasta las tres de la mañana en que, al sentir con mayor frecuencia los dolores, decidió el matrimonio ir al hospital citado donde llegaron como una hora después, a las cuatro de la mañana. Fue recepcionada, después de otros controles, por la comadrona O. quien la interrogó sobre los datos precisos para su ingreso y entregando, la propia C., su cartilla sanitaria de embarazada en la que constan los datos e incidencias de su estado. La matrona rellenó la orden de ingreso por orden de la doctora de guardia y la hoja histórico-clínica del parto en cuanto a los datos de la primera exploración excepto el nombre del médico de guardia que como queda dicho era la doctora Dra. P. B.. En esta ocasión la "paciente" indicó a O. que había roto aguas y que éstas eran sucias. C) Ingresada C. en la Sala de dilatación de inmediato, la propia matrona la monitorizó por creer necesario detectar los tonos cardiacos del feto. Se ausentó breves instantes, y, a su regreso, volvió a ser conectada con su correspondiente cinturón a la máquina por así ver las gráficas e incluso oir sonidos pudiendo, en su caso, cotejar la mecánica sucesiva del parto. Después de esto visitó y observó otra vez O. a C. pero la matrona no instó la asistencia de ningún médico, pese a que la constaba encontrarse de guardia del servicio, la Dra. P. B., y que estaba en la Sala de descanso y en poder un busca para el evento necesario o urgente de atención a alguna de las parturientas ingresadas u otra emergencia. D) Llegadas las ocho de la mañana, momento de finalizar su guardia de noche la médico de guardia, la acusada M. J. P. B., que desde las tres de la mañana no había aparecido en la zona en que se encontraba su servicio. entró en la Sala de Dilatación y al ver a C. que continuaba monitorizada se percató de la gráfica que desarrollaba la máquina, se impresionó y la monitorizó internamente a fin de detectar y confirmar la vitalidad del feto para, una vez comprobado, vió la gráfica y la presencia de DIPS-2, el dato de la albúmina; la dilatación, la rotura de aguas y la patente gravedad y trascendencia que reflejaba un sufrimiento fetal deci-

dió, ante la igualdad de datos que al momento de ingreso, la intervención por cesárea. F) La cesárea se efectúo sin incidencias destacables. El feto apareció con dos vueltas de cordón, no prietas. El llanto del niño varón que nació, P. J. L. G., no lo tuvo espontáneo precisando una ligera reanimación. Su peso al nacer fue de dos kilos doscientos gramos. El Test de Alpgar dio cinco-seis (5-6) al primer minuto, para a los cinco minutos dar ocho-nueve (8-9) sobre un máximo de 10. Al nacer se le destinó al servicio de pediatría del propio hospital, donde quedó hasta su alta hospitalaria diagnosticándose parálisis cerebral que supone Encefalopatía secundaria o Sufrimiento Fetal, imposibilitado para su propio desenvolvimiento en vida, con necesidad de asistencia continuada de otras personas y con un potencial de vida normal si bien algo reducido. SEGUNDO. P. M. Á., en tales fechas y en la actualidad, es jefe del servicio de Toco-ginecología de referida entidad hospitalaria de Palencia y, por ello, organizador del mismo. En aquel entonces reiteraba indicaciones de pronta y primera intervención del médico de guardia a la llegada al servicio, sí como la integración o rellenado de la hoja conocida como de PARTO, en donde se hacia constar la primera exploración, simultánea a la recepción, bien realizada por la comadrona o por el propio médico de guardia. En esta idea en la hoja de PARTO de doña C. constan datos del primer reconocimiento rellenándose posteriormente el nombre de ésta doctora en donde aparece, el principio de la hoja, PRIMERA EXPLORACIÓN EN EL PARTO a las 5 del día 19 por Dra. P. B., dato este último, así como el de hora y día, cuyo autor no consta».

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS a O. P. R. y M. J. P. B. del delito de imprudencia temeraria de que las acusaba el ministerio Fiscal y la acusación particular, así como las ABSOLVEMOS de la falta del artículo 586-3 del Código Penal vigente en la fecha de los hechos, si bien ha de condenárselas como responsables civiles a pagar, solidariamente y por iguales partes, la cantidad de SEIS MILLONES DE PESETAS (6.000.000 ptas) de cuya cantidad responderá subsidiariamente, el INSALUD. Asimismo, debemos absolver y absolvemos a P. M. Á. del delito de falsedad de que le acusaba el Ministerio Fiscal y la Acusación particular, acordando dejar sin efecto cuantas medidas procesales se hubieran acordado en su caso, declaramos de oficio la tercera parte de las costas procesales, O. y M. J., cada una, correrá con las costas causadas a su instancia y las dos terceras partes correspondientes a un Juicio de Faltas, éstas por mitad, sin comprender las de la acusación particular. Remítase al Juzgado de procedencia la pieza de responsabilidad de M. J. P. B. para que la dvuelva terminada con arreglo a derecho.

VULNERACIÓN DE NORMAS CONSTITUCIONALES

«Respecto del principio de legalidad penal, con el rango constitucional reconocido en el artículo 25.1 de la CE, los dos primeros ordinales del recurso de casación de O. P. R. —con amplia fundamentación— y el motivo primero de M. J. P. B. —como una somera alusión—, impugnan la tipificación penal de las lesiones por imprudencia causadas a un ser humano antes de su nacimiento con argumentos de aparente consistencia: si el delito imputado se configura en función de la existencia de un tipo doloso, y no están definidas en el Código Penal como delito de esta naturaleza las lesiones causadas al feto, falta a las lesiones culposas el necesario referente: tesis que se refuerza con la inclusión "ex novo" en el Anteproyecto del Código penal de 1992 —y en el de 1994 añadimos— de un nuevo Capítulo (en el título dedicado a las lesiones) para las causadas al feto en su modalidades dolosa y culposa.

Ciertamente que el delito de lesiones, aceptando que pueda surgir de comportamientos activos o de comisión por omisión, lleva embebida la idea de alteridad —herir, golpear o maltratar a otro, decía el texto vigente en el momento de los hechos—, y "el otro", mientras no alcance la categoría de persona (el caso del feto o embrión humano) es más objeto que sujeto pasivo del delito; pero puede afirmarse que, en estos supuestos de vida dependiente, las lesiones causadas durante el curso de la gestación deben tener relevancia penal porque la acción —en sentido lato— se intenta y realiza sobre una persona, la madre, y el resultado —demostrada la relación causal— trasciende al feto por ser parte integrante de la misma, aunque las taras somáticas o psíquicas no adquieran notoriedad o evidencia hasta después del nacimiento. Este razonamiento en el mismo plazo argumentativo del recurso tiene una indudable inspiración civilista al tomar como "punctus saliens" el momento en que se inicia la personalidad, situada fuera de la realidad de las cosas como evidencia del mismo Texto civil que se ve forzado a tener por persona al concebido a todos los efectos favorables (artículos 29 y 30), y no hay efectos más beneficiosos para el ser humano en gestación que el de conservar la integridad física y psíquica; si se añade, en armonía con los avances científicos, que el concebido tiene un patrimonio genético totalmente diferenciado y propio sistema inmunológico, que puede ser sujeto paciente dentro del útero —conforme a las técnicas más recientes— de tratamiento médico o quirúrgico para enfermedades y deficiencias orgánicas, y que la dependencia de la madre, abstracción del tiempo biológico de las gestación, no es un término absoluto por cuanto se prolonga después del nacimiento, negar al embrión o al feto condición humana independiente y alteridad manteniendo

la idea preterida de la "mulieris portio", es desconocer las realidades indicadas. La regulación penal anunciada, primero en el proyecto de 1992 y actualmente en el de 1994 en proceso de elaboración legislativa, otorga a estos hechos una tipificación clara y realista que es eco de las razones últimamente expuestas, pero no implica que llene un vacío normativo porque desde la perspectiva actual es posible dotarles de una construcción jurídico-penal, tal como ha venido haciendo implícitamente la jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 29 de mayo de 1965, 5 de mayo de 1988 y 1 de abril de 1992 referidas a las matronas, y otras a ginecólogos, como las de 29 de marzo de 1988 y 4 de octubre de 1990. En conclusión, afirmada como realidad penal el delito de lesiones al feto a través de la violencia ejercida sobre la madre embarazada, o, atribuyéndole, con un sentido progresivo que se emancipa de las ficciones civiles, condición humana diferenciada de su progenitora y penalmente protegible, la posibilidad del delito doloso y, consecuentemente, del delito imprudente no es cuestionable en nombre del principio de legalidad».

CALIFICACIÓN PENAL DE LOS HECHOS

Al referirse a la tipificación penal de los hechos ha de hacerse una disquisición preliminar sobre todas las cuestiones que suscitan los recurrentes. La tipificación de las lesiones causadas al feto por imprudencia de un tema ya tratado dentro del examen del principio de legalidad (motivo primero del recurso de O. P. R.), que se reitera en el motivo segundo del mismo recurso, con carácter alternativo y «ad cautelam», por la vía del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. A la calificación penal atienden el primer motivo de la acusación particular que repite su petición de enjuiciar los hechos en el ámbito de la imprudencia temeraria, con lo que otorga campo y poderes a la Sala de Casación para moverse —sin más exclusión que la profesional— en el ámbito de la imprudencia, aunque no puede desentenderse el examen judicial de la actividad desarrollada por cada una de las acusadas dado el carácter diferenciado de sus actividades, atribuciones y deberes. El recurso de O. P. R. pone énfasis en la relación causal (motivo tercero), y el formalizado por la doctora P. B. niega que se den en su caso los requisitos de la imprudencia a través de los cuatro motivos de casación formulados bajo los ordinales séptimo, octavo, noveno y décimo.

1. Interesa destacar, entre las funciones que reglamentariamente corresponde desarrollar a las matronas en las instituciones cerradas de la Seguridad Social, la de asistir a los partos normales en los casos en que el

médico haya comprobado la normal evolución clínica de aquéllos, siendo obligado avisarle sin pérdida de tiempo y bajo su responsabilidad en cuanto observe cualquier anomalidad en su evolución (artículo 67 OM de 26 de abril de 1975), y como obligaciones accesorias, las de cuidar de las historias clínicas y demás antecedentes necesarios para el buen orden de la asistencia. Estas normas se han visto afectadas o complementadas por la O de 1.º de junio de 1992 de desarrollo d ela Directiva Comunitaria 155/80, que faculta a las matronas, en síntesis, para llevar el parto normal y detectar en la madre o en el niño las anomalías que precisen la intervención del médico, tomando las medidas de urgencia necesarias en su ausencia.

Es cierto, y así se desprende de los hechos probados y del examen de la causa realizada por la Sala en uso de las facultades cometidas por el artículo 899 de la Ley Procesal, que la práctica habitual en el Hospital no se ajustaba estrictamente a estas normas reglamentarias; el protocolo de recepción lo venía realizando la matrona y ésta exploraba a la parturienta —no el médico especialista—, cuya presencia era únicamente reclamada cuando había complicaciones, que valoraba la matrona, bien en el momento de ingreso o en el curso del parto: no obstante, y según los hechos probados, parece ser que el Jefe del Servicio de Tocoginecología «reiteraba» indicaciones de pronta y primera intervención del médico de guardia.

En el caso «sub iudice», siguiendo el hilo de la narración judicial, la matrona procedió a interrogar a la paciente sobre los datos precisos para su ingreso, conociendo que había rotas aguas y éstas eran sucias, y recibiendo la cartilla sanitaria de la embarazada dónde se hacía constar un curso de gestación no exento de anomalías; seguidamente fue ingresada en la sala de dilatación y monitorizada para observar los tonos cardiacos del feto, visitándola por dos veces para repetir las observaciones; y si se sigue el relato —a través de los fundamentos de derecho— se advierte que el tococardiógrafo indicaba un Dip-2 o descenso de la frecuencia cardiaca fetal con desfase respecto de las contracciones lo que constituía un signo evidentemente patológico; si a ello se añade el historial clínico del embarazo con metrorragias en el primer trimestre, crecimiento retardado del feto (CIR-2) y rotura de aguas cuatro horas antes del ingreso con color oscuro y expulsión de meconio, era elemental intuir, para un profesional medianamente avezado en la clínica ginecológica, que existía un sufrimiento fetal intenso o agudo, o, en todo caso, unos signos que alarma que aconsejaban la inmediata intervención del médico especialista, el cual descansaba en una habitación próxima al paritorio provisto de «un busca» y en espera de cualquier llamada. No consta que la matrona actuara por delegación

expresa, o que estuviera el facultativo pendiente de otra urgencia o hubiera dando órdenes de no ser avisado en caso alguno; si consta que la comadrona, sin pasar aviso al médico de guardia, ni dar explicación alguna del estado de la parturienta a sus compañeras, abandonó el Hospital al finalizar su turno de trabajo.

