

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

NÚM. 4



1997

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

D i r e c t o r
JESÚS CARDENAL FERNÁNDEZ

V o c a l e s
JOSÉ APARICIO CALVO RUBIO
JUAN JOSÉ MARTÍNEZ ZATO
EDUARDO TORRES-DULCE LIFANTE
ROGELIO GÓMEZ GUILLAMÓN
RAFAEL VALERO OLTRA
MIGUEL COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA
JOAQUÍN SÁNCHEZ-COVISA VILLA
ANTONIO VERCHER NOGUERA
JAIME MORENO VERDEJO

S e c r e t a r i a
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 no incluyen IVA.

Correspondencia:

Redacción: C/ Fortuny, 4, 28010 Madrid

Distribución, suscripciones y venta: San Bernardo, 62
28015 Madrid

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

NÚM. 4



1997

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

NIPO: 051-98-002-1

ISSN: 1135-0628

Depósito Legal: M. 5500-1995

Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado
Avda. de Manoteras, 54
28050 Madrid

SUMARIO

Págs.

| | |
|---|---|
| « <i>Pasado, presente y futuro del Ministerio Fiscal</i> ». Conferencia pronunciada por el Excmo. señor don Carlos Granados Pérez, Fiscal General del Estado, en el Club Siglo XXI, dentro del ciclo «Hacia la España del siglo XXI», el 7 de marzo de 1996 | 7 |
|---|---|

I. ESTUDIOS

| | |
|--|-----|
| KARL-HEINZ GÖSSEL: <i>El Ministerio Fiscal y la Policía Criminal en el procedimiento penal del Estado de Derecho</i> | 25 |
| JUAN MONTERO AROCA: <i>Tutela judicial y derecho al recurso en el proceso penal</i> | 49 |
| JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER: <i>La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: Aspectos estructurales a la luz del Derecho comparado</i> | 83 |
| MARÍA JOSÉ MASCARELL NAVARRO: <i>El Ministerio Fiscal en las suspensiones de pagos</i> | 115 |

II. NOTAS Y COMENTARIOS

| | |
|--|-----|
| ÁNGEL GIL HERNÁNDEZ: <i>Aproximación dogmática al bien jurídico seguridad del tráfico en el nuevo Código Penal</i> | 145 |
| JESÚS IGNACIO FERNÁNDEZ DOMINGO: <i>Algunos problemas en la actualización de rentas</i> | 167 |

| | |
|--|-----|
| LUIS RODRÍGUEZ SOL: <i>La responsabilidad civil de los coautores, cómplices, encubridores y receptadores</i> | 179 |
| NOTA: <i>Las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en Internet</i> | 201 |

«PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL MINISTERIO FISCAL»

Conferencia pronunciada por el Excmo. Sr. don Carlos Granados Pérez, Fiscal General del Estado, en el club Siglo XXI, dentro del ciclo «Hacia la España del Siglo XXI», el 7 de marzo de 1996

En el libro «Búsqueda sin término» escribió Karl Popper: «Creo que el desafío es la única excusa que existe para dar una conferencia». Y disertar hoy desde esta prestigiosa tribuna ante ustedes sobre el Ministerio Fiscal, tras haber ostentado durante cerca de dos años la máxima responsabilidad al frente de esta institución, constituye no sólo un inmenso honor, sino también un reto al que he accedido con gusto, recordando las palabras de aquel filósofo.

Y es que el Ministerio Fiscal, sorprendentemente, sigue siendo para la sociedad un gran desconocido. Continúa predominando esa superada concepción del Fiscal como implacable acusador. Para el responsable político, una institución poco comprendida. Y para el teórico un auténtico quebradero de cabeza: un órgano que se resiste a ser encasillado con naturalidad en los ámbitos que diferencian los tradicionales poderes del Estado.

Los tintes de incertidumbre y ambigüedad con que se viene adornando la institución desde diversas posiciones doctrinales no han favorecido su mejor comprensión.

Voy a intentar exponerles las razones por las que niego la confusión. Observo un presente y presiento un futuro del Ministerio Fiscal lleno de certidumbre y solidez, en los trascendentales cometidos que le son propios, en cuanto institución de relevancia constitucional en fase de expansión y consolidación como pieza esencial de nuestro sistema jurídico y social.

I. PASADO

Empezaré por un breve apunte histórico con el que trataré de explicar las causas que originaron el Ministerio Público, y las transformaciones radicales que ha experimentado hasta nuestros días.

El Ministerio Fiscal actual tiene muy poco que ver con sus precedentes históricos y quizás haya que buscar ahí el primer germe del confusionismo.

El Ministerio Fiscal procede etimológicamente de las palabras latinas minister —funcionario de elevada categoría— y fiscus: cesta donde se guardaban las monedas recaudadas por el pago de los impuestos. Con este significado se personaliza en el «advocatus fisci» o defensor del patrimonio del monarca, en el que aflora un carácter económico que no se identifica en absoluto con la institución que nosotros conocemos.

Lo que caracteriza la historia del Ministerio Fiscal es una larga y constante marcha hacia la unidad de acción en la defensa judicial de los intereses públicos. Son pues dos las líneas de fuerza que confluyen en la evolución histórica del Ministerio Fiscal y que me interesa destacar en esta apretada síntesis: una va encaminada a dotar de unidad a la institución; la otra tiende a configurarle como un defensor judicial de los intereses primero estatales y luego colectivos y sociales. Ambas tendencias cristalizan en el actual diseño de la institución.

Es correcto situar los orígenes del Ministerio Fiscal en la Baja Edad Media y distinguir tres grandes períodos a lo largo de los cuales se va consolidando progresivamente la búsqueda de los principios de unidad de acción y dirección.

El primero de ellos corre desde mediados del siglo XIII hasta fines del siglo XV. Alfonso X en la Cuarta Partida define la figura del «patronus fisci» como institución destinada a la tutela procesal permanente de los asuntos de interés público y menciona la existencia de abogados (o «personeros del rey») que actúan en los pleitos que interesan a la Cámara Regia.

El segundo período camina más acentuadamente hacia el principio general de unidad de acción y dirección que es típico del organismo fiscal en su concepto moderno.

El paso esencial correspondió a los Reyes Católicos que situaron a la Fiscalia, con la función básica de la defensa jurídica de los intereses morales de la sociedad, en el seno del sistema de los tribunales de justicia, es decir, Reales Chancillerías, Audiencias, etc.

La sistematización de la normativa, muy copiosa desde las Ordenanzas de Medina, de los Reyes Católicos sobre los «Procuradores Fiscales», corresponderá a Felipe II en la Nueva Recopilación, donde ya se emplea la denominación de «Fiscales de Su Majestad» y encontrará su configuración final, por lo que a este período corresponde, en la Novísima Recopilación, que sitúa a estos Fiscales exclusivamente en las Audiencias y Chancillerías, dividiéndolos en algunas de ellas entre «Fiscales del crimen» y «Abogados Fiscales».

Lo típico del tercer período será la tendencia a la introducción del modelo francés de un solo Fiscal General que diese unidad al conjunto de los Fiscales actuantes en los diversos Tribunales. El intento de Felipe V de aplicarlo, con pretexto de la reorganización judicial de la «Nueva Planta», no logró alcanzar ese objetivo de unidad en la dirección.

Fue el Real Decreto de 26 de abril de 1844 el texto legal que dio el paso final de concertar la dirección en el ejercicio de la acción pública mediante la unidad indispensable, lo que se preceptuó con la institución de un solo Fiscal en el Tribunal Supremo y otro en cada una de las Audiencias. Las posteriores reformas del Ministerio Fiscal desde 1848, pasan principal, aunque no exclusivamente, por la Ley de Organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870, la Compilación sobre Enjuiciamiento Criminal de 20 de octubre de 1879, y la Ley sobre idéntica materia de 1882.

En ellas se dictan una serie de disposiciones señalando las atribuciones y deberes del Ministerio Fiscal que pueden encerrarse en las ideas de promover la acción de la justicia en todo lo que se refiere al interés público, confiarle velar por la observancia de las leyes que se refieran a la organización de los Juzgados y Tribunales (es decir, defensa de una legalidad restringida), y representar al Gobierno ante el poder judicial.

Esas competencias y atribuciones de nuestra institución se reflejan en el primer Estatuto del Ministerio Fiscal de 1926.

En ese marco legal se explican afirmaciones que hoy suenan tan lejanas a nuestro actual sistema, como la que se puede leer en la Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo de 1888: «El Ministerio Fiscal es el brazo del Gobierno para la administración de justicia; y el Fiscal del Tribunal Supremo, inmediatamente subordinado al Ministerio de Gracia y Justicia, debe darle cuenta de sus actos como centinela de la Ley y representante del Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial». O en fechas más próximas, leemos en la Memoria de 1947, las pronunciadas por quien entonces ostentaba la máxima representación del Ministerio Fiscal: «a través del Fiscal del Tribunal Supremo las Fiscalías todas reciben la inspiración del Gobierno».

La Ley provisional sobre organización del Poder Judicial de 1870 atribuía al Ministerio Fiscal la representación del Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial, representación gubernamental que se mantuvo en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1926, hasta que la Ley Orgánica del Estado de 1967 sustituyó la palabra «representación» por la de «comunicación», convirtiéndose así en el órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia, manteniéndose en ambos supuestos la dependencia del ejecutivo, como fue bien expresivo el Reglamento del Ministerio Fiscal de 1969 en cuyo artículo 86 se dispone que el Ministerio de Justicia podrá dirigir al Fiscal del Tribunal Supremo (nombre con el que se conocía al actual Fiscal General del Estado) orden escrita o verbal, añadiendo que el Fiscal cumplirá dichas órdenes.

Esta concepción del Ministerio Fiscal implicaba, de un modo u otro, una evidente dependencia gubernamental.

II. PRESENTE: EL MODELO CONSTITUCIONAL DEL MINISTERIO FISCAL

En la reciente evolución del Ministerio Fiscal el momento crucial se sitúa en el año 1978, cuando se aprueba la Constitución y, posteriormente, en 1981, cuando se promulga el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Es precisamente el nuevo modelo institucional diseñado por la Constitución el que permite afirmar, con rotundidad, que se ha producido una clara transformación en las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Ministerio Fiscal.

La concepción del Ministerio Fiscal anterior a la Constitución implicaba, como se ha dejado expresado, una evidente subordinación al Gobierno incompatible con el nuevo modelo constitucional de Ministerio Público, con las innovadoras funciones que ahora se le atribuyen —especialmente la defensa de los derechos de los ciudadanos— y, sobre todo, con el sistema político instaurado.

Es sorprendente que la antigua concepción del Ministerio Fiscal como órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia se mantuviera incluso hasta el Anteproyecto de Constitución; si bien, fruto de varias enmiendas de la oposición, —en una de ellas se argumentaba que «el Ministerio Fiscal debe abandonar toda dependencia gubernamental para que pueda cumplir su auténtica función»—, se produjo un cambio de actitud en el Grupo Centrista, entonces en el Gobierno, cuyo portavoz, tras reconocer expresamente que el Ministerio Fiscal no era agente del ejecutivo, afirmó que si la enmienda se sometía a votación se abstendrían, y ello permitió que fuera aprobada y la nueva redacción permaneció ya invariable hasta convertirse en el vigente artículo 124.2 de la Constitución en el que se proclama que «el Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad».

Como ya tuve ocasión de subrayar en mi primer discurso de Apertura de Tribunales, el apartado segundo del artículo 124 de la Constitución rompe, acertadamente en este punto, con el pasado y, de forma inequívoca y rotunda, modela un Ministerio Fiscal sometido exclusivamente a los principios de legalidad e imparcialidad, que se configura como órgano constitucional del Estado con autonomía funcional para el logro de las importantes funciones que le atribuye el apartado primero de dicho artículo 124 que deben ser resaltadas: promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos, del interés público y social, y velar por la independencia de los Tribunales.

En una primera aproximación, esas grandes funciones que antes enumera siguiendo el hilo del artículo 124 de la Constitución, aparecen ligadas

por un denominador común: la permanente referencia a la acción de la Justicia. El ámbito normal de desenvolvimiento de las actuaciones del Fiscal es la Administración de Justicia, de ahí que la Constitución regule al Ministerio Fiscal en el título destinado al Poder Judicial y que el vigente Estatuto Orgánico remarque desde su pórtico su integración en el Poder Judicial «con autonomía funcional». Ahora bien, aunque esa referencia al Poder Judicial sea uno de los trazos básicos para dibujar al Fiscal postconstitucional, hay que apresurarse a recordar que la actuación del Ministerio Fiscal no se construye necesariamente al ámbito de la Administración de Justicia. No puede ser éste el único lazo que dé unidad a las variadas misiones del Fiscal. Si se profundiza en cada una de ellas enseguida se atisbará un horizonte de mayor calado: el Fiscal —y a esa concepción responden todas esas misiones— se erige en nuestro ordenamiento vigente, en un defensor de los intereses de la Sociedad donde quiera que estén.

Personalmente entiendo que todas las atribuciones —hoy en clara tendencia expansiva— no son aspectos desconectados entre sí, sino que tienen un único y común telón de fondo: el Fiscal hoy es —ha de ser— un puente entre los Tribunales y la Sociedad. El representante de la Sociedad ante los Tribunales: un auténtico abogado de la Sociedad que asuma —con la mayor pasión y absoluta imparcialidad— la defensa de los intereses que no son de nadie en particular porque pertenecen a toda la Sociedad.

No otra cosa puede inferirse si se recuerdan las competencias más importantes, entre las que podemos mencionar las siguientes: preserva el ordenamiento de cualquier contaminación de inconstitucionalidad interviniendo en las cuestiones de inconstitucionalidad y está legitimado para interponer recurso de amparo constitucional, tratando de reparar las violaciones de los derechos fundamentales y libertades públicas, a ese fin igualmente le impele a actuar la Ley 62/1978; le corresponde velar por la independencia de jueces y Magistrados; proteger los intereses y derechos de menores e incapacitados, teniendo atribuida la investigación de las causas competencia de los Juzgados de Menores; interviene en defensa de los derechos de los internos en los centros penitenciarios, igual que lo debe hacer en interés de las personas residenciadas en centros de acogida y de la tercera edad, que puedan estar precisadas de amparo; puede instar el procedimiento de hábeas corpus en garantía de la libertad de los ciudadanos; coadyuva con la Comisión Europea en la defensa de los intereses comunitarios y en la lucha contra el crimen organizado; interviene ante el Tribunal de Cuentas, tanto en su función fiscalizadora como jurisdiccional; defiende la pureza del proceso electoral interviniendo en el recurso contencioso electoral; y además, ejercita las acciones que correspondan en el proceso penal, bien solicitando el castigo de quien ha cometido un delito, o bien la absolución de quien es acusado sin base suficiente.

ciente asumiendo entonces el interés de la Sociedad en que el inocente no sea castigado.

La defensa de la legalidad desde la imparcialidad constituye, pues, el principio rector que, por mandato constitucional, caracteriza la actuación del Ministerio Fiscal. Y ello estriba no sólo en puro sometimiento a la Ley, como todos, poderes y ciudadanos, sino que adquiere una especial relevancia en cuanto que la defensa de la legalidad constituye el fin esencial de su actuación y al mismo tiempo su límite en cuanto el Ministerio Fiscal, en cada uno de los Fiscales que lo integran, están sujetos, en todas sus intervenciones, a ese principio.

Aunque la Ley es la única sujeción a que se somete y condiciona la actividad del Ministerio Fiscal, ello no es óbice para que resulte necesario, en cuanto solidario con los poderes proclamados en la Constitución y con las demás instituciones del Estado, para el mejor y más justo servicio a la ciudadanía y al interés público, establecer áreas de coordinación y cooperación, entre las que se incluyen las competencias que vienen constitucional y legalmente reconocidas a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, perfectamente compatibles con la concepción constitucional del Ministerio Fiscal como órgano del Estado con autonomía funcional.

Relaciones con el Gobierno

Al Gobierno, democráticamente elegido, le está encomendada constitucionalmente la política interior y exterior del Estado y, sin duda, en el ámbito de aquélla debe enmarcarse la política criminal. Por ello, evidentemente, no le resulta indiferente la intensidad y el esfuerzo que se preste en la lucha contra determinadas manifestaciones delictivas, lo que explica que el legislador ordinario haya atribuido al Gobierno, específicamente, la facultad de poder interesar del Fiscal General del Estado que promueva ante los Tribunales las acciones pertinentes, en orden a la defensa del interés público.

El uso por el Gobierno de tales posibilidades no entraña, sin embargo, una obligada actuación por parte del Ministerio Fiscal, que, en todo caso, se conducirá con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico (art. 6 EOMF). De ahí que cuando la petición del Gobierno carezca de fundamento o no sea acorde con la legalidad deba ser rechazada, de forma razonada, previa audiencia de la Junta de Fiscales de Sala del Tribunal Supremo.

Así se ha hecho en varias ocasiones, en el tiempo que ejerzo como Fiscal General del Estado, tras oír a la Junta de Fiscales de Sala, expresándose las razones que han determinado que las acciones penales interesadas por el Gobierno no se ejercitaran.

Eso en ningún caso hubiera podido ocurrir antes de la Constitución de 1978 ya que el Fiscal General estaba obligado a cumplir las órdenes del Gobierno.

De ello se obtiene una rotunda conclusión: tras la Constitución el Gobierno no ordena la actuación del Ministerio Fiscal y éste no tiene obligación de obediencia o sumisión respecto a aquél.

Ello no es óbice para que el Ministerio Fiscal, por medio de su Memoria anual, informe al Gobierno sobre «su actividad, la evolución de la criminalidad, la prevención del delito y las reformas necesarias para una mayor eficacia de la justicia» e, igualmente, debe informar al Gobierno «cuando éste lo interese y no exista obstáculo legal» (art. 9 EOMF).

Referencia obligada, para concluir esta breve reflexión sobre las relaciones con el Gobierno, es la que plantea el status del Fiscal General del Estado; su nombramiento y cese por el Rey, a propuesta del Gobierno. Puede y debe afirmarse que la actual fórmula de nombramiento del Fiscal General del Estado no puede debilitar en modo alguno los robustos trazos constitucionales del Ministerio Fiscal y su autonomía funcional, actuando siempre, como antes expresé y ahora reitero por su extraordinaria importancia, bajo el principio de legalidad, marco, techo y límite de las relaciones entre ambos órganos del Estado.

Es interesante dejar constancia de que en el texto del Anteproyecto de Constitución se había residenciado la propuesta de nombramiento del Fiscal General del Estado en el Consejo General del Poder Judicial hasta que el Portavoz del Grupo Centrista presentó una enmienda in voce en la Comisión en virtud de la cual la propuesta de nombramiento pasó del Consejo General del Poder Judicial al Gobierno, no obstante la oposición del representante del Grupo Socialista quien manifestó que atribuir la propuesta de nombramiento al Gobierno podría dificultar algunas de las misiones que se encomendaban al Ministerio Fiscal y que debería seguirse el mismo procedimiento que está establecido para designar al Presidente del Tribunal Supremo. La enmienda in voce prosperó y definitivamente es al Gobierno al que corresponde hacer la propuesta de nombramiento.

Mi actuación como Fiscal General del Estado en modo alguno se ha visto comprometida ni menos condicionada por el hecho de que mi nombramiento se hubiera hecho a propuesta del Gobierno. En nada hubiera diferido mi actuación si el nombramiento se hubiera realizado por el Parlamento o por otro sistema distinto al actual. Eso no quiere decir que mi actuación sea perfecta. Me he podido equivocar como todo ser humano, pero lo que sí puedo asegurar es que las posibles equivocaciones en que he podido incurrir en modo alguno han sido motivadas para favorecer a una u otra opción política.

Relación con las Cortes Generales

El orden constitucional exige la máxima colaboración del Ministerio Fiscal con las Cortes Generales, en cuanto representan al pueblo español y ejercen la potestad legislativa.

Así, el artículo 10 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal dispone que «el Ministerio Fiscal colaborará con las Cortes Generales a requerimiento de éstas y siempre que no exista obstáculo legal, sin perjuicio de comparecer ante las mismas para informar de aquellos asuntos para los que especialmente fuera requerido...». Un claro ejemplo de esa relación se produce cuando el resultado de una Comisión de investigación se comunica al Ministerio Fiscal para que ejerzte, si procede, las acciones oportunas.

He comparecido en cuatro ocasiones ante las Comisiones de Justicia del Congreso y del Senado. En todas ellas he querido expresar mis inmejorables disposiciones para colaborar con las Cámaras Legislativas en cuanto estimen de interés desde el profundo convencimiento de la necesaria coordinación entre las distintas instituciones del Estado.

Relación con el Poder Judicial

La vinculación del Ministerio Fiscal con el Poder Judicial está constitucionalmente reconocida en cuanto su regulación aparece incorporada al título VI de la Constitución que lleva como rúbrica «Del Poder Judicial».

Los Fiscales están equiparados a los Jueces en su status profesional. Tienen las mismas incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones y el mismo régimen de asociación profesional. Dispone además el Estatuto Orgánico que el programa y los criterios de la oposición para ingreso en la Carrera Fiscal serán análogos a los que se determinen para el ingreso en la Carrera Judicial siendo perfectamente posible y además aconsejable que el ingreso en ambas Carreras se realizara con una única oposición.

Ahora bien, debido a la independencia del Poder Judicial, principio básico e indiscutible, las relaciones con el Ministerio Fiscal son de mutuo respeto, estando el Ministerio Fiscal comprometido en la defensa de esa independencia.

La Constitución atribuye al Ministerio Fiscal como primer y esencial cometido «promover» la acción de la Justicia y ello supone que los Juzgados y Tribunales constituyen el campo fundamental de su actuación, aunque no el único.

En las relaciones entre el órgano de gobierno del Poder Judicial y el Ministerio Fiscal inmediatamente salta a la vista, como más conocido y elocuente punto de conexión, la necesaria audiencia del Consejo General del Poder Judicial antes de procederse por el Gobierno a la propuesta de nombramiento o cese del Fiscal General del Estado. Es una muestra más de esa

estrecha cercanía del Ministerio Fiscal con el Poder Judicial. Al órgano de gobierno del Poder Judicial no le debe resultar indiferente quién sea el Fiscal General del Estado; tiene algo que decir al respecto.

Todos los órganos constitucionales mencionados desempeñan un muy significado papel en ese complicado mecanismo de relojería que, utilizando la plástica imagen de John Adams, representa un Estado libre. Complicado mecanismo de relojería cuyo correcto funcionamiento exige un delicado y preciso ajuste de sus muelles, frenos y contrapesos. Ninguna de las instituciones del Estado se configura como algo aislado, a espaldas del resto de los órganos; la mutua relación y cooperación, basada en el respeto a las respectivas competencias y autonomías, resulta necesaria para el sano desarrollo del sistema.

Ubicación constitucional: qué significa su integración con autonomía funcional en el Poder Judicial

¿Dónde encasillar al Ministerio Fiscal?: es la permanente, obsesiva y atormentada pregunta que martillea al teórico que quiere acabar con lo que se le antoja un errático vagar del Fiscal entre las instituciones del Estado sin encontrar acomodo en ninguno de los tradicionales poderes, al modo del conocido personaje de Kipling.

Pero seguramente es una pregunta que no puede contestarse si se espera una respuesta simplista. El Ministerio Fiscal ni es Poder Judicial, ni es Poder Ejecutivo, ni, por supuesto, es Poder Legislativo. Y tampoco, obviamente, es un cuarto poder. Es un órgano estatal. Es un órgano constitucional. Es un órgano de justicia. Y es un órgano integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, aunque no sea Poder Judicial. Y no es necesario más. Hay que despojarse de la perturbadora obsesión por situar a la institución en uno de los tres Poderes del Estado, por ubicarlo en un artificioso y simplificador mapa teórico que, aun siendo útil, deforma la complejidad de la actual estructura del Estado moderno. Pretender residenciar, sin matices ni modulaciones, al Ministerio Fiscal en alguno de los tradicionales poderes del Estado sería simplificador y deformaría la compleja realidad del Fiscal.

En la Constitución, junto a los tres poderes del Estado, se enumeran otras instituciones, con funciones no delegadas de esos poderes, que desempeñan con exclusividad y autonomía, otorgadas directamente por el constituyente. Una de estas instituciones es el Ministerio Fiscal, que si bien tiene en el Poder Judicial el ámbito normal de su actuación, no por ello sustrae ni comparte con el Poder Judicial ninguna parcela de su competencia.

El Fiscal no es Poder Ejecutivo porque mantener cualquier suerte de vinculación con tal poder que vaya más allá de las establecidas legalmente en el Estatuto Orgánico tropieza frontalmente con el modelo constitucional. Sólo a

través de esos cauces legales el Gobierno puede apoyarse en el Ministerio Fiscal para la dirección de la política criminal, competencia que le corresponde. Pero siempre respetando la autonomía funcional del Ministerio Fiscal, cuya actuación ha de estar presidida por los principios de legalidad e imparcialidad. Incardinarse al Ministerio Público como institución en el Poder Ejecutivo, supondría resucitar esas reminiscencias gubernamentales que antaño tuvo; en definitiva, traicionar el sistema constitucional.

El Fiscal tampoco es Poder Judicial, pero guarda con ese poder una gran proximidad, al ser un órgano de justicia. La integración en el Poder Judicial con autonomía funcional que proclama el Estatuto Orgánico es algo más que una fórmula retórica. Y, desde luego, con ella no se está refiriendo el legislador, como alguna vez se ha insinuado con una visión, más que chata, casi grotesca, a la habitual ubicación física de las dependencias de la Fiscalía en las sedes de los Tribunales.

La integración del Ministerio Fiscal en el Poder Judicial, como es bien sabido, es cuestionada. Se arguye la exclusiva integración del Poder Judicial por Jueces y Magistrados. Pero los argumentos han sido rebatidos. La objeción supone confundir el ejercicio del Poder Judicial —que corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales— con el ámbito del poder. El Poder Judicial se ejerce por los Jueces y Tribunales pero el ámbito de ese poder es más amplio: el propio Consejo General está integrado en el Poder Judicial aunque no ostente ningún tipo de funciones jurisdiccionales. Por eso no es éste un inconveniente para rechazar la inserción del Ministerio Fiscal en el ámbito del Poder Judicial, ejerciendo sus funciones de promoción de la justicia y defensa de la legalidad.

Mi maestro y queridísimo amigo don Enrique Ruiz Vadillo, expresó, con el acierto que siempre le caracteriza, nada menos que hace treinta y cinco años, en la Revista de Derecho Judicial, que «Los Tribunales y el Ministerio Fiscal son dos instituciones independientes y diferentes, pero que se complementan. Nadie debe velar con más ahínco por la independencia judicial que el Ministerio Fiscal. Para los Tribunales de Justicia, un Ministerio Fiscal absolutamente imparcial e inspirado en la Ley es esencial».

III. FUTURO: PROFUNDIZACIÓN EN EL MODELO CONSTITUCIONAL DEL MINISTERIO FISCAL

Escribía Karl Popper: «Podemos comenzar a ser los autores de nuestro futuro cuando dejamos de hacer de sus profetas».

Quiero, por tanto, en la última fase de esta disertación no hacer de oráculo, sino señalar lo que a mi juicio debieran ser las líneas maestras de la insti-

tución. Líneas que en mi opinión están ya implícitas en la Constitución: se tratará tan solo de profundizar en el modelo constitucional del Ministerio Fiscal y robustecerlo.

El primer reto pasa por reforzar y garantizar la imparcialidad del Ministerio Fiscal. Daría la espalda a la realidad si eludiese este tema. No basta con que la Constitución proclame enfáticamente el principio de imparcialidad como criterio rector de toda intervención del Fiscal. Y digo más, no es suficiente tampoco con que efectivamente el Fiscal actúe siempre con imparcialidad. Es necesario algo más para fortalecer el sistema: la más plena credibilidad social. Es necesario que el Ministerio Fiscal sea percibido por el cuerpo social como un órgano totalmente imparcial. En esa tarea, desde luego, la primera responsabilidad es de la institución y del mismo Fiscal General del Estado; ajustando todas sus actuaciones a ese principio constitucional.

Creo que la experiencia ha servido para constatar que su nombramiento a propuesta del Gobierno coloca un lastre en la figura del Fiscal General del Estado, generando suspicacias y permanentes sospechas y recelos. Sospechas y recelos que serán injustas pero que existen y son motivadas por ese origen gubernamental del nombramiento. Basta con percibirse de esa realidad, que no se puede negar, para que se perfile como una tarea atrayente y un gran servicio al futuro de la institución la búsqueda de mecanismos que reforzarán si no la imparcialidad sí la no menos importante apariencia de imparcialidad.

Desde diversos sectores se han avanzado ideas con esa finalidad. Por mi parte creo que se ganaría en esa apariencia de imparcialidad si se implicase a los tres poderes en el nombramiento del Fiscal General del Estado. La Constitución enuncia que al Gobierno corresponde hacer la propuesta al Rey y que el Consejo General del Poder Judicial debe ser oído. Es parecer de prestigiosos juristas que el mandato constitucional no se vería violentado si esa proposición del Gobierno tuviera mayor desarrollo legislativo y se dispusiera que fuese precedida del refrendo del Parlamento o que dicha propuesta fuese consensuada con las fuerzas políticas parlamentarias. La mejor imaginación puede encontrar otras fórmulas que permitieran la intervención del Parlamento así como se potenciase la audiencia del Consejo General del Poder Judicial. Ello situaría al Fiscal en una posición de mayor equilibrio institucional y mejoraría sensiblemente su credibilidad social. El Consejo Fiscal, en el Libro Blanco del Ministerio Fiscal, pendiente de publicación, se pronuncia a favor de que el candidato a Fiscal General del Estado se elija entre Fiscales, Jueces y otros juristas de reconocido prestigio, con quince años de servicio y sin militancia política. Desde mi posición actual puedo afirmar que en la Carrera Fiscal hay numerosos compañeros con sobradas cualidades y meritos para ser nombrados Fiscal General del Estado.

Singularización presupuestaria del Ministerio Fiscal

En otro orden de cosas el Ministerio Fiscal es una institución en crisis de crecimiento. La sociedad, a medida que va conociendo al Fiscal, le exige más. Sus responsabilidades ante los fenómenos que preocupan a los ciudadanos —terrorismo, corrupción, narcotráfico— son muy altas. Y las leyes progresivamente van aumentando sus funciones específicas en los campos más diversos. Este crecimiento de las tareas del Fiscal exige un paralelo aumento de sus medios personales y materiales que, a veces, sin embargo, no marcha de forma acompañada. Y reclama también una mayor especialización con potenciación de los cursos de formación.

Con estas ideas enlaza una reivindicación del Consejo Fiscal que he hecho mía desde que accedí a mis actuales responsabilidades: la necesidad de una singularización presupuestaria del Ministerio Fiscal. En los Presupuestos Generales del Estado debe existir un capítulo específico para el Ministerio Fiscal. Recientemente el Consejo Fiscal ha vuelto a plasmar esa necesidad en el Libro Blanco del Ministerio Fiscal a que he hecho antes referencia.

Quedarían muchos temas por abordar, pero no es mi deseo cansarles más. No quiero, sin embargo, dejar de referirme, aunque sean sólo unas pinceladas, a otra cuestión que está siempre presente en todo debate sobre el futuro del Ministerio Fiscal de unos años acá: la conveniencia o no de que asuma las funciones de instrucción en los procesos penales. Esta cuestión puede abordarse desde un punto de vista puramente teórico y también desde una perspectiva más pragmática y coyuntural.

Desde el primer plano no existen inconvenientes de peso para negar la posibilidad de que el Fiscal asuma la fase de investigación de los procesos penales. Incluso existen muchas razones de conveniencia entre las que destacan el reforzamiento del principio acusatorio y la agilización del proceso penal. A ellas se refiere el Consejo Fiscal en el Libro Blanco ya citado para inclinarse por mayoría por ese objetivo de futuro.

Luigi Ferrajoli, en esa línea, se manifiesta contrario a que el Juez instructor realice funciones que son más propias de la acusación. Así expresa en su magnífica obra «Derecho y Razón» que «la separación de Juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás. Esta separación comporta no sólo la diferenciación entre los sujetos que desarrollan funciones de enjuiciamiento y los que tienen atribuidas las de postulación, sino también, y sobre todo, el papel de parte asignado al órgano de la acusación. La garantía de la separación representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad del Juez respecto a las partes en la causa,

que es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura del Juez; por otra, un presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba, que pesan sobre la acusación, que son las primeras garantías procesales del juicio». Y recoge de la obra de Tocqueville «La Democracia en América» que «por naturaleza, el poder judicial carece de acción. Es preciso ponerle en movimiento para que se mueva. Se denuncia un delito y castiga al culpable. Se le llama para rectificar una injusticia y la rectifica. Pero no acude por sí mismo a perseguir a los criminales, a buscar la injusticia y a examinar los hechos. El poder judicial violentaría en cierto modo esa naturaleza pasiva si actuase por sí mismo». Esa función corresponde al Ministerio Fiscal.

Sin embargo, no son suficientes las razones teóricas o de fondo examinadas. Desde un punto de vista conyuntural y práctico, existen unos presupuestos ineludibles para que el debate sobre la asunción por el Fiscal de la fase de instrucción pueda realizarse con propiedad y realismo. A ello se refiere igualmente el Consejo Fiscal. La previsión presupuestaria específica, el incremento de medios personales y materiales, la reestructuración del diseño de la Planta Judicial y Fiscal, la existencia de una verdadera policía judicial y el reforzamiento de la apariencia de imparcialidad del Ministerio Fiscal son pasos imprescindibles y previos a ese debate sobre el Fiscal instructor. Y esos pasos, como antes expresé, no se han dado.

Termino. Ha sido para mí un orgullo y una gran satisfacción ocupar la cabeza de la Carrera Fiscal. El tiempo que vengo ejerciendo el cargo de Fiscal General del Estado me ha permitido constatar el gran espíritu de colaboración, la profesionalidad y la ilusión con que los miembros de la Carrera Fiscal desempeñan sus importantes cometidos. El buen hacer de los compañeros me ha servido de estímulo y ejemplo.

Estamos en el buen camino. Quiero mostrar mi esperanza y mi convencimiento de que en un corto plazo el Ministerio Fiscal consolidará su papel institucional en un Estado democrático de derecho como defensor de la legalidad y de los derechos fundamentales, haciendo partícipes a los ciudadanos de su singular posición en el entramado social, consiguiendo de ellos su confianza y transmitiéndoles seguridad y un sentimiento de profesionalidad y buen hacer en orden a los importantísimos cometidos que al Ministerio Fiscal corresponden en defensa del interés público y social, en definitiva, en servicio de la Justicia.

REVISTA
DEL
MINISTERIO FISCAL
I. Estudios

EL MINISTERIO FISCAL Y LA POLICÍA CRIMINAL EN EL PROCEDIMIENTO PENAL DEL ESTADO DE DERECHO *

KARL-HEINZ GÖSSEL

*Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Erlangen-Nürnberg
Magistrado del Tribunal Supremo Federal de Baviera*

SUMARIO: 1. ORÍGENES HISTÓRICOS DE LA COMPETENCIA ESTATAL EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.—2. LA ORGANIZACIÓN DEL PODER ESTATAL EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. 3. EL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCEDIMIENTO PENAL DEL ESTADO DE DERECHO ACTUAL.—4. LA POSICIÓN JURÍDICA DEL MINISTERIO FISCAL.—5. LA FUNCIÓN DE CONTROL DEL MINISTERIO FISCAL.—6. EL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL.—7. EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCEDIMIENTO PRELIMINAR DE INVESTIGACIÓN.

* Traducción española por el Profesor doctor don Miguel Polaino Navarrete, Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Sevilla.

1. ORÍGENES HISTÓRICOS DE LA COMPETENCIA ESTATAL EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

La introducción del Ministerio Fiscal en Alemania, como en otros muchos países europeos, hacia la mitad del pasado siglo, se funda en el modelo francés, y en último extremo en la «división de los poderes» del Estado, por influencia directa de la ideología revolucionaria del Iluminismo.

Puede entenderse que, con anterioridad a aquella data histórica, las concepciones sobre la situación y la función del Ministerio Fiscal eran extremadamente variadas y dispersas, al menos en la legislación histórica alemana.

Las actuales concepciones sobre la titularidad del ejercicio del Poder punitivo del Estado, y con ello también sobre el Procedimiento penal del Estado de Derecho, necesariamente requieren de una ojeada histórica para su exacta comprensión.

La introducción del Ministerio Público implicó una sustancial reestructuración del antiguo «proceso inquisitivo» del Derecho común.

Tal procedimiento, sin perjuicio de adolecer de determinadas deficiencias, aportó «notables mejoras procesales»: la responsabilidad penal quedó conectada a un acto anterior, que había de ser objeto de investigación, con el empleo de medios de conocimiento racionales en el ejercicio de la actividad del estatal, aspirando a la «búsqueda de la verdad» (1).

Asimismo se produjo la recepción de las primeras «formas procesales garantizadoras» de todos los sujetos afectados por la investigación, que debían servir a la «verdad» y a la «justicia» (2).

(1) Eb. SCHMIDT: *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtforschung*, 3. Aufl., parágrafo 70.

(2) Eb. SCHMIDT: *o.u.c.*, parágrafos 107 a 116.

Este modelo de comportamiento, en la práctica, condujo a las siguientes situaciones insoportables:

a) La investigación de los hechos y la iniciativa de la misma quedaron asignadas a un Tribunal penal que era «dependiente» del Poder ejecutivo y que, al aplicar el Derecho, pronto subordinó la exigencia de la búsqueda de la verdad a la meta, más adecuada y efectiva posible, de la lucha contra la delincuencia (3).

El profuso «ejemplo de la tortura» da noticia de hasta qué punto se pervirtió en la práctica la originaria idea de un proceso penal racional: por prevalentes razones de utilidad (4), se procedió a arrancar la «verdad» en forma de «confesión» (5).

La aplicación de tales «mecanismos utilitarios» por el Poder ejecutivo, sirviéndose de un doblegado Poder judicial, condujo a una «absoluta arbitrariedad» en la Justicia, que eliminó las formas garantizadoras introducidas por las leyes de recepción del procedimiento penal estatal, hasta llegar a reducir a la nada el significado de las mismas (6).

b) El Juez investigador de los hechos, en esta regresiva concepción de «prepotencia» del Poder ejecutivo, tenía una influencia decisiva para el pronunciamiento de las sentencias. Esto se advierte en la propia configuración del órgano judicial colegiado competente para dictar la sentencia, el cual por regla general no podía intervenir, limitándose a pronunciar un fallo, que surgía ya «exclusivamente de las actas» (7), «en mayor o menor grado arbitrario» (8), «y en parte irrecusable» (9).

Todas las funciones procesales *de facto* quedaban acumuladas en manos de un único órgano de Justicia «supeditado» al ejecutivo: así, la iniciativa para la investigación, la práctica de la misma dirigida a la búsqueda de la verdad y la determinante influencia de la valoración de lo así investigado en la formación de la sentencia.

La excesiva exigencia psicológica que con ello aparece indisolublemente conectada fomentó el incurrir en errores y prejuicios, en detrimento del sospechoso (10), al tiempo que consolidó la tendencia hacia un conocimiento arbitrario e irreal por parte de los Tribunales penales del momento (11).

(3) Eb. SCHMIDT: *o.u.c.*, parágrafo 201.

(4) Así v. gr. la lucha contra «el fantasma de las brujas» o hechos penales políticos.

(5) Eb. SCHMIDT: *o.u.c.*, parágrafo 78.

(6) Eb. SCHMIDT: *o.u.c.*, parágrafos 197 y 201. *Vid.* también párrafos 78 y 185.

(7) Eb. SCHMIDT: *o.u.c.*, parágrafo 254.

(8) GÜNTHER: *Staatsanwaltschaft, Kind der Revolution*, 1973, pág. 21.

(9) Cfr. GÖRGEN: *Die organisationsrechtliche Stellung der Staatsanwaltschaft zu ihren Hilfsbeamten und zur Polizei*, 1973, pág. 49.

(10) Eb. SCHMIDT: *o.u.c.*, párrafos 201 y 54.

(11) Cfr. OTTO: *Die preussische Staatsanwaltschaft - Aus Anlass ihres 50 jährigen Bestehens als historisch-kritische Studie nach amtlichen Quellen bearbeitet*, J. Guttentag, Berlin, 1899, pág. 39.

c) La arbitrariedad judicial de tales Tribunales penales, doblegados al Poder ejecutivo, se vio acompañada y aún incrementada por la «arbitrariedad policial».

Los actos de investigación, en principio reservados a la Jurisdicción penal, fueron pronto absorbidos cada vez más por la Policía.

Paralelamente a la «insuficiencia» de personal de los Tribunales (12), fue ampliándose paulatinamente, como competencia general para la investigación criminal, el «derecho» de la Policía de «intervenir inicialmente» y de «instruir provisionalmente» (13).

De esta forma, resulta sustraída de facto toda la instrucción preliminar del «dominio de la Justicia» (14), quedando el sospechoso expuesto «sin frenos» a una investigación de la verdad por medio de la inquisición policial.

En suma, las deficiencias del procedimiento inquisitivo del Derecho común son consecuencia de la concepción entonces vigente sobre el ejercicio del Poder estatal.

Por ello, la ideología del Iluminismo, y de la Revolución de 1848 en el mismo inspirada, mostró también en Alemania al Ministerio Público como «hijo de la Revolución» (15), aunque al principio lo fuera en la forma de un débil alumbramiento prematuro (16).

2. LA ORGANIZACIÓN DEL PODER ESTATAL EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

La preponderante finalidad estatal de la «conservación y la ampliación» del poder del Estado se erigió en criterio rector de una Administración de Justicia penal caracterizada por una amplia supresión de la Justicia material.

El predominio de este fin pragmático se compaginaba con la «concentración» de la Administración de Justicia penal en «manos» de un solo Juez.

De este modo, puede considerarse al «proceso inquisitivo» del Derecho común precisamente como expresión de una teoría que concede al Estado un «poder absoluto», conforme al modelo del soberano *legibus solutus* (17).

a) Los inconvenientes del proceso inquisitivo del Derecho común están ineludiblemente enlazados a las desventajas del absolutismo como teoría

(12) GÖRGEN: *o.u.c.*, pág. 47.

(13) GÖRGEN: *o.u.c.*, pág. 40.

(14) GÖRGEN: *o.u.c.*, pág. 48.

(15) Cfr. el significativo título de la obra de GÜNTHER: *Staatsanwaltschaft, Kind der Revolution*, 1973.

(16) Cfr. CARSTEN: «Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart», en *Strafrechtliche Abhandlungen*, Heft 229, 1932, pág. 21.

(17) Cfr. Eb. SCHMIDT: *o.u.c.*, párrafos 185, 172 y 169.

estatal, así como a las desventajas de la concentración del poder en una sola mano.

Escuchemos a John Locke, uno de los padres del moderno Estado de Derecho: «Por la especial debilidad de la naturaleza humana, siempre dispuesta a hacerse con el poder, constituiría una gran tentación para las personas que tienen el poder de dictar leyes que también tuvieran en sus manos el poder de ejecutarlas, en tanto podrían excluirse a sí mismos de la obediencia de las leyes que sancionan, y, aún más, orientar a la legislación, en la conformación y en la ejecución, hacia su propio provecho personal, y con ello finalmente perseguir intereses opuestos a los de los demás miembros de la comunidad que contradigan el objetivo de su gobierno de la sociedad. En los Estados debidamente organizados, en que se toma en cuenta el bienestar de la comunidad, se coloca al Poder legislativo en manos de varias personas, quienes en debates reglamentados ejercen la potestad legisferante, por sí o conjuntamente con otros, pero en cuanto han actuado así se separan y quedan subordinados a las leyes que han generado... Pero como las leyes creadas de una vez y en corto tiempo tienen vigencia constante y duradera, y deben ser continuamente ejecutadas y cumplidas, es necesario que exista permanentemente el ejercicio de un poder que vele para que las leyes promulgadas y vigentes sean ejecutadas» (18).

Se proclama así la fundamental idea de que el mal uso del Poder estatal sólo puede ser evitado por la «separación» de poderes.

b) Puesto que en la teoría de Locke el Poder judicial para la ejecución de la ley quedaba aún asignado al Poder ejecutivo (19), sin duda, fue necesario dar otro paso, para hacer fructíferas las ideas por él esbozadas directamente en el campo del procedimiento penal.

Como dijo Montesquieu: «No existe tampoco libertad cuando la competencia judicial no está separada de la legislativa y de la ejecutiva. El poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería ilimitado si la competencia judicial estuviera adscrita a la competencia legislativa, pues el Juez sería el legislador. Y, si el Poder judicial estuviera vinculado al Poder ejecutivo, el Juez tendría el poder coactivo de un opresor. Todo estaría perdido si un solo hombre o una misma corporación, de los poderosos o de los nobles o del Pueblo, ejercieran los tres Poderes en forma absoluta: promulgar leyes, ejecutar decisiones, y juzgar los crímenes y los litigios privados» (20).

Mas lo expuesto no basta. También los poderes separados tienden al abuso, aun cuando estén obligados hacia el fin de la Justicia: «Una experiencia de

(18) John LOCKE: «Über die Regierung II (The Second Treatise of Government)», XII, párrafos 143 y 144, en *Reclam*, 1978, págs. 111 y ss.

(19) John LOCKE: *o.u.c.*, Cfr. *Nachwort von Mayer-Tasch*, págs. 209 ss.

(20) MONTESQUIEU: «Vom Geist der Gesetze (De l'esprit des lois)», lib. XI, capág. 6, en *Reclam*, 1976, pág. 213.

siglos enseña que cada hombre que posee el poder se halla impulsado a abusar del mismo. Sigue siempre adelante, hasta que se encuentre con límites irrebatibles. ¡Quién lo hubiera pensado: hasta la virtud necesita de límites! Para evitar el abuso del poder, es preciso siempre establecer, mediante el ordenamiento de las cosas, un poder que frene al poder» (21).

En efecto, la mera separación de poderes no alcanza por sí sola para evitar las ambiciosas pretensiones de poder: los poderes «separados» deben estar «coordinados» entre sí, y limitarse recíprocamente con controles mutuos.

c) La arbitrariedad judicial del modelo de Tribunal, que concentra todo el poder penal y que sirve como órgano ejecutivo a los meros fines de conservación del poder frente a la criminalidad, sólo ahora puede ser superada.

En efecto, la Jurisdicción puede desligarse del pensamiento utilitario, por virtud de su independencia frente al Ejecutivo, y obligarse sólo a su fin propio y originario: la Justicia.

Es además imaginable, y también posible, destruir la ingente concentración de poder del Tribunal inquisitivo del Derecho común.

Ello es ineludiblemente exigido por una doble razón: de una parte, el fallo del Juez debe descargarse del inevitable prejuicio sobre la verdad objetiva del hecho investigado por propia iniciativa y juzgado por el mismo órgano; y, de otro lado, el impulso judicial hacia la Justicia no debe ser sofocado por el pensamiento utilitarista, que posiblemente es imprescindible para la investigación criminal.

La necesaria «división del procedimiento penal» en varias fases, bajo el dominio de órganos distintos, corresponde a la básica idea de la teoría de la división de poderes, y merced a ella ha sido posible.

La teoría de la «división de poderes» permitió, asimismo, solventar otro defecto esencial del procedimiento inquisitivo del Derecho común: sólo un Legislador independiente, respecto del Poder ejecutivo y del Poder judicial, y desligado de tendencias absolutistas, puede introducir en la investigación y en el enjuiciamiento las «formas legales» garantizadoras, que transforman al sospechoso, de mero objeto de investigación bajo el imperio del Ejecutivo, en sujeto del procedimiento judicial (22).

d) El principio de la división de poderes enseña algo más. La mera instauración de la división de poderes, y la división de los poderes en las fases de la investigación penal, no alcanzan por sí solos aún al triunfo de la Justicia, frente al poder de orientación utilitaria. Los poderes divididos deben influirse entre sí, controlándose mutuamente e imponiéndose límites.

(21) MONTESQUIEU: *o.u.c.*, lib. XI, cap. 4, pág. 211.

(22) Cfr. MONTESQUIEU: *o.u.c.*, lib. VI, cap. 8, *passim*.

No queda ya lejos el camino hacia la instauración de un órgano que cumpla la misión de «vigía de la ley» en el ámbito interno de la Administración de Justicia penal.

La teoría de la división de poderes debió también resultar jurídicamente vinculante en el plano constitucional: antes de ella existía el peligro —hecho realidad— del abuso de la utilización del Ministerio Público como mero instrumento de realización del poder frente a los Tribunales de Justicia (23).

3. EL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCEDIMIENTO PENAL DEL ESTADO DE DERECHO ACTUAL

La República Federal de Alemania es un Estado de Derecho democrático y social, constituido, en la forma política de República, según proclama el artículo 28.1 de la Ley Fundamental alemana.

Con independencia de sus fines singulares, el Estado de Derecho obliga a orientar toda su acción social de conformidad con el principio de Justicia material, como prevé el artículo 20.3 de la Ley Fundamental.

Si todo el ejercicio del poder estatal ha de ser justamente orientado en el sentido de Justicia material, tal principio rige específicamente también para el ejercicio del poder estatal en el procedimiento penal, con independencia de que se reconozcan como fin del proceso penal el restablecimiento de la paz jurídica u otros fines jurídico-procesales (24).

Para evitar la tendencia y el riesgo de que el poder estatal se oriente sólo utilitariamente, y llegue a sofocar la Justicia material, el artículo 20.2 de la Ley Fundamental positivamente ha proclamado el principio de la «división de poderes del Estado», con el sistema de los denominados «poderes parciales estatales», que mutuamente se controlan y autolimitan entre sí (25).

Tal principio parece estar garantizado de manera especial en el procedimiento penal, por el inquebrantable vínculo de un independiente Poder judicial sólo al principio de Justicia material.

Esta vinculación ciertamente integra un presupuesto esencial del «procedimiento penal del Estado de Derecho», aunque probablemente el mismo se muestra todavía insuficiente.

(23) *Vid.* CARSTEN: «Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart», en *Strafrechtliche Abhandlungen*, Heft 299, 1932, págs. 33 ss.

(24) SCHMIDHÄUSER, en «Eb. Schmidt-Festschrift», 1961, págs. 511, 521 y ss.; VOLK: *Prozessvoraussetzungen im Strafrecht*, 1978, págs. 200 ss.; RIESS: «Prolegomena zu einer Gesamtrevision des Strafverfahrensrechts», en *Schäfer-Festschrift*, 1980, pág. 170.

(25) Cfr. ZIPPELIUS: *Allgemeine Staatslehre*, 6. Aufl., pág. 311; RIESS: *o.u.c.*, pág. 169.

Se podría además objetar, en sentido crítico, que es preciso ir más allá de lo propugnado por este básico principio, puesto que en la realización de la Justicia material ha de concurrir todo el Poder del Estado plenamente unido.

Pero también aquí rige el pensamiento de Montesquieu: «aun la virtud necesita de límites, si no quiere pervertirse como abuso del poder» (26).

Ha de proclamarse en todo caso la «supremacía» de la Justicia material sobre la razón utilitarista del ejercicio del poder, mediante la «división formal» de poderes estatales, que se controlan y autolimitan recíprocamente.

Cuando el Poder judicial se circunscribe a ejercer la propia jurisdicción en materia penal, en el enjuiciamiento de las causas criminales, de conformidad con el artículo 92 de la Ley Fundamental, el Poder judicial se configura y comporta como un Poder estatal independiente, y al propio tiempo como parte de la Administración de Justicia (27).

La Administración de Justicia abarca diversas facetas, que corresponden a los distintos Poderes del Estado. Cuando el Estado ejerce alguna actividad ajena a la Jurisdicción criminal, en relación con el proceso penal, se mueve en el campo de la ejecución de la Ley cuya competencia corresponde al Ejecutivo.

La organización del Poder estatal obliga a una división de la Administración de Justicia, única en sus distintas atribuciones, así como a una división del proceso penal correspondiente al ámbito de competencia de los distintos «poderes estatales» (28).

La averiguación de un hecho, sometido al enjuiciamiento de los Tribunales de lo penal, de conformidad con el parágrafo 161 de la Ley procesal penal alemana, corresponde al ámbito de actividad del Poder ejecutivo.

En este estadio del procedimiento penal, el fin de la «averiguación de la verdad» ocupa un primer plano, por exigencias de la propia naturaleza de las cosas.

Frente al peligro de que se ejerza el Poder estatal con detrimento de la Justicia material en el proceso penal, se advierte la necesidad de que el Tribunal de lo penal no debe abrirse paso, hacia el enjuiciamiento de una causa criminal, por una exclusiva iniciativa propia y con el único fin de averiguar lo que considera «la verdad».

Tal iniciativa para el enjuiciamiento, legalmente calificada como «acusación», se ubica entre el procedimiento de la investigación y el acto jurisdiccional del juicio.

(26) MONTESQUIEU: *o.u.c.*, lib. XI, cap. IV, pág. 211.

(27) Cfr. HENKEL: *Strafverfahrensrecht*, 2. Aufl., pág. 133.

(28) Eb. SCHMIDT: *o.u.c.*, parágrafo 289; GÜNTHER: *o.u.c.*, pág. 53; BERCKHAUER: «Polizei und Justiz», en *BKA-Vortragsreihe*, Bd. 23, 1977, pág. 65.

En este momento del procedimiento penal, el acto procesal de la «acusación» debe ser separado de las actuaciones de la «investigación», de forma que el mecanismo utilitario de averiguación de la verdad no se imponga como pretendido fin exclusivo, sino que resulte, asimismo, vinculado al principio de la Justicia penal material.

En todo caso, el propio ejercicio del poder de investigación ha de ser controlado por el mecanismo de las garantías de protección jurídica de los derechos del acusado, y por medio del desenvolvimiento de un control institucional sobre la observancia del deber fundamental derivado del principio constitucional de la Justicia material.

4. LA POSICIÓN JURÍDICA DEL MINISTERIO FISCAL

Si se tiene en cuenta que todavía hoy el poder de investigación en el procedimiento penal es ejercido de facto por las autoridades policiales en la mayoría de los casos, salvo en la criminalidad grave y en la delincuencia económica, será necesario establecer una ineludible coordinación entre la Policía criminal y la Jurisdicción penal.

Esta armónica coordinación, desvinculada del mero ejercicio utilitario del Poder ejecutivo y siempre bajo el imperativo del principio de Justicia penal material, ha de asumir la iniciativa en el enjuiciamiento jurisdiccional, a través de la interposición de la «acusación» en el Estado de Derecho (29).

En este sentido, se puede asignar a la autoridad del Ministerio Público, que se distancia por igual de la averiguación policial y del enjuiciamiento jurisdiccional por su situación intermedia, el desempeño del control sobre la Policía y sobre el Tribunal, que respectivamente asumen las competencias de averiguación y enjuiciamiento del acto criminal.

De este modo, con el Ministerio Público, ha ingresado en el procedimiento penal una Autoridad portadora de la primordial función de «control de legalidad».

Con ello, no se cuestiona en modo alguno que la actividad investigadora corresponda al Poder ejecutivo, y la jurisdiccional al Poder judicial.

En cambio, es controvertida la cuestión de si el Ministerio Fiscal es una Autoridad ejecutiva, sometida al principio de obediencia jerárquica, o una suerte de Autoridad jurisdiccional que, como órgano integrante de la Administración de Justicia, pertenece al Poder Judicial.

La contradicción subyacente en la cuestión deriva de la propia situación jurídica del Ministerio Público, que con su esencial función de interponer la

(29) Schmidt-Bleibtreu/Klein, *GG*, Vorbem. 1b vor art. 92, 4. Aufl., pág. 65.

«acusación» se mueve en el punto de unión entre el ámbito de investigación del Ejecutivo y la esfera resolutoria del Poder judicial.

Ya Eb. Schmidt expresó convincentemente que el Ministerio Fiscal no debe ser adscrito *in totum* a la Jurisdicción, por el mero hecho de sus facultades decisorias sobre la interposición de la «acusación» penal, o sobre el «sobreseimiento» de la causa criminal. Pues no hay que olvidar que la decisión jurisdiccional —el veredicto en la realidad fáctica y el fallo en la esfera jurídica— falta por completo en las decisiones del Ministerio Público, según se advierte en los efectos de la santidad de la «cosa juzgada» (30).

Se ha intentado caracterizar al Ministerio Fiscal como un órgano del Poder judicial ajeno o externo a la propia Jurisdicción. Pero acaso ello implicaría reconocer como tercer poder estatal, no sólo al Poder judicial *stricto sensu*, sino a la Jurisdicción ciertamente aumentada con las demás tareas de la Administración de Justicia (31).

A esta concepción hiperbólica de la Jurisdicción Penal se opondrían las prescripciones de los artículos 20 y 92 de la Ley Fundamental, que conforman la noción jurídico-constitucional de la «Jurisdicción».

Por otro lado, no parece razonable reunir en un solo poder estatal la Jurisdicción independiente, conjuntamente con partes dependientes de la Administración de Justicia, pues con ello se terminarían por difuminar las fronteras de separación entre el Poder judicial y el Poder ejecutivo (32).

Es de añadir además una objeción sustantiva: en la pretendida inclusión del Ministerio Público en el Poder judicial, con facultades propias reconocidas como inherentes, la iniciativa para la actividad de juzgar resultaría unida a la actividad del enjuiciamiento mismo, concurriendo en una sola mano, como antaño preconizó el proceso inquisitivo del Derecho común, en buena hora superado por el Estado de Derecho.

Un sector de la doctrina configura al Ministerio Fiscal como una Autoridad judicial administrativa, como un órgano de la Administración de Justicia, pero como un órgano independiente, que no se encuadra orgánica y funcionalmente ni en el Poder ejecutivo ni en el Poder judicial (33).

Pero ello supondría erigir a tal órgano, investido de pretendida autoridad judicial pero ubicado fuera del Poder judicial mismo, como un «cuarto» Poder del Estado; o, en su defecto, como un Poder «extraído» de la esfera de los tres Poderes estatales que consagra la Constitución.

(30) «Monatschrift für Deutschen Recht», Bd. 64, págs. 629 ss., espág. 631.