Consecuentemente, y sin hacer gran esfuerzo en la subsunción legal, puede afirmarse que la acusada O. P. R. infringió las normas reglamentarias arriba aludidas, no por haber realizado una primera exploración que ciertamente no estaba dentro de sus atribuciones pero a la que venía comprometida por una práctica habitual en el Centro, sino por haber omitido poner en conocimiento del ginecólogo de guardia la situación de la parturienta con señales patentes de sufrimiento fetal, y su responsabilidad se extendió a la conservación del historial clínico, concretamente de los registros de las monitorizaciones que hubieran permitido establecer con precisión el estado hipoxia y de sufrimiento fetal. La infracción reglamentaria es patente, pero no puede basarse solo en ella la calificación de la imprudencia cuando los elementos de información que facilita el proceso permiten advertir una grave negligencia por darse cita en el hecho imprevisión e irreflexión meridianas, y la infracción de las más elementales normas de cuidado, sin posible excusa —como decía uno de los escritos incorporados a la causa no sin cierta carga demagógica— por ser «la matrona el último eslabón de toda la organización sanitaria que circunda a cualquier embarazo», ya que en el equipo asistencial no es desdeñable ni menos importante ningún cometido, puesto que todo descansa en la confianza de que, en la esfera de la función, cada uno cumplirá con su deber, y basta con que fale una pieza del sistema, como en el caso de autos, para que se produzca un resultado, por supuesto no querido, pero grave y de lamentables consecuencias. La tipificación adecuada, excluida por el acusatorio la imprudencia profesional, sería la de imprudencia temeraria del párrafo primero del artículo 565 del Código, que en esta categoría de la imprudencia es coincidente con la redacción actual, en relación con el artículo 420.1.º del mismo Texto.

Su responsabilidad ha de ser, sin embargo, matizada porque es evidente que, en el plano causal, no sólo la conducta de la matrona ha concurrido al resultado; consta, formando parte del hecho probado, que en el curso del embarazo se detectó un retrato en el crecimiento fetal atribuido a una insuficiencia placentaria con el auspicio de un parto de alto riesgo del que fueron advertidos los padres por el tocólogo, y aunque no sea posible sentar que antes del parto estuviera constituída la parálisis celebral causalmente enlazada al sufrimiento fetal crónico, es inevitable entender que desde las 0,30 horas en que se produce la rotura de aguas hasta las 8 horas en

que se práctica la cesárea, el sufrimiento del feto tuvo un sensible agravamiento por anoxia y hipoxia perinatal, que no fue solamente imputable a la conducta irresponsable de la matrona, sino a la de los padres que estaban prevenidos del riesgo y que, con cierta ligereza e irresponsabilidad, demoraron el ingreso de la parturienta en la entidad hospitalaria por tiempo aproximado de cuatro horas, no obstante los signos de anormalidad que presentaba (aguas «sucias» y contracciones intermitentes). Todo estos factores fueron acciones plurales coeficientes que han de ser valoradas individualmente en su eficacia causal y en su particular grado de imprudencia; y la eficacia causal que se atribuye a la acusada O. P. R. es la de haber contribuido con su conducta, omisiva de elementales normas de cuidado, a incrementar el riesgo y la gravedad del resultado, puesto que en modo alguno podría afirmarse que este último habría acaecido aunque ella no hubiera actuado como lo hizo. Es improcedente la degradación de la pena porque no se trata de concurrencia de culpas de agente y víctima, sino de conductas paralelas que confluyen a un mismo evento sin perder su individualidad, y dónde la acción enjuiciada fue uno de los factores causales, pero que debe merecer, en el trance de la determinación de la pena, un juicio regido por la benignidad en consideración al dilatado trámite del procedimiento penal.

2. Ciertamente que el facultativo de guardia corresponde reglamentariamente, como se ha dicho precedentemente, prácticar la exploración de la embarazada al ingreso en el establecimiento sanitario, y también es cierto que, al tiempo de los hechos, era tarea que habitual y conocidamente realizada la matrona dando cuenta al médico especialista si el parto podía tener dificultades o presentaba anormalidades en su evolución. El Tribunal sentenciador, en el marco de la primera tesis, explica la negligencia de la doctora P. B. por el hecho de no exigir al personal a sus órdenes «que insistieran en su presencia y más en ocasiones importantes para decidir el curso o evolución del parto, de suerte que cuanto antes se habiere hecho cargo de la situación se hubiera evitado la hipoxia prolongada y el sufrimiento fetal, conducta que vino a agravar el riesgo del resultado lesivo que ya estaba impreso o potencial en su mayor parte» (sic); la sentencia venía a atribuir al ginecólogo de guardia el deber de cursar instrucciones de ser avisado del ingreso de parturientas otorgándole una posición de garante que no deriva de los reglamentos sanitarios, o de una situación de riesgo, cuando es desconocida como tal. El titular médico del servicio de guardia puede ser el recepcionista, pero si es la matrona la que ejerce habitual u ocasionalmente este cometido ha de darle cuenta y aviso del ingreso para que realice la exploración previa y, asimismo, de cualquier anomalía que surja durante el parto, siempre y bajo su responsabilidad.

Sería ocioso insistir en el cuadro alarmante que ofrecía la parturienta y en la necesidad de pasar recado inmediato al médico que «estaba presente» en el servicio, puesto que hallarse presente es estar fácilmente localizable en la sala de descanso, a pocos metros del paritorio y provisto de un «busca»; el cual tampoco fue precavido de esta situación de clamorosa urgencia cuando la matrona abandonó el servicio al concluir su turno de trabajo. Sobre esta base, no es posible hallar en la conducta de la médico acusada esas notas de imprevisión, descuidada atención o ligereza que caracterizan al delito imprudente, ni puede construirse la hipótesis delictiva, siguiendo el raciocinio de la sentencia, argumentando sobre un supuesto haber de instruir a todos los colaboradores del equipo médico de urgencias obstétricas de la necesidad de avisar puntualmente al Jefe médico, de sobra conocida por ellos, y el cual no figuraba en el elenco de sus deberes cotidianos, puesto que su función o deber nace o surge del aviso o requerimiento (Estatuto Jurídico del Personal Médico, Decreto 23 de diciembre de 1966), y en el caso contemplado, no fue requerida su presencia, pese a estar en disposición de ser fácilmente localizado; este deber de requerir al médico era función de la matrona, tanto por norma reglamentaria como por usos hospitalarios, a fin de que realizase la exploración previa, aunque el parto no fuese distócico, debiendo añadirse que el facultativo, desde que conoció la presencia en el paritorio de la parturienta y su estado, actuó con la mayor diligencia y pericia profesional.

3. Por lo expuesto, procede estimar el primer motivo del recurso de la parte acusadora particular P. L. F., y , asimismo, declarar haber lugar al recurso por aplicación indebida del artículo 586 bis. 3.º del Texto Penal que instrumenta en los motivos séptimo, octava, noveno y décimo del recurso de la acusada M. J. P. B.; la absolución de la misma, hace innecesario el examen de los motivos undécimo y décimo segundo del mismo recurso.

RESPONSABILIDADES CIVILES

Las graves secuelas derivadas de los hechos, que según el «factum» consistieron «en parálisis cerebral que imposibilitaba al menor para su propio desenvolvimiento con necesidad de asistencia continuada de otras personas», obliga, en los términos previstos en el artículo 104 del Código Penal, a la indemnización de perjuicios materiales y morales, comprendiendo no sólo los causados al agraviado, sino también los que se hubieran irrogado por razón del delito a su familia. El Ministerio Fiscal

señalaba en conclusiones definitivas como conceptos indemnizables el daño moral a los padres (10.000.000), y por daños morales al menor y por los gastos ocasionados o que se pudieran derivar las sumas de 30.000.000 y 50.000.000; la acusación particular en el mismo trámite fijaba el daño moral para los padres en 35.000.000, y al menor por los daños y secuelas causadas 60.000.000, y para la asistencia del mismo una renta anual vitalicia de 3.500.000, con cláusula de actualización de conformidad con el IPC, para la cual se crearía un fondo de 80.000.000, del cual sería titular Insalud por su condición de responsable civil subsidiario. La sentencia de instancia dedicaba a este tema el último de sus fundamentos y con parca argumentación y sin diferenciación de conceptos, señalaba una única indemnización de 6.000.000 a los padres del menor «en atención a lo razonado y siendo la agravación producida por el espacio de tiempo sin actuar en las acusadas de no mucha trascendencia».

Es palmario que esta simplista argumentación no puede dar congrua satisfacción a la reclamación civil: se otorgaba una indemnización a los padres en la que ha de suponerse está comprendida la correspondiente al hijo, y no se establecían los conceptos o bases de la misma, sin hallar respuesta alguna la solicitud de un capital-renta a cargo del responsable civil subsidiario; por tanto, está justificado el motivo tercero del recurso de la acusación particular que prentende, por la vía del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, una resolución que subsane omisiones y motive adecuadamente el aspecto civil de los hechos, en los mismos términos en que lo hubiera sido de haberse ejercitado la acción civil con independencia de la penal (Sentencia TC 13 de junio de 1986, 12 de junio de 1990 y 27 de mayo de 1992, y sentencia TS de 24 de abril de 1991).

Confluyen causalmente el resultado dañoso, al hijo de los hechos probados y según ha explicado el fundamento tercero-1 de esta resolución, el sufrimiento fetal durante la gestación que se agudiza desde la rotura de la bolsa de aguas, pero este último período de ocho horas de duración hasta la cesárea, la mitad aproximadamente transcurre en el domicilio de la parturienta con una conducta rayana en la imprudencia grave dado que eran conscientes de que el parto se anunciaba con riesgos; consiguientemente, no puede entrar en juego la primera causa (sufrimiento fetal crónico), ni atribuírse a la acusada O. P. R. la cuota de responsabilidad que correspondería a los padres por su ofuscada actitud; solamente se le imputa la indudable agravación del resultado por la prolongación de la hipoxia y del sufrimiento fetal durante las cuatro horas que estuvo a cargo sin tomar las medidas adecuadas y, como primera de ellas, la de reclamar la presencia del médico de guardia. En la cuantificación del

daño, y tratando de objetivar su cuantía, es obvio que no puede responder de los daños totales, sino en una cuota que, por daño moral y secuelas del menor, se cifra en quince millones de pesetas y diez millones para los padres por el «pretium doloris». Se halla fuera de lugar pretender para la entidad responsable subsidiaria (constitución de un capital-renta) una condena que exceda de los límites en que se mueve la responsabilidad directa. Con este alcance se estima el recurso —tercer motivo— de la acusación particular.

RESUMEN DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

ROGELIO GÓMEZ GUILLAMÓN
Fiscal de la Sala del Tribunal Supremo

AUTO de 15 de julio de 1994. La Sala establece la NECESARIA INTERVENCIÓN de Procurador para la comparecencia de las Comunidades Autónomas y Entes Locales ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo para interponer recurso de casación u oponerse al mismo. Doctrina que se mantiene también en los Autos de fecha 17 de julio y 18 de diciembre de 1995, y 27 de febrero de 1996.

«PRIMERO.—El precepto contenido en el artículo 447.2 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual "la representación y defensa de las Comunidades Autónomas y las de los entes locales corresponderán a los letrados que sirvan en los servicios jurídicos de dichas Administraciones Públicas, salvo que designen Abogado colegiado que les represente y defienda", ha de coordinarse con lo dispuesto por el artículo 97.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que impone la comparecencia ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo mediante Procurador, para interponer y sustanciar el recurso de casación.

Es evidente que este último precepto constituye una norma especial respecto de la regla general que, sobre representación y defensa de las partes en el recurso contencioso-administrativo, se contienen en el Capítulo III del Título II de la Ley de esta Jurisdicción, ya que las partes que, según las disposiciones contenidas en este Capítulo, pueden ser representadas por Abogado con poder al efecto han de comparecer, para interponer recurso de casación u oponerse al mismo, ante esta Sala del Tribunal Supremo mediante Procurador, sin que exista razón alguna, como examinaremos seguidamente, que justifique un trato singular para las Comunidades Autónomas y los entes locales.»

«SEGUNDO.—La "ratio legis" del citado artículo 97.1 de la Ley de esta Jurisdicción está en la necesidad de facilitar la comunicación del Tri-

bunal de Casación (Sala Tercera del Tribunal Supremo) con las partes a través de los Procuradores de los Tribunales, quienes, al tener despacho en la propia sede del Tribunal, reciben en ésta las notificaciones, citaciones, emplazamientos o requerimientos y demás actos de comunicación, haciendo innecesario el empleo de otros medios permitidos pero que suponen un entorpecimiento en la sustanciación del recurso de casación con riesgo de inseguridad y con pérdida de eficacia en la tramitación de dicho recurso.

Si cualquier recurrente o recurrido en casación no puede comparecer, por la razón indicada, representado por un Abogado, carece de justificación permitir tal comparecencia a las Comunidades Autónomas o entes locales cuando la comunicación con éstos habría de llevarse a cabo a través de aquellos medios inidóneos para la mejor y más eficaz tramitación del recurso de casación, lo que constituiría un trato desigual que no se compadece con el principio de igualdad de las partes en el proceso.»