(31) Schmidt-Bleibtreu/Klein, *o.u.c.*, Rn. 1 b zu art. 92.

(32) Cfr. GÜNTHER: *o.u.c.*, págs. 48 ss.; BLOMEYER, en *Goltdammer Archiv*, 1970, pág. 161.

(33) ROXIN: *Strafverfahrensrecht*, 15. Aufl., pág. 46.

Mas parece que ambas soluciones están vetadas en el Estado de Derecho: la primera, por ser directamente impedida por la Constitución, y la segunda, por ser irrealizable prácticamente, en cuanto el Ministerio Público, al participar del ejercicio del poder estatal, ha de ser incluido —y no extraído— en la tríada de Poderes constitucionales.

En otras palabras, el poder del Estado de Derecho no puede ser ejercido por fuera de los tres «poderes parciales».

Ahora bien, si el Ministerio Fiscal no ejerce propiamente ninguna actividad jurisdiccional, que justifique su integración en el Poder judicial, a su vez, sólo puede ubicarse en el Poder ejecutivo, por su actividad realizadora de la ley (34).

No obstante, el Ministerio Público no está en modo alguno orientado, como las demás funciones públicas, a la idea directriz del utilitarismo: la garantía de la seguridad y el orden, la eficacia, la jerarquía y la coordinada celeridad de los actos de la Administración Pública (35).

Antes bien, al Ministerio Fiscal corresponde contribuir, en la persecución penal, a la afirmación de la voluntad estatal, que orienta todos los poderes del Estado hacia la idea de la Justicia material.

Por ello, el Ministerio Fiscal debe estar facultado para intervenir, desde el comienzo, de manera efectiva en el procedimiento penal contra el acusado, para que se cumpla siempre la exigencia legal de la realización de la Justicia material (36).

El Ministerio Público está sometido a las directrices del Ministerio de Justicia, y al mismo tiempo está facultado para dar instrucciones, dentro de su composición orgánica, a los distintos funcionarios integrantes de la Fiscalía (37).

A través de tales condicionamientos legales, el Ministerio Fiscal ha de participar por sí mismo, bien que como órgano subordinado al Ministerio de Justicia, en la defensa de la voluntad estatal para el correcto ejercicio del poder penal (38).

El Ministerio Fiscal está al servicio de la vocación del Estado hacia la Justicia material, no persigue ningún interés unilateral, y en este sentido su posición en cuanto órgano de la Administración de Justicia no se corresponde con la llamada «posición de parte», en el significado procesal de los intervenientes

(34) KLEINKNECHT: *StPO mit GVG und Nebengesetzen*, 34. Auflage, Rn. 6 vor parágrafo 141 GVG; BAUMANN: *Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozessrechts*, 3. Aufl., pág. 109.

(35) HENKEL: *o.u.c.*, pág. 133.

(36) OTTO: *o.u.c.*, pág. 40.

(37) Cfr. La toma de posición del Ministro de Justicia prusiano Von Mühler sobre el voto de Von Savigny *contra* la introducción de la Fiscalía del año 1843, citada por OTTO, en *o.u.c.*, pág. 21.

(38) *Ibidem*.

en un procedimiento, que se enfrentan en igualdad de derechos para la pretensión de reconocimiento y salvaguarda de sus intereses (39).

5. LA FUNCIÓN DE CONTROL DEL MINISTERIO FISCAL

En la Administración de Justicia, el Ministerio Fiscal es, ante todo, «vigía de la ley» (40). Y a él le corresponde específicamente tal puesto de vigilante en todo el procedimiento penal, tanto frente a las funciones ejecutivas de investigación policial, como frente a los órganos judiciales que conocen de la causa criminal.

Sin embargo, en la actualidad no ha dejado de ponerse en cuestión dicha situación de vigía del Ministerio Público, especialmente con relación a los funcionarios policiales. Y este estado de discusión sin duda es de algún modo sorprendente.

a) En una obligada retrospección histórica, es de recordar que la creciente crítica a las decisiones jurisdiccionales arbitrarias condujo, en Prusia, justamente a la exigencia de la implantación (41) de un Ministerio Público (42), al que se confirió las necesarias facultades jurídicas, en contraste con lo dictaminado por la Exposición de Motivos de la Legislación prusiana de 1841: «Una vigilancia de los Tribunales no se compadece con la independencia de los mismos; no existe motivo alguno para desconfiar de los Tribunales: la instauración del Ministerio Público daría la impresión de que el Gobierno trata de ganar influencia sobre la Administración de Justicia» (43).

Es de invocar una vez más la «eterna experiencia» de Montesquieu: el poder que sirve a la Justicia, por su propia esencia, necesita de limitación y control. Las actuales formas de control que el Ministerio Público ejerce sobre el poder de los Jueces operan de forma discreta pero efectiva. No se han de oponer ningún tipo de reparos fundamentales al control actual del poder de los Jueces por el Ministerio Público, siempre que con ello se garantice y respete la inquebrantable independencia de la Jurisdicción (44).

b) En relación con la arbitrariedad policial que se desplegó en el proceso inquisitivo del Derecho común, se ha de oponer a la misma la garantía del

(39) Eb. Schmidt: *o.u.c.*, I Rn 107.

(40) Cfr. OTTO: *o.u.c.*, pág. 40; CARSTEN: *o.u.c.*, págs. 24 ss.

(41) Cfr. OTTO: *o.u.c.*, pág. 14.

(42) Sobre las exigencias acerca de la introducción del tribunal de jurados, y sobre los principios de publicidad y oralidad del procedimiento, no se puede tomar posición en este contexto.

(43) CARSTEN: *o.u.c.*, pág. 23.

(44) Vid. RIESS: «Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafverfahrensrecht», en *Schäfer-Festschrift*, 1980, pág. 196.

Ministerio Público, como reconoce Von Savigny en un voto de diciembre de 1845: «Precisamente en las operaciones preliminares a una investigación criminal por parte de la Policía, existe el peligro inminente de alguna lesión jurídica, y la experiencia demuestra que los agentes policiales a menudo hubieron de asumir la culpa de tales lesiones jurídicas. Para remediar este mal y conferir base jurídica a las primeras actuaciones judiciales debería instituirse el Ministerio Público» (45).

También frente a tales exigencias, la Exposición de Motivos de la Legislación prusiana de 1841 objetó que no es necesaria una específica vigilancia de los funcionarios policiales, ya que en todo caso ellos serían «permanentemente controlados», de modo que no pudieran proceder arbitrariamente (46).

En la actualidad, se puede, además, invocar otro argumento aún de más peso: en contraste al procedimiento inquisitivo del Derecho común, el funcionario policial «está sometido, tanto al Derecho y a la Ley (art. 20.3 de la Ley Fundamental), como al Ministerio Público», por lo que es erróneo entender que requiere de un específico control jurídico ulterior (47).

Por lo demás, en la investigación policial, la Policía está obligada a la observancia de todas las garantías del Derecho penal formal, a diferencia de lo que ocurría en la época del procedimiento inquisitivo (48).

Queda fuera de toda duda que tanto la Policía como el Ministerio Público se sienten en igual medida obligados a la idea del Estado de Derecho (49).

c) También rige aquí de nuevo la «eterna experiencia» de Montesquieu de que todo poder en sí mismo, de origen y en igual forma, es portador de la tendencia a su propio abuso, y por ello requiere una limitación de control (50).

La actividad de investigación policial ha conducido en notable medida al sacrificio de la estricta vinculación de todos los poderes del Estado a la Justicia material, con el fin de esclarecer la verdad y de combatir la criminalidad en la forma más efectiva posible, incluso más allá del ámbito de la actividad preventiva policial.

Ante la reivindicación funcional de la Policía de reconocimiento a su favor de un «espacio intocable» (51), al servicio de la «protección de la sociedad» como fin preponderante respecto de la persecución penal orientada a la

(45) Cfr. OTTO: *o.u.c.*, págs. 37 ss.

(46) CARSTEN: *o.u.c.*, pág. 23.

(47) GEMMER, en *Polizei und Justiz*, BKA-Vortragsreihe, Bd. 23, 1977, págs. 13 y 15.

(48) Así, precisamente, ya KOHLHAAS: *Die Stellung der Staatsanwaltschaft als Teil der rechtsprechenden Gewalt*, 1963, pág. 73.

(49) BERCKHAUER, en *Polizei und Justiz*, BKA-Vortragsreihe, Bd. 23, 1977, pág. 65.

(50) KUHLMANN, en *DRiZ*, Bd. 76, pág. 265.

(51) WOLF, en *Kriminalistik*, 1975, pág. 393.

Justicia (52), la propia idea de la prioritaria tendencia institucional e inmanente hacia el poder y el fin utilitario hace necesaria la instauración de un control de la actividad policial en el Estado de Derecho.

6. EL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL

El artículo 20.3 de la Ley Fundamental proclama la garantía de la vinculación de la actividad jurisdiccional del Juez penal al principio de la Justicia penal material, que a su vez exige el reconocimiento de una autónoma actuación al Ministerio Fiscal (53).

El Tribunal penal no puede juzgar por sí mismo, sino sólo a iniciativa del Ministerio Fiscal. El Ministerio Público (54) representa un presupuesto necesario a la actividad jurisdiccional de los órganos de Justicia Penal (55).

Para la consecución de un sistema materialmente correcto, el Tribunal de lo penal debe averiguar la «verdad». Presupuesto ineludible de todo fallo justo es la determinación de la «verdad» de los hechos que le sirven de base.

Por ello, no puede existir una labor jurisdiccional justa en la mera aplicación formal de la legislación a un hecho, que ha sido comprobado por un tercero y de buena fe aceptado por el que aplica el Derecho.

Antes bien, el fallo justo del Juez requiere el examen del «contenido de validez» de todo hecho que constituya objeto de su sentencia.

El «examen de la verdad» se limita al objeto que ha sido presentado por la acusación respectiva para el enjuiciamiento. El Tribunal, al dictar su sentencia, en modo alguno puede excederse de ese hecho (56), al que, por otro lado, ha de juzgar exhaustivamente (57).

Tal deber de averiguación de la verdad, en el esquema jurídico actual, ya no es comparable con las desventajas de la investigación judicial de que adolecía el proceso inquisitivo del Derecho común.

En el procedimiento penal actual, ya no procede el Juez a fallar por «propia iniciativa» sobre un hecho comprobado con anterioridad.

Antes bien, el Tribunal ha de decidir sobre la «verdad» del hecho, que por iniciativa ajena le es presentado para su enjuiciamiento, conociendo sin

(52) WOLF: *o.u.c.*, pág. 394.

(53) Artículo 20.3 de la GG.

(54) Parágrafos 152,1, 212, 266, 374 y 407 de la StPO.

(55) Cfr. PETERS: *Strafprozess*, 2. Auflage, pág. 138; SCHMIDT: *o.u.c.*, parágrafo 70; GÖSSEL: «Verteidigung im Rechtsstaat und Verteidigerbeschränkungen in Terroristenverfahren», en *Rechtsstaat in der Bewährung*, Bd. 7, 1979, págs. 19, 20 y ss.

(56) Parágrafos 155 y 268 de la StPO.

(57) Parágrafo 155,2 de la StPO.

prejuicio inquisitivo alguno sobre la veracidad de lo actuado por el propio Tribunal.

Sin embargo, es evidente que, en el conocimiento de los Jueces, no puede excluirse en términos absolutos el peligro de posible partidismo o de eventual parcialidad (58).

El riesgo de arbitrariedad de los Jueces, heredado del proceso inquisitivo del Derecho común, no ha remitido aún suficientemente, a pesar de los progresos alcanzados con el asentamiento del Estado de Derecho.

Mantiene aquí vigencia también la «eterna experiencia», acreditada por Montesquieu, de que todo ejercicio del poder humano porta en sí la tendencia al abuso (59), de suerte que hasta «la virtud» de la Justicia «necesita de límites».

Junto al cometido propio del «funcionario acusador» (60), la misión de «vigía de la ley» que se asigna al Ministerio Público llegó a ser indiscutida, pese a las controversias de la introducción de esta institución en los Estados alemanes a mediados del siglo pasado.

Precisamente para evitar en la mayor medida posible el peligro de las arbitrariedades de una Judicatura supeditada al Ejecutivo, se instituyó el Ministerio Fiscal, confiriéndosele una emblemática función de «vigía de la ley», que habría de ejercer, no sólo desde el momento de la puesta a disposición del acusado a los Tribunales, sino desde el inicio de la investigación y a lo largo de la práctica de todas las actuaciones de averiguación por parte de los funcionarios policiales (61).

Junto a esta trascendente misión, el Ministerio Fiscal está investido de la facultad funcional de ejercicio de la «acusación» en el procedimiento penal: ha de adoptar decisión sobre la acusación tras examinar si las presentes investigaciones permiten o no esperar una condena penal: en caso positivo, formula acusación, y en caso negativo, insta el sobreseimiento de la causa (62).

En cuanto funcionario judicial, bien que perteneciente al Ejecutivo, el Ministerio Fiscal ha de adoptar tal decisión según el criterio de la Justicia material, de conformidad con el mandato contenido en el artículo 20.3 de la Ley Fundamental, por lo que viene obligado al examen del «contenido de verdad» de las investigaciones practicadas.

En efecto, el Ministerio Fiscal ha de procurar que la conducta del sospechoso sea examinada en el procedimiento jurisdiccional con estricta observan-

(58) GÖSSEL: *Strafverfahrensrecht*, 1977, pág. 111.

(59) MONTESQUIEU: *o.u.c.*, pág. 211.

(60) Cfr. CARSTEN: *o.u.c.*, pág. 17.

(61) OTTO: *o.u.c.*, pág. 41; Eb. SCHMIDT: *Lehrkommentar zur StPO und zum GVG*, Teil I, 2. Auflage, Rn. 95.

(62) Parágrafo 170 de la StPO. Cfr. GÖSSEL: *o.u.c.*, pág. 197.

cia de los principios del Derecho Penal. Y, al contrario, ha de instar el sobreseimiento de la causa cuando presuma que la persona acusada no ha de ser condenada, por la ausencia de responsabilidad criminal, liberándola de la persecución penal (63).

Mediante la «decisión» adoptada acerca del sobreseimiento o la acusación, el Ministerio Fiscal no se limita ya a ejercer una mera función de control de la actividad de determinados órganos estatales, sino que efectivamente resuelve, en este momento del proceso penal, con facultad propia, sobre la continuación del proceso o el sobreseimiento de la causa.

Su verdadera función consiste en examinar objetiva y críticamente los hechos averiguados en el procedimiento preliminar, para discernir si existe la sospecha de un comportamiento punible, y por ello la probabilidad de un fallo penal de culpabilidad, o la ausencia de indicios de criminalidad, y en su virtud la procedencia del sobreseimiento de la causa.

En esta competencia inicial, decisoria del procedimiento preliminar, el Ministerio Fiscal queda sometido a una «situación psicológica», de cuya decisión depende la formación de la causa o la provisión del sobreseimiento.

Y, llegado a este punto, hay que formularse la cuestión: ¿quién controla al órgano de control?

Desde un punto de vista objetivo, huelga todo temor, pues es de presuponer que el Ministerio Fiscal no tiene ningún interés personal en acusaciones innecesarias, que en todo caso van a conllevar a una absolución en el momento de la aplicación jurisdiccional de la legislación penal (64).

Antes bien, los intereses funcionariales a la prestación del servicio propician que el Ministerio Fiscal se mantenga objetivo, ante la hipotética sospecha de la comisión de un delito (65).

En todo caso, han de establecerse las garantías necesarias contra decisiones arbitrarias del Ministerio Fiscal, en especial las referidas a la omisión de interponer la acusación.

Como más importantes mecanismos de control, se delinean el control parlamentario, el control a través de las instituciones sociales y, sobre todo, en la actualidad, el control ejercido por los medios de comunicación.

Es cierto, por otra parte, que el Ministerio Fiscal dispone, en todo caso, del mecanismo de los recursos legales previstos para oponerse a las exigencias sentadas por la doctrina jurisprudencial de actuar en un sentido u otro, acusativo o inhibitorio.

(63) Eb. SCHMIDT: *o.u.c.*, Rn. 94.

(64) Eb. SCHMIDT: *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. Auflage, parágrafo 289; RIESS: *o.u.c.*, pág. 195.

(65) *Ibidem*.

Constituye por lo demás siempre un firme control el principio de legalidad, que directamente obliga al Ministerio Público a perseguir todos los actos criminales (66).

El cumplimiento de este deber jurídico queda sujeto a control procesal, a través de la formulación de denuncia por el ofendido, en un procedimiento dirigido a exigir el ejercicio de todas las correspondientes acciones penales por parte del Ministerio Público (67).

Han de tenerse en cuenta, asimismo, como garantía del ejercicio objetivo de las facultades del Ministerio Fiscal que coadyuvan al control de la actividad del mismo, las instrucciones ministeriales, siempre que éstas le sean cursadas para evitar cualquier desviación de las exigencias de la Administración de Justicia.

Por otro lado, ciertamente, es imaginable el abuso de poder por parte del Ministerio Fiscal, en orden a la interposición de la acusación (68).

Frente a este eventual abuso, constituyen garantías jurídicas, a nivel legislativo, las disposiciones penales sobre acusación falsa y persecución de inocentes, y, a nivel jurisdiccional, la facultad judicial de resolver la no apertura del procedimiento penal, no obstante ser formulada la acusación por el Ministerio Fiscal.

7. EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCEDIMIENTO PRELIMINAR DE INVESTIGACIÓN

La facultad de decisión relativa a la acusación o al sobreseimiento, que se confiere al Ministerio Fiscal (69), constituye una prerrogativa lógico-jurídica que obliga al Ministerio Público a la averiguación del hecho (70).

Así pues, todo el procedimiento de investigación, desde que surge la primera sospecha hasta que se resuelve sobre la interposición de acusación o la propuesta de sobreseimiento, está conferido al Ministerio Fiscal, a quien se ha calificado como «señor del procedimiento preliminar de investigación» (71).

El Ministerio Fiscal está facultado para la autónoma realización de actos de investigación propia (72), tales como la práctica de interrogatorio del acu-

(66) Parágrafo 152,2 de la StPO.

(67) Parágrafos 172,2 y 173 de la StPO.

(68) Parágrafo 354 del StGB.

(69) Parágrafo 170 de la StPO.

(70) Cfr. WENDISCH, en *Justiz und Polizei*, BKA-Vortragsreihe, Bd. 23, 1977, págs. 19, 21.

(71) Cfr. ROXIN: *o.u.c.*, pág. 51; BAUMANN: *o.u.c.*, pág. 111.

(72) Parágrafo 161 de la StPO.

sado (73), la de interrogatorio de testigos y peritos (74), la inspección de documentos (75) o el examen personal del procesado (76).

Según el Ordenamiento penal alemán (77), el Ministerio Fiscal además puede hacer prácticas investigadoras, por medio de las Autoridades o funcionarios de la Policía y de otros funcionarios «auxiliares», a quienes se asignan facultades más amplias que las de la Policía, para intervenir en los derechos de los afectados en la práctica de actos de investigación.

Se plantea incluso la posibilidad de reconocer al Ministerio Fiscal el derecho de dar instrucciones a este círculo de funcionarios, si bien la determinación de su alcance resulta muy discutida. Se suscita en concreto la cuestión de si el Ministerio Fiscal puede dirigir institucionalmente tales instrucciones sólo a Autoridades policiales, o también directamente a funcionarios individuales, y, asimismo, el problema de si se trata de una auténtica facultad de ordenar y dirigir instrucciones, o bien de la mera facultad de solicitar o recabar la intervención de los funcionarios «auxiliares» (78).

En cualquier caso, la práctica de los actos jurisdiccionales instructorios puede ser solicitada por el Ministerio Fiscal al Juez de la investigación, en cumplimiento de la exigencia de la instrucción penal (79).

Y, por último, el Ministerio Fiscal puede exigir informes de todos los funcionarios públicos (80), así como hacer prácticas investigadoras por medio de los servicios de auxilio de la Policía Criminal sobre todas las circunstancias que resulten relevantes para fijar las consecuencias jurídicas del acto criminal objeto de la investigación (81).

La competencia del Ministerio Fiscal para la práctica de actos de investigación, en todo caso, es complementada con el reconocimiento de facultades indagatorias que la ley concede a la Policía para los actos cuya investigación «no admite demora» (82).

Para tales casos, en el Ordenamiento penal alemán, la Policía asume un derecho propio a la primera intervención (83).

(73) Parágrafo 163, *a*), 1-3, de la StPO.

(74) Parágrafo 161, *a*), de la StPO.

(75) Parágrafo 110 de la StPO.

(76) Parágrafo 81, *a*), de la StPO.

(77) Parágrafos 161 de la StPO y 152 de la GVG.

(78) Cfr. MEYER-GOSSNER, en Löwe-Rosenberg, *StPO und GVG*, 23. Auflage, parágrafo 161, Rn. 19; SCHÄFER, en *o.u.c.*, parágrafo 152 de la GVG, Rn. 12 ss.

(79) Parágrafos 162 y 169 de la StPO.

(80) Parágrafo 161 de la StPO.

(81) Parágrafo 160,3 de la StPO.

(82) Parágrafo 163,2 de la StPO.

(83) PETERS: *o.u.c.*, pág. 156; HENKEL: *o.u.c.*, pág. 149; ROXIN: *o.u.c.*, pág. 49; KLEINKNECHT: *o.u.c.*, Introducción a Rn. 40. Cfr., en sentido disidente, MEYER-GOSSNER, *o.u.c.*, parágrafo 163 Rn. 8.

Ahora bien, aun en las hipótesis de reconocimiento de competencia investigadora propia de la Policía (84), queda conferido al Ministerio Fiscal el señorío sobre el procedimiento (85).

Al propio tiempo, se prevé la exigencia de remisión sin demora del resultado de la investigación policial al Ministerio Público (86).

De otro lado, el Ordenamiento alemán faculta al Juez de instrucción, en defecto de la intervención del Fiscal competente, para practicar por sí mismo actos de investigación, siempre que conste «peligro en la demora» (87).

En tal hipótesis, el Juez que asume la investigación ejerce una actividad que jurisdiccionalmente queda sujeta al sistema general de recursos y a la aplicabilidad de todos los presupuestos sobre declaraciones efectuadas ante un Juez (88).

En verdad, la distinción dentro del total procedimiento penal entre un proceso de investigación, asignado al Poder ejecutivo, y un proceso de enjuiciamiento, reservado al Poder judicial, concuerda plenamente con la teoría de la división de poderes y es conforme a la Constitución.

Esta distinción debería ser mantenida, conjuntamente con la facultad de acusación que la Constitución reconoce al Ministerio Fiscal. Ahora bien, la regulación de este procedimiento de investigación, por ser incompleta y subsidiaria, no parece suficientemente satisfactoria.

El Juez de instrucción no puede desarrollar iniciativas propias de investigación, salvo algún supuesto estrictamente excepcional (89).

Antes bien, el Juez de instrucción sólo puede llevar a la práctica las decisiones de investigación, que legalmente le están conferidas, en virtud de requerimiento del Ministerio Fiscal, por virtud de recurso, o por la vía del examen de un acto de investigación ya realizado (90).

En el caso excepcional de la competencia de necesidad asumida por el Juez, el mismo está autorizado para practicar investigaciones singulares de urgencia, que han de ser inmediatamente transferidas al Ministerio Público (91), y que además, contrariamente a la Corte Suprema, deberían conducir a la subsiguiente inhibición del Juez (92).

Sin embargo, en la mayoría de los casos penales de la praxis forense, el Ministerio Fiscal sólo accede al conocimiento de la existencia de un proce-

(84) Parágrafo 163,2 de la StPO.

(85) *Ibidem.*

(86) *Ibidem.*

(87) Cfr. MAYER-GOSSNER: *o.u.c.*, parágrafo 165 Rn. 11 y 12.

(88) Parágrafos 168, 168, *a*), y 168, *c*), de la StPO.

(89) Parágrafo 165 de la StPO.

(90) Cfr. parágrafo 98,2 de la StPO.

(91) Parágrafo 167 de la StPO.

(92) Parágrafo 22,4 de la StPO.

dimiento tras la conclusión de las investigaciones policiales: investiga muy poco personalmente, y además no puede modificar demasiado el resultado de la investigación policial practicada (93).

El Ministerio Fiscal no decide sobre la acusación o el sobreseimiento, con fundamento en la actividad probadora por él determinada, controlada y conducida bajo su vigilancia, sino antes bien de facto según el resultado de los actos que se desprenden de la conclusión definitiva de las investigaciones policiales, en las que apenas pudo ejercer influencia alguna.

En la mayoría de los casos de delincuencia de gravedad media, en realidad, la Policía se erige en dueño del procedimiento de investigación, por cuanto investiga por sí misma e informa al Ministerio Fiscal de las conclusiones de su investigación, en contra de lo previsto en la legislación procesal penal (94).

Existen excepciones: así, en las investigaciones asignadas al Ministerio Público Federal, en el ámbito de los delitos contra el Estado, en que el Ministerio Público ejerce permanentemente su facultad de conducción; y asimismo en los casos de criminalidad económica u otra delincuencia grave.

A la vista de esta realidad forense, predominante en la praxis judicial, la Policía ha propugnado que se amplíe mediante reforma legal el reconocimiento de su ámbito de investigación propia e independiente para la primera intervención (95), y se consagre la obligación positiva de transmitir puntualmente al Ministerio Fiscal los resultados de la investigación practicada (96).

Se ha postulado, asimismo, el reconocimiento a la Policía de una responsabilidad propia en el plano de la conducción de la investigación (97), por exigencias del progreso técnico, de la especialización profesional y de la disponibilidad de mayor estructura investigadora, que favorecen tal incremento de competencia policial (98).

Correlativamente se ha propuesto reconocer al Ministerio Fiscal únicamente el derecho de exigir de la Policía determinadas medidas de investigación, en cuya concreta realización aquél no debiera influir, por su falta de competencia especial y escasa idoneidad profesional para la conducción de la investigación (99).

Sobre todo, se ha exigido limitar la facultad del Ministerio Fiscal de dar instrucciones directas a funcionarios individuales de la Policía, en cuanto tal

(93) SESSAR: en *Polizei und Justiz*, BKA-Vortragsreihe, Bd. 23, 1977, págs. 25 ss.

(94) Parágrafo 163,2 de la StPO.

(95) Parágrafo 163,1 de la StPO.

(96) Vid. KUHLMANN: *o.u.c.*, Bd. 76, págs. 265 ss.; RUPPRECHT: en *ZRP*, Bd. 77, pág. 275; WOLF: *Kriminalistik*, 1975, págs. 389 ss.

(97) GEMMER, en *Polizei und Justiz*, BKA-Vortragsreihe, Bd. 23, 1977, pág. 15.

(98) KUHLMANN: *o.u.c.*, pág. 265.

(99) WOLF: *o.u.c.*, pág. 393.

atribución puede entrar en conflicto con las competencias orgánicas de las Autoridades policiales (100).

¿Debemos o tenemos que consentir tales exigencias? En realidad, no hay una respuesta uniforme a esta pregunta. En cuanto «vigía de la ley», el Ministerio Fiscal no debe «inquirir por sí mismo» (101).

Conforme a su propia función, el Ministerio Fiscal debe «examinar las investigaciones» que practica otro funcionario del Poder ejecutivo, y limitarse a adoptar su decisión sobre la acusación o el sobreseimiento.

Sólo así el Ministerio Fiscal alcanza su verdadera posición, como órgano estatal para la defensa de la voluntad, dirigida a la realización de la Justicia material en el procedimiento penal.

En efecto, asume el Ministerio Fiscal una posición, por igual distanciada de los respectivos órganos de investigación y enjuiciamiento, de modo que, controlando a ambos, establece unión entre ellos (102), evitando que el esfuerzo utilitario de los funcionarios de investigación del Ejecutivo y el esfuerzo por la Justicia de los órganos del Poder judicial choquen entre sí, sin ningún filtro intermedio.

Teoría y práctica exigen en igual medida transmitir al Ministerio Fiscal tareas de investigación sólo en el marco de su oficio de «vigía del Derecho», conformando la investigación de los comportamientos punibles como una función propia e independiente de la Policía (103).

En estos términos, se compensa el déficit de competencia de investigación del Ministerio Fiscal con la intensificación de su genuina función de control jurídico.

Desde una perspectiva pragmática, este modelo selectivo de las competencias del Ministerio Fiscal, no sólo se acomoda mejor a la realidad práctica, sino que además aporta una considerable ventaja para la actividad propia del mismo, pues facilita que el Ministerio Fiscal, liberado de las consideraciones utilitarias que la práctica de las investigaciones conlleva, se centre en el ejercicio de sus funciones originarias: el examen de control de la actividad investigadora de la Policía Criminal, y la salvaguarda de la legalidad en la actividad de la Jurisdicción penal.

La actividad de «control de legalidad» del Ministerio Fiscal se proyecta en el mantenimiento de las garantías protectoras de los derechos procesales del imputado, y en la investigación de todas las circunstancias de descargo (104).

(100) *Ibidem*.

(101) Cfr. OTTO: *o.u.c.*, pág. 21.

(102) Eb. SCHMIDT: *Lehrkommentar zur StPO und zum GVG*, Teil I, Rn. 95; OTTO: *o.u.c.*, págs. 36, 43.

(103) Cfr. RIESS: *o.u.c.*, pág. 197.

(104) Cfr. KOHLHAAS: *Die Stellung der Staatsanwaltschaft als Teil der rechtsprechenden Gewalt*, 1963, págs. 79 ss. Vid. parágrafo 160,2 de la StPO.

En cualquier caso, el Ministerio Fiscal mal puede llevar a cabo su control sin una amplia e inmediata información de la Policía.

El desempeño de la función de control exige que la remisión de las investigaciones policiales al Ministerio Fiscal se produzca, no sólo a la conclusión de las mismas, sino en todo momento y a medida que se lleven a la práctica, para que el control de legalidad pueda ejercerse eficazmente (105).

Por tanto, el Ministerio Fiscal debe ser inmediatamente informado a partir del momento en que se denuncia un acto delictivo ante la Policía, y a lo largo de la práctica de las actividades investigadoras, que culminan con la formulación de las conclusiones policiales.

De otra parte, el derecho de instrucción no debe ser vetado absolutamente al Ministerio Fiscal. Antes bien, el mismo ha de estar facultado para emitir determinadas instrucciones a los funcionarios del Ejecutivo relativas a la investigación de un caso criminal.

Pero el derecho de instrucción, cuyo reconocimiento al Ministerio Fiscal se preconiza, no puede ir más allá de las exigencias dimanantes de las facultades de control que consustancialmente le competen.

Así, si un funcionario policial considera determinados actos de investigación como inútiles, o se niega a recibir una denuncia respecto de tales actuaciones, es necesaria la inmediata actividad de control que corresponde al Ministerio Fiscal (106).

Para el cumplimiento de su deber de control, el Ministerio Fiscal debe tener reconocido el derecho de realizar actos de investigación propios en una práctica supletoria, en todos aquellos casos en que la Policía no pueda o no quiera practicar actos de investigación.

Asimismo, al Ministerio Fiscal compete el deber de confrontar los resultados de las actuaciones policiales, en orden a asegurar la corrección material y la realización legal de las mismas.

En general, se debe tender a un amplio paralelismo organizativo de los funcionarios de la Policía Criminal y los del Ministerio Público, a fin de que las distintas unidades organizativas respectivas trabajen coordinadamente y con más estrecha colaboración en la averiguación de la criminalidad (107).

Esta propuesta de nueva estructura organizativa debería asegurar que los Fiscales vigilen las investigaciones policiales, desde la primera actividad organizadora hasta el inicio del procedimiento judicial, dentro de la respectiva unidad de paralela organización.

(105) GÖRGEN, en *DRiZ*, 1976, págs. 296, 298.

(106) Cfr. RUPPRECHT: *Die Polizei*, 1974, págs. 270, 272.

(107) Cfr. MÖSCH: *Kriminalistik*, 1978, págs. 547, 550; RUPPRECHT: en *Polizei und Justiz*, Bd. 23, 1977, págs. 51, 54.

Con ello se elevaría el «nivel de intervención» y el compromiso personal de los Fiscales, evitándose la insatisfactoria situación de que el azar del turno de repartimiento para decidir la actuación de Fiscal prevalezca sobre el dato objetivo de los conocimientos especiales del Ministerio Público que ha de actuar.

Como principal criterio de formación especializada, para una nueva división organizativa de coordinación entre la Policía Criminal y el Ministerio Público, debe atenderse a los conocimientos criminalísticos de los Fiscales en las diversas áreas criminológicas de la actividad delictiva.

En conclusión, cualquier modificación de futuro sobre la normativa de las relaciones institucionales entre el Ministerio Fiscal y la Policía Criminal, en el proceso penal, debe básicamente atender a las «exigencias prácticas de la realidad», con estricta observancia de la función de «garante de la legalidad», que en el ámbito jurídico-comparado confieren al Ministerio Público tanto el Derecho constitucional como el Derecho procesal penal, en el marco del esquema históricamente irreversible del Estado de Derecho.

TUTELA JUDICIAL Y DERECHO AL RECURSO EN EL PROCESO PENAL

(Sobre los errores de la doctrina, la falta de sistema legal
y la incomprensión de la jurisprudencia constitucional)

JUAN MONTERO AROCA

Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Valencia

Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana

SUMARIO: 1. LOS RECURSOS EN LA LECRIM DE 1882: A) *Proceso por delitos*: a) Resoluciones dictadas por los Juzgados de Instrucción; b) Resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales. B) *Proceso por faltas*. C) *El debate sobre el recurso de apelación*: a) Oralidad y segunda instancia; b) La desconfianza frente a los jueces municipales.—2. LOS RECURSOS EN LA LEY DEL JURADO DE 1888.—3. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LOS RECURSOS: A) *Procesos por delitos*: a) Resoluciones dictadas por los Juzgados de Instrucción; b) Resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Penal; c) Resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales; d) Supuestos especiales. B) *Proceso por faltas*. 4. LA REDUCCIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS: A) *Recurso sin prueba*. B) *Recurso con prueba*.—5. LA AMPLIACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.—6. EL DERECHO AL RECURSO: A) *El artículo 14.5 del Pacto de 1966*. B) *Derecho de todas las partes*. C) *Naturaleza o ámbito del recurso*: a) Los términos de la discusión; b) Doble instancia y apelación; c) Discrecionalidad del legislador.—7. EL RECURSO LLAMADO DE APELACIÓN EN LA LEY DEL JURADO DE 1995: A) *Los errores conceptuales*. B) *La falta de coherencia*.

1. LOS RECURSOS EN LA LECRIM DE 1882

El sistema de los recursos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, segun su redacción originaria y antes de que aquél fuera destruido por las reformas realizadas en las últimas décadas, partía del hecho de que en la misma se regulaban dos únicos procesos ordinarios, en los cuales, aunque la concepción teórica era la misma, los condicionamientos prácticos llevaron a consecuencias distintas.

A) *Proceso por delitos*

Tratándose de delitos los recursos atendían a la división del proceso en dos fases, que se denominaron sumario y juicio oral, de la que la primera se atribuía a los Juzgados de Instrucción, y la segunda a las Audiencias de lo Criminal, las que después se denominaron Provinciales. Había que distinguir, por tanto, entre:

a) Resoluciones dictadas por los Juzgados de Instrucción

Contra ellas cabía reforma, apelación y queja, estando regulados todos estos medios de impugnación en los artículos 216 a 235.

1.º El remedio o recurso no devolutivo de reforma, equivalente al que en el proceso civil se denomina reposición, procedía contra la mayor parte de las resoluciones que podía dictar el Juzgado de Instrucción, esto es, contra resoluciones de contenido meramente procesal, siendo competente para conocer de él el mismo órgano que dictó la resolución impugnada (arts. 216, 217, 219,I, 220,I, 221, 211 y 222,II y III). Como se defendió en su momento se trataba de que el mismo Juez que dictó la resolución tuviera la oportunidad

de re-pensar su decisión, cuando alguna de las partes mostraba su disconformidad con ella.

2.^º El recurso de apelación se daba contra los autos dictados por el Juzgado de Instrucción en los casos en que la Ley así lo determinaba, y después de haberse ejercitado el de reforma, siendo competente para conocer de él la Audiencia Provincial (arts. 216, 217, 219,I, 220,II, 221, 212,I, 222,I y 223 a 232). Dado que los Juzgados de Instrucción limitaban su competencia a la primera fase del proceso, ni que decir tiene que no cabía apelación contra una inexistente sentencia, sino que el recurso se refería sólo a resoluciones interlocutorias.

3.^º Los recursos de queja, a pesar del nombre común, eran en realidad tres, con finalidades y sentidos muy diferentes, si bien los tres eran de la competencia de las Audiencias Provinciales:

1") Queja por inadmisión de la apelación: Se daba contra el auto del Juzgado de Instrucción que denegaba la admisión de un recurso de apelación (arts. 216, 218, 219,II, 220,IV, 221, 233, 234 y 235).

2") Queja como sustituto de la apelación: Procedía contra los autos no apelables del Juzgado de Instrucción (art. 218) y, aunque se tramitaba como el anterior, su finalidad era muy distinta pues tenía el mismo efecto que el de apelación, siempre que se interpusiera en el plazo de cinco días (art. 235,II).

3") Queja sin plazo: Cabía contra los autos del Juzgado de Instrucción y podía interponerse en cualquier momento (art. 213), siempre que la causa estuviere aún pendiente en el Juzgado, si bien su estimación no afectaba al estado de la misma (art. 235,II), lo que debía entenderse como que no incidía directamente sobre la resolución recurrida, sino cuando el proceso en su conjunto llegara a ser conocido por la Audiencia.

b) Resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales

Ya en la segunda fase del proceso, contra las resoluciones que dictara la Audiencia Provincial cabía súplica, casación y queja, aparte de la revisión que no era ni es un verdadero recurso, sino un medio de impugnación excepcional contra sentencias firmes que en realidad supone la apertura de otro proceso (Barona, *La revisión penal*, en Justicia, 1987, núm. IV).

1.^º El remedio o recurso no devolutivo de súplica se daba contra los autos de la Audiencia Provincial, salvo que la Ley otorgara expresamente otro recurso, y de él conocía la misma Audiencia por el procedimiento de la reforma (arts. 236 a 238). Naturalmente la reforma y la súplica eran medios de impugnación idénticos en su naturaleza, si bien la reforma cabía contra las resoluciones interlocutorias de los órganos unipersonales, y la súplica contra las mismas resoluciones de los órganos colegiados.

2.^º El recurso de queja cabía sólo en la modalidad de por inadmisión del recurso de casación (arts. 862 a 872).

3.^º El recurso de casación se daba contra todas las sentencias (y algunos autos que se enumeraban expresamente) dictadas en única instancia y en juicio oral y público por las Audiencias (arts. 847, 848 y 910).

B) *Proceso por faltas*

El juicio sobre faltas no se dividió en dos fases, sino que se concibió como un proceso extraordinariamente simple en el que no existía instrucción, limitándose todo él a lo que se llamó un «juicio verbal», en todo caso competencia de los Juzgados Municipales. En la LECRIM no había ni siquiera alusión al remedio de reforma contra las resoluciones interlocutorias del Juzgado Municipal, sino que se hacía referencia sólo a dos recursos:

a) Apelación contra las sentencias del Juzgado Municipal, de la que conocía el Juzgado de Instrucción, procediéndose a regular una llamada segunda instancia, que en realidad era una apelación limitada (arts. 974 a 980).

b) Casación sólo por infracción de Ley, y no por quebrantamiento de forma, contra las sentencias dictadas por los Juzgados de Instrucción en grado de apelación, de la que conocía el Tribunal Supremo (arts. 847,I, 913 y 981).

C) *El debate sobre el recurso de apelación*

De este sistema general de recursos, que hemos simplemente descrito en sus líneas esenciales, lo más destacable es que no existía recurso de apelación contra las sentencias en el proceso por delitos y sí en el proceso por faltas. La inexistencia en el primero y la existencia en el segundo respondían a claras razones teóricas y prácticas.

a) Oralidad y segunda instancia

El punto clave de la reforma del procedimiento penal en el siglo XIX aparte naturalmente de lo atinente a las garantías de la defensa del acusado, radicó en la alternativa entre proceso escrito con varias instancias o proceso oral de instancia única, y sobre este dilema se debatió larga y enconadamente hasta que la Ley de 11 de febrero de 1881, por la que se autorizaba al Gobierno para redactar y publicar una Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobando las bases correspondientes, optó entre éstas por «el juicio oral en instancia única en las causas por delitos», lo que fue ratificado en la Ley de 15 de junio del mismo año, que modificaba la Ley anterior, y en la que ya se distinguía entre instancia única para los delitos y dos instancias para las faltas.

El juicio oral y la instancia única no se presentaban aislados, sino que formaban parte de una concepción global del proceso que se basaba en estos principios:

1.º Separación de las fases de instrucción y de juicio oral, de modo que el juez que instruía no podía fallar.

2.º Atribución de la fase instructora a un órgano judicial unipersonal y configuración procesal de la misma con atisbos inquisitivos y procedimentalmente escrita.

3.º Atribución de la segunda fase a un órgano judicial colegiado, que por lo mismo se estimaba con mayores garantías.

4.º Conformación de la segunda fase procesalmente según el principio acusatorio y proceduralmente atendiendo a los principios de oralidad, inmediación, concentración y publicidad.

5.º Convencimiento de que la oralidad de la segunda fase, que es propiamente donde se realiza el verdadero enjuiciamiento, era absolutamente incompatible con un recurso de apelación, en el que el segundo Tribunal tendría que entrar a decidir sobre los hechos, lo que presuponía valorar los medios de prueba sin haber presenciado la práctica de esas pruebas.

Para el buen saber jurídico de Manuel Alonso Martínez, el ministro de Justicia que reformó el proceso penal español en el pasado siglo, si «en el juicio oral y público es donde los magistrados han de formar su convicción» (Exposición de Motivos de la LECRIM), el mantenimiento de la segunda instancia «repugna a la índole y naturaleza del juicio oral y público» (Exposición de Motivos de la Ley Adicional a la Orgánica del Poder Judicial de 14 de octubre de 1882).

Si los actos de investigación realizados en el sumario no podían servir para formar la convicción de los integrantes del órgano enjuiciador, de modo que éstos debían atender sólo a las pruebas practicadas en el juicio oral y, por tanto, con inmediación, a la hora de regular los recursos únicamente cabían dos opciones: 1) Regular una verdadera segunda instancia, esto es, repetir íntegramente el juicio oral, con la práctica de todas las pruebas ante un nuevo Tribunal, el cual formaría su convicción también con inmediación y ante lo visto y oído, sin atender a las pruebas practicadas en la primera instancia, y 2) Excluir la segunda instancia e incluso un recurso de apelación limitado, regulando sólo un recurso de contenido exclusivamente jurídico, como es el de casación.

Ante esa alternativa el legislador de 1882 eligió la segunda opción y lo hizo con todas las consecuencias. Para esa elección pesaron razones presupuestarias, pues económicamente no podía hacerse frente al gasto que supondría la multiplicación de Tribunales, pero sobre todo se tuvieron en cuenta razones de coherencia del sistema de oralidad.

b) La desconfianza frente a los jueces municipales

La coherencia dicha del sistema quebró en los juicios sobre faltas, en los que se reguló un recurso de apelación, que no era propiamente una segunda instancia sino una apelación limitada, en el sentido de que el Juzgado de Instrucción, competente para conocer de la misma, debía decidir sin que ante él se practicara prueba (salvo casos excepcionales) y con los elementos probatorios existentes en la causa, elementos de los que el juez *ad quem* no podía tener conocimiento inmediato.

La quiebra del sistema obedecía a razones prácticas. Los jueces municipales, los competentes para los juicios sobre faltas en la primera instancia, eran los equivalentes a los actuales jueces de paz, y en su nombramiento y actuación eran evidentes los móviles políticos. A esos jueces se les atribuyó competencia penal por primera vez en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, pues anteriormente esa competencia la tenían los alcaldes, y en su ejercicio se habían desacreditado. No se trataba únicamente de que fueran jueces legos, es que además no existía confianza social en su independencia, y ello hasta el extremo de que puede afirmarse que no hubo político o jurista de prestigio que no dijera de ellos cosas durísimas (puede verse «La Justicia Municipal», en mis *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1981, págs. 88-96).

En estas circunstancias lo determinante para la concesión del recurso de apelación no fueron razones teóricas, fue la necesidad de introducir confianza en el enjuiciamiento de las faltas, y para ello se optó porque de ellas pudiera acabar conociendo un Juzgado de Instrucción, desempeñado siempre por un juez de carrera, aunque fuera por medio de un recurso. Alonso Martínez era consciente de que estaba negando una de las bases del proceso penal, pero no podía desconocer la realidad social de su momento histórico.

Y no nos resistimos a la tentación de resaltar que en el sistema de la LECRIM existía recurso de casación contra las sentencias dictadas por los Juzgados de Instrucción al conocer de la apelación de las faltas, con lo que el Tribunal Supremo podía cumplir realmente con su función unificadora de la interpretación del Derecho penal, de todo este derecho, sin que existiera delito o falta alguno que quedara excluido de esa función. El Tribunal Supremo era así realmente el superior en el orden penal.

2. LOS RECURSOS EN LA LEY DEL JURADO DE 1888

Después de fracasadas experiencias anteriores se aprobó la Ley de 20 de abril de 1888, en la que se establecía el juicio por jurados, y en ella es manifiesto el intento de compaginar el proceso especial que regulaba con el ordinario

rio de la LECRIM, pues no en vano el autor del proyecto de la Ley del Jurado es el mismo que el de la LECRIM, Manuel Alonso Martínez.

Con lo anterior ya se comprenderá que en la regulación del juicio ante el Tribunal del Jurado se hace mención únicamente del recurso de casación ante el Tribunal Supremo, recurso que podía ser por infracción de Ley y por quebrantamiento de forma. También se hace una simple remisión a la revisión.

Atendido lo que hemos dicho antes sobre la oralidad y la segunda instancia era obvio que los que, a finales del siglo XIX, crearon un sistema plenamente coherente para el proceso penal (con la excepción dicha del juicio sobre faltas), no podían regular un proceso ante el Jurado con dos instancias. Hubiera sido absurdo conceder recurso de apelación ante un Tribunal integrado sólo por jueces técnicos, por cuanto ello hubiera supuesto la negación misma de lo que el Jurado significaba, y hubiera sido incoherente regular una verdadera segunda instancia con la repetición del juicio ante otro Jurado. Los legisladores de aquella época no incurrián en olvidos ni en absurdos, ni se contradecían a sí mismos.

En la Ley se hablaba de unos recursos de reforma y de revista que, realmente, no eran medios de impugnación. La llamada reforma se refería al veredicto y presuponía que éste fuera devuelto al Jurado, bien de oficio por los jueces de derecho bien a instancia de parte, cuando era incompleto o contradictorio. La denominada revista atendía a la disolución del Jurado y al sometimiento de la causa a otro nuevo cuando los jueces de derecho, de oficio o a instancia de parte, entendían que en el veredicto se incurría en error grave y manifiesto.

3. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LOS RECURSOS

El sistema de recursos de la LECRIM originaria empezó a ser destruido cuando el legislador quiso hacer frente al aumento en el número de causas, no por medio de la adecuación de la organización judicial, que hubiera sido lo lógico, sino mediante reformas procesales. En lo que nos importa el primer paso se dio con la Ley de 16 de julio de 1949 que, al modificar los artículos de la LECRIM relativos a la casación, suprimió este recurso para las sentencias dictadas en grado de apelación en los juicios sobre faltas, pero la verdadera negación del sistema llegó con la Ley de 8 de abril de 1967, que introdujo en la Ley procesal penal el denominado procedimiento de urgencia para determinados delitos, y en el que se rompió el principio esencial de que el juez que instruye no falla.

No vamos a hacer ahora el relato de las varias reformas que se han sucedido desde entonces, porque no se trata de hacer aquí historia de las astracana-

das de un legislador al que le ha movido el único afán de hacer frente al aumento constante de asuntos simplificando el proceso, aunque fuera a costa de las garantías del imputado, de la negación de los principios del enjuiciamiento penal y de la coherencia interna del ordenamiento jurídico. Hoy la exposición de los recursos tiene que partir del hecho de que no existe un verdadero sistema, sino un conjunto de medios de impugnación carentes de bases conceptuales claras.

A) *Procesos por delitos*

No existe ya un único proceso ordinario por delitos, sino dos. Uno innombrado por el que se enjuician los delitos más graves (con pena superior a prisión mayor, es decir, a doce años de privación de libertad), y que sólo para entendernos llamaremos ordinario, del que conocen los Juzgados de Instrucción en la primera fase y las Audiencias Provinciales en la segunda, y otro denominado abreviado por el que se conoce de los delitos menos graves (con pena no superior a prisión mayor), atribuido en la primera fase a los Juzgados de Instrucción y en la segunda bien a los Juzgados de lo Penal (con pena hasta prisión menor, esto es, hasta seis años de privación de libertad) bien a las Audiencias Provinciales (con pena de prisión mayor, entre seis y doce años de privación de libertad). Esto supone que hay que distinguir entre:

a) Resoluciones dictadas por los Juzgados de Instrucción

Se mantienen los recursos de reforma, apelación y queja, si bien en el proceso abreviado se ha pretendido restringir el recurso de apelación contra resoluciones interlocutorias, favoreciendo al de queja (art. 787). En los recursos devolutivos la competencia se atribuye siempre a las Audiencias Provinciales, incluso en el caso de que la segunda fase, o juicio oral, esté atribuida al Juzgado de lo Penal. La queja sigue teniendo las tres manifestaciones que en su momento vimos, si bien insistimos en que se favorece la queja como sustituto de la apelación.

b) Resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Penal

Contra las resoluciones de estos Juzgados caben reforma (art. 787), aunque su utilización sea escasa dado que la mayor parte del procedimiento que se realiza ante ellos es oral, queja en sus variantes de sustituto de la apelación y por inadmisión de la apelación (no en la de la queja no sometida a plazo, pues este es un recurso típico de la instrucción), apelación y anulación. En la queja, la apelación y la anulación la competencia corresponde a las Audiencias Provinciales.

cias Provinciales. El importante es ahora el recurso de apelación y respeto de él hay que distinguir:

1.º Apelación de autos: Si se tiene en cuenta que el artículo 787.1 dice que la apelación se admitirá únicamente en los casos expresamente señalados y que en la regulación del juicio oral, en los artículos 792 a 794, no se hace mención de ninguno de esos casos, se comprenderá que esta apelación contra autos es de difícil realidad práctica, salvo en el supuesto del artículo 798, 1.^a, II, que se refiere a la ejecución de sentencias.

2.º Apelación de sentencias: Contra las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal cabe apelación ante las Audiencias Provinciales, que se regula en los artículos 795 y 796, si bien a este recurso nos referiremos después.

Por último, aparece un nuevo recurso, al que el artículo 797 llama de anulación, previsto para los casos en que se haya producido juicio y condena en ausencia del acusado. Este recurso es consecuencia de admitir algo que en el proceso penal español ha estado tradicionalmente prohibido, el juicio en rebeldía. Si el artículo 841 dispone con carácter general que la rebeldía del procesado produce la suspensión del juicio oral y el archivo de las actuaciones hasta que seaiado, el artículo 793.1, II y para el proceso abreviado permite la realización del juicio oral en rebeldía, si bien especificando cuándo. Esta posibilidad es la que obliga a prever el recurso de anulación para «purgar» la rebeldía, permitiendo la contradicción (Calderón, *El recurso de anulación penal*, Granada, 1995).

c) Resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales

De lo que antes dijimos se mantiene la regulación del remedio de súplica en sus mismos términos y la queja por la no admisión del recurso de casación. La casación se limita a las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en juicio oral y única instancia, de modo que no existe casación contra las sentencias dictadas por las Audiencias en grado de apelación (art. 847). Sí existe contra algunos autos (art. 848).

d) Supuestos especiales

Este cuadro de los recursos en los procesos por delitos, que hemos hecho con referencia a los órganos judiciales y a sus resoluciones, se complica si se tiene en cuenta la existencia de tres órganos más. Nos referimos a la Audiencia Nacional, en la que hay que atender a su Sala de lo Penal, a los Juzgados Centrales de lo Penal y a los Juzgados Centrales de Instrucción (arts. 65, 88 y 89 bis.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), para los que puede repetirse lo

antes dicho por ser esos órganos simétricos con las Audiencias Provinciales, los Juzgados de lo Penal y los Juzgados de Instrucción.

Hay que referirse también a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, que en el enjuiciamiento penal de los aforados ante ellas dividen el proceso entre instrucción, confiada por turno a un magistrado de la misma Sala, y juicio, atribuido a la Sala propiamente dicha (art. 73.3 y 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), de modo que el magistrado instructor asume las funciones propias del Juzgado de Instrucción y contra sus resoluciones caben los mismos recursos. Contra las resoluciones de la Sala caben súplica y casación, como contra las resoluciones de las Audiencias Provinciales.

Por último, debe mencionarse a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que también conoce contra personas aforadas en única instancia, dividiendo, asimismo, entre instrucción, confiada a un magistrado de la Sala, y juicio oral, atribuido a la Sala propiamente dicha (art. 57.1, 2.º, y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), con lo que el magistrado instructor asume las funciones propias del Juzgado de Instrucción, y contra sus resoluciones caben los mismos recursos. Contra las resoluciones de la Sala sólo cabe súplica. Y aún habría que referirse a la Sala especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que puede conocer también (párrafos 1, 4.º, y 2) de la instrucción y enjuiciamiento, en los términos antes dichos, tratándose de algunas personas aforadas.

B) *Proceso por faltas*

Como hemos dicho antes, la Ley de 1949 suprimió el recurso de casación en los juicios sobre faltas, pero la verdadera complicación proviene hoy de que para conocer de las faltas son competentes, según dispone el artículo 14 de la LECRIM:

1.º Los Juzgados de Paz: Contra sus sentencias cabe apelación ante los Juzgados de Instrucción (art. 87.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Hay que advertir que los jueces de paz son legos y que su competencia penal es reducidísima.

2.º Los Juzgados de Instrucción: Sus sentencias pueden ser recurridas en apelación ante las Audiencias Provinciales, pero entonces éstas, extrañamente, se constituyen con un solo magistrado (art. 82.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Resulta así que los jueces de instrucción se han convertido en el órgano judicial normal competente para conocer de las faltas.

De todo lo sucedido en los últimos años sobre el juicio de faltas lo importante no han sido las reformas operadas en el juicio en sí; lo importante han sido las varias modificaciones en los órganos judiciales competentes. Recuérdese simplemente la Ley de Bases de la Justicia Municipal de 19 de julio

de 1944, con su secuela el Decreto de 24 de enero de 1947, y la aparición de los Juzgados de Paz, de los Juzgados Municipales y de los Juzgados Comarcales; la posterior sustitución de los dos últimos por los Juzgados de Distrito, como consecuencia de la Ley de Bases de la Justicia de 1974 y del Decreto de 29 de julio de 1977, y la desafortunada supresión de estos Juzgados por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, si bien con efectividad de 1989. De todo este maremagnus ha resultado que los Juzgados de Paz conocen de un número reducidísimo de juicios de faltas, los cuales pesan en su mayor parte sobre los Juzgados de Instrucción. Al final, la razón de ser del recurso de apelación en este juicio, que como vimos era la desconfianza frente a los jueces municipales, se ha desvanecido, pero el caso es que el recurso se ha mantenido.

4. LA REDUCCIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS

Por poca memoria histórica que se tenga no debe olvidarse que en los últimos cincuenta años los varios legisladores procesales penales se han movido siempre con el propósito de hacer frente, como fuere, al constante aumento de causas que llegaban a agobiar el funcionamiento de los órganos judiciales. En España no ha habido una política procesal de largo alcance, que se cuestionara la creación de un nuevo sistema de enjuiciamiento penal, sino desbordamientos sucesivos por el número de asuntos y búsquedas frenéticas de soluciones inmediatas, aunque esas pretendidas soluciones fueran provisionales y al poco tiempo se repitiera el problema.

En este ambiente de despropósitos hay que colocar los procesos de urgencia, el enjuiciamiento oral de los delitos dolosos, menos graves y flagrantes y el proceso abreviado, que son aquéllos en los que se introdujo el recurso de apelación contra las sentencias. Para no hacer arqueología vamos a limitarnos al último de esos procesos, al abreviado, y a su recurso de apelación, y lo vamos a hacer distinguiendo si en el recurso se ha practicado o no prueba:

A) *Recurso sin prueba*

Según el artículo 795.2 de la LECRIM en el escrito de formalización del recurso, que se presenta ante el Juzgado de lo Penal que dictó la sentencia que se recurre, expondrá el recurrente sus alegaciones en torno a: 1) Quebrantamiento de las normas y garantías procesales; 2) Error en la apreciación de las pruebas, y 3) Infracción de precepto constitucional o legal. De esta enumeración resulta que:

1.º Los «motivos» 1) y 3) no son de aquellos que individualizan a un recurso como ordinario o de apelación, por cuanto los mismos, con unas

u otras palabras, pueden encontrarse como motivos del recurso de casación, sobre todo si se advierte que respecto del 1) el artículo 795.2, II, precisa que la infracción de normas o garantías procesales ha de haber producido indefensión.

2.º El «motivo» que realmente convierte a este recurso en un medio de impugnación ordinario, es decir, en una apelación, es el 2), en cuanto permite a la Audiencia Provincial el examen completo de los hechos y de la valoración de los medios de prueba.

Que estamos ante un verdadero recurso de apelación no tiene duda. La STC 194/1990, de 29 de noviembre, ha podido decir que «el recurso de apelación otorga plenas facultades al juez o Tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se le planteen, sean de hecho o de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un *novum iudicium*», y que consiguientemente el Tribunal de apelación «puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez a quo» (además SSTC 124/1983, de 21 de diciembre, y 21/1993, de 18 de enero).