«TERCERO.—La diferente situación de los servicios jurídicos del Estado con Abogados permanentemente adscritos a este Tribunal de Casación y despacho en su propia sede, lo mismo que sucede con los miembros del Ministerio Fiscal, justifica que tanto aquéllos como éstos comparezcan en la tramitación y sustanciación del recurso de casación, lo que tampoco sucederá cuando la representación y defensa del Estado, de sus organismos autónomos o de los órganos constitucionales se encomiende a un abogado colegiado ajeno a dichos servicios jurídicos.»

SENTENCIA de 14 de julio de 1995. Ponente: García Carrero. Fija criterios para declarar la inadecuación del procedimiento.

TERCERO: La doctrina constitucional tiene establecido que si la elección del tipo de proceso especial de la ley 62/1978 ha de estar asentada en el ejercicio de una pretensión dirigida al reconocimiento del derecho o libertad y, en su caso, al restablecimiento en la integridad de ese derecho o libertad, se impone como necesario que ya en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo se defina con la precisión suficiente, a los efectos de una primera constatación de la viabilidad del proceso al que ha accedido el demandante, los elementos que son, con la identificación del acto que se reputa lesivo, y la Administración Pública de la que procede, los que constituyendo con aquél el núcleo indispensable de la «causa petendi» constaten que la pretensión se hace valer en razón a actos que se repute infringen el derecho fundamental cuyo reconocimiento

y preservación se pretende a través del indicado proceso (Cfr. STC 31/1984, FJ 3.º).AATS 3.ª

Siguiendo esa orientación, la jurisprudencia de esta Sala («ad exemplum», AATS 3.ª7, de 26 de abril de 1994, 10 de mayo de 1994, 28 de junio de 1994) ha procurado evitar que el juicio de inidoneidad del proceso especial de la ley 62/1978 pueda suponer una anticipación prematura del juicio de fondo, contentándose con «un planteamiento razonable» de que la pretensión ejercitada versa sobre un derecho fundamental, con independencia de que posteriormente el análisis de la cuestión debatida conduzca o no al reconocimiento de la infracción del derecho constitucional invocado.

AUTO de 1 de julio de 1995. Ponente: Barcala y Trillo-Figueroa. Declara que la competencia para la declaración de pobreza corresponde hoy por hoy al Juez de 1.ª Instancia del domicilio del solicitante.

PRIMERO.—El artículo 132.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, en su redacción por la Ley 10/1973, de 17 de marzo, y sin modificar por la de número 10/1992, de 30 de abril, sobre Medidas Urgentes de Reforma Procesal, estableció que: «La declaración de pobreza corresponderá al Juez Municipal o Comarcal del domicilio de quien la solicite, con apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo competente para conocer del proceso principal», mención la relativa a los Juzgados Municipales o Comarcales que, en la actualidad, debe entenderse referida a los Juzgados de Primera Instancia a tenor de lo preceptuado en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el artículo 42.2 de la de Demarcación y Planta Judicial, 38/1988, de 28 de diciembre.

SEGUNDO.—Con independencia de lo que en el futuro pudiera resolverse, por vía legislativa, cuando entren en funcionamiento los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, hoy día, el tema que nos ocupa habrá de resolverse con arreglo a la dicción del precitado artículo 132, el que, indudablemente, efectúa una remisión, en punto a la competencia, al Juez del domicilio del solicitante, pues de otra forma no tendría sentido la admisión de un recurso de apelación ante la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo, y, por otro lado, la atribución conferida por aquel precepto no implica congruencia alguna por el hecho de que el Juez mencionado no perteneciera a la orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en cuanto que, como bien apuntó al Fiscal de Bilbao, la pieza de justicia gra-

tuita tiene una tramitación independiente y no guarda ninguna relación con la cuestión planteada en el recurso interpuesto.

TERCERO.—El criterio acabado de exponer es coincidente, además, con el mantenido por la Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en auto de fecha 3 de marzo de 1994, y con el sustentado en los informes del Ministerio fiscal evacuados en el curso de lo actuado, por consiguiente y sin necesidad de mayores razonamientos, procede concluir que la competencia para conocer del beneficio de justicia gratuita que solicitó la representación procesal del Sr. Basualdo Fernández, corresponde al Juzgado de Primera Instancia número 3 de Bilbao.

SENTENCIA de 28 de junio de 1995. Ponente: Sánchez del Corral y del Río. La Sentencia, como también la de 7 de julio de 1995, resuelve el conflicto en favor de la Administración rechazando que a petición de un Juzgado de Vigilancia Penitenciaria puedan y deban inutilizarse todos los medios de grabación existentes en locutorios de un Establecimiento Penitenciario, pues se trata sólo de garantizar que no tengan una utilización generalizada o ilegal.

SEGUNDO.—... Conviene recordar, para la adecuada respuesta a la posición sustentada por la Asociación Libre de Abogados, que la intervención de las comunicaciones con los reclusos está sometida a un régimen general en los términos que dice el artículo 51 de la Ley General Penitenciaria y, en su caso, a un régimen especial también de intervención; las primeras por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento, y las segundas por las exigencias y necesidades de la instrucción penal. Debe recordarse en este punto, lo que dijo el Tribunal Constitucional, en su sentencia 183/1994, de 20 de junio, en el caso de la Prisión de Alcalá-Meco.

TERCERO.—Desde las indicadas coordenadas puede afirmarse que la iniciativa del Juez de Vigilancia Penitenciaria —a instancia, no de reclusos inquietados personalmente en su ámbito de derechos, sino de una Asociación de Abogados— no se refiere a la imputación de la violación de un derecho fundamental, sino, propiamente, a una cuestión de organización penitenciaria, en la que aquella Asociación y el juez requirente, quieren encontrar una potencial situación que pudiera poner en riesgo derechos de los reclusos, en la medida que, en términos generales o de principio, también gozan los reclusos.

La defensa y protección de los derechos fundamentales, pueda tal vez exigir que no están en la Prisión locutorios con sistemas de grabación mas esto no debe llevar, como con exceso han entendido el Juez de Vigilancia Penitenciaria, y la Asociación libre de Abogados, que está en el origen del conflicto, a que se inutilicen los existentes en el Establecimiento, pues lo que importa es que estos sistemas, y los locutorios con tales medios, no tengan una utilización generalizada, pues no es necesario recordar que en determinados supuestos la grabación, con las garantías legalmente establecidas, puede ser utilizada, bien por decisión de la autoridad penitenciaria dando cuenta a la autoridad judicial, o bien en virtud de orden jurisdiccional.

La cuestión debe situarse en el plano de calificar la orden del Juez de Vigilancia como propuesta, que no como orden, para que adopte las medidas precisas, a fin de que la intimidad de los reclusos, en las relaciones cuyo desarrollo es permitido en los locutorios, queden preservadas.

Sin propósito de agotar las posibilidades en este punto, parece razonable entender que ni puede disponerse la destrucción o desmontaje de los sistemas de grabado, ni, por otra parte, que al contar todos los locutorios de sistemas de grabado, la relación entre recluso y terceros y específicamente de sus Abogados, no pueda hacerse mediante una comunicación libre, si aquel sistema de grabación se hace general.

Desde estas coordenadas, debe resolverse la cuestión que ha planteado la Asociación Libre de Abogados y la Administración Penitenciaria, mas no en modo alguno en los términos que pretende imponer el Juez requirente.

En estos términos, el conflicto ha de resolverse en favor de la Administración Penitenciaria.

Id. Sentencia 7 de julio de 1995.

RESUMEN DE JURISPRUDENCIA LABORAL

FRANCISCO JAVIER COMYN RODRÍGUEZ
Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

SENTENCIA del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 6 de abril de 1995, Ponente: Excmo. D. Francisco Javier Delgado Barrio. Analiza la jurisdicción competente, social y no contenciosa-administrativa, para conocer las pretensiones del Personal auxiliar de los Registros de la Propiedad, Mercantiles. Reproducimos su fundamento segundo.

SEGUNDO.—Una muy reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo, en un estudio conjunto de los artículos 1.º.1 y 1.º.3.a) del Estatuto de los Trabajadores (RCL *1980/607* y ApNDL 3006) y 1.º del Reglamento Orgánico del Personal Auxiliar de los Registros, aprobado por Orden Ministerial d19 abril 1982 (RCL *1982/1030,* 1394 y ApNDL 11846), viene atribuyendo a dicha relación un carácter laboral —Sentencias de 19 marzo y 3 y 16 julio 1990 (RJ 1990/2174, RJ 1990/6048 y RJ 1990/6404), 10 octubre 1991 (RJ 1991/7656), etcétera.

Así, la Sentencia de 16 de julio de 1990 señala que «pese a la contundente asignación de naturaleza jurídica que hace el artículo 1.º del Reglamento Orgánico del Personal Auxiliar de Registros de la Propiedad, de 19 de abril de 1982, a la relación de servicios del personal auxiliar de los Registros de la Propiedad y Mercantil, incardinándola, expresamente, en el ámbito jurídico administrativo, sin embargo, el rango jerárquico de la norma de referencia impide atribuir a dicha relación de servicios el carácter o condición administrativo, excluyéndola del ámbito laboral, por cuanto, de conformidad con lo previsto en el artículo 1.º.3.a) del vigente Estatuto de los Trabajadores, se requiere, para ello, que la expresada relación jurídica de servicios viniese sometida al Estatuto de la Función Pública o, en su defecto, que su regulación se hallase amparada en una ley en sentido propio. Faltando ambas circunstancias, es obvio que la mencionada rela-

ción jurídica debe quedar subsumida dentro del contrato de trabajo, respecto del que se dan, en aquélla, todas y cada una de las características exigibles, toda vez que el personal auxiliar del Registro inmobiliario o mercantil, sin tener la consideración de funcionario público, desempeña su cometido en régimen de dependencia de un empleador —el Registrador— que le satisface una retribución sin cargo a un presupuesto público y con fondos provenientes de los derechos de arancel que se perciben de los clientes del Registro. Por todo elo, ha de aceptarse la competencia de este orden social de la jurisdicción para conocer de la controversia de autos, siguiendo, además, con ello, el criterio ya mantenido con anterioridad por esta Sala».

Y en la misma línea, la Sentencia de 10 de octubre de 1991 indica que las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 19 de marzo y 3 de julio de 1990 resuelven «el tema del carácter laboral o administrativo de la relación que une al personal auxiliar de los Registros de la Propiedad y Mercantiles con sus empleadores concluyendo que, a pesar de ser calificada de administrativa dicha relación por el artículo 1.º del Reglamento Orgánico de dicho personal, aprobado por Orden de 19 de abril de 1982, su naturaleza es laboral, al concurrir en ella plenamente las notas definitorias del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores. y, en consecuencia, para conocer de las cuestiones contenciosas derivadas de la misma, es competente la Jurisdicción del Orden Social y no la Contencioso-Administrativa».

SENTENCIA del Tribunal Supremo, Sala 4.ª en unificación de doctrina de 24 de abril de 1995, siendo Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Linares Lorente. Analiza la jurisdicción competente para conocer sobre la prestación de desempleo, en su modalidad de pago único, declarando la competencia de la jurisdicción social siguiendo el criterio de la STS de 28 de marzo de 1988 TSJ Andalucía de 9 de diciembre de 1984. Reproducimos su fundamento segundo.

SEGUNDO.—La cuestión debatida ha sido resuelta en la Sentencia de esta Sala de 8 de marzo de 1995 (RJ 1995/1755) (Recurso 2939/1994) dictada en unificación de doctrina sentando el criterio de que este orden jurisdiccional es competente para conocer de la cuestión debatida, con base en las siguientes consideraciones resumidas:

a) El artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL *1985/1578*, 2635 y ApNDL 8375) establece que corresponde a los Juzgados y Tribunales de lo Social el conocimiento sobre las cuestiones que se

susciten en materia de Seguridad Social y es claro que las prestaciones de desempleo se encuadran dentro de la Seguridad Social, a pesar de que su gestión corresponda a un organismo autónomo y no a una entidad gestora desde la promulgación del Real Decreto Ley 36/1978, de 16 de noviembre (RCL *1978/2506,* 2632 y ApNDL 12541 (lo que no altera la naturaleza de las prestaciones gestionadas como reconoce la Sentencia de esta Sala de 28 de marzo de 1988 (RJ 1988/2390).

b) El artículo 2.b) de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 refuerza este criterio al disponer que los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan en materia de Seguridad social, incluida la protección por desempleo.

c) El artículo 31 de la Ley 31/1984, de 2 de agosto (RCL *1984/2011* y ApNDL 10615) establece que las decisiones del Instituto Nacional de Empleo relativas a las prestaciones por desempleo serán recurribles ante la jurisdicción laboral, sin hacer distinción entre prestaciones periódicas y de pago único.

d) El artículo 3.2 del Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio dispone que, ante las resoluciones en materia de prestación de desempleo en su modalidad de pago único, procede recurso de alzada ante la Dirección General del Instituto Nacional de Empleo pero, por razones de jerarquía normativa, este precepto no puede prevalecer sobre el 31 de la Ley 31/1984 como reconocen las Sentencias de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1990 (RJ 1990/7455) y 23 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10112), ni puede ser aplicado por los Tribunales de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Y e) no se trata de la impugnación de un acto de la Administración Pública sometido al Derecho Administrativo en materia laboral, que provocaría la incompetencia según el artículo 3 de la Ley de Procedimiento Laboral, sino de una prestación de Seguridad Social que resuelve el Instituto demandado con arreglo a disposiciones de esta naturaleza, como es el artículo 23.3 de la Ley 31/1984, sin que se devirtúe este carácter porque en ciertos casos hayan de aplicarse criterios económicos y de oportunidad al examinar la viabilidad del proyecto empresarial correspondiente.