Estamos, pues, ante un verdadero recurso ordinario, pero también ante una apelación limitada, en el sentido de que, salvo lo que diremos después, la Audiencia Provincial no realiza de nuevo el juicio oral ni ante ella se vuelven a practicar las pruebas, sino que los magistrados que integran la Sección únicamente cuentan para formar su convicción sobre los hechos con la prueba documental, con los informes periciales en la parte en que son escritos y con el acta levantada por el secretario sobre la prueba practicada en la primera instancia. Con esos elementos, y con un procedimiento del recurso sometido estrictamente a la escritura, en el que se contienen un escrito del recurrente y otro del recurrido, la Audiencia ha de dictar sentencia.

En este contexto la existencia de la apelación es contradictoria incluso con la idea que el legislador tiene de la inmediación. En efecto, el legislador está partiendo de que el juez de la instancia debe formar su convicción con lo visto y oído directamente en el juicio, no con el reflejo documental de ese acto, y es por eso por lo que en el artículo 749, para el proceso ordinario, dispone que en los casos de suspensión del juicio por un tiempo demasiado largo se declarará sin efecto la parte del juicio celebrada y se citará a nuevo juicio, y lo mismo viene a decir el artículo 793.4, para el proceso abreviado, aunque aquí se admite una suspensión de hasta un mes manteniendo su valor la parte del juicio ya celebrada. Si la inmediación se entiende de esta manera, que por otra parte es la correcta, cómo es posible que luego para la apelación se admita que el Tribunal del recurso forme su convicción sólo con la documentación de las pruebas practicadas en el juicio oral de la instancia; lo que no puede hacerse en la llamada primera instancia puede hacerse en la denominada segunda.

En estas circunstancias no cabe extrañarse de que lo que es la apelación en sentido estricto esté resultando inútil. Es naturalmente posible que la sentencia de primera instancia sea revocada por razones que también conducirían a la estimación de un recurso de casación (quebrantamiento de norma o garantía procesal e infracción de precepto constitucional o legal), pero es muy difícil que lo sea por los motivos propios y exclusivos de la apelación. En este sentido es ya una cláusula de estilo en las sentencias de apelación la referencia a que, si bien el Tribunal ad quem puede examinar los hechos con la misma amplitud que el juez a quo, aquél debe en principio respetar los hechos declarados probados por éste, en atención a la inmediación, a que éste ha presenciado la práctica de la prueba, mientras que aquél cuenta sólo con el reflejo documental de esa práctica.

Las Audiencias Provinciales se ven obligadas a repetir una y otra vez frases como estas: «Es doctrina reiterada de los Tribunales que conocen de los recursos de apelación que, la valoración de las pruebas corresponde al juez de instancia que, por su posición de inmediación con el material probatorio, es quien se encuentra en una posición más favorable a la hora de efectuar una valoración del acervo probatorio practicado en su presencia... sin que pueda modificarse la narración de hechos probados por él efectuada, salvo que la misma fuera manifiestamente ilógica o incongruente» (sentencia de 20 de septiembre de 1993 de la AP de Las Palmas). Con gran expresividad dice la sentencia de 15 de enero de la AP de Jaén: «... si bien desde un plano puramente teórico el Tribunal de segunda instancia, a través del recurso de apelación, examina y, en su caso, revisa tanto los hechos como el derecho por aquél (el juez de la primera instancia) aplicado, en la práctica lo que hace es mantener inalterable, como regla general, el *factum* plasmado en el resultando de hechos probados, consecuencia de que el juzgador a quo es el que mejor se aprovecha de los principios de oralidad e inmediatividad».

Si a lo anterior se une que las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal, conteniendo la motivación fáctica precisa para no entender vulnerado el artículo 120.3 de la Constitución (el que exige la motivación de las sentencias), no son exhaustivas en esa parte de la fundamentación, en cuanto no suelen descender al detalle de poner en relación cada uno de los medios de prueba particulares con el o con los hechos que se estiman probados, la conclusión sólo puede ser la de la inutilidad de la apelación en sentido estricto. No la inutilidad del recurso en sí, sino la de la parte del recurso que lo hace propiamente de apelación.

Partiendo de esta inutilidad, que no puede ser negada por los que tienen alguna experiencia judicial, parte de la doctrina intenta defender teóricamente la apelación a base de propugnar la utilización de los medios de reproducción del sonido y de la imagen para que quede constancia de todo lo realizado en el

juicio oral, de modo que el Tribunal de apelación pueda, oyendo la cinta o viendo el vídeo, contar con elementos de juicio para realizar eficazmente su propia valoración de los medios de prueba practicados en ese juicio. A pesar de la normalidad con que se sostiene tal postura estamos, en el terreno de la práctica, ante un dejar volar la imaginación hasta el extremo de parecer que se hacen estudios de economía-ficción, y en el terreno de la teoría ante el desconocimiento de lo que es realmente la inmediación.

Prácticamente el pretender defender la apelación diciendo que todos los juicios orales que se celebran en España pueden ser grabados, en su sonido o en su imagen, supone carecer de sindéresis o, si se prefiere, supone ignorar todos los condicionamientos personales y materiales con que se imparte la justicia penal en nuestro país. Es un puro sueño creer que, hoy por hoy, el Poder Judicial va a contar con los medios suficientes para grabar los miles de juicios orales que se celebran al año y con los medios para reproducir lo grabado cuando se trate de decidir el recurso. Se trata de un cuento que hasta el califa de las mil y una noches hubiera estimado demasiado irreal.

Pero es que, además, aun suponiendo que esas grabaciones y reproducciones pudieran hacerse algún día en el utópico futuro, la inmediación quedaría igualmente frustrada. La inmediación no consiste en oír o ver lo que el testigo ha dicho por medio de una cinta o de una película, sino en entrar en relación directa con el testigo, viéndolo y oyéndolo precisamente cuando se le hacen las preguntas y cuando las responde. La impresión de veracidad o de mentira que un testigo transmite sólo se percibe con claridad en el acto mismo de la declaración, salvo que el que grabe el vídeo sea un experto director de cine capaz de mover varias cámaras al mismo tiempo y de recoger todos los matices de todas las personas que intervienen en un acto que puede durar varias horas o varios días, y aun entonces ese director estaría condicionando al Tribunal, por cuanto las cámaras reflejan lo que el que las maneja estima oportuno en cada caso, no la realidad completa.

Pero dejémonos de fantasías y ciñámonos a la realidad. Hoy el recurso de apelación es inútil en su función de control de los hechos declarados probados por el juez de primera instancia y, más específicamente, del examen de la valoración de la prueba realizada por ese juez.

B) *Recurso con prueba*

Aunque el recurso regulado para el proceso abreviado en el artículo 795 es una apelación limitada, se admite como excepción la posibilidad de practicar prueba en el mismo. Esa posibilidad se refiere a casos bien delimitados en el párrafo 3 del dicho artículo: 1) Cuando el medio de prueba no pudo proponerse en la primera instancia; 2) Cuando propuesto fue indebidamente denegada

su práctica, y 3) Cuando propuesto y admitido no pudo practicarse por causas no imputables a la parte que lo propone en el recurso.

La prueba en la apelación no consiste, pues, en repetir toda la prueba del juicio oral de la primera instancia, sino en complementar esa prueba, de modo que la Audiencia Provincial, a la hora de decidir el recurso, se puede encontrar con que parte de la prueba se practicó ante el Juez de lo Penal y parte se ha practicado ante ella. Aquí la situación en que la Ley coloca a los magistrados de la Sección correspondiente es absurda, por cuanto les obliga a, por decirlo matemáticamente, sumar cantidades heterogéneas, con lo que al final o bien acaban no dando valor a la prueba que ellos han presenciado, por cuanto constituye una pequeña parte de todo el conjunto probatorio, o bien finalizan atendiendo sólo a la prueba ante ellos practicada, con olvido de la realizada en la primera instancia. Las dos situaciones son teóricamente inadmisibles, pero prácticamente inevitables.

En el caso del recurso con prueba las declaraciones de la jurisprudencia de las Audiencias no son tan claras como cuando se trata de recurso sin prueba. Es cierto que suele repetirse que el Tribunal de apelación puede variar los hechos declarados probados en la primera instancia cuando los mismos han sido desvirtuados por pruebas practicadas en la segunda (sentencia de 30 de octubre de 1991 de la AP de Castellón), o cuando se disponga de otros medios de convicción por practicarse prueba en segunda instancia (sentencia de 16 de noviembre de 1993 de la AP de Málaga), o que cabe que se aporten nuevos elementos que puedan influir en la apreciación del hecho enjuiciado (sentencia de 29 de julio de 1993 de la AP de León), pero la experiencia demuestra que estamos ante cláusulas de estilo, por cuanto frases como las dichas se reiteran precisamente en las sentencias en las que las Audiencias Provinciales asumen la declaración de hechos probados realizadas por los Juzgados de lo Penal.

5. LA AMPLIACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

No es preciso recordar aquí la naturaleza de recurso extraordinario que tiene la casación, en cuanto su admisión queda condicionada a la existencia de unos motivos determinados, los cuales atienden al control de los errores jurídicos en que pueda haberse incurrido por el Tribunal de instancia, de modo que, sin posibilidad de modificar los hechos declarados probados, el Tribunal de casación ha de limitarse a examinar la observancia de las normas jurídicas, bien sean éstas materiales (infracción de Ley) bien lo sean procesales (quebrantamiento de forma). Esta es la teoría.

Esa teoría es apoyada a veces de modo claro por el Tribunal Supremo que insiste, cuando así conviene para la decisión del caso concreto, en que el recur-

so de casación no es una instancia y por medio de él no puede revisarse la apreciación de las pruebas hecha por el Tribunal de instancia. En alguna ocasión en las sentencias del Tribunal Supremo resuenan los ecos de lo que antes hemos resumido que decían las Audiencias Provinciales. Por ejemplo: «El Tribunal de casación que no ha percibido con sus sentidos la producción de la prueba, sobre todo la de testigos y la pericial, no puede tampoco juzgar sobre lo que no ha visto ni oído... La conclusión sobre si un testigo, el acusado o un perito se manifiesta de una manera veraz o no, resulta estar tan condicionada por la inmediación con que se ha recibido esta prueba que esta Sala carece, en principio, de la posibilidad técnica de emitir un juicio sobre tales extremos» (STS de 29 de abril de 1988).

Pero la teoría no está impidiendo que en la realidad las cosas estén sucediendo de tal modo que la ampliación del ámbito de este recurso lo hace cada vez más parecido al de apelación. Si por un lado el recurso de apelación se ha ido reduciendo, y por medio de él no se controlan los hechos ni la valoración de la prueba realizada por los Juzgados de lo Penal, y si por otro el recurso de casación se ha ido ampliando, está resultando que al final uno y otro recurso, teóricamente distintos, en la práctica son muy parecidos.

La ampliación del ámbito del recurso de casación se ha producido en distintos momentos y con diferentes sentidos:

a) La primera ampliación se produjo por la Ley de 28 de junio de 1933, que introdujo un nuevo motivo de casación que en la actualidad, después de la Ley 6/1985, de 27 de marzo, atiende al error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador de instancia, sin estar contradichos por otros elementos probatorios (art. 849, 2.º). Se produce así una clara entrada de los hechos en la casación.

b) Después de la publicación de la Constitución de 1978 y antes de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, el Tribunal Supremo empezó a admitir como motivo de casación la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, lo que hacía con referencia al artículo 849, 2.º, y referido, no a la valoración de la prueba, sino a la inexistencia de prueba de cargo suficiente para desvirtuar esa presunción.

c) En la Ley Orgánica del Poder Judicial dice su artículo 5.4 que es suficiente para fundamentar el recurso de casación «la infracción de precepto constitucional», y el Tribunal Supremo ha ido configurando esa norma como creadora de una modalidad específica del recurso, no equiparable ni a la a infracción de Ley ni al quebrantamiento de forma (STS de 30 de enero de 1989), y por la misma ha estimado recursos relativos a principios o garantías constitucionales como el de igualdad (STS de 12 de diciembre de 1986), el acusatorio (STS de 15 de febrero de 1986), o el de publicidad (STS de 12 de noviembre de 1986).

d) Incluso antes de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 el Tribunal Supremo se vio forzado a admitir la casación por nulidad de actuaciones, aunque el quebrantamiento de forma no estuviera previsto en los artículos 850 y 851 de la LECRIM (STS de 3 de abril de 1985), y esa apertura fue reforzada por la regulación de la nulidad de actuaciones en los artículos 238 y siguientes de aquella Ley, que además dispone, en el artículo 240.1, que esa nulidad puede denunciarse por medio de los recursos (STS de 6 de febrero de 1992).

e) Por último, existe una jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo en la que éste asume la función de controlar la aplicación que de las máximas de la experiencia hace el juzgador de instancia a la hora de determinar los hechos probados. No se trata de controlar lo que depende de la inmediación en la práctica de la prueba sino, partiendo de ella, de controlar la utilización de lo que el artículo 717 de la LECRIM llama «criterio racional» o que otras veces se llama humano. Así la STS de 23 de marzo de 1988 dice que en casación debe controlarse la correcta utilización «de las reglas de la lógica, de los principios generales de la experiencia y de los conocimientos científicos».

Por todos estos caminos se ha llegado a una ampliación del ámbito de lo controlable en el recurso de casación. Ahora basta recordar cómo las Audiencias Provinciales han ido reduciendo de hecho el ámbito de lo controlable por medio del recurso de apelación, para llegar a la conclusión de que en la práctica las diferencias entre los dos recursos, aunque no han llegado a desaparecer completamente, sí se han acortado y ello hasta el extremo de que puede afirmarse que sus funciones en el proceso penal son hoy casi las mismas.

6. EL DERECHO AL RECURSO

Dentro del complejo contenido que el Tribunal Constitucional ha ido dando al derecho a la jurisdicción o, en palabras del artículo 24.1 de la Constitución, al derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales, no se ha entendido incluido el derecho al recurso con carácter general. Esto supone que el legislador ordinario, a la hora de regular un proceso, puede hacerlo tanto dotándole de recurso como sin él. Lo que el Tribunal Constitucional sí ha entendido incluido en dicho artículo 24.1 es que si el legislador ha regulado un proceso con recurso, éste forma parte entonces del derecho a la tutela judicial efectiva, de modo que se vulneraría ese derecho tanto si el legislador condicionara la admisibilidad del recurso a presupuestos o requisitos de imposible o de muy difícil cumplimiento, como si el juez o Tribunal interpretara la norma de modo que de hecho impidiera a las partes la utilización del recurso (SSTC 59/1984, de 10 de mayo; 5/1988, de 21 de enero; 20/1991, de 31 de enero, y 161/1992, de 26 de octubre).

A) *El artículo 14.5 del Pacto de 1966*

La doctrina anterior se matiza con relación al proceso penal como consecuencia del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, ratificado por España en 1977. El punto de partida aquí es la afirmación de que la Constitución, en sí misma considerada, no atribuye a las partes de un proceso el derecho al recurso. Ese derecho aparece como consecuencia de la ratificación por España del Pacto dicho, el cual obliga a estimar bien que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere el artículo 24.2 de la Constitución hay que entender incluyendo el derecho al recurso ante un Tribunal superior (STC 42/1982, de 5 de julio), bien que ese derecho forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la norma fundamental (STC 116/1988, de 20 de junio).

Para entender exactamente el sentido del derecho al recurso hay que empezar por conocer el texto literal de dicho artículo 14.5, el cual dice: «Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley». Este es el texto que hay que interpretar para dar contenido y límites al derecho que reconoce, y hay que hacerlo, por lo menos, desde dos premisas básicas y generales.

a) En los ordenamientos procesales penales de la inmensa mayoría de los países la única parte acusadora es el Ministerio Público o Fiscal, de modo que éste tiene el monopolio de la acusación, no admitiéndose la existencia de acusadores particulares o populares. Cuando en España dice el artículo 101.I de la LECRIM que «la acción penal es pública», se entiende que la acción penal corresponde con plenitud a todos los ciudadanos españoles, además de al Ministerio Fiscal, pero cuando otros ordenamientos emplean exactamente las mismas palabras lo que están diciendo es que la acción penal corresponde en exclusiva a un órgano público, que suele denominarse por lo mismo Ministerio Público.

Advertida esa diferencia se comprenderá que lo que el artículo 14.5 del Pacto está diciendo es que la persona condenada tiene la garantía, frente al Estado, de someter su condena o su pena a otro órgano jurisdiccional distinto y superior al que le condenó, mientras que en ese contexto sería absurdo atribuir garantías al propio Estado que actuó en el proceso como acusador. Naturalmente cuando en el proceso penal pueden actuar otros acusadores no públicos, el artículo 14.5 no dice nada respecto de los mismos, entre otras cosas porque los redactores del Pacto no sabían que había ordenamientos jurídicos en los que el Estado no era el único acusador.

b) El Pacto, y más en concreto las garantías procesales que contiene, se entienden mejor si se tiene en cuenta que las mismas adquieren su verdadero

sentido referidas a un proceso penal de corte anglosajón. Parece claro que el Pacto, aun siendo internacional y abierto a la adhesión de todos los países, se encuadra dentro de la influencia de determinados países, los que por su fuerza política y predominio en el mundo suelen trasladar a los convenios multilaterales sus instituciones y su terminología jurídica, las cuales no son siempre luego de fácil acomodo en ordenamientos jurídicos distintos. En esta época buena parte de los convenios, sobre todo cuando son obra de los expertos de las Naciones Unidas, sólo se comprenden si se advierte que, junto a la traducción literal de las palabras al español, es necesario hacer también otra traducción ideológica o de conceptos, pues de lo contrario muchas de las disposiciones de esos convenios pueden conducir a situaciones absurdas.

A la hora, por tanto, de interpretar el derecho al recurso que contiene el artículo 14.5 del Pacto de 1966, no debe olvidarse que el sistema procesal penal anglosajón, y en especial el de Estados Unidos, se configura partiendo de la base de la intervención del Jurado y que, después del veredicto de éste, si es absolutorio el fiscal no dispone de recurso, y si es condenatorio la persona condenada tiene derecho a que un Tribunal superior, compuesto sólo por jueces profesionales, controle si en el proceso se han observado todas las garantías de lo que viene denominándose debido proceso y, en su caso, anule el proceso, el cual debe repetirse ante un nuevo Jurado. El Tribunal superior técnico no conoce de una segunda instancia, en el sentido que esta institución tiene en los países del sistema jurídico continental, sino de un recurso que atiende a determinar si en el proceso ante el Jurado se han respetado las garantías procesales del acusado; si el recurso es estimado se produce la anulación de la condena, pero el Tribunal superior no realiza un verdadero juicio sobre el fondo, sino que éste debe realizarse ante un nuevo Jurado, si es que el fiscal mantiene la acusación.

Puede ser de interés recordar cuáles son los motivos del recurso llamado *direct appeal*, que es el que se asemeja más a nuestros medios de impugnación. Esos motivos, que han de haber sido «protestados» por la parte bien en el momento del juicio oral bien después del mismo, pero ante el juez profesional que presidió el debate, son: 1) Rechazo ilegal de la petición de que no fuera admitida alguna prueba de la acusación; 2) Limitaciones al derecho de proponer prueba testifical de descargo; 3) Limitaciones al examen contradictorio de los testigos de la acusación; 4) Comportamientos o actividades ilegales de la acusación; 5) Instrucciones erróneas del juez al Jurado; 6) Inexistencia de imparcialidad en el juez, por tratarse de un juez prevenido o por comportarse de modo incorrecto, teniendo todo ello incidencia en el veredicto del Jurado; 7) Inconstitucionalidad de la Ley que ha determinado la acusación; 8) Celebración del debate del juicio oral más allá del plazo fijado por la ley; 9) Asistencia de abogado no habilitado para defender, y 10) Falta de pruebas idóneas

para demostrar que el acusado era culpable más allá de toda duda razonable (*vid. Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, volumen colectivo coordinado por Amodio y Bassiouni, Milano, 1988, y dentro de él el estudio de Bauer, «Il regime delle impugnazioni», págs. 236-7).

Desde estas premisas puede ya procederse al examen de las consecuencias del artículo 14.5 del Pacto en el ordenamiento procesal penal español, no olvidando que esa norma no puede interpretarse de modo aislado sino que ha de integrarse en nuestro ordenamiento. Este no podrá contener extremo alguno contrario a la norma, pero la misma no puede llevar a la destrucción del, admitamos existente, sistema español.

B) *Derecho de todas las partes*

Si el artículo 14.5 del Pacto hubiera de entenderse literalmente y aislado, estaría diciendo que el derecho al recurso corresponde únicamente al condenado en una sentencia, de modo que las partes acusadoras carecerían de ese derecho. Dicho de otra manera, sólo las sentencias condenatorias serían recurribles y el único legitimado para recurrir sería el condenado, con las consecuencias de que: 1) Las sentencias absolutorias no serían recurribles, y 2) Las sentencias condenatorias tampoco podrían ser recurridas por los acusadores.

El sistema procesal penal español (en lo que hemos dicho que existe ese sistema) quedaría destruido si se aceptara esa interpretación literal, y sería así porque:

1.º Se estaría desconociendo un principio que para nosotros es esencial en todos los procesos, incluido el penal, el principio de igualdad de las partes, que hace a la esencia misma de nuestra noción de proceso, en el que no puede admitirse la existencia de impugnaciones privilegiadas.

En alguna ocasión el Tribunal Constitucional ha sostenido que «el derecho reconocido por el artículo 14.5 del Pacto de 1966... se atribuye a toda persona declarada culpable de un delito, sin que exista precepto alguno de rango constitucional o integrado en la Constitución a través del artículo 10.2 que reconozca ese derecho a acudir ante un Tribunal superior a quien lejos de ser declarados culpables, sean acusadores, tanto públicos como privados» (STC 33/1988, de 13 de febrero), pero en la mayoría de las ocasiones ha entendido correctamente que «el derecho a la tutela judicial efectiva y a la no indefensión exige que todas las partes del proceso penal tengan las mismas posibilidades de recurrir y, por tanto, que una vez creado el recurso en nuestro ordenamiento jurídico tal garantía procesal ha de estar a disposición de todas las partes» (SSTC 27, 33 y 96 de 1985, de 26 de febrero, de 7 de marzo y de 29 de julio).

El derecho al recurso que reconoce al condenado el artículo 14.5 del Pacto no puede interpretarse aisladamente, sino que ha de integrarse en el sistema

español. Para éste la igualdad de las partes es consustancial a la naturaleza del proceso, de modo que concedido por el Pacto el derecho a una de ellas, de la misma Constitución ha de derivarse la concesión de ese mismo derecho a todas las partes. En último caso podría sostenerse que el reconocimiento de un derecho al condenado, no tiene que significar la concesión del mismo derecho al Ministerio Fiscal, si bien debe significarlo para las partes acusadoras particulares y populares, pero ni siquiera esta interpretación debe ser admitida si se sostiene, como hacemos nosotros, que el Fiscal en el proceso penal ha de ser considerado simplemente una parte, por lo que no puede tener más derechos procesales que las otras, pero tampoco menos.

2.º Admitido que en nuestro ordenamiento jurídico el derecho al recurso ha de reconocerse a todas las partes, y sea la sentencia absolutoria o condenatoria (sin perjuicio de que luego, y en el caso concreto, tengan o no gravamen para recurrir), el mantenimiento de otra consecuencia, que cabría entender derivada del artículo 14.5 tantas veces citado, podría conducir a situaciones tan irresolubles que el sistema acabaría destruyéndose. Nos referimos al caso de que, absuelto el acusado en la instancia, recurriese uno de los acusadores y el Tribunal superior dictara sentencia condenatoria, que sería la primera en que se condenaba al acusado.

En el supuesto que decimos la interpretación literal de la norma internacional habría de llevar a la regulación de un nuevo recurso, por cuanto la persona condenada tendría derecho a que su condena, y ésta se produjo por vez primera en la sentencia del Tribunal del recurso, fuera sometida a otro Tribunal superior. Esta interpretación es inadmisible, aunque se haya pretendido otra cosa por quienes se aferran a las palabras del Pacto, desconociendo que éste no ha pretendido imponer la existencia de dos enjuiciamientos por dos órganos judiciales diferentes.

En el Pacto lo único que se persigue es establecer una garantía de los ciudadanos consistente en que un Tribunal superior controle la corrección del proceso en que se impone una condena, pero en él no se trata de establecer una doble instancia en sentido estricto, como tendremos ocasión de desarrollar después. Ante la desconfianza que pudiera sentirse frente a Tribunales de primera instancia, incluido el Jurado, la garantía procesal consiste en que un Tribunal superior, que se presupone más imparcial y compuesto por técnicos con más experiencia y menos implicados socialmente en una causa, examine si la condena se produjo conforme a la legalidad procesal; a ese Tribunal superior no se le atribuye el enjuiciamiento del tema de fondo, sino sólo el control, de las garantías procesales. El derecho al recurso es una garantía procesal que tiende a asegurar que se han observado las garantías de esta naturaleza.

En España de momento no conocemos que este problema se haya suscitado ante el Tribunal Constitucional, pero si el caso llegara no creemos que se

estimara el recurso de amparo correspondiente, y no ya sólo porque el Pacto Internacional no es suficiente para crear por sí mismo recursos inexistentes (SSTC 42/1982, de 5 de julio; 30/1986, de 20 de febrero), sino porque la no existencia de un segundo recurso no podría entenderse como vulneradora ni del derecho a la tutela judicial efectiva del párrafo 1 del artículo 24 de la Constitución, ni de alguna de las garantías del párrafo 2, incluidas aquellas más genéricas. Si la condena es impuesta precisamente por el Tribunal superior que debía controlar al inferior, no puede existir vulneración de la garantía procesal que prevé el Pacto.

C) Naturaleza o ámbito del recurso

La interpretación del artículo 14.5 del Pacto ha despertado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en la doctrina dudas e interrogantes, que sólo se explican desde la constatación de que una y otra no han sabido colocar la norma internacional en su contexto, sino que han pretendido incorporarla a nuestro ordenamiento sin sentido crítico.

a) Los términos de la discusión

La afirmación de la que hay que partir aquí fue hecha con toda corrección por el Comité de Derechos Humanos, en su Informe de 24 de marzo de 1982: Cuando el artículo 14.5 dice «conforme a lo prescrito en la Ley» no está dejando a la discrecionalidad de los Estados la existencia misma de la incorporación a sus ordenamientos del derecho al recurso, pero sí está dejando a esa discrecionalidad la modalidad del recurso en virtud del cual se someterá la sentencia condenatoria al examen del Tribunal superior. Esto es evidente, y lo es porque sería absurdo que un Pacto, que ha de aplicarse en países de muy diferentes culturas jurídicas, pretendiera precisar la naturaleza del recurso que establece como garantía de los condenados.

Si lo anterior parece claro, no acabamos de entender la discusión suscitada en España sobre el ámbito del recurso, sobre la naturaleza que debe tener ese recurso en nuestro ordenamiento, pues incluso se ha llegado a defender que el Pacto impone al legislador español la regulación de un proceso penal en el que exista una verdadera segunda instancia o doble grado jurisdiccional. La discusión, en su mismo planteamiento, presupone que se está interpretando el Pacto como si éste se hubiera redactado pretendiendo igualar los procesos penales de todo el mundo o, por lo menos, aspirando a que en todos los países del mundo fuera igual un recurso. En último caso, parece como si se creyera que el dilema único entre recursos, en todas las culturas jurídicas, fuera la alternativa entre apelación o casación. El presupuesto del que se está partiendo es, naturalmente, falso.

El Tribunal Constitucional se ha ido moviendo de forma muy dubitativa. Por un lado, ha declarado que el recurso de casación es suficiente para cumplir la garantía que prevé el Pacto (SSTC 42/1982, de 5 de julio; 61/1983, de 11 de julio; 57/1986, de 14 de mayo; 37/1988, de 3 de marzo, y 20/1989, de 31 de enero, entre otras muchas) pero, por otro, ha ido diciendo que tiene mayores ventajas el recurso de apelación para cumplir con lo preceptuado en el Pacto Internacional (SSTC 140/1985, de 21 de octubre; 79/1987, de 27 de mayo, y 6/1989, de 19 de enero), y no han faltado ocasiones en que ha llegado a sostener que el sometimiento del fallo condenatorio y de la pena impuesta a un Tribunal superior debe equivaler a admitir la doble instancia (SSTC 154/1987, de 14 de octubre; 157/1989, de 5 de octubre; 50/1990, de 26 de marzo, y 160/1993, de 17 de mayo).

En esta línea de confusión se ha leído a veces, en votos particulares a sentencias del mismo Tribunal Constitucional, que es comprensible que, al amparo del artículo 14.5 del Pacto, se intente aplicar en todo caso la exigencia de la doble instancia en materia penal, entendiendo que el recurso de casación no puede cumplir los fines perseguidos por el dicho Pacto, de modo que «lo más adecuado en este sentido, pues, sería establecer la apelación para todos los procesos penales» (voto particular a la STC 37/1988, de 3 de marzo).

En la doctrina cabe registrar una tendencia, que no sabemos si puede considerarse claramente mayoritaria, favorable a la concesión de recurso de apelación contra todas las sentencias penales. Unas veces se ha sostenido rotundamente que el Pacto exige la doble instancia, pero son más habituales afirmaciones no tan explícitas en las que, admitiendo la jurisprudencia constitucional más o menos críticamente, se dice a continuación que si el recurso de apelación es el que mayores garantías ofrece a las partes, debiera el legislador establecer la doble instancia también en el proceso por delitos más graves, con lo que en un futuro código procesal penal debería consagrarse absolutamente la doble instancia penal.

No faltan, con todo, quienes se mueven más cautamente, sosteniendo que la doble instancia, en la que el Tribunal superior puede sustituir por otra la valoración de las pruebas efectuada por el inferior, no representa sin más una garantía adicional para el justificable, salvo que se presuponga, para lo que no existe base alguna, que esa valoración tardía y a la que no puede llegar ni un átomo de espontaneidad, ha de ser más correcta que la efectuada en primera instancia. Por último hay que recordar a quien sostiene que sólo caben dos soluciones: 1) Suprimir la segunda instancia, manteniendo un recurso ceñido al control del juicio de derecho y a la depuración de los vicios del procedimiento y de los defectos de la sentencia, o 2) Admitir la doble instancia en sentido estricto, esto es, permitiendo al órgano del recurso formar su convicción en iguales condiciones de inmediación que el juzgador de la primera, si bien con referencia sólo a las sentencias condenatorias.

b) Doble instancia y apelación

Antes de seguir con la exposición de la que creemos es la interpretación correcta del artículo 14.5 del Pacto, conviene precisar algunos conceptos elementales porque en la jurisprudencia constitucional y en la doctrina se están manejando sin la suficiente matización palabras o expresiones, de modo tal que llega a enturbiarse el contenido de la discusión misma. Nos referimos, sobre todo, a la palabra apelación y a las expresiones doble instancia y doble grado jurisdiccional. Y somos conscientes de que lo que sigue es una simple vulgarización de conceptos base en la ciencia del llamado derecho procesal, pero a veces es necesario sentar con claridad lo elemental.

En sentido jurídico estricto cuando se habla de doble grado o doble instancia se hace referencia a un sistema de organizar el proceso en virtud del cual se establecen dos sucesivos exámenes y decisiones sobre el tema de fondo planteado, por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos, de modo que el segundo debe prevalecer sobre el primero. Resulta así que:

1.º Los segundos examen y decisión tienen que ser realizados por un órgano distinto del que efectuó los primeros, lo que supone que el efecto devolutivo es consustancial con el doble grado o instancia.

2.º La existencia real de los segundos examen y decisión sólo se producirá si alguna de las partes los solicita expresamente, de modo que la regla del doble grado o instancia no supone la necesidad de que conozca el Tribunal superior, sino simplemente la posibilidad de ese conocimiento, posibilidad que depende de la iniciativa de las partes.

3.º La legitimación para pedir los segundos examen y decisión se confiere a todas las partes, pero para que uno y otra se realicen la parte que los pida ha de haberse visto perjudicada, de alguna manera, bien por la forma en que se ha realizado el primer examen, bien por el contenido de la primera decisión, con lo que surge la necesidad de lo que se denomina gravamen para recurrir.

4.º Los segundos examen y decisión sobre el tema de fondo cuestionado en el proceso han de poder tener el mismo objeto que los primeros, de modo que el Tribunal ad quem ha de poder asumir todas las facultades que tuvo el órgano a quo, sin perjuicio de que la parte recurrente puede delimitar el ámbito de los segundos examen y decisión, en el sentido de que pueden pedirse estos segundos sólo respecto de algún o algunos de los elementos de los primeros.

Así entendido el doble grado o instancia (e insistimos en que estamos resumiendo lo obvio, procesalmente hablando), hay que decir inmediatamente que el recurso de apelación en España, tal y como ha sido tradicionalmente regulado para el proceso civil y tal y como ha sido asumido moder-

namente para el proceso penal, no daba ni da lugar a una verdadera segunda instancia. En el derecho español no ha existido nunca una doble instancia en sentido estricto, a pesar de lo común que es la expresión en nuestras leyes, en nuestros libros y en las sentencias de nuestros Tribunales. Dicho de otra manera, en nuestro derecho no ha habido apelación plena, sino apelación limitada.

La apelación plena supone que el Tribunal superior, al realizar el examen del tema de fondo y al decidir sobre el mismo, cuenta con todos los materiales de hecho y probatorios con que contó el Tribunal de la primera instancia, más aquellos otros materiales que las partes han aportado en el procedimiento de la segunda. Esto es, manteniéndose el objeto del proceso, la apelación plena implica permitir a las partes adicionar alegaciones de hechos (siempre que no se modifique la causa de pedir que sirve para identificar el objeto del proceso y la persona acusada) y proponer y practicar nuevos medios de prueba, con lo que el Tribunal superior puede contar, para tomar su decisión, con elementos de los que no conoció el órgano de la primera instancia.

Por el contrario, estamos ante una apelación limitada cuando el Tribunal superior ha de basar su examen y decisión en los mismos materiales de que dispuso el órgano inferior, sin que las partes puedan adicionar nuevos hechos o nuevas pruebas (salvo supuestos excepcionales que no desvirtúan lo dicho). A pesar de esta limitación, la función del Tribunal superior no consiste únicamente en revisar lo hecho por el inferior, sino que ha de realizar un nuevo examen. Gómez Orbaneja lo explicaba muy gráficamente diciendo que el juez de la apelación no comprueba un resultado como se comprueba una operación matemática, sino que la hace otra vez con los mismos datos (*Derecho procesal civil*, I, Madrid, 1976, pág. 472).

Incluso con referencia a la apelación limitada, su misma existencia viene condicionada a los principios que determinen la configuración de la primera instancia como escrita u oral. Si el proceso en la instancia se ha regulado según los principios de escritura y mediación, nada se opone a conceder este tipo de recurso, por cuanto el nuevo examen que comporta el mismo, el volver a sumar con los mismos sumandos con que contó el juez inferior, es perfectamente posible, dado que la convicción judicial sobre los hechos ha de formarse necesariamente con el reflejo documental de las pruebas practicadas, y para formar esa convicción es indiferente que se trate del juzgador de la primera instancia o del juzgador del recurso. Si en el proceso escrito *quod non est in actis non est in mundo*, es porque la convicción judicial ha de atender sólo a lo que conste por escrito en las actuaciones.

Si el proceso en la primera instancia se ha regulado conforme a los principios de oralidad e inmediación la situación es muy diferente, y lo es porque la convicción del juzgador de instancia debe formarse atendiendo únicamente a

lo visto y oído personalmente por él, de modo que lo que sirve para formar esa convicción no es el reflejo documental de las pruebas practicadas, sino el recuerdo de lo que ante él se ha realizado, no siendo ni siquiera necesario que quede constancia escrita, completa y fiel, del contenido de los actos realizados. En las actuaciones quedará constancia de la realización del acto concentrado en que se resuelve el juicio oral y de sus circunstancias, pero esa constancia no tiene porque comprender el exacto contenido de todas y cada una de las pruebas practicadas.

Así las cosas, la apelación limitada o es imposible o requiere volver a practicar ante el Tribunal del recurso todas las pruebas que se practicaron en la instancia. Si no se repite el contenido del juicio oral, el Tribunal de la apelación ni siquiera tiene a su disposición reflejo documental de las pruebas practicadas, las cuales desde luego no se han realizado en su presencia, de modo que carece de los sumandos necesarios para realizar nuevamente la operación matemática. Si no se repite el juicio oral, lo único que podría hacer el Tribunal superior respecto de los hechos es apreciar que el juzgador de instancia careció de los datos precisos para concluir que quedó desvirtuada la presunción de inocencia del acusado.

Partiendo de la realización de la instancia conforme a los principios de la oralidad y de la inmediación, la alternativa es clara: O no existe recurso de apelación limitado o ese recurso ha de consistir en reiterar el juicio oral, de modo que el Tribunal del recurso forme su convicción atendiendo a las pruebas que se han realizado en su presencia. La inmediación no se respetaría ni siquiera, suponiendo que ello fuera prácticamente posible, cuando de lo practicado en la instancia tuviera el Tribunal del recurso constancia por los medios de reproducción de la imagen o del sonido, pues el oír una grabación del sonido o el contemplar una película no supone inmediación.

c) Discrecionalidad del legislador

Hechas las precisiones anteriores parece evidente que los términos de la discusión en España, en torno al exacto contenido y límites del artículo 14.5 del Pacto de 1966, han sobrepasado lo razonable, en cuanto que no existe base alguna para pretender que lo que el Pacto dice es que sea necesario que el legislador regule una verdadera segunda instancia o segundo grado jurisdiccional en el proceso penal. A pesar de que a veces las sentencias del Tribunal Constitucional y a veces algunos autores aluden a la segunda instancia, parece claro que no puede entenderse que estén utilizando la expresión con rigor técnico jurídico, sino que se están refiriendo a la apelación limitada.

Excluida, pues, la segunda instancia, los términos del debate deben reconducirse a la alternativa entre apelación limitada o casación. Antes de seguir conviene insistir en algo que antes hemos ya apuntado. El Pacto Internacional

no ha pretendido unificar la regulación de los procesos penales de todo el mundo, ni siquiera en el aspecto parcial de los recursos. Esto es algo que debe descartarse. Por lo mismo hay que admitir que en otros ordenamientos jurídicos es perfectamente posible que quepa discutir entre otros recursos no conocidos en España, lo que supone que la discusión española es relativa, en el sentido de que aquí y ahora debatimos sobre los recursos propios de nuestro ordenamiento, pero por la simple razón de que no conocemos otros, de que entre nosotros los recursos devolutivos o son asimilables a la apelación limitada o son de corte casacional.

Pues bien, planteada la alternativa entre apelación limitada y casación, nuestra interpretación del artículo 14.5 del Pacto nos lleva a concluir que el mismo no está eligiendo entre ellos, sino que deja al legislador español plena discrecionalidad. Si los redactores del Pacto, los expertos de las Naciones Unidas formados en la cultura jurídica anglosajona y con gran influencia norteamericana, no tienen una idea cabal de las diferencias existentes entre apelación limitada y casación, y si estos recursos, tal y como nosotros los conocemos, no existen en muchos de los países que formaban la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 o que se han adherido después al Pacto (y se recomienda la lectura de la lista de los países que lo han hecho), parece obvio que el Pacto mismo no pudo elegir entre apelación y casación. Adviértase que si al recurso que impone el Pacto le diéramos necesariamente la naturaleza de recurso ordinario o de recurso extraordinario, en Estados Unidos tendrían que proceder a reformar la legislación federal y las legislaciones de todos los Estados, para acomodarlas a unos recursos que allí hasta ahora no han tenido existencia.

A partir de lo dicho estimamos que el Tribunal Constitucional no puede «recomendar» al legislador que regule el proceso penal con uno u otro tipo de recurso, y que la doctrina no puede utilizar el Pacto como argumento para «convencer» al legislador de que configure en el futuro uno u otro recurso. En la alternativa entre recurso asimilable a la apelación limitada o recurso de corte casacional, el legislador puede decidir con discrecionalidad política. Los argumentos a manejar para fundar esa discrecionalidad han de ser de carácter interno, y aún dentro de lo interno no tienen como límite el respeto a mandato constitucional alguno, pues la Constitución no se pronuncia.

Podría incluso decirse que el recurso de casación, tal y como está regulado en la LECRIM, con una clara entrada en el mismo de los hechos por el motivo 2.º del artículo 949, cubre con exceso las exigencias del Pacto Internacional, y de ahí que la situación doctrinal y jurisprudencial que antes hemos resumido se torna incomprensible. Nuestro recurso de casación, no es que sea suficiente, es que excede las exigencias de lo que el legislador español está obligado a hacer como consecuencia de la adhesión al Pacto.

7. EL RECURSO LLAMADO DE APELACIÓN EN LA LEY DEL JURADO DE 1995

Si de algo debe servir la exposición de los recursos que hemos realizado hasta aquí será para evidenciar la falta de claridad de ideas en la doctrina o, si se prefiere, la confusión conceptual, de la que se ha derivado desorganización en el sistema legal e imprecisión jurisprudencial. No hay que extrañarse, por tanto, de que la confusión, la desorganización y la imprecisión se hayan reflejado en la última ley dictada sobre la materia, la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, en la que se han cometido errores muy graves de conceptos y en la que no existe coherencia entre lo que se dice que se hace y lo que efectivamente se regula.

A) *Los errores conceptuales*

Los errores a que nos referimos se ponen de manifiesto en la Exposición de Motivos de la Ley del Tribunal del Jurado, en la que puede leerse: «El nuevo Libro V de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denominado “De los recursos de apelación, casación y revisión”, está encaminado a extender la apelación contra autos y sentencias derivados del procedimiento ante el Tribunal del Jurado... La nueva apelación aspira a colmar el derecho al “doble examen”, o “doble instancia”, en tanto su régimen cumple suficientemente con la exigencia de que tanto el fallo condenatorio como la pena impuesta sean sometidas a un Tribunal superior, en función del carácter especial del procedimiento ante el Jurado, y sin perjuicio de la función propia que debe desempeñar, respecto de todos los delitos, el recurso de casación».

No vamos a examinar este párrafo minuciosamente preguntándonos cómo se «derivan» las resoluciones de un proceso, pues a nosotros nos había parecido hasta ahora que las resoluciones se dictan en el proceso, ni vamos a preguntar a su autor desde cuándo el Tribunal Supremo cumple con su función respecto de todos los delitos, pues nosotros creímos que el recurso de casación está abierto a un número muy reducido de delitos. No vamos a detenemos en esos «detalles».

a) El pretendido derecho al «doble examen»

Si hemos de estar al sentido literal de las palabras de la Exposición de Motivos, la única conclusión posible es la de que el legislador español se ha dejado convencer por aquella parte de la doctrina que considera que el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 impone a los legisladores de todos los países que han ratificado el Pacto la necesidad de regular el proceso penal de modo que en él exista una verdadera

segunda instancia o doble grado jurisdiccional. El error que se ha asumido por el legislador español es doble:

1.º Se ha entendido que el Pacto obliga a regular una clase de recurso que ha de ser precisamente el de apelación, sin que pueda serlo el de casación, pues aquél es el único que cumple suficientemente con la exigencia de que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean sometidas a un Tribunal superior. Se ha desconocido así la interpretación que hemos considerado correcta del artículo dicho del Pacto.

2.º Se ha llegado incluso más lejos, pues si a la Exposición de Motivos se le da sentido jurídico estricto habrá que concluir que el recurso a regular no es de apelación limitada, sino que tiene que ser una verdadera segunda instancia. Este segundo error puede ser paliado teniendo en cuenta que, como el legislador español tradicionalmente ha venido llamando segunda instancia a la apelación limitada, cabría entender que cuando habla de «doble examen» o de doble grado jurisdiccional está refiriéndose a esa apelación limitada.

Después de la grave incorrección conceptual en que había incurrido parte de nuestra doctrina, precisamente aquella que tiene relaciones con el poder político, en cuanto que se ha puesto al servicio de éste para justificar sus decisiones políticas, no cabe extrañarse de que los errores de esa doctrina se trasladen al legislador.

b) Apelación en el proceso ante el Jurado

Lo más grave, con todo, es el desconcierto que se produce en el lector cuando éste tiene que llegar a la conclusión de que va a existir recurso de apelación en el proceso especial ante el Tribunal del Jurado, en contra de lo que venía admitiéndose comúnmente. En efecto, la doctrina española ha partido siempre de la consideración de que, introducido el Jurado en el ordenamiento orgánico y procesal, el mismo tiene que ser «soberano» en la declaración de hechos probados, de modo que no puede existir recurso de apelación contra la sentencia, en la que se integra el veredicto de aquél, y ante un órgano judicial compuesto sólo por jueces técnicos y profesionales, pues ello supondría desconocer la exclusividad del Jurado en la fundamentación fáctica de la sentencia, sea ésta absolutoria o condenatoria.

Al lector de la Exposición de Motivos le tuvo que asaltar inmediatamente la duda de si la regulación de un recurso de apelación significaba:

1.º Que se procedía a establecer no un Tribunal del Jurado sino dos, de los cuales uno conocería de la primera instancia y otro del recurso de apelación. Esto conduciría a algo inadmisible en la situación actual, por cuanto los medios personales y materiales que se están negando a los Tribunales ordina-

rios, se dice que por falta de recursos económicos, se dilapidarían para los Tribunales de Jurados.

2.º Que se iba a regular un recurso de apelación del que conocería un órgano judicial integrado por jueces técnicos y profesionales, con lo que la base misma del sistema de jurado quedaría desconocida, en cuanto que los jurados no tendrían la última palabra en la determinación de los hechos.

La perplejidad ante este dilema era tan acuciante que el lector quedaba obligado a iniciar la lectura de la Ley, no desde el principio, sino buscando rápidamente en la misma el órgano judicial competente para conocer del recurso, descubriendo así que ese órgano es la Sala de lo Civil y Penal de los diecisiete Tribunales Superiores de Justicia existentes, con lo que de los posibles errores en que podía haber incurrido el legislador estaba ya claro que se había optado por el segundo.

De la lectura de la Exposición de Motivos, con su referencia al recurso de apelación, al que además se califica de «doble examen» o «doble instancia», el lector de buena fe tenía que acabar con la conclusión de que la errónea interpretación del artículo 14.5 del Pacto Internacional de 1966 había llevado a que el legislador español regulara un proceso especial en el que se establecía una verdadera apelación ante un Tribunal de jueces profesionales. Esa apelación tenía que significar que los Jurados, al final de todo, no podían dictar la última palabra sobre los hechos, por cuanto el Tribunal del recurso, al ser éste una verdadera apelación, aunque fuera limitada, tenía que entrar a decidir sobre la apreciación de la prueba y, con ella, sobre los hechos.

Además, admitido que el recurso era una apelación limitada, se incidía en el viejo error de establecer ese recurso en un proceso oral y con inmediación, pues el Tribunal de profesionales, sin haber presenciado la práctica de la prueba y con la única base de su reflejo documental en el acta, tendría que proceder a valorar de nuevo los medios de prueba practicados. Una vez más se había olvidado la incompatibilidad entre oralidad y apelación.

B) *La falta de coherencia*

Acabada la lectura de la Exposición de Motivos nuestro lector inicia la lectura de la Ley propiamente dicha. Vamos a referirnos aquí sólo al recurso que se llama de apelación, pero respecto de los recursos en general sí que hay que decir, de entrada, que ese lector de buena fe se llevaba una primera sorpresa. La Ley del Tribunal del Jurado llega a su artículo último, el 70, y no ha hecho mención de los recursos. Hace falta seguir leyendo con las disposiciones adicionales, las transitorias y las finales para acabar encontrándose en estas últimas con la regla 14 de la 2.^a, conforme a la cual se introducen unos artículos nuevos en la LECRIM del 846 bis *a*) al 846 bis *f*) en los que se regu-

la el recurso de apelación. Es decir, la Ley del Tribunal del Jurado dentro de ella regula el proceso especial en la instancia, pero el recurso de apelación exclusivo del mismo, y que sirve sólo para ese proceso, se regula en la LECRIM. No vamos a estas alturas a escandalizarnos por la ausencia de la más elemental técnica legislativa, pero sí a advertir de sus defectos para no acostumbrarnos a ellos.

Sin detenernos más en «minucias formales» de este orden, y atendiendo a la regulación del recurso que se llama de apelación, podemos concluir inmediatamente que ese recurso no es de apelación. Basta con iniciar la lectura del artículo 846 bis *c*) para convencerse de ello: «El recurso de apelación deberá fundamentarse en alguno de los motivos siguientes». Y basta con leer hasta el final de ese artículo para tener claro que el recurso que regula es de naturaleza extraordinaria y, más aún, que el mismo permite llevar al conocimiento de la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia un contenido menor del que el recurso de casación en el proceso ordinario permite llevar a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Digámoslo escalonadamente para evitar equívocos:

1.º Es obvio que el recurso llamado de apelación no es una verdadera segunda instancia o apelación plena, por cuanto no cabe que en él las partes aleguen nuevos materiales de hecho ni propongan nuevos medios de prueba.

2.º Es evidente que ese recurso tampoco es una apelación limitada, por cuanto el Tribunal del recurso no puede entrar a conocer de los hechos, los cuales quedan definitivamente fijados en el veredicto. No sólo no se repite la práctica de los mismos medios de prueba, sino que los hechos quedan excluidos del ámbito del recurso.

3.º Es indudable que el recurso tiene naturaleza extraordinaria, pues la Ley fija taxativamente los motivos posibles de la impugnación, los cuales atiende únicamente al quebrantamiento de las normas y garantías procesales y a la infracción de precepto constitucional o legal.

4.º Es indiscutible que existen motivos del recurso de casación que no están enumerados entre los motivos del llamado recurso de apelación, de modo que éste es un recurso más extraordinario en cuanto que más limitado que aquél, para afirmar lo cual basta tener en cuenta el motivo 2.º del artículo 849 de la LECRIM.

Con lo dicho hasta aquí puede ya concluirse que no existe coherencia entre lo que se dice en la Exposición de Motivos y lo que se regula después efectivamente. Las contradicciones más llamativas son:

a) Se habla en la Exposición de Motivos de la existencia de un recurso de apelación y luego se regula un recurso extraordinario que no tiene parecido alguno con la apelación, ni siquiera con la modalidad limitada de ésta.

b) Se dice que se trata de «colmar el derecho al “doble examen” o “doble instancia”» y luego no se regula ni una verdadera doble instancia y ni siquiera una apelación limitada, sino un recurso extraordinario.

c) Se afirma que todo ello es sin perjuicio de la función propia del recurso de casación y luego se regula un proceso especial en el que existen dos recursos extraordinarios sucesivos.

Para finalizar, posiblemente lo que más importa resaltar es que la realidad es muy impertinente y acaba no sometiéndose al voluntarismo carente de base científica. Si no existe un verdadero derecho a un recurso de apelación y si éste es incompatible con la existencia de un Tribunal de Jurado, por mucha voluntad política que se tenga lo que no puede ser, no puede ser, y además es imposible.

LA INSTRUCCIÓN DEL PROCESO PENAL POR EL MINISTERIO FISCAL: ASPECTOS ESTRUCTURALES A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO

JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER

Catedrático de Derecho Procesal

Universidad «Jaime I» de Castellón

SUMARIO: 1. ÚLTIMAS ORIENTACIONES REFORMISTAS DEL PROCESO PENAL.—2. LA INSTRUCCIÓN DEL PROCESO PENAL EN EL DERECHO COMPARADO EUROPEO CONTINENTAL.—3. SU INFLUENCIA EN AMÉRICA LATINA.—4. EL MINISTERIO FISCAL COMO ÓRGANO INSTRUCTOR; CUESTIONES ORGANIZATIVAS.

1. ÚLTIMAS ORIENTACIONES REFORMISTAS DEL PROCESO PENAL

Hasta donde alcanza nuestra memoria siempre hemos oído hablar de crisis de la Justicia y, consiguientemente, de una serie de medidas para lograr superarla. A la afirmación general de ser la Justicia lenta y cara, se contraponen deseos y realidades reformistas tendentes a hacerla más rápida y más barata (1).

Para ello se concretan y proponen una serie de acciones, cuya eficacia por otra parte ha sido casi nula, puesto que se sigue hablando de crisis de la Justicia, que se pueden resumir en estas tres:

(1) Los últimos congresos celebrados así lo demuestran. Véase en particular la excelente relación general de TIEDEMANN, K., para el Coloquio Preparatorio, Sección III, de la Asociación Internacional de Derecho Penal, celebrado en Toledo (España), del 1 al 4 de abril de 1992, y publicado en la monografía «Les mouvements de réforme de la procédure pénale et la protection des droits de l'homme», en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1993, 3.^o et 4.^o trimestres, págs. 783 a 811.

Por lo que hace referencia a España, v. la ponencia general española y la relación de nuestro país presentadas en dicho Coloquio de GIMENO SENDRA, J. V., publicadas en la monografía anteriormente citada, págs. 873 a 887 y 1051 a 1062, y, del mismo autor, «Causas históricas de la ineficacia de la Justicia», en *Revista Justicia*, 1987, núm. III, págs. 579 a 601; y «Los procedimientos penales simplificados», en *Revista Poder Judicial*, núm. especial II, págs. 31 y ss. Véase también MORENO CATENA, V.: «La Justicia penal y su reforma», en *Revista Justicia*, 1988, núm. II, págs. 313 a 318.

Respecto a Alemania, v. la ponencia de TIEDEMANN acabada de citar.

Con relación a Italia, v. la ponencia de CHIAVARIO, M.: *Les mouvements de réforme du procès pénal et la protection des droits de l'homme en Italia*, publicada en la monografía del coloquio antedicho, págs. 1193 a 1211.

En cuanto a Francia, v. la ponencia de BRAUNSCHWEIG, A.: *La procédure pénale en droit français*, publicada en la monografía del coloquio antedicho, págs. 1089 a 1113.

La reforma afecta también a Portugal, v. ANTUNES, M. J.: *La reforme de la procédure pénale et la protection des droits de l'homme au Portugal*, publicada en la monografía del coloquio antedicho, págs. 1271 a 1287.

1.^a Reformas orgánicas, de manera que haya más órganos jurisdiccionales, sobre todo de base, mejor repartidos territorialmente, con competencias objetivas y funcionales más racionalmente establecidas, y por ende más Jueces y más Fiscales, queriéndose sin duda también que estén mejor preparados.

2.^a Reformas procedimentales, eliminando procesos inútiles, simplificando los que se dejen en vigor, facilitando trámites, acortando plazos y suprimiendo formalismos innecesarios.

3.^a Reformas concretas de instituciones clave del proceso que, preferiblemente acompañando a las anteriores y generalmente aplicando principios procesales consagrados en las normas fundamentales, contribuyan al principio máximo de una Justicia justa, rápida, barata y eficaz, que tiene en la mayor parte de los Estados reconocimiento constitucional (2).

Pues bien, dentro de esta tercera categoría se proponen reformas importantes, y se han llevado ya a la práctica en algunos países, que afectan a la institución de la Fiscalía con relación al proceso penal (3). En concreto podemos citar las cuatro siguientes:

a) Reconocimiento en exclusiva de la acción penal al Ministerio Fiscal, por tanto, monopolio acusador (legitimación activa única) para este órgano

Finalmente, para América Latina, v. CRUZ CASTRO, F.: «Principios fundamentales para la reforma de un sistema procesal mixto. El caso de Costa Rica», en *Revista costarricense Ciencias Penales*, 1994, núm. 8, págs. 40 a 51; BERTOLINO, P. J.: *Proceso penal y servicio de la Justicia*, Librería Editora Platense, La Plata, 1992, págs. 82 y ss.; MAIER, J. B. J.: «Situación de la Justicia penal y problemas de los sistemas escritos», *Revista costarricense Ciencias Penales*, 1991, núm. 4, págs. 2 a 7; TIJERINO PACHECO, J. M.: «Nuevas corrientes procesales penales en la dogmática», en *Revista costarricense Ciencias Penales*, 1992, núm. 6, págs. 47 a 49. Agradecemos vivamente a este último autor, que ha sido hasta fechas recientes Fiscal General de la República de Costa Rica, su valiosísima ayuda para la comprensión del Derecho Procesal Penal de ese bellísimo país, y de otros muchos latinoamericanos.

(2) Indirecto en España (arts. 1.1, 14, 24 y 119 de la Constitución de 1978), Alemania (arts. 3 y 103, ap. 1 de la Ley Fundamental de 1949), Italia (arts. 3 y 24 de la Constitución de 1947) y Portugal (arts. 13 y 20 de la Constitución de 1976); pero directo por ejemplo en Costa Rica (art. 41 de la Constitución republicana de 1949), v. *Constitución política de la República de Costa Rica, anotada y concordada*, Ed. Juricentro, San José, 1985, comentada por el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa de Costa Rica, págs. 214 a 221; ARMijo SANCHO, G. A.: *La Constitución política: Su influencia en el Derecho Procesal Penal*, Ed. Escuela Judicial, San José, 1991, págs. 25 y ss.; y CRUZ CASTRO, F.: *La defensa penal y la independencia judicial en el Estado de Derecho*, Ed. Ilanud, San José, 1989, págs. 19 a 21.

(3) En general, sobre la posición del Ministerio Fiscal en diversos países europeos, v. recientemente el número especial 6 de los *Cadernos da Revista do Ministério Público*, 1994, que recoge las ponencias presentadas al IV Congresso do Ministério Público, celebrado en Cascais (Portugal) en 1994, bajo el título «Ministério Público: Instrumento do executivo ou órgao do Poder Judicial?».

público, con exclusión (o mínima intervención, generalmente limitada a la pretensión civil) de particulares sean o no los ofendidos por el delito.

b) Atribución al Ministerio Fiscal de la competencia para instruir las causas penales, sustituyendo al Juez Instructor, sin perjuicio de la intervención ocasional de éste cuando resulte necesario.

c) Otorgamiento al Ministerio Fiscal de facultades derivadas del principio de oportunidad para, ofreciendo bajo determinados presupuestos medidas alternativas al imputado, no perseguir el delito generalmente menos grave o leve, bien a través del instituto de la «conformidad», bien a través de la llamada «negociación sobre la declaración de culpabilidad».

d) Conversión del Ministerio Fiscal en autoridad principal, o incluso única, de la ejecución penal.