SENTENCIA del Tribunal Supremo, dictada en casación, Sala 4.ª de 26 de julio de 1995, Ponente Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete.

Aborda la especialidad del proceso de tutela y su carácter extraordinario. Reproducimos parte del Fundamento de derecho primero y cuarto.

PRIMERO.—«... La conducta que se considera contraria a la libertad sindical consiste en que, a juicio de los actores, la empresa ha establecido unilateralmente el calendario de 1993 ante la falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores cuando el convenio colectivo aplicable prevé que los calendarios se aprobarán por acuerdo con los representantes de los trabajadores y en caso de falta de acuerdo se mantendrá el calendario del año anterior. La sentencia recurrida de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña declaró la inadecuación de procedimiento por entender que la pretensión ejercitada no afectaba a la libertad sindical.

CUARTO.—En el motivo tercero se alega la infracción del artículo 174.1 de la Ley de Procedimiento Laboral y de los artículos 28.1 y 37.1 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875), en relación con la doctrina del Tribunal Constitucional que se menciona. Para los recurrentes la conclusión de la sentencia recurrida no puede aceptarse, porque el hecho de que la conducta lesiva haya agotado sus efectos no enerva la acción de defensa del derecho fundamental y, por otra parte, la pretensión ejercitada corresponde al ámbito de la modalidad procesal de tutela de la libertad sindical en la medida en que esta última resulta lesionada por el incumplimiento de lo pactado en el convenio colectivo, ya que, al atentar contra el derecho a la negociación colectiva que forma parte del contenido de aquella libertad sindical, ésta resulta también vulnerada. Hay que comenzar precisando que es correcta la tesis del motivo sobre la irrelevancia del agotamiento de los efectos de la lesión en el tiempo sobre el ejercicio de la acción de tutela, porque, aunque ésta pueda perder como consecuencia del transcurso de tiempo su finalidad de imponer el cese inmediato del comportamiento antisindical, ese transcurso del tiempo no altera el contenido declarativo de la acción ni su alcance resarcitorio en orden a la reparación de los efectos producidos por la lesión. Pero, aclarado este punto, hay que señalar que la tesis —realmente extrema— de los recurrentes sobre el alcance del proceso de tutela de la libertad sindical no puede aceptarse. El artículo 175 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 establece que el objeto de esta modalidad queda limitado al conocimiento de la lesión de la libertad sindical sin posibilidad de acumulación de acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos de la libertad sindical y es claro que la pretensión que se ejercita sobre el incumplimiento que se imputa a la empresa del artículo 8 del convenio colectivo no es una pretensión de tutela de la libertad sindical.

Esta pretensión queda fuera el ámbito del proceso de tutela de los derechos fundamentales y se imponía su rechazo, porque de forma manifiesta la pretensión ejercitada carece de cualquier conexión con la libertad sindical y excede así del ámbito de un proceso que, por su carácter preferente y sumario, no puede ser objeto de una aplicación indiscriminada. Es cierto que la doctrina del Tribunal Constitucional, a la que hace referencia la Sentencia de esta Sala de 14 de marzo de 1995 (RJ 1995, 2007), establece que la libertad sindical no comprende sólo la vertiente asociativa u organizativa que define el artículo 28.1 de la Constitución Española, sino que se extiende también a los denominados derechos de acción del sindicato entre los que se encuentra la negociación colectiva, y es cierto también que esa doctrina ha señalado que la protección por la vía del recurso de amparo se extiende al contenido pleno del derecho en el que se integran tanto el contenido esencial como el adicional. Pero de ello no se deriva que cualquier eventual incumplimiento de las normas de un convenio colectivo pueda considerarse como una lesión de la libertad sindical. En el desarrollo del motivo se afirma literalmente que «ignorar lo pactado en convenio colectivo constituye una vulneración del derecho a la libertad sindical», si bien se advierte que ello es así porque «no estamos ante una mera discrepancia en la interpretación», sino ante «un abierto desconocimiento de lo pactado». Pero incluso con esta matización el exceso de la afirmación es patente, porque un conflicto sobre la aplicación o la interpretación de un convenio colectivo no afecta en principio a la libertad sindical con independencia de que el eventual incumplimiento se funde o no en una discrepancia interpretativa razonale o se presente como un desconocimiento abierto o injustificado. La mayor o menor fundamentación del incumplimiento de la norma del convenio es irrelevante para la libertad sindical; ésta sólo estará comprometida cuando por el carácter de la norma profesional en cuestión el incumplimiento se proyecte sobre las facultades que integran la libertad sindical y es evidente que desconocer el precepto de un convenio colectivo sobre la prórroga de un calendario laboral no afecta de ninguna forma a la libertad sindical, porque tal conducta ni niega ni compromete las facultades que en orden a la negociación colectiva la reconocen al sindicato tanto la Constitución como legislación ordinaria; la eficacia normativa del convenio queda plenamente garantizada frente a un incumplimiento por los cauces del proceso ordinario o del proceso de conflicto colectivo.

SENTENCIA del Tribunal Supremo, Sala 4.ª, dictada en unificación de doctrina, de 31 de julio de 1995 Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Cachón Villar. Se analiza la fecha de efecto de la baja en el Régi-

men Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), si será cuando se solicita a bien cuando se produjo el cese efectivo en el Régimen Especial, teniendo como consecuencia en el primer supuesto la competencia de la jurisdicción contenciosa, al tratarse de materia recaudatoria, en el segundo, al tratarse del ámbito de protección del sistema de la Seguridad Social, objeto de la jurisdicción social. Ejemplo del primer supuesto es la sentencia que se recoge y de la que reproducimos parte del Fundamento de derecho primero y cuarto.

PRIMERO.—Con la demanda impugna la actora y recurrente la Resolución de 29 de marzo de 1993, de la Tesorería General de la Seguridad Social, demandada y recurrida, que confirma una Resolución anterior (de 16 de febrero del mismo año) que aprobó la solicitud de baja de aquélla en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), con efectos de 28 de febrero de 1993. Se solicita en la demanda, y se reitera en la pretensión impugnatoria del presente recurso, que se declare judicialmente que los efectos de dicha baja han de retrotraerse al la fecha de 30 de noviembre de 1991, que fue la del cese del actor en la actividad que ejercía por cuenta propia.

Como recuerdan las Sentencias de Esta Sala de 27 de septiembre de 1994 (RJ 1994, 7257) y 2 de marzo de 1994 (RJ 1995, 1741), es reiterada la doctrina jurisprudencial que atribuye a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la competencia para llevar a cabo el control de la función recaudatoria de la Seguridad Social (así, entre otras las Sentencias de 21 de septiembre de 1987 [RJ 1986, 6620], 7 de diciembre de 1989, 19 de julio de 1990 (RJ 1990, 6430] y 20 de febrero de 1991 [RJ 1991, 8521]). Esta doctrina fue legalmente refrendada por la Base 1.ª.3 de la Ley 7/1989, de 12 de abril (RCL 1989, 816), y por el artículo 3, b) de la Ley de Procedimiento Laboral, Texto Articulado de 1990 (RCL 1990, 922 y 1049), así como por igual precepto de vigente Texto Refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril (RCL 1995, 1144 y 1563), a cuyo tenor no corresponde al orden social de la jurisdicción conocer de «las resoluciones dictadas por la Tesorería General de la Seguridad Social en materia de gestión recaudatoria o, en su caso, por las entidades gestoras en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta».

La decisión de la Tesorería General de la Seguridad Social impugnada en la litis, en cuanto se pronuncia sobre el deber de cotización, estableciendo la obligación del actor de cotizar por el RETA hasta el mes correspondiente a la fecha enque cursó la baja, se inserta en el ámbito de la gestión recaudatoria, pues, como dice la Sentencia de 27 de septiembre de

1994, con actos como el expresado se pretende que el trabajador interesado «tenga conocimiento cierto de su obligación de cotizar y haga efectivo el pago de la misma, es decir, que ingrese en la caja o patrimonio de la Seguridad Social el importe de las cuotas adeudadas, ingreso este que constituye el fin último y fundamental del comentado procedimiento recaudatorio». Se trata, en definitiva, como afirma dicha sentencia, de un acto previo que precede al requerimiento «y que participa totalmente del alcance y fines de la función reclamatoria de la Seguridad Social».

La misma doctrina, que establece la incompetencia del orden social de la Jurisdicción para conocer de la pretensión litigiosa, ha sido mantenida igualmente en dos Sentencias de 24 de marzo de 1995 dictadas en Sala General, constituida de acuerdo con las previsiones del artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635 y ApNDL 8375).

Ejemplos del segundo supuesto (materia social) se pueden citar: Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 28 de enero de 1992, 10 de junio de 1992, 26 de febrero de 1991, Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de marzo de 1993, Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castila y León/Burgos de 10 de abril de 1991, Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1990, 12 de febrero y 16 de junio de 1992 y Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 1 de febrero, 17 de marzo, 27 de julio, 4 y 14 de octubre de 1994, 21 de febrero de 1995 y 12 de septiembre de 1995 de la que reproducimos parte de su fundamentación. «Y si se tiene en cuenta que ha quedado plasmado en la resolución recurrida que el actor causo alta en la RETA por causa de su actividad... y que cerró en septiembre de 1987 habiéndose dado de baja aquel en la licencia fiscal el 1 de enero de 1988 y causando alta en el Régimen General de la Seguridad Social con efectos desde el 1 de febrero de 1988, hasta cuya fecha siguió cotizando en RETA, es evidente que aún cuando sin haber cumplido dicho demandante con el requisito de darse expresamente de baja en este último Régimen, no pertenecía de derecho al mismo en la fecha que vista como de efectos al respecto (31 de diciembre de 1987) conforme a lo prevenido en el artículo 2 del D 2530/1970...») por lo tanto la fecha de baja en el RETA será la del cese efectivo en la actividad, siendo la jurisdicción competente la social.

Por último se pueden citar las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 3 de septiembre de 1992 y 17 de junio de 1993, que creo el concepto de actividad de rodeo, impugnar la recaudación a través de la pretensión de estar excluido en el ámbito de protección del Régimen, concluyendo que a pesar de ese rodeo, era materia recaudatoria y por tanto jurisdicción contenciosa.

SENTENCIA del Tribunal Supremo de Madrid, Sala de lo Social, Sección primera de 19 de julio de 1995, siendo Ponente: Ilmo. Sr. Antonio Peral Ballesteros.

Reproducimos el único fundamento jurídico de la Sentencia, idéntico a otras anteriores y posteriores, que convierte al proceso especial de tutela en el ordinario para solucionar la litigiosidad laboral.

ÚNICO.—Que siendo de orden público las normas que regulan el proceso, es necesario, incluso de oficio, velar por su observancia, sin sujeción a hechos probados y con examen total de lo actuado y a estos efectos, alegándose en la demanda la existencia de trato discriminatorio del actor e infracción del artículo 14 de la Constitución Española, es evidente que al seguirse el procedimiento ordinario, se ha vulnerado lo que dispone el artículo 180 de la Ley de Procedimiento Laboral, (hoy 181), que impone la modalidad procesal de su artículo 174 (hoy 175), con la necesidad de que sea parte el Ministerio Fiscal y olas particularidades que, a continuación se determinan y con la consecuencia, por no haberse cumplido así, de que proceda anular lo actuado, con reposición al momento de presentación de la demanda para que se le lleve a efecto lo que dispone el artículo 81 de la Ley de Procedimiento aludida, y por imperio del artículo 6.3 del Código Civil, en relación con los 238 y siguientes de la Ley Orgánica 6/1986, de 1 de julio, del Poder Judicial.

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

IV. Documentación

14º CONGRESO DE LA ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS DE LA JUVENTUD Y DE LA FAMILIA. «JÓVENES DELINCUENTES Y SUS FAMILIAS. LA CUESTIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS». BREMEN (RF de Alemania). Del 28 de agosto al 2 de septiembre de 1994 (1) MEMORIA DE LA ACTIVIDAD.

ANA JOSÉ CRESPO CUADRADO
GERARDO CAVERO FORRADELLAS
Fiscales del Tribunal Superior de Justicia Cataluña

SUMARIO: I. OBJETIVOS PREVIOS Y RECOMENDACIONES FINALES DEL CONGRESO.—II. RECOMENDACIONES DEL GRUPO DE TRABAJO EN ESPAÑOL.—III. VALORACIONES DESDE LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA. 1. *Causas de la delincuencia juvenil*. 2. *Derecho Penal juvenil. Aspecto retributivo*. 3. *Desjudicialización. Sanciones alternativas*. 4. *Proporcionalidad*. 5. *El Tercer Mundo*. 6. *Inoperancia de las normas internacionales*. 7. *Pena de muerte*. 8. *Nuevos modelos científicos y estudios recientes*.

(1) Organizado por la Asociación Alemana de Tribunales de Menores y de Asistencia Judicial de Menores e. V.

I. OBJETIVOS PREVIOS Y RECOMENDACIONES FINALES DEL CONGRESO

El tema central surge de los grandes cambios políticos y sociales en los últimos años, especialmente en Europa del Este, en los países de África, América Latina y en el Extremo Oriente. Tales cambios sitúan los Derechos Humanos —y sobre todo su puesta en práctica— en el centro de discusión y de muchos conflictos políticos en todo el mundo. Preguntas relacionadas con esto son las siguientes: ¿Qué significa el concepto de los Derechos Humanos en el marco del derecho de menores? ¿Existe un consenso sobre su contenido a pesar de los distintos sistemas políticos y sociales? ¿Cómo se puede garantizar su puesta en práctica en la gestión cotidiana jurídica? ¿Qué respuestas proporcionan a estos planteamientos las organizaciones de Derechos Humanos y qué opinan sobre la situación de los delincuentes juveniles y de sus familias? Otros puntos centrales del congreso se enunciaron como «Delincuencia juvenil en las ciudades», «Reacciones de índole judicial ante la delincuencia juvenil» y «Alternativas a las reacciones de índole judicial». Se propuso discutir también sobre que procedimientos y estrategias para el control del crimen han sido desarrollados en los últimos años para contrarrestar la delincuencia juvenil, así como si estos métodos y estrategias son transferibles a otros sistemas sociales (2).

A la conclusión del congreso de Bremen, se adoptan oficialmente las siguientes RECOMENDACIONES DE LA AIMJF:

---

(2) Prof. PAOLO VERCELLONE, Presidente de la AIMJF, Turín, Italia, Lunes, 29 de agosto. Sesión plenaria. Acto de apertura. Introducción.

«I.1. Los Derechos Humanos, en su sentido clásico, constituyen una importante salvaguardia cuando la intervención del Estado atenta contra los intereses básicos del individuo. Por tal motivo, como se puede constatar en numerosos instrumentos internacionales sobre los Derechos Humanos, dichos derechos constan de garantías importantes de índole procesal y sustancial, en particular en el ámbito de la justicia penal (arts. 5, 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Principios fundamentales Mínimos para el Trato de Prisioneros, etc.)

I.2. La existencia de sistemas penales juveniles modernos reviste a la cuestión de los Derechos Humanos de una importancia que va más allá del marco de referencia clásico. En un sistema de justicia penal complejo destinado a los adultos, se puede asegurar el cumplimiento de las garantías mencionadas en el apartado I.1 mediante fundamentos legales. En un sistema penal juvenil basado en el modelo penal clásico, dichas garantías constituyen un requisito mínimo reservado también para los infractores menores. No obstante, en los sistemas penales juveniles basados en el modelo de asistencia, el uso de medidas alternativas que reemplazan las sanciones penales, incluidas las medidas extrajudiciales y la desjudicialización, puede atentar contra los intereses de los Derechos Humanos fundamentales de los jóvenes (p. ej., mediante la ampliación del control social más allá de los límites de la competencia oficial). Aunque se reconoce cada vez más (Reglas de Beijing 3.3; Principios Mínimos de las NN.UU., para la Protección de los Menores Privados de Libertad; Convención sobre Derechos del Niño, art. 40), dicho problema merece un análisis detenido y profundo. Con este fin y haciendo hincapié en la necesidad de mantener y ampliar el sistema penal juvenil como entidad separada del sistema para adultos, las siguientes pautas pueden servir de ayuda:

— La negatividad por parte de un menor a aceptar las sanciones extrajudiciales o las reacciones judiciales, nunca deberá ser usada en su contra ni como criterio perjudicial para el o la menor, durante el proceso judicial que tenga lugar.

— Habida cuenta de que el principio de subsidiariedad en la administración de justicia siempre exige la búsqueda de la reacción menos perjudicial, toda reacción extrajudicial o sanción deberá ser menos severa y nociva que aquella resultante de procesos judiciales oficiales relativos al caso en cuestión.

II.1. Según los resultados de investigaciones, los delitos y la delincuencia juveniles son considerados por lo general como un fenómeno relativamente "normal" entre la juventud y de carácter transitorio (Directrices, de Riyadh, núm. 5.e). Sin embargo existen motivos para suponer que,

además de las consideraciones anteriores, han surgido nuevas formas de dicho comportamiento que sólo pueden ser comprendidas si se toman en cuenta las características bien conocidas de los recientes fenómenos del mundo "adulto", tales como:

— el crecimiento galopante de los grandes conglomerados urbanos, fenómeno casi ajeno a la distinción tradicional entre las culturas "rural" y "urbana";

— a pesar de su extensión y las áreas superpobladas con una alta proporción de jóvenes o niños, dichas zonas carecen de la infraestructura necesaria para asistir en la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riyadh, núm. 10, 32 y ss.) y

— la desigualdad a nivel mundial de la distribución de la riqueza y los recursos humanos, la cual da lugar a la creciente generalización de las características de la criminalidad actual entre adultos, tales como el consumo de drogas, narcotráfico y otras formas de crimen organizado, incluida la violencia física.

II.2. Las nuevas formas de delincuencia juvenil parecen encontrar su explicación principalmente en la participación prematura de personas jóvenes en las actividades antes mencionadas del mundo de los adultos. El uso de la violencia, en particular por los jóvenes, parece reflejar la violencia difundida del "adulto", incluidas numerosas guerras civiles y conflictos entre Estados así como la utilización creciente de armas de fuego en conflictos generales.

III.1. Los niños y los jóvenes son más vulnerables que los adultos ante un daño personal de cualquier tipo. Este hecho incrementa el riesgo de convertirles en víctimas incluido el riesgo de ser explotados en actividades criminales de los adultos, tales como el tráfico de drogas, entre otras, que hacen de ellos tanto infractores como víctimas. Por esta razón es imperativo reconocer los auténticos Derechos Humanos propios de los niños y los jóvenes.

III.2. Habida cuenta de tales hechos, se RECOMIENDA hacer mayor hincapíe en la responsabilidad que tienen los Estados y las comunidades de crear las condiciones de vida que no obliguen a las jóvenes generaciones a involucrarse en la delincuencia adulta. Con el fin de alcanzar este objetivo en aras de la defensa de los Derechos Humanos, es menester salir de la fase de definir los derechos basándose en diferentes acepciones y diferenciaciones, y pasar a la etapa de su aplicación práctica. Los Derechos Humanos de niños y jóvenes han de convertirse en realidad median-

te la instrumentación de políticas estatales y comunitarias pertinentes, así como por medio de programas modelos de carácter innovador». (3)

II. Recomendaciones del grupo de trabajo español (4)

(1.º) PREVENCIÓN

— (DELEGACIÓN DE PARAGUAY) Es prioritario sentar bases para la prevención antes de abordar lo relativo a las medidas sancionatorias. Ha de prevenirse el crecimiento geométrico del número de menores y adolescentes en situación irregular y luego reflexionar sobre que medidas adoptar con el resto.

— (DELEGACIÓN DE BRASIL) La prevención podrá evitar que los niños se transformen en delincuentes.

— (DELEGACIÓN DE URUGUAY) Los Derechos Humanos se respetan con la prevención. La misma ha de verificarse mediante el apoyo a la familia marginada. (DELEGACIÓN DE BRASIL) Dicho apoyo se verificará con leyes de los gobiernos en tal sentido. (DELEGACIÓN DE ARGENTINA) Estas normas gubernamentales relativas a la familia han de favorecer además la contención del menor en el núcleo familiar.

— (DELEGACIÓN DE URUGUAY) Los Derechos humanos se respetan con la prevención. La misma ha de verificarse mediante el apoyo a la familia marginada (DELEGACIÓN DE BRASIL) con Leyes de los Gobiernos en tal sentido. (DELEGACIÓN DE ARGENTINA) Estas normas gubernamentales relativas a la familia han de favorecer además la contención del menor en el núcleo familiar.

— (DELEGACIÓN DE URUGUAY) Para la prevención ha de proporcionarse a los menores recreación y actividad deportiva debidamente controladas.

— (DELEGACIÓN DE ESPAÑA) Para potenciar la prevención han de arbitrarse medios institucionalizados en cada país de atención jurídica al menor, a los que pueda acudir a cualquier ciudadano interesado en poner de manifiesto situaciones irregulares de las que haya tenido conocimiento, relacionadas con menores.

---

(3) Viernes, 2 de septiembre. Sesión Plenaria. Informes de las comisiones y de los grupos de trabajo.

(4) Jueves, 1 de septiembre, GRUPO DE TRABAJO IV (en español).

— (DELEGACIÓN DE ARGENTINA) Dado que sin la cobertura de las necesidades básicas, los Derechos Humanos no son posibles de realizar, en aras al logro de la prevención, los Gobiernos deberán hacer una debida aplicación del Presupuesto destinado a la minoridad, así como priorizar sus recursos humanos, materiales y financieros.

(2.º) PROCESO JUDICIAL

— (DELEGACIÓN DE URUGUAY) El proceso ha de ser especializado, con la necesaria presencia de los representantes legales del menor e intervención del Juez de Menores, Fiscal y Defensor, todos ellos con específica formación para su función procesal (DELEGACIÓN DE BRASIL) y apoyo de equipos multidisciplinarios. (DELEGACIÓN DE ESPAÑA) En este orden se propone que dichos órganos extiendan su ámbito de competencia al Derecho de Familia. (DELEGACIÓN DE BRASIL) Igualmente se recomienda la inclusión de una asignatura de «Derechos de Menores» en los cursos de Derechos de las Universidades y en las Academias de Policía Civil y Militar.

— En cuanto a los estudios especializados a que se someta el menor (DELEGACIÓN DE GUATEMALA) han de tener contenido psicológico, biosocial e igualmente (DELEGACIÓN DE ARGENTINA) lograr el conocimiento del medio concreto local y regional de menor.

(3.º) RECOMENDACIONES GENERALES

— (DELEGACIÓN DE ARGENTINA) Que los funcionarios, colaboradores y personas solidarias, sensibles con la realidad de los niños y adolescentes, intensifiquen su compromiso y participación con las organizaciones públicas y privadas, gubernamentales o no, para operar sobre la realidad de los menores en todos sus aspectos: Sociales, culturales y sanitarios.

Que los diferentes gobiernos, con observancia de los Derechos Humanos, atiendan la situación de los llamados «niños de la calle».

(4.º) RESOLUCIONES DE ORDEN INTERNACIONAL

— (DELEGACIÓN DE ESPAÑA) Creación de una oficina internacional para la institucionalización de las funciones asistenciales de técni-

cos, psicólogos, educadores y asistentes sociales, con objeto de promover, difundir y coordinar su trabajo, en el ámbito nacional e internacional.

— Creación de una Policía internacional de protección de menores, con funciones preventivas y represivas de conductas ilícitas de adultos con menores, autónoma, independiente y coordinada con los Estados.

— (DELEGACIÓN DE BRASIL) Posibilitar la denuncia de malos tratos que pueda efectuar el menor, sin que precise complemento de su capacidad de obrar por parte de sus familias, cuando miembros de estas puedan ser autores de tales lesiones físicas o psíquicas.

— (DELEGACIÓN DE PERÚ) Procede plantear la adopción de un protocolo facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño que permita a los menores acceder ante el Comité existente denunciando trasgresiones de las que sean objeto, pudiendo comparecer por sí mismos y efectivizándose así su reconocimiento como sujeto de derecho internacional.

— (DELEGACIÓN DE BRASIL Y URUGUAY) Han de ser reiteradas las Recomendaciones para el mantenimiento de la edad de dieciocho años para la imputabilidad penal, incitando a los países que no han logrado este límite a que se esfuercen en disponerlo.

— (DELEGACIÓN DE ESPAÑA) Ninguna reacción penal ha de seguirse de la comisión de cualesquiera hechos o de la implicación en cualquier conducta, ninguna pena, castigo o sanción penal ha de ser impuesta al menor de dieciocho años y nunca la de muerte.

III. VALORACIONES DESDE LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA

Los apartados siguientes contienen observaciones directas de los fiscales que suscriben esta crónica y se emiten sin perjuicio de que el resumen oficial y más acabado se recoge en las recomendaciones ya expuestas, adoptadas por la AIMJF en la jornada final.

1. *Causas de la delincuencia juvenil*

El profesor Trepannier, basándose en estudios estadísticos sociológicos efectuados en Canadá, formuló su «Teoría del autocontrol o del control social», afirmando que la familia es uno de los aspectos que explican

el fenómeno de la delincuencia juvenil, por tres factores: dinámico, estructural familiar y social.