Es difícil encontrar un argumento común a todas estas posibilidades, relativamente nuevas en los ordenamientos jurídicos continentales, salvo que se trate de lograr un aceleramiento, simplificación y abaratamiento de la impartición de Justicia penal, fin general al que nos hemos referido al comienzo de este escrito, reforzando una de las instituciones más importantes del proceso penal cual es el Ministerio Público, pero un observador atento de la realidad jurídica que proporciona el Derecho comparado, deduce inmediatamente que desde 1974 (4), fecha en que en Alemania se da un vuelco a favor del sistema anglosajón de instrucción a cargo de persona distinta al Juez (Policía y Ministerio Fiscal) (5), sin duda la más importante de todas las propuestas antedichas, abandonando la tradicional competencia del Juez Instructor para esta fase inicial del proceso penal, los demás países las han ido contemplando todas ellas o una buena parte de las mismas.

Si seguimos con Alemania, la veracidad de lo dicho es incuestionable (6). El Ministerio Público es órgano instructor de las causas penales (§ 160 y ss. *StPO*), pudiendo intervenir el Juez sólo para adoptar resoluciones que impliquen restricciones de derechos fundamentales, principalmente de la libertad

(4) Mediante la *Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts*, abreviada 1. StVRG («Primera Ley de Reforma del Derecho Procesal Penal»), de 9 de diciembre de 1974, conocida doctrinalmente como la «Gran Reforma del Proceso Penal», v. sobre sus aspectos más importantes KERN/ROXIN: *Strafverfahrensrecht* (14.^a ed.), Ed. C. H. Beck, München, 1976, págs. 353 y 354; y ROXIN, C.: *Strafverfahrensrecht* (15.^a ed.), Ed. C. H. Beck, München, 1979, págs. 373 a 375.

(5) Véase una explicación detallada de esta reforma alemana en PEDRAZ PENALVA, E.: «La reforma procesal penal de la R. F. de Alemania de 1975», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1976, págs. 647 y ss.

(6) Una exposición doctrinal y la traducción de la legislación alemana citada a partir de ahora en GÓMEZ COLOMER, J. L.: *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Ed. Bosch, Barcelona, 1985. Véase también MAIER, J. B. J.: *La Ordenanza Procesal Penal alemana*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978 (t. I) y 1982 (t. II).

(v. por ejemplo, los § 65, 114, 126a, 161a, etc. *StPO*) (7); el Ministerio Público es, ante todo, el dueño del proceso penal, porque es la única parte acusadora en el mismo, gozando del monopolio de la acción penal (§ 243, ap. 3 *StPO*); el Ministerio Público dispone de amplias facultades derivadas del principio de oportunidad, pudiendo ofrecer medidas alternativas a la persecución penal, que se configuran como excepción al principio de legalidad penal y procesal (§ 153 y ss. *StPO*), introduciéndose en la práctica además y siendo admitida por la Jurisprudencia la negociación con el imputado (*Absprache*) (8); al ser la única autoridad, pública o privada, que puede ejercer la acción penal, el derecho al recurso adquiere para él su sentido más absoluto (§ 296 y ss. *StPO*); finalmente, el Ministerio Fiscal es en Alemania también la autoridad principal de la ejecución penal (§ 451 *StPO*).

Algo parecido se podría decir de *Italia*, cuyo Código de Procedimiento Penal (9) prevé el monopolio de la acción pública por parte del Ministerio Fiscal (arts. 50, 405 y 416 CPP, con fundamento en el artículo 112 de la Constitución de 1948), la instrucción del proceso penal a su cargo (arts. 327 y 358 CPP), las medidas alternativas a la persecución penal (arts. 444 y ss. CPP), así como una intervención principal en la ejecución de resoluciones judiciales (arts. 655 y 656 CPP), sin perjuicio de la intervención del Juez de las Investigaciones Preliminares (v. arts. 279, 283, 294, etc., por ejemplo, del CPP), o del llamado Tribunal de la Libertad, instaurado en 1984, en la fase de investigación (v. art. 309 CPP), o del Magistrado de Vigilancia en la ejecución de la pena privativa de libertad (arts. 677 y ss. CPP) (10).

Finalmente, también Portugal se ha sumado a la órbita de países que han optado por reformar a fondo la institución del Ministerio Fiscal. En este país, el Fiscal detenta en régimen de monopolio el ejercicio de la acción pública penal [art. 241 CPP, con fundamento en el art. 224.1 de la Constitución Portuguesa de 1976 (11)], que hay que completar con las disposiciones de los artículos 53, 262, 263 y 267 CPP y artículo 3 de la Ley Orgánica del Ministerio Público portuguesa de 1986. La investigación del proceso penal es también competencia suya [art. 53.2, b) CPP], previéndose medidas alternativas a la

(7) Un resumen detallado de la posición del Juez investigador alemán instruyendo el Fiscal, en GÓMEZ COLOMER, J. L.: *El proceso penal alemán...*, cit., págs. 73 a 75.

(8) Véase sobre estos acuerdos BARONA VILAR, S.: *La conformidad en el proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, págs. 150 y ss.

(9) Véase la traducción de VILLAGÓMEZ, M.: «El nuevo proceso penal italiano», en *Documentación Jurídica*, núm. 61, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, págs. 41 y ss.

(10) Para la información sobre Italia *vid. CHIAVARIO, M.: La riforma del processo penale. Appunti sul nuovo codice* (2.^a ed.), Ed. Utet, Torino, 1990, págs. 78 y ss., fundamentalmente.

(11) Véase GUTIÉRREZ-ALVÍZ Y ARMARIO, F.: «La Justicia, según la Constitución Portuguesa de 2 de abril de 1976», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1976, págs. 547 y ss., especialmente págs. 566 y 567.

persecución penal en sus artículos 281 y siguientes. El artículo 270 especifica qué funciones puede delegar en la Policía Criminal. La intervención del Juez de Instrucción, basada en el artículo 32.4 de la Constitución, se fija en los artículos 268 y 269 CPP. Finalmente, el Fiscal comparte funciones de ejecución penal al lado del Tribunal (art. 469 CPP) (12).

Pues bien, visto el marco, es hora de entrar ya en el objeto principal de este escrito, a saber, analizar las razones que pueden avalar que el Ministerio Fiscal sea el competente para instruir las causas penales en España, así como las opiniones contrarias a ello, para dar nuestra opinión personal sobre el tema. Antes es necesario, sin embargo, al ser una institución procesal importada, analizar brevemente la situación jurídica en los principales países de nuestro entorno cultural, a saber, Alemania, Italia, Portugal, Francia, Estados Unidos e Inglaterra, dando unos apuntes relativos a algunos países latinoamericanos, como Argentina y Costa Rica, que también son destinatarios de estas palabras.

2. LA INSTRUCCIÓN DEL PROCESO PENAL EN EL DERECHO COMPARADO EUROPEO CONTINENTAL

Alemania, Italia y Portugal contemplan la instrucción del proceso penal a cargo del Ministerio Fiscal, derogando las normas que atribuían la competencia al Juez Instructor, como se apuntó *supra*.

En Alemania, la *Strafprozeßordnung* de 1877, reformada según se ha indicado en 1974 en este importante tema, recoge la instrucción a cargo del Fiscal en sus párrafos 160 a 163. Dispone textualmente en concreto el párrafo 160, ap. (1) que «*Sobald die Staatsanwaltschaft durch eine Anzeige oder auf anderem Wege von dem Verdacht einer Straftat Kenntnis erhält, hat sie zu ihrer Entschließung darüber, ob die öffentliche Klage zu erheben ist, den Sachverhalt zu erforschen*» (13). La Fiscalía ordena a la Policía que investigue los hechos aparentemente delictivos (§ 163 StPO), conforme a sus técnicas propias, siendo en la práctica la Policía la verdadera instructora de las causas criminales (14).

Respecto a Italia, el *Codice de Procedura Penale* de 1988 ha derogado el de 1930 (el Código Rocco) (15). Esta Ley preveía la competencia exclusiva

(12) Véanse los comentarios a todos esos preceptos en LOPES MAIA GONÇALVES, M.: *Código de Processo Penal anotado* (6.^a ed.), Ed. Almedina, Coimbra, 1994. Con carácter general, puede consultarse GIMENO SENDRA, J. V.: «El nuevo Código Procesal Penal portugués y la anunciada reforma global de la Justicia española», en *Revista Justicia*, 1990, núm. II, págs. 493 y ss.

(13) Véase la traducción en GÓMEZ COLOMER, J. L.: *El proceso penal alemán...*, cit., pág. 337.

(14) Así lo confirma expresamente PETERS, K.: *Strafprozeß. Ein Lehrbuch* (4.^a ed.), Ed. C. F. Müller, Heidelberg, 1985, págs. 182 y 183.

(15) Véase sobre la historia procesal penal italiana, CHIAVARIO, M.: *Procedura Penal. Un Codice tra «storia» e cronaca*, Ed. Giappichelli, Torino, 1994, págs. 13 a 32.

del Juez para la formación de las causas penales, denominada instrucción formal (art. 303), con la excepción de la llamada instrucción sumaria, a cargo del Ministerio Fiscal según el artículo 389 (o del Pretor para los delitos de su competencia) (16).

El Código de 1988, en cambio, ha introducido, como se anunció antes, la instrucción del proceso penal, sin distinción entre formal o sumaria, a cargo del «Pubblico Ministero», disponiendo textualmente su artículo 327.1 que «*Il pubblico ministero dirige le indagini e dispone direttamente della polizia giudiziaria*» (17), concretándose a continuación esta facultad en los artículos 328 y siguientes.

Con relación a Portugal, el *Código de Processo Penal* de 1987, que ha derogado el de 1929, contempla igualmente la investigación del proceso penal a cargo del Ministerio Fiscal (18). Su artículo 53.2, *b*), dispone textualmente que «*compete em especial ao Ministério Público: ... b) Dirigir o inquérito*» (19), desarrollándose esta competencia en los artículos 267 y siguientes de dicho Código.

(16) Véanse CORDERO, F.: *Procedura Penale* (5.^a ed.), Ed. Giuffrè, Milano, 1979, págs. 432 a 439; FOSCHINI, G.: *Sistema del Diritto Processuale Penale* (2.^a ed.), Ed. Giuffrè, Milano, 1965, tomo II, págs. 128 a 130 y 166 a 170; MANZINI, V., *Trattato di Diritto Processuale Penale italiano* (6.^a ed., puesta al dfa por Conso y Pisapia), Ed. Utet, Torino, 1972, vol. IV, págs. 181 y 293; y PISAPIA, G. D.: *Compendio di Procedura Penale* (2.^a ed.), Ed. Cedam, Padova, 1979, págs. 76, 77 y 172.

(17) Véanse CHIAVARIO, M.: *La riforma del processo penale...*, cit., págs. 83 a 89; CARULLI/ MASSA/ESPOSITO/PALUMBO, *Lineamenti del nuovo processo penale*, Ed. Jovene, Napoli, 1993, págs. 26 y ss.; DALIA/FERRAIOLI, *Corso di Diritto Processuale Penale*, Ed. Cedam, Padova, 1992, págs. 341 y ss.; FORTUNA/DRAGONE/FASSONE/GIUSTOZZI/PIGNATELLI: *Manuale Pratico del Nuovo Procedimento Penale* (3.^a ed.), Ed. Cedam, Padova, 1993, págs. 95 y ss., y 153 y ss.; NAPPI, A.: *Guida al nuovo Codice di Procedura Penale*, Ed. Giuffrè, Milano, 1992, págs. 30 y ss.; PISANI/MOLARI/PERCHINUNNO/CORSO, *Appunti di Procedura Penale*, Ed. Monduzzi, Bologna, 1992, págs. 57 y ss.; y CORDERO, F.: *Procedura Penale* (2.^a ed.), Ed. Giuffrè, Milano, 1993, págs. 133 y ss. Una resumida visión constitucional del tema puede verse en CONTI, G.: «*La Giurisprudenza della Corte Costituzionale sul processo penale, dall'entrata in vigore del nuovo Codice di Procedura Penale al 31 ottobre 1991*», en *Corte Costituzionale*, 1992, págs. 425 y ss.

(18) Con la particularidad siguiente: La Constitución portuguesa de 1976 fija la competencia para la instrucción del proceso penal a un Juez (art. 32.4). El CPP de 1987 contempla la etapa preliminar del proceso penal dividida en dos fases, la primera de investigación (*inquérito*), obligatoria, a cargo del Ministerio Fiscal (arts. 262 y ss.), y la segunda, eventual, de instrucción (*instrução*) a cargo del Juez (arts. 286 y ss.), división ajustada a la Constitución en el entender de la mejor doctrina, v. DE FIGUEIREDO DIAS, J.: «*Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal*», en *Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal*, Ed. Almedina, Coimbra, 1991, pág. 23.

(19) Véase LOPES MAIA GONÇALVES, M.: *Código de Processo Penal...*, cit., págs. 128 y 129; DE FIGUEIREDO DIAS, J.: *Sobre os sujeitos processuais...*, cit., págs. 22 a 26; DA COSTA PIMENTA: *Introdução ao Processo Penal*, Ed. Almedina, Coimbra, 1989, págs. 59 a 61.

Sin embargo, por lo que hace referencia a Francia, el papel del Juez de Instrucción en el proceso penal del país vecino es uno de los más importantes de la Europa actual, correspondiéndole la función de instruir en primer lugar (la obligación de perseguir está atribuida al «Procureur de la République»), de acuerdo con los artículos 81 y concordantes del *Code de Procédure Pénale* de 1958, es decir, averiguar si los hechos constituyen una infracción penal, determinar quiénes pueden ser sus autores, y reunir todos los elementos de cargo y de descargo, pero también en segundo lugar la función de decidir lo apropiado para conservar las pruebas, garantizar el orden público, prevenir la reparación de la infracción, hacer eficaz el enjuiciamiento del inculpado, asegurar la protección de las personas que intervengan en la causa y garantizar la indemnización de las víctimas (20).

El Ministerio Público tiene a su cargo, además del poder de persecución, lo que en Francia se llama la «enquête préliminaire», es decir, las primeras averiguaciones, que realiza con la ayuda de la Policía Judicial, con control del Procurador de la República y de la Cámara de Acusación. Desde 1990 trabaja una comisión, al parecer sin perspectivas de éxito de momento, en una reforma general del proceso penal, que introduciría entre otras la instrucción del proceso penal a cargo del Ministerio Fiscal, con base en el fundamental argumento de parecer exorbitantes los poderes de investigación del actual Juez de Instrucción (21).

En Alemania, Italia y Portugal, la atribución de la competencia para instruir las causas penales al Ministerio Público, cambio importante respecto a las regulaciones anteriores, ha sido fundamentada con base en diversas consideraciones, pero no tiene el mismo alcance en todos esos países, ni excluye en ningún caso absolutamente la actividad de un Juez en la instrucción penal. Conviene, pues, precisar.

El cambio se fundamenta básicamente en dos aspectos de suma importancia:

1.º La instrucción por un Juez es una institución netamente inquisitiva, por lo que es incompatible con el proceso penal propio de un Estado de Derecho que, se dice, exige la más amplia vigencia del principio acusatorio, contribuyéndose con ello decisivamente a limitar de manera evidente los amplísimos poderes investigadores del Juez de Instrucción en la fase de averiguación o sumarial del proceso penal clásico, bien inquisitivo, bien inquisitivo formal

(20) Véase ROZÈS, S.: «Le Juge d'Instruction», en *Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht. Festschrift für Gerd Pfeiffer zum Abschied aus dem Amt als Präsident des Bundesgerichtshofes* (coordinado por Von Gamm, Raisch y Tiedemann), Ed. C. Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-Múnchen, 1988, págs. 175 y ss., especialmente pág. 177.

(21) Véase BRAUNSCHWEIG, A., *La procédure pénale en droit français*, cit., págs. 1092 a 1095.

o mixto, acercando la figura del Juez instructor más al papel de árbitro, conforme al modelo ideal anglosajón (22).

2.^º La necesidad, por ir contra el principio de economía procesal, y por tanto como respuesta adecuada del Estado frente a los ciudadanos a los que exige deberes fiscales, de evitar reiteración de actuaciones procesales, pues las mismas que practicaba el Fiscal las ejecutaba también el Juez instructor, o a la inversa, consiguiendo con ello por un lado un notable aceleramiento del proceso penal, y por otro, centrar en la vista oral la auténtica importancia de las pruebas, dejando los actos de investigación para fundar exclusivamente la apertura del juicio oral o el sobreseimiento (23).

De estas ideas se ha hecho eco la Jurisprudencia del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* de Estrasburgo, proponiendo claramente la separación de las funciones instructoras y decisorias de los Jueces de Instrucción, por ser contraria a los artículos 5.3 y 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 1950 (24), cuyos textos americanos equivalentes son los artículos 7.5 y 8.1 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José de Costa Rica), de 1969 (25).

Es cierto, volviendo a Europa y particularmente a Alemania, que el cambio de figura competente para desarrollar la instrucción penal hizo surgir dudas de

(22) Expresamente dicho en el artículo 1, número 60 de la 1. StVRG alemana citada: Se suprime la instrucción judicial, porque tiene su origen *aus dem durch uneingeschränkte Verfahrensherrschaft des Richter gekennzeichneten Inquisitionsprozeß* («en el proceso inquisitivo caracterizado por un poderío procesal ilimitado del Juez»).

(23) Véase PETERS, K.: *Strafprozeß. Ein Lehrbuch*, Ed. C.F. Müller, Karlsruhe, 1952, págs. 353 a 355; y CHIAVARIO, M.: *La reforma del proceso penal*..., cit., págs. 83 y ss., especialmente preocupado por la intervención al mismo tiempo en la instrucción del nuevo proceso penal italiano por parte del Fiscal, de la Policía Judicial e incluso del propio Juez, con base en el artículo 109 de la Constitución, y en los artículos 56 y siguientes, 326, 327, 330 y 347 y siguientes del CPP. En las páginas 89 a 91 analiza particularmente este autor las diferencias entre las funciones del Fiscal y del Juez, con fundamento en la distinción entre *actio y iurisdictio*.

(24) Véanse las SS TEDH en los casos Schiesser, de 4 de diciembre de 1979, FD 24.^º a 31.^º, en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25 años de Jurisprudencia 1959-1983*, Ed. Cortes Generales, Madrid, 1981, págs. 597 y ss.; Piersack, de 1 de octubre de 1982, FD 27.^º a 33.^º, en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25 años de Jurisprudencia 1959-1983*, cit., págs. 869 y ss.; De Cubber, de 26 de octubre de 1984, FD 23.^º a 30.^º, en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1984-1987*, Ed. Cortes Generales, Madrid, 1988, págs. 255 y ss.; y Huber, de 23 de octubre de 1990, FD 37.^º a 43.^º, en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1994, núm. 155, págs. 301 y ss. Sobre la posición del Fiscal, v. DOLZ LAGO, M. J.: «Los principios de actuación del Ministerio Fiscal, según la Constitución española de 1978 y la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Revista Poder Judicial*, 1983, núm. 9, págs. 77 y ss.

(25) Véase PIZA ROCAFORT, R. E.: «Mecanismos de protección de derechos humanos en Iberoamérica», en *Revista costarricense de Ciencias Jurídicas*, 1988, núm. 60, págs. 11 y ss.

inconstitucionalidad incluso antes de ser una realidad legal, por entenderse que la propuesta nueva relación Ministerio Fiscal-Juez investigador, que se introduciría definitivamente en 1974, podría violar la independencia judicial consagrada en el artículo 97, apartado (1) de la *Grundgesetz* de 1949, por los condicionantes y el poder que significa para el Fiscal, pero el Tribunal Constitucional Federal alemán despejó esas dudas ya antes de esa fecha (26), habiéndose asumido sin ningún problema por la totalidad de la doctrina hoy, que, de hecho, considera mínimamente el tema, aunque en su momento sí hubo discusiones enconadas, fundamentalmente en torno a la disminución de garantías para el imputado y su abogado defensor que el cambio podía significar (27).

En realidad, la opción no es nueva en el Derecho comparado, pues se toma como modelo en todo caso, directa o indirectamente, el de los países anglosajones (el llamado «proceso angloamericano»), en donde ambos motivos están presentes en mayor o menor medida.

En concreto, el proceso penal del Reino Unido (fundamentalmente Inglaterra y País de Gales, y también aunque con menos importancia comparativa Escocia e Irlanda del Norte), advirtiendo ante todo sobre las grandes diferencias conceptuales, sistemáticas y estructurales existentes con el Derecho continental, se basa en la consagración más pura del principio acusatorio. Es y sería inconcebible, pues, que la instrucción del proceso penal inglés la realizará un Juez e, incluso, como demuestra la Historia, que se creara la Fiscalía o una figura semejante. El proceso penal inglés, formado generalmente por reglas no escritas (28), se divide en dos fases, una de persecución («prosecu-

(26) Véase GÓMEZ COLOMER, J. L.: *El proceso penal alemán...*, cit., pág. 74. Es interesante también consultar el Auto del *BVerfG* (Tribunal Constitucional Federal alemán) de 16 de abril de 1969, en la Revista alemana *Neue Juristische Wochenschrift*, 1969, pág. 1106.

(27) Véanse, por citar la doctrina de la época más importante, SCHMIDT, E.: *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Ed. Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1957, t. II, págs. 490 y 491; LÖWE/ROSENBERG: *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar* (23.^a ed.), Ed. Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1976, t. I «Einleitung» (por K. Schäfer), págs. 222 y 223; KLEINKNECHT, Th.: *Strafprozeßordnung. Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen* (31.^a ed.), Ed. C. H. Beck'sche, München, 1974, págs. 496 y ss.; PETERS, K.: *Strafprozeß. Ein Lehrbuch* (2.^a ed.), Ed. C. F. Müller, Karlsruhe, 1965, pág. 143; HANACK, E.-W.: *Prozeßhindernis des überlangen Strafverfahrens?*, Juristenzeitung, 1971, pág. 707; LAMPE, J.: *Ermittlungszuständigkeit von Richter und Staatsanwalt nach dem 1. StVRG*, Neue Juristische Wochenschrift, 1975, pág. 199; GÖSSEL, K. H., *Strafverfahrensrecht*, Ed. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1977, págs. 43 y ss.; ROXIN, C.: *Strafverfahrensrecht* (15.^a ed.), Ed. C. H. Beck'sche, München, 1979, pág. 374. No se olvide, como destaca la doctrina citada, que la legislación alemana de reforma en esa época, es producto en parte importante de las prisas del legislador por contrarrestar procesalmente los perniciosos efectos sociales derivados de la existencia de la banda terrorista Baader-Meinhof.

(28) El *Common Law*, sistema jurídico elaborado judicialmente a lo largo de los siglos, y adaptado a los problemas modernos por la vía de la reinterpretación del precedente por los Jueces.

tion», investigación diríamos nosotros, que se desarrolla en la fase preparatoria o encuesta preliminar *«preliminary inquiry»*), y otra de acusación (*«arraignment»*), en la vista oral o juicio. Pues bien, en este proceso, la investigación se deja en manos de la Policía, que si ve elementos suficientes para someter a juicio a una persona, lo solicita así al Juez formulando la imputación. Si la encuesta preliminar demuestra que hay elementos suficientes para formular una acusación, sin la que no existe proceso, ésta la puede realizar cualquiera, si bien en la práctica o es un abogado, o es la Policía, o es el llamado «Director de Persecuciones Públicas», todos en nombre de la Corona, no en nombre propio o representando a un particular o a una institución u órgano, nunca un Fiscal, porque ni existe ni es necesario que exista (29).

Cuando la Europa continental contempla el modelo inglés, pues, y decide cambiar el órgano competente para desarrollar la instrucción, lo hace pensando en una parte muy importante en que dicho modelo sí es realmente acusatorio, y que mantener al Juez como órgano instructor es una manifestación inquisitiva.

Por lo que afecta a los Estados Unidos de Norteamérica, la influencia del Derecho inglés es evidente, pero con instituciones propias que lo hacen diferente (30). En Estados Unidos la acusación del proceso penal está a cargo, no de una persona particular como en Inglaterra, sino de una figura pública o funcionario, dado que acusa en nombre del Estado federado, o de los Estados Unidos. Ese funcionario es un representante (*Assistant*) del *U.S. Attorney General*, dependiente del *Federal Department of Justice*, que tiene encomendado, dentro de los límites de su competencia territorial, es decir, dentro de su

No obstante, también existen leyes escritas (*Statute Law*, formado por *Acts* del Parlamento), que forman un Derecho que podríamos llamar frente al común, especial. El Derecho inglés se instituye, a diferencia del continental, que lo hace sobre la base de la ley, sobre la vida jurídica y la naturaleza del asunto, v. RADBRUCH, G.: *Der Geist des Englischen Rechts*, Ed. Rausch, Heidelberg, 1946, págs. 31 y ss. (hay trad. española, de VELA: *El espíritu del Derecho inglés*, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1958).

(29) Véanse PASTOR LÓPEZ, M.: «El proceso penal inglés (Estudio comparativo de sus directrices fundamentales)», en *Revista de Derecho Procesal*, 1967, núm. I, págs. 67 y ss., especialmente 80, 110 a 117, y misma revista y año, núm. II, págs. 62 a 71; NESI, G.: *Accusa e difesa nel procedimento penale inglese*, Ed. Giuffrè, Milano, 1972, págs. 16 y ss.; y SCAPARONE, M.: *Common Law e processo penale*, Ed. Giuffrè, Milano, 1974, págs. 10 y ss.

(30) No se olvide que es un Estado Federal, regido por una Constitución, de 1787, a la que se han añadido las X Enmiendas (*Bill of Rights*) de 1791, con disposiciones procesales penales importantes que recogen todo un catálogo de derechos y libertades fundamentales, más el Derecho Penal y Procesal Penal federal (formado por numerosas leyes o *Federal Statutes*, una de las cuales, el llamado *United States Code*, establece lo esencial de los delitos federales y del proceso penal federal, complementado por las *Federal Rules of Criminal Procedures for the U.S. District Courts*, las *Federal Rules of Appellate Procedure* y las *Federal Rules of Evidence*), y el propio de cada Estado (*State Statutes*).

distrito, en los procesos penales federales la función de perseguir (*prosecution*) el delito y posteriormente en el juicio oral la de acusar, entre otras, siendo equivalente en los Estados esta figura, de inferior categoría. La fase de investigación del proceso penal está en manos de la Policía, cuya actividad es instada por el Fiscal, quien comunica al Juez los hechos una vez el sospechoso es detenido, iniciándose el proceso por regla general, dadas las diferencias entre las legislaciones, con una audiencia preliminar contradictoria o comparecencia previa al juicio (*preliminary hearing*), en la que normalmente el Fiscal, con base al material recogido por la Policía, debe convencer al Juez de la verosimilitud de comisión del hecho criminal por el encausado, siguiéndose adelante hacia el verdadero juicio acusando ya formalmente, o no (31).

De la evolución jurídica producida en Norteamérica, el Derecho continental europeo saca en claro, además de confirmar el modelo basado en el principio acusatorio, que hace innecesaria por inquisitiva la figura del Juez instructor, que no hay reiteración de actuaciones procesales: Es la Policía quien investiga y proporciona sus materiales al Fiscal (32), y éste decide iniciar el proceso penal o no en base a ellos, con el tamiz de la audiencia preliminar a efectos de solventar antes de la acusación formal cualquier impedimento, perjuicio o error. El Juez, con el Jurado, analiza esos materiales después y dicta la sentencia correspondiente.

3. SU INFLUENCIA EN AMÉRICA LATINA

Estas ideas han traspasado el Atlántico y están llegando a diversos países latinoamericanos, no curiosamente por influencia del poderoso vecino del norte, los Estados Unidos de Norteamérica, sino a través de Europa y, principalmente del Derecho alemán. De todos ellos (33), vamos a fijarnos

(31) Véanse WEIGEND, T: «Funktion und Tätigkeit der Staatsanwaltschaft in den USA», en JESCHECK/LEIBINGER: *Funktion und Tätigkeit der Anklagebehörden im ausländischen Recht*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 1979, págs. 587 y ss.; SCHMID, N.: *Das amerikanische Strafverfahren. Eine Einführung*, Ed. C. F. Müller, Heidelberg, 1986, págs. 36 y ss.; y FANCHIOTTI, V.: *Lineamenti del processo penale statunitense. Corso di Lezioni*, Ed. Giappichelli, Torino s/f, págs. 68 y ss. Aspectos concretos en ESPARZA LEIBAR, I.: *El principio del proceso debido*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1995, págs. 91 y 92.

(32) Gráficamente decía KERN, E.: *Gerichtsverfassungsrecht*, Ed. C. H. Beck, München, 1965, pág. 227, que el Fiscal es una *Kopf ohne Hände* («cabeza sin manos»), de ahí que necesite la Policía.

(33) Información sobre las leyes de enjuiciamiento criminal latinoamericanas puede verse en RICO, J. M./ SALAS, L. (editores): *Legislación Penal Latinoamericana. Códigos Latinoamericanos de Procedimiento Penal*, Ed. Centro para la Administración de Justicia, Florida International University de Miami (USA), San José de Costa Rica, 1991.

en la Argentina y en Costa Rica, aunque podríamos citar también a Guatemala (34), sin duda el más importante a nivel teórico-legal después de aquellos dos, Bolivia, Chile, Perú (35), Ecuador, Colombia o El Salvador (36), bien por haber incorporado esta reforma ya a sus ordenamientos procesales penales vigentes, bien por existir proyectos de reforma publicados en trámite de aprobación, que afectan fundamentalmente al Ministerio Público, figura a la que la doctrina concede una importancia menor en América Latina que en Europa (37). Situación particular es, a estos efectos, la de México (38).