(a) Factor DINÁMICO. El ejercicio de la autoridad por parte de los titulares de la patria potestad familiar, la imposición por el mismo de castigos y la propia delincuencia, en su caso, de los progenitores. Puede afirmarse que los padres no delincuentes llegan a un autocontrol de los hijos por el mecanismo del afecto. Pero también puede darse la indiferencia. Y este es, a su juicio, uno de los factores más importantes de la delincuencia juvenil. El rechazo puede surgir de la delincuencia o al revés, es la antítesis del «ACERCAMIENTO» (a.1). Si los padres no ejercen una labor de «SUPERVISIÓN» (a.2), en cuanto al control de las actividades, amistades, horario de llegada al hogar, etc., se generarán distintos grados de intensidad en la delincuencia, proporcionales al nivel de falta de la referida supervisión. Como tercer subapartado, aparece la «DISCIPLINA» (a.3). Los mensajes que dirija el jefe de a familia a los hijos han de ser claros en la descripción de las conductas inaceptables, así como en el establecimiento de las sanciones correlativas, que han de ser proporcionales y seguir en su aplicación a las precisas explicaciones.

(b) ESTRUCTURA FAMILIAR. Parece más relevante la actitud del padre que la de su cónyuge en la prevención de la delincuencia temprana, su desinterés y faltas de afecto y ejemplo son determinantes y más acusadamente en varones que en mujeres. La familia nuclear tradicional, integrado por dos padres biológicos que conviven con los hijos, se va debilitando. La institución del divorcio y la separación judiciales generan familias con un sólo padre y, como consecuencia casi necesaria, situaciones de empobrecimiento económico, cuando no de pobreza severa. Manejando cifras estadísticas en esta materia, desde 1926 a 1991, se concluye que: (1º) existen relación entre el fenómeno de la delincuencia y la destrucción del núcleo familiar de sus protagonistas; (2.º) por lo general no se trata de una delincuencia de gravedad objetiva y (3.º) no se aprecian diferencias importantes relacionadas con el sexo ni con la edad en que se ha sufrido la ruptura familiar.

(c) POSICIÓN SOCIAL DE LA FAMILIA. La pobreza, el bajo nivel social y económico, desfavorece la formación educativa de los individuos, generando, a su vez, desempleo que conlleva fracaso social y sentimientos de impotencia (5).

---

(5) Prof. Dr. JEAN TREPANNIER, Universidad de Montreal, Canadá. Lunes, 29 de agosto. Sesión plenaria. «Jóvenes infractores de la ley y sus familias».

Hunter Hurst sostuvo que la pobreza urbana crónica es la causa mayoritaria de la delincuencia juvenil, lamentándose de que no se haya analizado el origen de este importante factor desencadenante. En tan sólo cinco años, se ha triplicado en los EE.UU el número de homicidios e igualmente sensibles ha sido incremento en el consumo de drogas como la cocaína, la heroína y el crack por parte de la población juvenil (6).

Las NN.UU. han valorado la incidencia de la familia en esta materia, como factor fundamental. En 1994 se desarrolla el Año Internacional de la Familia, abordándose tres aspectos fundamentales:

(a) VIOLENCIA EN LOS HOGARES. El Instituto Nacional de Juristas de los EE.UU. ha denunciado que la delincuencia se detecta en un porcentaje de un 33 por 100 más que en las familias donde no se produce tal violencia. Dato coincidente con los ofrecidos por estudios similares en Canadá y otros países.

(b) UTILIZACIÓN DE NIÑOS ABANDONADOS. Lo son en número de 100.000 en todo el mundo. En el caso de Colombia, 10.000 niños, agrupados en pandillas o bandas, efectúan tráfico de drogas y delinquen, en general, para las mafias establecidas.

(c) NIÑOS DE O EN LA GUERRA. Es el caso de 1.500.000 menores muertos durante la última década, 4.000.000 de inválidos, 5.000.000 refugiados y 12.000.000 expulsados de sus hogares (7).

La realidad sociológica observada en Francia permite distinguir dos tipos de delincuencia: (a) TRANSITORIA, de carácter puntual y momentáneo, justificada en su génesis por la corta edad de sus protagonistas y (b) SISTEMÁTICA, abundante y comprensiva de delitos graves, con frecuentes ataques a la Policía, incendios, tráfico de drogas, etc., caracterizada por una pérdida de sentido en los jóvenes y en cuyo origen se detecta el fracaso escolar y como porvenir la cronificación delincuencial. Este segundo tipo tiende a la transmisión intergeneracional, a derivar en lacra que se propaga de padres a hijos (8).

Las investigaciones se centran normalmente en las causas de la delincuencia juvenil y nunca en las formas de solución. Parece que sólo interesa la búsqueda de culpables. La sociedad ha de tratar de reconocer el es-

(6) HUNTER HURST. Director del Centro Nacional de Jurisdicción de Menores, Pittsburgh, EE.UU. Lunes, 29 de agosto. «Delincuencia Juvenil en las ciudades».

(7) Dr. KURT NEUDEK, Naciones Unidas, Viena. Lunes, 29 de agosto.

(8) DENIS SALAS, Instituto Judicial de París, Francia. Lunes, 29 de agosto. Ponencia sobre el tema «Reacciones de índole judicial ante la delincuencia juvenil».

fuerzo de los jóvenes y procurar que éstos se sientan retribuidos. La desintegración social ha de frenarse favoreciendo la familia, célula neurálgica del Estado que en ella delega la defensa de multitud de valores. Las mujeres soportan una doble carga cuando se integran en la actividad laboral y se convierten en madres «y» profesionales las que venían siendo «madres profesionales». Ha de denunciarse que el padre no participa de las labores educativas, desaprovechando una oportunidad de hacerlo que cooperaría a la disminución de la delincuencia juvenil (9).

2. *Derecho Penal Juvenil. Aspecto retributivo*

Existe una terminología legal mayoritariamente aceptada en el ámbito internacional. Como pudo observarse en el congreso, tanto los profesores, como los prácticos del derecho y de la judicatura extranjeros utilizan el concepto de «derecho penal juvenil» como indiscutible. Nada pudo oirse relativo a la «imputabilidad», tan acostumbrada en el derecho español y tan presente en nuestro poso jurídico. En Bremen se habló sin complejos de «delitos» cometidos por menores, de «menores o niños delincuentes», de su «responsabilidad penal», de la aplicación y ejecución de «penas» y las «condena» a las mismas de los niños. La aplicación del derecho penal a los menores no está sujeta en el extranjero a debates semánticos. Todos los avances que se persiguen parten de la base sólida de que se trabaja en derecho penal, aunque las consecuencias jurídicas se acomoden a los sujetos propios de esta jurisdicción de un acusado pietismo.

Por su carácter extremo, ha de citarse la intervención de Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, Ministra de Justicia Alemana. La aparición en Alemania de grupos racistas y unas recientes resoluciones judiciales de amparo a la ideología de «negación del holocausto» le sirvieron para trasladar al foro las demandas sociales de endurecimiento penal. El tema entraba de lleno en el objeto del congreso, peor el propósito de la Ministra era evidentemente crítico de la actitud judicial. Añadió que el derecho penal alemán es insuficiente para atajar esta tipología criminal. El derecho de menores es parte del derecho penal y no ha de ser tenido como un repertorio de medidas de política social o asistencial. En 1993 más del 50 por 100 de los delitos de extrema derecha fueron cometidos por menores de veintiun años y el clamor popular exige el endurecimiento de la reacción contra estas conductas. Ante esto, los poderes públicos están obliga-

(9) Dra. SIGRID PILZ, Innsbruck, Austria. Lunes, 29 de agosto. «Alternativas de la Justicia».

dos a estudiar con rigor el problema y a abrir el campo a iniciativas alternativas a la acción judicial exclusiva (sic) (10).

3. *Desjudicialización. Sanciones alternativas*

Numerosas ponencias abogaron por la reducción de la intervención judicial ante los menores infractores. Sorprende al menos que la AIMJE, integrada en su mayor parte por Jueces, promueva precisamente la degradación del ámbito judicial. A consecuencia de lo anterior, aparece una inquietud también general por desarrollar las denominadas «sanciones alternativas», en evitación del proceso judicial que se asigna a la aplicación de las penas, entendiendo por tales las consecuencias más graves de los actos de los jóvenes y, particularmente, el internamiento que, como privación de libertad, ha de reservarse con prudencia a los casos más alarmantes para la sociedad.

El eterno conflicto entre el carácter imperativo del derecho penal y el principio de «mínima intervención» ha de resolverse en favor de éste último. Las Recomendaciones del Consejo de Europa se dirigen a potenciar la mediación y reparación extrajudiciales como alternativa al proceso penal para menores. Pero existe el temor de que por esta vía se relaje el respeto a los Derechos Humanos. Las Reglas de Pequín prefieren un proceso de menores sin juicio formal, pero la perspectiva de la desjudicialización ha de operar de modo reglamentario, evitando resultados desproporcionados y sin descartar a toda costa la culpabilización. El derecho de menores no puede imponer penas superiores a las previstas para adultos por unos mismos hechos. Esto, sin embargo, viene ocurriendo en Alemania y es inadmisible ya que no puede aceptarse una «recarga punitiva» con criterios educativos. Lo correcto e imprescindible, por el contrario, es implantar una «flexibilización hacia abajo» (11).

El profesor Frieder Dünkel argumentó una propuesta de atenuación de la respuesta ante la delincuencia juvenil, por tratarse generalmente de delitos menores. Este razonamiento básico se desglosa en los siguientes apartados:

1.º) El derecho de menores ha de tener un carácter autónomo y esto es irrenunciable.

---

(10) SABINE LEUTHEUSSER-SCHNARRENBERGER, Ministra de Justicia, Bonn, Alemania. Lunes, 29 de agosto. Sesión plenaria. Actos de apertura. Introducción.

(11) Prof. Dr. HEIKE JUNG. Universidad de Sarrebruck, Alemania. Lunes, 29 de agosto. Sesión plenaria. «Derechos Humanos y Jurisdicción de Menores».

2.º) La peculiaridad del derecho de menores será la respuesta suave o atenuada, respecto del derecho penal de adultos.

3.º) Los sujetos procesales del derecho de menores (Jueces, Fiscales, Abogados, Policías, técnicos sociales, etc.), han de poseer adecuada especialización y suficiente autonomía.

4.º) Principio de intervención mínima. Ello derivado de la irrenunciabilidad de los derechos y garantías (presunción de inocencia, derecho de defensa, posibilidad de recurrir las resoluciones, etc.) que e menor posee al igual que los adultos.

5.º) El derecho de defensa ha de garantizarse al menor.

6.º) La detención y prisión del menor han de acordarse con criterios de proporcionalidad.

7.º) El menor ha de disponer de iguales recursos que los mayores contra las decisiones judiciales que le afecten.

8.º) Es abusiva la detención acordada para los que denomina delincuentes «en tránsito», aludiendo, sin duda, a la detención preventiva, por meras sospechas, sin previa comisión de infracción alguna.

9.º) Sustitución de la detención provisional por el tratamiento adecuado por los asistentes sociales. Es inadmisible el mecanismo que se está desarrollando en algunos países llamado de «supervisión electrónica» y consistente en el control mediante emisores de radio implantados a los sujetos que permite su localización constante. Esta técnica es contraria a la ética jurídica y constitucional, (no precisó el ponente si tales ensayos se están realizando en su país o en otras latitudes).

10) La mayoría de edad penal ha de establecerse, al menos, en los dieciocho años.

11) La edad mínima para el derecho de menores ha de fijarse nunca antes de los quince años.

12) Los programas de mediación y reparación han de reglamentarse cuidadosamente.

13) El nivel de respuesta que la justicia juvenil ha de prever, se extenderá desde la mínima reparación hasta la pena privativa de libertad y ésta habrá de tener la mínima duración posible y venir determinada con proporción a la gravedad de la infracción.

14) Las penas privativas de libertad para los menores tendrán una duración atenuada respecto a las que la legislación penal establezca para los adultos. Además, en cuanto a su contenido, no consistirán en el simple encierro, deberán aportar ayuda educativa.

Es esencial la función de las instituciones educativas en las que apliquen tales penas. No parecen adecuados los campos militares de los EE.UU., dado que no se produce el efecto resocializador deseable, al imponerse la disciplina y todos los comportamientos por la fuerza. Dünkel se mostró abiertamente partidario de la desjudicialización, afirmando que las aspiraciones de la justicia juvenil han de ser modestas, ya que la experiencia viene demostrando que los delincuentes juveniles se reinsertan en muy pocos casos (12).

En los Países Bajos, un tercio de las medidas aplicadas son «sanciones alternativas» y sus resultados valorados como positivos. Los servicios en beneficio de la comunidad suponen un apoyo social considerable y se obtiene una colaboración muy importante. El 85 por 100 de los jóvenes delincuentes concluyen el proyecto de trabajo que les es impuesto. Mientras que la reincidencia tras las medidas convencionales está evaluada en el 81 por 100, los jóvenes provenientes de las ss.aa., reinciden con menos frecuencia y en hechos de menor gravedad. Para los casos de reincidencia por fracaso de las ss.aa., (35 por 100), se impone el regreso al sistema (13).

4. *Proporcionalidad*

La proporcionalidad fue presentada como un principio pedagógico y educativo que es puerta del proceso al joven, como una limitación necesaria de la pena que da legitimidad a la medida y ello desde el punto de vista de su (a) necesidad y (b) de la adecuación, en cuanto a la clase de tal medida. Parece que el joven no comprenderá el sometimiento a medidas severas justificadas judicialmente en sus necesidades educativas pero que se le impongan tras la comisión de un hecho leve. Sin embargo, ha de resaltarse que su propio concepto fue cuestionado en los debates. El profesor Gatti, en la misma línea de Dünkel, se preguntó si el término «proporcionalidad» es el adecuado. La tesis de Gatti no es que la proporcionalidad

(12) Prof. Dr. FRIEDER DÜNKEL, Universidad de Greifswald, Alemania. Lunes 29 de agosto.

(13) Dr. PETER VAN DER LAAN, Centro de Documentación e Investigación del Ministerio de Justicia, La Haya, Países Bajos. Lunes, 29 de agosto.

sea el principio de aplicación de las medidas en relación con la gravedad de los hechos cometidos. Este es más bien el principio de «limitación de la reacción al caso» (14).

5. *El Tercer Mundo*

Entre los problemas técnicos y jurídicos planteados por los países desarrollados y las graves carencias materiales denunciadas por los delegados del Tercer Mundo existe un salto abismal que se puso escandalosamente de manifiesto. Las tímidas lamentaciones de los delegados del Extremo Oriente o de América Latina contrastan junto a las profundas reflexiones académicas de los catedráticos europeos.

La legislación de la India en 1986 se propuso tres objetivos: (1.º) El establecimiento de un marco jurídico penal uniforme para los menores, (2.º) la prevención y tratamiento de la delincuencia juvenil y la atención de las necesidades de los niños y (3.º) el logro de la rehabilitación de los afectados por estas lacras. Esta normativa distingue y otorga consideración diferenciada a dos categorías de jóvenes: (a) abandonados y (b) transgresores. No puede someterse a los Tribunales de Menores un individuo con edad inferior a doce años y, en el tratamiento de los mismos es preeminente el aprecio de sus necesidades.

La realidad actual en la India se caracteriza por el acceso de los jóvenes a las drogas en la calle con las nefastas consecuencias que ello genera. Los poderes públicos están promoviendo la figura del acogimiento en viviendas y hogares familiares y ha sido abolida la pena capital, al tiempo que se prioriza la reinserción (15).

La delincuencia juvenil es peculiar en Brasil. Con 8.513.000 Kms^2 de extensión y ciudades superpobladas, las desigualdades sociales son muy marcadas y la delincuencia juvenil siempre ha existido y existirá. La nueva Constitución de 5 de octubre de 1988 y el Estatuto del Niño y del Adolescente (Ley 806/1990, de 13 de julio) reconocen y establecen los derechos de la infancia y la adolescencia, así como las obligaciones de protección para la sociedad y toma de conciencia por parte de todos. Durante la aplicación de la Ley y su debate a lo largo de ocho años se obtienen determi-

---

(14) KARL PERTER PUSZKAJLER, Juez de Menores, Munich, Alemania. Presidiendo la Comisión II: «Reacciones de índole judicial ante la delincuencia juvenil». Miércoles, 31 de agosto.

(15) Prof. YOGA RAO, Bangalore, India, Lunes, 29 de agosto.

nadas consecuencias: (1.ª) El 70 por 100 de los delitos se comente contra el patrimonio por niños desfavorecidos e incluso estimulados por los medios de comunicación; (2.ª) se detecta especialmente en la ciudad de Río de Janeiro y su entorno una actividad de tráfico de drogas llevada a cabo por los propios niños; (3.ª) es necesario involucrar a los económicamente fuertes; (4.ª) es urgente reintegrar a los llamados «meninos da rúa»; (5.ª) el internamiento del menor supone generalmente la deformación de la personalidad del privado de libertad, siendo preciso, para evitar este efecto, priorizar la medida de libertad vigilada y (6.ª) es necesario en Brasil adoptar soluciones creativas que en este campo coloquen al país en el nivel que ocupa internacionalmente en deportes como el fútbol (16).

Las Reglas de Pequín de 1985 han jugado un importante papel en el desarrollo de normativas en todo el mundo. También la propia China trata de aplicar tales reglas, fomentando el bienestar y aplicando medidas respecto del menor delincuente, proporcionadas al delito y a las necesidades del joven y de la sociedad. En 1991 se promulgó la Ley de Protección de los Jóvenes en la República Popular China, estableciendo medidas reeducativas y de asistencia a los menores, diferentes del mero castigo por la comisión de unos hechos. Antes de los catorce años, no hay responsabilidad penal. Entre 14 y 16 años, se exige responsabilidad por delito grave como asesinato, atraco, incendio, etc. Entre dieciseis y dieciocho años, dependiendo de la gravedad del hecho, tratan de intervenir con respuestas educativas. Aquí actúan las «Juventudes Comunistas» y otros organismos similares. Resalta el papel de los llamados «Comités de Ciudadanos» constituidos, de modo voluntario y no retribuido, normalmente por ancianos interesados en ello y que disponen de tiempo libre suficiente. Controlan la asistencia de la escuela de los menores de dieciocho años, también detectan a los que «van por mal camino», se dedican al juego con dinero, vagabundean o se integran en bandas delincuenciales. Todas estas actitudes se controlan y corrigen. Se hace mediante la «interrupción» de las «malas compañías» y la motivación de los jóvenes hacia la utilidad para la sociedad (17).

En Tailandia se crearon Tribunales de Menores y Familia en el año 1951 y funcionan desde 1991. Los jóvenes de entre 7 y 14 años no son sancionables y son puestos bajo la tutela de sus padres u otros adultos responsables que convivan con ellos. Sin embargo, si el Tribunal estima que

(16) MOAZCIR RODRÍGUEZ, Río de Janeiro, Brasil, Lunes, 29 de agosto.

(17) SHAO WENHONG, Subdirectora del Departamento de Investigación Académica del Tribunal Popular Supremo, Pekín, China. Lunes, 29 de agosto.

tienen necesidad de «escuela» o «reformatorio», allí son enviados. Condenado penalmente un menor de 24 años, el Tribunal puede mandar al penado a una escuela o reformatorio del Ministerio de justicia (18).

La historia del derecho penal de menores en América Latina está plagada de toda clase de injusticias. Problemas sociales como son el abandono, la mendicidad y el desempleo, han sido convertidos en problemas legales de tipo penal. La ideología del «peligro social» y de las «medidas» ha atentado contra los Derechos Humanos de los niños y de los jóvenes, ha servido para estigmatizarlos como niños enfermos, niños problema o niños peligrosos. Pero a la vez ha servido para ocultar o negar la incapacidad de los Estados para solucionar los conflictos sociales, económicos y políticos de la sociedad. Sin embargo algo se ha avanzado, y el proceso de reforma iniciado a partir de la Convención no debe quedarse sólo en el plano legislativo. Debe convertirse en un factor desencadenante para la transformación de las condiciones reales en las que vive la infancia latinoamericana (19).

6. *Inoperancia de las normas internacionales*

La normativa internacional del más alto rango (Reglas de Beijing, Convenio de las NN.UU. sobre Derechos del Niño, etc.), está constantemente presente en los trabajos del congreso. Sin embargo, muchos estados no han suscrito los convenios y, todavía más grave, una parte de los que sí los han ratificado —habiendo formulado o no reservas— incumplen sistemáticamente sus prescripciones.

El día a día de la práctica judicial no conlleva la aplicación de los Derechos Humanos y es preciso denunciarlo. Ello en parte es consecuencia de que los tratados internacionales no suponen un compromiso serio de los estados que los suscriben (20).

Se denuncia la existencia de «burocracias autoalimentadas», es decir, la constitución de entes y equipos institucionales a los que se destinan gran-

---

(18) Delegado de Tailandia en la Comisión II: «Reacciones de índole judicial ante la delincuencia juvenil». Miércoles, 31 de agosto.

(19) Prof. Dr. CARLOS TIFFER SOTOMAYOR, San José, Costa Rica. «Derecho Penal de Menores y Derechos Humanos en América Latina». GRUPO DE TRABAJO IV (en español). Jueves, 1 de septiembre.

(20) Prof. Dr. HEIKE JUNG. Universidad de Sarrebruck, Alemania. Sesión plenaria. Ponencia introductoria. «Derechos Humanos y Jurisdicción de Menores». Lunes, 29 de agosto.

des cantidades de fondos en dólares USA. Frente a estos, son necesarios urgentes e importantes cambios a través de modalidades de actuación no institucionalizadas (21).

Ciento cincuenta estados ratificaron el Convenio de las NN.UU., muchos de los cuales no han suscrito ningún otro instrumento de Derechos Humanos para adultos. A parte existe una desproporción escandalosa entre los instrumentos de Derechos Humanos y la realidad de su aplicación, cuando se constatan prácticas generalizadas de venta de niños, pornografía, prostitución, etc. La responsabilidad de la Comunidad Internacional va más allá de la creación de esta normativa sobre la materia y no es satisfactorio que fracase después en su aplicación como se ha constatado. Es preciso recalcar el carácter vinculante de la Convención que, en su art. 12 dice que los Estados han de asegurar al niño su derecho a expresar sus opiniones y que éstas han de merecer la valoración correspondiente a su edad y madurez, que ha ser escuchado en los procesos que le afecten, por sí sólo o a través de sus representantes (22).

7. *Pena de muerte*

El art. 28 de la Convención de Derechos del Niño —siguiendo el art. 17.2 de las Reglas de Pequín—, impide la aplicación de la pena capital a menores de dieciocho años, aunque las más recientes leyes de los EE.UU, infringen esta norma y suponen un lamentable paso atrás. Además, la aplicación de penas físicas genera malestar en la opinión pública. Es necesaria la abolición de toda sanción física que cause lesiones al condenado y los Derechos Humanos no pueden quedarse a la puerta de los establecimientos penitenciarios (23).

Una encuesta reciente, realizada en los EE.UU, con 250 Magistrados Jueces de Menores, demuestra su gran dedicación a su profesión. Ello no

---

(21) Dr. CARLOS ELBERT, Buenos Aires, Argentina.

(22) GEERT CAPPELAERE, del Children's Rights Centre en Gante, Bélgica. Marte, 30 de agosto. Sesión plenaria. Ponencia introductoria. «La observancia de los Derechos Humanos en la práctica del Derecho de Menores y del Derecho de Familia: La visión de las organizaciones de Derecho Humanos». Lunes, 29 de agosto.

(23) Prof. Dr. HEIKE JUNG. Universidad de Sarrebruck, Alemania. Sesión plenaria. Ponencia introductoria. «Derechos Humanos y Jurisdicción e Menores». Lunes, 29 de agosto.

obstante, el 41 por 100 opina que cabe la pena de muerte en algunos casos, contra lo que se establece en las Reglas de Beijing (24).

El informe de Amnistía Internacional correspondiente al año 1993 destacó los casos de Turquía y EE.UU., por tratarse de estados de derecho, constituidos democráticamente desde el punto de vista formal. Se ha constatado que en Turquía la Policía torturó a un niño de quince años, detenido cuando llevaba alimentos a un tío suyo, preso político. Las torturas tuvieron por objetivo la obtención de información policial referida a este preso de conciencia. Ningún respeto se observó en este caso al derecho de defensa del menor detenido, como es natural. En los EE.UU fueron condenados cuatro jóvenes con edad en torno a diecisiete años, con imposición de la pena capital que se ejecutó a continuación para dos de ellos. Previamente, la Fiscalía había recusado por dos veces la composición del jurado por personas de color. Los Abogados defensores eran neófitos en juicios con petición de pena de muerte. Uno de los ajusticiados era alcohólico desde los diez años y recibía tratamiento psiquiátrico. Ello ocurre mientras que EE.UU., desde 1977 tiene suscritos los tratados internacionales que, entre otros aspectos, proscriben la pena de muerte (25).

En los EE.UU., parece que ahora se tiende a acrecentar la severidad de los castigos y en el rigor en el tratamiento de los menores. Un alcalde de Nueva York se pronunció públicamente en favor de negar los derechos constitucionales a los toxicómanos. Se dice que hay un problema de constitucionalismo derivado de la autonomía federal que impide erradicar la pena de muerte. Un joven de catorce años fue electrocutado en condiciones dramáticas de prolongada y cruel agonía porque, dada su baja estatura, la silla eléctrica tardó en lograr su natural efecto, a pesar de que previamente había sido adaptada técnicamente para la ejecución de una persona de envergadura muy inferior a la prevista por el fabricante (26).

---

(24) GEERT CAPPELAERE, del Children's Rights Centre en Gante, Bélgica. SEsión plenaria. Ponencia introductoria. «La observancia de los Derechos Humanos en la práctica del Derecho de Menores y del Derecho de Familia: La visión de las organizaciones de Derechos Humanos». Martes, 30 de agosto.

(25) Sr. GAOS. Delegación de Amnistía Internacional para Alemania. Sesión plenaria. «La observancia de los Derechos Humanos en la práctica del Derecho de Menores de Familia: La visión de las organizaciones de Derechos Humanos». Martes, 30 de agosto.

(26) Sra. HUNTER. Organización de Defensa Internacional del Niño en Israel. Sesión plenaria. «La observancia de los Derechos Humanos en la práctica del Derecho de Menores y del Derecho de Familia: La visión de las organizaciones de Derechos Humanos». Martes, 30 de agosto.

8. *Nuevos modelos científicos y estudios recientes*

El profesor Humberto Gatti enunció cinco modelos de justicia juvenil, recalcando que se trata de formulaciones teóricas, ajenas por tanto a la realidad, en la que no pueden ser encontrados.

1.º) MODELO REEDUCATIVO. Aparece en Chicago a finales de siglo pasado y ha venido funcionando durante lustros sin generar críticas en los EE.UU, donde lo aplicaron los primeros Tribunales de Menores. Sin embargo, a este modelo se achaca una indeseable ambigüedad entre conceptos tan distintos como castigo, educación y corrección.

2.º) MODELO DE NORMALIZACIÓN. Tendente a traspasar al menor de la esfera judicial: Desjudicialización, con un «real desvío» («diversión») hacia un ámbito no obligatorio. Las medidas alternativas se convierten, en ocasiones, en «adicionales». En los Países Bajos el internamiento es aplicado excepcionalmente, aunque, como ha ocurrido en el último año en Gran Bretaña, están previstas penas carcelarias desde los diez a los dieciseis años, pudiendo ser hasta de dos años de duración para los mayores de quince. Estas previsiones son claramente instituciones «ante el público».

En Gran Bretaña también se han aplicado sanciones alternativas, pero detectándose en su práctica un problema de «bifurcación»: Mientras que las medidas alternativas se aplican a los jóvenes en mejor situación, las sanciones duras se reservan para las capas marginadas. Como anécdota reveladora, recuerda el ponente que el 90 por 100 de las internas de la cárcel de mejores de Roma son de etnia gitana.

3.º) MODELO DE RESPONSABILIZACIÓN. Una justicia de regeneración o que restauración, con introducción de la figura de la víctima a través de los institutos de la mediación y de la reparación. Estos recursos pueden articularse como castigo o sanción judicial o bien aplicarse al margen de lo judicial.

4.º) MODELO TECNOLÓGICO. Utilización de especialistas. Aunque la pertenencia de todos los profesionales a una misma red pública, al igual que la totalidad de las intervenciones, puedan dar lugar a un corporativismo valorable como negativo.

El autor concluye afirmando que presenciamos hoy una crisis de la justicia en el campo de los menores. La introducción de garantías y derechos incrementa la gravedad de las sanciones y su carga represiva para los más marginados (modelo 3.º de los expuestos). Frente a este panorama, hay novedades prometedoras, como son la mediación y la coordinación. Esta es-

peranza no es compatible con las nuevas tendencias en los EE.UU., donde se propone devolver a los menores al sistema penal de adultos, con el pretexto de que de esta forma se beneficiarán plenamente de los derechos y garantías procesales. Por contra, lo adecuado es el regreso a la justicia de menores, dado que su eliminación supondría anular las nuevas posibilidades de innovación.

La exposición de Gatti se presentó gráficamente en el siguiente esquema que ofreció a la sala como mejor resumen didáctico (27):

MODELOS DE JUSTICIA DE MENORES	1	2	3	4	5
DENOMINACIÓN	REEDUCATIVO TRATAMIENTO	RETRIBUTIVO JUSTICIA	NORMALIZACIÓN NO INTERVENCIÓN	RESTAURATIVA REPARADORA	CORPORATIVISMO
OBJETO	MENOR	DELITO	REACCIÓN JUDICIAL	DAÑO	PROBLEMA
DELITO EXPRESIÓN DE	PATOLOGÍA	LIBRE ELECCIÓN	NORMALIDAD	CONFLICTO	DEFECTO DE SOCIALIZACIÓN
ACCIÓN	TRATAMIENTO	CASTIGAR	EVITAR ESTIGMATIZACIÓN	REPARAR DAÑO	REESTRUCTURAR COMPORTAMIENTO
PERSONAL	PSICOSOCIAL	JUDICIAL	NO ESPECIALIZADO	MEDIACIÓN	ESPECIALISTAS EN JUSTICIA DE MENORES
CONTEXTO	PATERNALISTA	ORDEN, JUSTICIA, LEY	REFORMADOR	REGULARIDAD	TECNOLÓGICO

De gran interés por su calidad y elaboración resulta la investigación criminológica realizada en Suiza entre fines de 1992 y principios de 1993. Juan Rabasa y Patrice Villettaz presentaron el estudio titulado «La juventud frente a la droga o qué política preventiva para los jóvenes», trabajo agraciado con el premio «Veillard-Cybulsky» del congreso. Su propósito fue elaborar un nuevo concepto de política de prevención en materia de toxicomanía para la juventud. Los extremos tratados se resumen en los apartados siguientes:

---

(27) Prof. Dr. HUMBERTO GATTI, Universidad de Génova, Italia. Comisión II: «Reacciones de índole judicial ante la delincuencia juvenil». Martes, 30 de agosto.

1.º) El consumo tradicional de drogas en los territorios en que se cultiva «no es percibida por los campesinos de esas zonas como un crimen contra la humanidad».

2.º) Los países productores del Tercer Mundo carecen de otras soluciones más conformes a las normas para asegurar las necesidades elementales de sus habitantes. Pero esta situación destruye sus instituciones, genera corrupción y produce un consumo de drogas tan importante como en el hemisferio norte. «Todas las hipótesis que sin fundamento dejaban suponer que el problema del consumo de drogas afectaba solamente a la juventud de los países occidentales deben ser descartadas».

3.º) Las edades de inicio en el consumo de drogas, 17/18 años para el haschis y 19/21 para las duras (cocaína/heroína) durante finales de los setenta e inicios de los ochenta —coincidiendo con la independencia del hogar paterno— se rebajan alarmantemente a 12 y 14 años, respectivamente.

4.º) A la edad de 21 años, el 26 por 100 de los jóvenes ha consumido hachis y 3,4 por 100 ha probado drogas «duras». «Esta proporción parece aumentar en los últimos años».

5.º) El 70 por 100 de los consumidores de hachis lo obtienen de una persona con la que se relacionan estrechamente. El mismo porcentaje de jóvenes compra la droga en su lugar de residencia.

6.º) Existe una relación significativa entre la disponibilidad económica —dinero de bolsillo semanal para diversiones— y el consumo. «Los jóvenes que disponen de muy poco dinero... prácticamente no han consumido marihuana...» (28).

(28) JUAN RABASA y PATRICE VILLETTAZ, Instituto de Policía Científica y Criminología de la Universidad de Lausanne. «La juventud frente a la droga o qué política preventiva para los jóvenes». Premio «Veillard-Cybulsky» del congreso.

CRÓNICA DEL SEMINARIO EUROPEO SOBRE EL RACISMO Y LA XENOFOBIA

PALOMA CONDE-PUMPIDO GARCÍA
Fiscal del TST de Madrid

Durante los días 4 y 7 de octubre de 1995 tuvo lugar en WUSTRAU (Alemania) el Seminario Europeo sobre el Racismo y la Xenofobia destinado por primera vez a Magistrados y Fiscales y organizado a iniciativa del Ministerio de Justicia de Saxe (Alemania) y Francia como continuación de un línea de actuación iniciada ya en junio de 1994 en Corfú a nivel político y jurídico de la Comunidad Europea, y en respuesta a la cada vez mayor preocupación que el tema origina. Junto a los representantes de los sistemas judiciales de 14 países participaron en este Seminario representantes de I Comisión Europea del Consejo de la Unión Europea, del Consejo de Europa y del Ministerio de Justicia español que ostentaba en ese semestre la Presidencia Europea.

El motivo principal de este Seminario, como ya se ha señalado, era el intercambio por parte de los «prácticos del Derecho» de información acerca de como, en los respectivos países, se manifiestan los cada vez mayores problemas sobre racismo, xenofobia y antisemitismo, así como sobre las respuestas jurídicas que se adopta al respecto.

Para mejor centrar el tema, la organización incluyó un cuestionario muy concreto relativo a datos sobre acciones racistas, xenófobas y antisemitas, así como a las estadísticas sobre el tema, todo ello desde 1991 a 1995.

Como consecuencia de ello, la Fiscalía Española pudo concluir tras estudiar el tema para dar respuesta a lo solicitado, los siguientes puntos que hacen mención a la situación del problema en nuestro país:

1.º Las únicas estadísticas al respecto solamente podemos hallarlas en la Memoria Anual de la Fiscalía General del Estad (Estados B-2) que, salvo en los supuestos referentes a los delitos contra el Derecho de gentes

(art. 137 bis) que tienen tratamiento individualizado, no relaciona diferenciadamente los restantes tipos penales que incorporan en su definición un móvil discriminatorio de carácter racial, étnico... (art. 165; 165 TER; 173-4.º; 181 bis y 194 del acta Código Penal). Ello nos lleva a afirmar que entre 1991 y 1993 no se ha abierto procedimiento penal alguno en persecución de un presunto delito de genocidio.

Sin embargo, desde finales de la década de los 80, los diversos medios de comunicación periodísticos han dado cuenta y señalado la creciente realización del territorio español de conductas violentas cometidas bajo el signo de la intolerancia el racismo y la xenofobia. Hasta tal punto el fenómeno fue adquiriendo trascendencia que, desde 1992, la Fiscalía General del Estado ha «sugerido» a las distintas Fiscalías Territoriales españolas que anualmente dediquen un capítulo en su Memoria dirigido al análisis y exposición de los «hechos motivados por conductas xenófobas a racistas y también por la intolerancia y el fanatismo, que hubieran sido objeto de persecución judicial».

En la Memoria de 1993 se recogen las primeras contestaciones a la invitación señalada sin que haya tenido continuación de 1994. Los Fiscales, en efecto, dieron cuenta de los procesos incoados con anterioridad a 1993 por las diferentes autoridades judiciales en sus respectivos territorios sobre la materia, llamando la atención el escaso número de causas directamente vinculadas con el racismo o la xenofobia aún cuando éstas revistan gravedad extraordinaria: en concreto dos en Barcelona, dos en Jaen y una en Madrid.

2.º Respecto a la naturaleza del hecho enjuiciado, los procesos seguidos por la Jurisdicción española de los que tenemos noticia pueden ser clasificados en 2 grupos:

a) Aquellos que tienen su origen en grupos juveniles de naturaleza violenta relacionados con posiciones ideológicas de la ultraderecha que actúan fundamentalmente en los espectáculos de masas (no sólo en los campos de fútbol —ultras— sino también en conciertos de música moderna), o incorporados en las denominadas tribus urbanas (significadamente «skin heads» y «Acción Radical»).

b) Aquellos que derivan de la marginación tradicional que en España se ha visto sumida la etnia gitana, que ha provocado ocasionalmente brotes de violencia colectiva (casos de Martos y Mancha Real).

3.º Si bien es cierto que no puede proporcionarse una estadística oficial, desde la Administración de Justicia Española, de los delitos en general que tienen una motivación racista, toda vez que los datos publicados

cuantifican los delitos en atención al bien jurídico protegido (vida, integridad física...) sin que se especifique no solo la nacionalidad de la víctima, sino tampoco los motivos y circunstancias que han condicionado el ilícito, el hecho de que el fenómeno es cada día más preocupante lo constatan los siguientes factores:

— La cada vez mayor profusión de noticias periodísticas de hechos de esta naturaleza.

— Las llamadas de atención de la Fiscalía General del Estado sobre la necesidad de atajar con medidas de política criminal y legislativas los brotes de racismo y xenofobia (Memoria 1991).

— Los informes de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado que aún sin alarmismos, reconocen un aumento del fenómeno sobre todo en relación con las denominadas «tribus urbanas».

— El consenso generalizado de todos los grupos parlamentarios y fuerzas políticas que vieron la necesidad de modificar el Código penal español exigiendo un mayor rigor punitivo par las acciones que se lleven a cabo con finalidades racistas o xenófobas (agravante del art. 23-5 del nuevo Código Penal).

En esta línea de actuación política hay que señalar que durante la Presidencia española de la Unión Europea se ha aprobado de aprobar un instrumento jurídico denominado Acción común sobre Racismo y Xenofobia para luchar contra actividades que inciten a la violencia de esta clase. Se trata de un instrumento jurídico vinculante para todos los estados miembros, incluso para los que no se ven afectados por el fenómeno, para impedir que los autores de estos delitos no obtengan la ventaja del hecho de que las actividades racistas y xenófobas tienen tipificaciones penales divergentes en los Estados y se desplazan de uno a otro para eludir diligencias penales o ejecución de penas continuando sus actividades impunemente (hecho éste claramente constatado en el Seminario de Wustrau a lo largo de las exposiciones de los diferentes juristas participantes).

Por último, y entre las conclusiones del citado Seminario caben destacar no sólo la necesidad de que los encargados de aplicar el Derecho estén mejor informados y asociados a los trabajos que se desarrollan en el cuadro de las instituciones internacionales, sino también la de que estén especializadas en materia de lucha contra el racismo y la xenofobia en la medida que sea necesario dado el cada vez mayor número de casos de esa naturaleza que se produce en los diferentes países y que tienden a adquirir relevancia internacional.

Madrid, a 20 de noviembre de 1995