El caso de la Argentina requiere ante todo ser conscientes de la complicación de tener este gran país también un Código Procesal Penal de la Nación o

(34) Cuyo Código Procesal Penal, de 1993 (entrado en vigor en 1994), fue directamente inspirado por el gran jurista argentino Prof. Dr. Julio B. J. Maier. Véase un comentario general en BARRIENTOS PELLICER, C. R.: «Principios generales del proceso penal guatemalteco», *Revista guatemalteca de Ciencias Penales «Justicia Penal y Sociedad»*, 1993, núms. 3-4, págs. 59 a 76; y, del mismo autor, *Derecho Procesal Penal guatemalteco*, Ed. Magna Terra, Guatemala, 1995, págs. 296 y ss. La instrucción a cargo del Fiscal se establece en sus artículos 309 y ss.

(35) El Código Procesal Penal peruano de 1991, recientemente entrado en vigor, prevé la investigación a cargo del Ministerio Fiscal, apartándose del modelo tradicional de instrucción judicial regulado en el derogado Código de 1940, véase CATALORA GONZALES, M. S.: «La instrucción y la investigación fiscal en el proceso peruano», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 1993, núm. 2, págs. 307 y ss.

(36) Sobre este país, véase MARTÍN OSTOS, J. de los S.: *Justicia Penal en Centroamérica*, Ed. Universidad, Cádiz, 1995, págs. 43 a 46, y 109 a 112.

(37) BINDER, A. M.: «Funciones y disfunciones del Ministerio Público Penal», *Revista costarricense Ciencias Penales*, 1994, núm. 9, págs. 17 y 18, entiende que las causas por las que el Ministerio Público no tiene el desarrollo científico que le debería corresponder en América Latina son estas tres: a) Falta de estudios sobre esta figura por estar íntimamente ligada al funcionamiento global del Estado y a su «atmósfera» institucional; b) Pobre actuación institucional, ya que no es el responsable principal de las políticas de persecución o impunidad; y c) Es una institución que genera desconfianza. Véanse también CRUZ CASTRO, F.: *La función acusadora en el proceso penal moderno*, Ed. Ilanud, San José, 1991; GARITA VÍLCHEZ, A. I. (Coord.): *El Ministerio Público en América Latina desde la perspectiva del Derecho Procesal Penal moderno*, Ed. Ilanud, San José, 1991, en donde se informa sobre la situación en Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala y Panamá; y, parcialmente, de la misma coordinadora, *La defensa pública en América Latina desde la perspectiva del Derecho Procesal Penal moderno*, Ed. Ilanud, San José, 1991, principalmente págs. 23 y ss.

(38) La peculiaridad federal mexicana, con un Código Federal de Procedimientos Penales, un Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 1931, y 17 Códigos estatales de Procedimientos Penales, que regulan un proceso penal prácticamente escrito en su totalidad, hace que, aunque coexistan las figuras del Juez, que es al mismo tiempo instructor y sentenciador, y del Ministerio Público (v. arts. 21, 73 y 102 de la Constitución de 1917), éste sea en la práctica quien se encargue de la investigación, v. GARCÍA RAMÍREZ, S.: *Derecho Procesal Penal* (2.^a ed.), Ed. Porrúa, México, 1977, págs. 123, 223 y 224, 335 a 340, 371 a 393, y 394 a 400.

federal, y 22 Códigos Procesales Penales de cada una de las Provincias en que se divide el Estado (39).

El Código Procesal Penal de la Nación (40), a pesar de su modernidad, pues es de 1991 (41), no ha adoptado el cambio que supone otorgar la instrucción al Ministerio Fiscal y se ha mantenido dentro del sistema tradicional de hacer competente para ello sólo a un Juez.

La Constitución Federal argentina de 1853, reformada en 1994 últimamente, no tiene ninguna disposición al respecto, tan sólo se limita a consagrar la autonomía funcional y autarquía financiera del Ministerio Fiscal, estableciendo como función principal del mismo promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades (art. 120).

El artículo 194 del Código Procesal Penal de la Nación dispone que «el Juez de Instrucción deberá proceder directa e inmediatamente a investigar los hechos que aparezcan cometidos en su circunscripción judicial...», pero el artículo 196 permite que el Juez encomiende la instrucción al Ministerio Fiscal tratándose de delitos de acción pública, sin añadir ningún presupuesto más, por tanto parece que discrecionalmente (42).

No todos los códigos provinciales siguen esta pauta, aunque siguen siendo una auténtica minoría. El más importante es el Código de Procedimientos Penales de la provincia de Córdoba de 1991, inspirador de los demás, y debido al Dr. José Ignacio Cafferata Nores (43). Así también, el nuevo Código Proce-

(39) Agradecemos vivamente al Prof. Dr. D. Héctor-Carlos Superti, Catedrático de la Universidad de Rosario, la valiosísima información que nos ha proporcionado sobre el Derecho Procesal Penal argentino.

(40) Debido al Dr. Ricardo Levene (hijo), a la sazón Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aunque sufrió numerosísimas modificaciones durante la tramitación parlamentaria, debido en parte a la confrontación entre este Proyecto (apoyado por el Gobierno peronista de Menem) y el del Dr. Julio B. J. Maier (apoyado por el Gobierno radical de Alfonsín). Uno de los temas más controvertidos fue precisamente el de la instrucción a cargo del Juez o del Fiscal, triunfando finalmente las tesis de Levene.

(41) Hemos manejado la edición contenida en el libro de LEVENE (hijo)/CASANOVAS/LEVENE (nieta)/HORTEL *Código Procesal Penal de la Nación (Ley 23.984), comentado y concordado* (2.^a ed.), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992. Puede verse un comentario general en GROPENGIES-SER, H.: «El nuevo Código Procesal Penal de la Nación Argentina», en *Revista colombiana Nuevo Foro Penal*, 1992, núm. 58, págs. 473 y ss.

(42) Esta híbrida disposición es el resultado de la confrontación de proyectos explicada anteriormente, de manera que las reformas al Proyecto Levene (partidario de la instrucción judicial), se basaron en el Proyecto Maier (partidario de la instrucción a cargo del Fiscal).

(43) Inspirado en el Proyecto Maier, con quien trabajó. Sin embargo, no ha entrado en vigor todavía en el punto más conflictivo, a saber, el de la instrucción a cargo del Fiscal, aunque sí en lo demás, debido a la fuerte resistencia jurídica que ha encontrado, por lo que rige el de 1939.

sal Penal de la provincia de Tucumán de 1991 (44) consagra como una de sus principales novedades la investigación penal preparatoria a cargo del Fiscal de Instrucción (arts. 301, II, 328 y 329), con la excepción de existencia de obstáculos fundados en privilegios constitucionales (inmunidad parlamentaria), en cuyo caso es competencia del Juez Instructor (art. 340), y la adopción de actos restrictivos de derechos fundamentales que también son competencia exclusiva suya (art. 269) (45).

Este es el único Código Procesal Penal argentino vigente en la actualidad que prevé la instrucción ordinaria del proceso penal a cargo del Ministerio Público. Otros Códigos, como el de Córdoba mismo, que, recuérdese, no ha entrado en vigor en este punto, o el de la provincia de Mendoza, prevén la instrucción del Fiscal de forma excepcional, sólo para los delitos para los que está contemplado (los allí llamados correccionales) y de simple investigación, a través del instituto denominado legalmente de «citación directa», o instrucción sumaria, de origen italiano (46). Pero se sigue trabajando en la Argentina en la línea de analizar a fondo si es posible otorgar la instrucción al Ministerio Público (47).

En Costa Rica el todavía vigente Código de Procedimientos Penales de 1973 (48), que sustituyó al de 1910, tomando como modelo el Código de Procedimientos Penales argentino de la provincia de Córdoba (49), dispone en su artículo 186, párrafo I que «el Juez de Instrucción deberá proceder directa e inmediatamente a investigar los hechos que aparezcan cometidos en su jurisdicción», permitiéndose una mínima actividad instructoria a cargo del Ministerio Público (50).

(44) Hemos manejado la edición del Fondo de Cultura Jurídica, donada por la Dra. Ángela Ledesma, a quien agradecemos profundamente este detalle.

(45) El Código de Tucumán es el mismo texto que el Proyecto de Córdoba, sin alteración de la «vacatio legis», por lo que está en vigor la instrucción a cargo del Fiscal. Téngase en cuenta que la provincia de Tucumán fue intervenida en 1991 por el Poder Ejecutivo Nacional a causa de un grave conflicto institucional interno.

(46) Véase NÚÑEZ, R.: *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba* (2.ª ed.), Ed. Lerner, Córdoba, 1986, págs. 398 y ss.

(47) Por ejemplo, los trabajos que se están desarrollando en la actualidad para elaborar un Código de Procedimientos Penales en la Provincia de Santa Fé, más inclinado a mantener la instrucción judicial.

(48) Hemos manejado la edición concordada y anotada de Ulises ZÚÑIGA MORALES, Ed. Investigaciones Jurídicas, San José, 1993.

(49) El Código costarricense de 1973 fue redactado por el jurista argentino Alfredo Vélez Mariconde, el autor del Código de Córdoba de 1939 y del Código de la misma provincia argentina de 1970, v. LLOBET RODRÍGUEZ, J.: *La reforma procesal penal. Un análisis comparativo latinoamericano-alemán*, Ed. Escuela Judicial, San José, 1993, pág. 13. El Código argentino de Córdoba se inspiró a su vez en los Códigos procesales penales italianos de 1913 y 1930 (el llamado Código Rocco, antes mencionado, obra de MANZINI). Véase MAIER, J. B. J.: «La reforma del procedimiento penal en Costa Rica», en *Revista Judicial de Costa Rica*, 1989, núm. 47, pág. 101.

terio Público en caso de citación directa (art. 404), que es un proceso penal, allí catalogado de especial, para el enjuiciamiento de delitos menos graves o cometidos flagrantemente (art. 401) (50).

La doctrina que ha comentado estos preceptos se ha planteado lógicamente la conveniencia o no de que instruya el Fiscal, dando una serie de argumentos en favor de sus tesis y criticando las contrarias (51).

Pero existe en Costa Rica en la actualidad un proyecto de nuevo Código Procesal Penal de 1994 (52), inspirado en el Derecho europeo, en el Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica de 198 (53), y en el nuevo Código

(50) Véanse el comentario general sobre este proceso de MAIER, J. B. J.: «La reforma del procedimiento penal...», cit., págs. 102 y 103; y las notas de GONZÁLEZ ÁLVAREZ/MORA MORA/HOUED VEGA: «Perspectivas de reformas al Código de Procedimientos penales», *Revista Judicial de Costa Rica*, 1989, núm. 47, pág. 48.

(51) Véase LLOBET RODRÍGUEZ, J.: *Código de Procedimientos Penales anotado y comentado* (2.^a ed.), Ed. Juricentro, San José, 1991, págs. 210 y 492. Agradecemos profundamente a este autor la valiosa información proporcionada sobre la situación jurídica en Costa Rica, antes de impartir allí un curso de postgrado en noviembre de 1994, así como por el inestimable material bibliográfico proporcionado, que de tanta utilidad nos ha sido para las referencias a este bellísimo país.

(52) Debido al Magistrado Dr. Fernando Cruz Castro, que con base en las discusiones dirigidas por este autor y por los Dres. Luis Paulino Mora Mora y Daniel González Álvarez, está siendo reelaborado en estos momentos.

(53) Elaborado por Bernal, de la Rúa, Pellegrini y Maier. Hemos manejado la edición de Hammurabi, Buenos Aires, 1989. Su artículo 68, II encomienda directamente al Fiscal la competencia para dirigir la instrucción (procedimiento preparatorio). El artículo 69 regula la objetividad del Ministerio Público en los siguientes términos: «En el ejercicio de su función, el ministerio público adecuará sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley penal.

Deberá formular los requerimientos e instancias conforme a este criterio, aun en favor del imputado.»

Y el artículo 250 establece el objeto de la investigación literalmente de esta manera: «En procura de la verdad, el ministerio público deberá practicar todas las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho, con todas las circunstancias de importancia para la ley penal, y los partícipes en él, procurando su identificación y el conocimiento de las circunstancias personales que sirvan para valorar su responsabilidad o influyan en su punibilidad, verificando también el daño causado por el delito, aun cuando no se haya ejercido la acción civil.»

Los autores del Código modelo justifican en la exposición de motivos del mismo el cambio de la clásica instrucción a cargo de un Juez, por el de instrucción en manos del Fiscal, con las siguientes palabras: «Toda la tarea que supone la investigación preliminar de un delito de acción pública, para buscar el fundamento de una acusación formal o, de otro modo, requerir un sobreseimiento, ha sido confiada al ministerio público, que así reemplaza la labor que actualmente llevan a cabo los jueces instructores. Con ello se pretende acentuar la forma acusatoria del procedimiento penal -en combinación con otras reglas específicas posteriores-, por una parte, y, por otra, simplificar y dinamizar la tarea de investigación, hoy encerrada en formalidades que no cumplen ninguna función -ni siquiera protectora de la seguridad individual- y que restan eficacia tanto a la averiguación de la verdad, cuanto a una decisión rápida acerca de la promoción del juicio o del sobreseimiento (absolución anticipada), incluso en beneficio del imputado... No es susceptible de ser pensado que una misma persona se transforme en un investigador eficiente y, al mismo tiem-

Procesal Penal de Guatemala citado, que se aparta radicalmente de la orientación tradicional costarricense, optando indubitablemente por la instrucción de las causas penales competencia del Ministerio Público en su artículo 72, si bien las medidas restrictivas de derechos fundamentales sólo pueden ser adoptadas judicialmente (art. 240) (54). Sería necesario además aprobar paralelamente una Ley Orgánica del Ministerio Fiscal, inexistente de momento en Costa Rica (55), completándolo quizás con otras medidas (56).

4. EL MINISTERIO FISCAL COMO ÓRGANO INSTRUCTOR; CUESTIONES ORGANIZATIVAS

El tema ha llegado hace tiempo a España (57), adquiriendo enseguida tintes polémicos, sin duda motivados por exceder de la vertiente estrictamente jurídica esta delicada cuestión. La politización surge cuando se defiende la instrucción a cargo del Ministerio Fiscal, por entender quien así opina que el modelo de instrucción criminal judicial no es conforme con la Constitución española. Sobre esta cuestión, importante, volveremos luego. Pero también cuando se tilda como partidario de una determinada concepción política a

po, en un guardián celoso de la seguridad individual; el buen inquisidor mata al buen juez o, por el contrario, el buen juez destierra al inquisidor... Precisamente porque es necesario rescatar el espíritu republicano inicial, es que muchas legislaciones dividieron las funciones judiciales del Estado, aun durante la instrucción preliminar (y no sólo en el juicio), otorgando a un órgano estatal, el ministerio público, la investigación y el poder requirente, y a otro distinto, los jueces, el poder de controlar los límites del ejercicio de ese poder y, consecuentemente, el poder de decisión» (págs. 21, 22 y 23 de la edición citada).

(54) Su autor ya había expuesto antes estas ideas en CRUZ CASTRO, F.: *La función acusadora en el proceso penal moderno*, Ed. Ilanud, San José, 1991, págs. 52 a 54; y las ha concretado, además de en el Proyecto citado, en CRUZ CASTRO, F.: «Principios fundamentales para la reforma de un sistema procesal mixto. El caso de Costa Rica», *Revista costarricense de Ciencias Penales*, 1994, núm. 8, págs. 46 a 48.

(55) La Ley está pendiente de sanción parlamentaria. Téngase en cuenta que en Costa Rica el Ministerio Público está adscrito al Poder Judicial, no siendo por tanto un órgano dependiente del Poder Ejecutivo, y que el Poder Judicial, dato muy importante para observar las posibilidades reales de actuación, dispone de acuerdo con el artículo 177, II de la Constitución de 1949, de al menos un 6 por 100 del presupuesto de la República.

(56) En Costa Rica el Ministerio Público tiene el monopolio de la acción penal, con muy pocas excepciones (art. 5 del Código vigente, y art. 19 del Proyecto Cruz), pero todavía no se han reconocido medidas alternativas a la persecución penal (los arts. 20 y ss. del Proyecto Cruz sí lo hacen), ni es autoridad principal de la ejecución penal (art. 500 del Código vigente, y art. 482 del Proyecto Cruz). Véase sobre estas cuestiones, GONZÁLEZ ÁLVAREZ, D.: «El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal», en *Revista costarricense Ciencias Penales*, 1993, núm. 7, págs. 63 a 69.

(57) Véase, por todos, FAIREN GUILLÉN, V.: «La reorganización del Ministerio Fiscal español», en *Temas del Ordenamiento Procesal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1969, t. I, págs. 516 y 517.

quien defiende una posición u otra, siendo así que la Justicia es una cuestión de Estado y no de partido. Nuestras palabras, muy al contrario, pretenden fundar rigurosamente una postura jurídica, fuera de todo contexto no jurídico, con la única meta de contribuir a una Justicia mejor y más eficaz.

En este sentido, no vamos a considerar la situación legal vigente. En España instruye un Juez Instructor todas las causas penales [arts. 87.1, *a*) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985, y 14-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 1882], salvo que en el proceso penal abreviado, con o sin juicio oral inmediato, el Fiscal tenga conocimiento de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente, bien por serle presentada una denuncia o atestado, en cuyo caso puede instruir el Ministerio Fiscal (58), función que termina cuando se haya incoado un procedimiento judicial por los mismos hechos, o cuando haya concluido las necesarias investigaciones para solicitar del Juez de Instrucción la incoación del procedimiento judicial correspondiente, llamado en España en este caso «diligencias previas» (arts. 785 bis y 789.1 y 3 LECRIM) (59). Claro es que el Ministerio Fiscal, con anterioridad a esta reforma, siempre ha podido y debido realizar unas primeras investigaciones de los hechos delictivos produ-

(58) El Anteproyecto de la Ley Orgánica, que más tarde sería la núm. 7/1988, de 28 de diciembre, creadora del proceso penal abreviado, previó inicialmente sin ambages que la instrucción fuera a cargo del Ministerio Fiscal en su integridad, pero los artículos 781 y 781 bis que se reformaban e introducían en la LECRIM, fueron suprimidos en los inicios de las discusiones parlamentarias, frente a las críticas emitidas por el Consejo General del Poder Judicial, v. su Informe en el *Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial* de octubre de 1988, págs. 17 y 18.

(59) Véanse ORTELLS RAMOS, M.: «Problemas de contenido y delimitación de las fases del procedimiento abreviado (diligencias previas, fase intermedia, juicio oral)», en *Cuadernos de Derecho Judicial. El procedimiento abreviado*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, págs. 111 y ss.; del mismo autor, «El nuevo procedimiento penal abreviado: Aspectos fundamentales», en *Revista Justicia*, 1989, núm. III, págs. 545 y ss. Complementariamente pueden consultarse: ALMAGRO NOSETE, J., en GIMENO SENDRA/MORENO CATENA/ALMAGRO NOSETE/CORTÉS DOMÍNGUEZ: *Derecho Procesal*, t. II «Proceso Penal» (3.^a ed.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, págs. 243 y ss.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: «La investigación por el Ministerio Fiscal y la utilización de la oportunidad reglada en el proceso penal», en *El Poder Judicial en Europa. Conferencia en Madrid de los Presidentes y Fiscales Generales de los Tribunales Supremos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1989, t. II, págs. 113 y ss.; ESCUSOL BARRA, E.: *El proceso penal por delitos: Estudio sistemático del procedimiento penal abreviado (Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre)* (2.^a ed.), Ed. Colex, págs. 99 y ss.; FERNÁNDEZ BERMEJO, M.: «El Fiscal en el proceso abreviado de la Ley Orgánica 7/1988», en *Cuadernos de Derecho Judicial. El procedimiento abreviado*, cit., págs. 237 y ss.; LÓPEZ LÓPEZ, A. M.: «Las diligencias del Fiscal investigador», en *Revista Actualidad Penal*, 1993, t. I, núm. 15, de 12-18 de abril; LORCA NAVARRETE, A. M.: «La instrucción preliminar en el proceso penal: La actividad de la Policía Judicial», en *Revista La Ley*, 1984, t. III, págs. 970 y ss.; ZARZALEJOS NIETO, J., en DE LA OLIVA SANTOS/VEGAS TORRES/ZARZALEJOS NIETO/GONZÁLEZ GARCÍA/ARAGONESES MARTÍNEZ: *Nuevos Tribunales y nuevo proceso penal*, Ed. La Ley, Madrid, 1989, págs. 159 y ss.; y VIVES ANTÓN, T. S.: *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal*, vol. II «La reforma del proceso penal», Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, págs. 167 y ss.

cidos y denunciados, como es lógico, y así fue recogido expresamente en el artículo 5, particularmente el párrafo II, de su Estatuto Orgánico de 1981, si bien de carácter tímido (60). Un caso particular de instrucción a cargo del Ministerio Fiscal lo constituye el proceso penal especial de menores (61), de correcto funcionamiento en la práctica, pero poco significativo al nivel que estamos considerando esta cuestión (62).

Como precedentes o intentos de introducir en España más generalmente la instrucción a cargo del Fiscal hay que citar, sin ulteriores comentarios, el Proyecto de Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1980 (art. 3.4), que no salió adelante, el Anteproyecto de Reforma de la LOPJ y de la LECRIM de 1988 (arts. 781 a 789), y las Memorias de la Fiscalía General del Estado de 1987 (63), la primera que toca el tema, 1988 (64), 1989 (65), 1990 (66), 1991 (67), 1992 (68), 1993 (69), y 1994 (70). Jurisprudencialmente se sentaron ciertas bases en la STC 145/1988, de 12 de julio, que declaró parcialmente inconstitucional la LO 10/1980, y que fue el origen del proceso penal abreviado (71).

Mención especial merece la Ley del Jurado, porque en el primer texto que elaboró el Ministerio de Justicia se quería introducir también la instrucción a cargo del Fiscal, que luego fue transformado en el Proyecto remitido a Las Cortes por una constitución del Fiscal al lado del Juez Instructor durante la investi-

(60) Véase MARCHENA GÓMEZ, M.: *El Ministerio Fiscal: Su pasado y su futuro*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 179.

(61) Artículo 15.1, 2.^a de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948, reformado por la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, declarado constitucional por la STC 60/1995, de 17 de marzo.

(62) Véase sobre el tema DOLZ LAGO, M. J., «El Fiscal y la reforma de menores. Balance de experiencias tras la Ley Orgánica 4/1992», en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 1995, cuaderno 3, págs. 480 a 483, y 488 y 489.

(63) Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1988, pág. 15.

(64) Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1989, págs. 20 y 21.

(65) Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1990, pág. 17.

(66) Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1991, págs. 18 a 20.

(67) Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1992, pág. 17.

(68) Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1993, págs. 25 a 27.

(69) Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1994, págs. 19 y 20, si bien sin mencionar explícitamente la cuestión.

(70) Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1995, pág. 32, en donde ya matiza el Fiscal General que «el grado de entusiasmo ante tal perspectiva parece variable en el seno de la Carrera Fiscal», dando una serie de razones justificativas de esa opinión a continuación.

(71) Véase también la Circular 1/1989, de 8 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre el procedimiento abreviado introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, publicada en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1988, Madrid, 1989, págs. 395 y ss., especialmente págs. 430 y 431.

gación, para quedar finalmente en el texto aprobado (Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, reformada por las Leyes Orgánicas 8/1995 y 10/1995), en una mayor presencia del Fiscal en la fase de investigación (nuevos artículos 306, III y 781, V LECRIM, reformados por dicha Ley), aunque la disposición final cuarta autoriza un estudio a fondo de este tema en la proyectada futura reforma del proceso penal español (72).

Expuestos sucecintamente el Derecho vigente español, y los intentos de reforma atinentes, nos vamos a detener, sin embargo, en la exposición dogmática, por tanto, contemplando la reforma, mejora, o incluso cambio por otro, de un sistema de enjuiciamiento criminal, tanto de los argumentos que harían factible la modificación de la autoridad instructora penal, como la de los que la desaconsejarían, dando nuestra opinión relativa a España en 1996 al final.

Vista la situación del Derecho comparado que más nos puede influir, anteriormente recogida, es insoslayable para un procesalista preguntarse si es conveniente que deje el Juez Instructor la competencia para la formación de las causas penales en fase de procedimiento preliminar, cediéndola en favor del Ministerio Fiscal, o al contrario, que siga la situación institucionalmente como está. Opiniones para una u otra decisión no faltan.

1.º Argumentos a favor de que instruya el Juez:

Defender en España la situación actual es menos problemático que proponer el cambio, porque el planteamiento correcto del tema exige considerar primero qué naturaleza tiene el Ministerio Fiscal, y después cuál es la naturaleza de la fase de instrucción del proceso penal español, y en ello se puede decir que hay opiniones doctrinales mayoritarias.

La afirmación de facilidad se basa, con relación a la primera cuestión, en que es dominante la tesis en España que considera que el Ministerio Fiscal no es una institución insertada en el Poder Judicial, sino que es un órgano que depende del Ejecutivo, pues falta el requisito de la independencia (arts. 24 a 26 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Ley 50/1981, de 30 de diciembre), la Constitución española de 1978 no lo prevé como una de las excepciones al principio de la unidad jurisdiccional (art. 117.5), y la Constitución española de 1978 no le atribuye en ningún precepto la potestad jurisdiccional. Al contrario, el Fiscal General del Estado es nombrado por el Rey a propuesta del Gobierno (art. 29.1 EOMF), el Gobierno puede pedir al Fiscal General del Estado que promueva ciertas actuaciones en defensa del interés público ante los órganos jurisdiccionales, quien puede desvincularse oída la Junta de Fiscales de Sala (art. 8 EOMF), cuyos componentes han sido nombrados por el

(72) Véase GÓMEZ COLOMER, J. L.: *El proceso penal especial ante el Tribunal del Jurado*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, págs. 145 a 147.

Gobierno a propuesta suya (art. 36 EOMF), y todos los Fiscales-Jefe de los respectivos órganos pueden ser libremente removidos por el Gobierno a propuesta del Fiscal General del Estado (art. 41 EOMF). Claro es que con estas citas y razones no se quiere decir que la actuación del Ministerio Fiscal haga peligrar los principios de legalidad e imparcialidad, sino que el Gobierno controla al Ministerio Fiscal (73).

Menos pacífico es el tema de la naturaleza del sumario o de las diligencias previas del proceso penal español. Parece que está más extendida la opinión de que tiene naturaleza jurisdiccional atendidos los fines consagrados en el artículo 299 LECRIM, puesto que son ejercicio de potestad jurisdiccional las siguientes resoluciones que se adoptan en la fase de instrucción: Medidas cautelares, restricciones de derechos sin carácter cautelar generalmente instrumentales respecto a la obtención y examen de fuentes de prueba (*v. gr.*, entrada y registro), admisión de la acusación (querella, procesamiento, sobreseimiento), y práctica anticipada de la prueba. Pero eso no quiere decir que todas las actuaciones que se practiquen en el sumario tengan naturaleza jurisdiccional, pues no lo son las actividades dirigidas a averiguar contra qué persona se puede formular la acusación, de qué hechos se le puede acusar o de qué fuentes de prueba se dispone para fundamentar la acusación, claro es que después tendrán que ser valorados por la autoridad judicial, con lo cual en el fondo puede mantenerse que también estamos ante ejercicio de la potestad jurisdiccional (74).

Si ello es así, dicho con carácter muy general antes de entrar a considerar los argumentos en particular, atribuir la instrucción al Fiscal podría pensarse que es inconstitucional, porque constitucionalmente no es el órgano que tiene la potestad jurisdiccional. Esta consecuencia no es sin embargo, como veremos, tan lógica como parece deductivamente.

Expuesto lo anterior, las opiniones favorables a que instruya un Juez, es decir, a mantener las cosas como están actualmente en España, son las siguientes (75):

a) La instrucción es oficio de Juez, no de parte, y encomendársela al Fiscal es un contrasentido y una incoherencia, además de un error, porque en el proceso penal la instrucción no se agota en la búsqueda de las pruebas, sino que se extiende también a su valoración, «lo cual postula en el instructor la

(73) Véase sobre estas cuestiones ORTELLS RAMOS, M.: «Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal: Límites constitucionales y valoración político-jurídica», *Revista de Derecho Procesal*, 1990, núm. 2, págs. 230 a 233.

(74) Véase también sobre los temas planteados en el texto ORTELLS RAMOS, M.: «Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal...», cit., págs. 233 a 236.

(75) El último resumen de este tema puede verse en SANCHÍS CRESPO, C.: *El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado. Especial referencia al procedimiento preliminar fiscal*, Ed. Comares, Granada, 1995, págs. 48 a 54.

imparcialidad del Juez, no la parcialidad de la parte» (76). Detener al imputado, ordenar su ingreso en prisión o puesta en libertad, practicar anticipadamente la prueba, etc., son manifestaciones típicas de ejercicio de la potestad jurisdiccional. Otorgar facultades instructorias al Ministerio Fiscal significaría una quiebra del principio *ne eat iudex ex officio*, porque el Fiscal se convertiría así al mismo tiempo en juez y parte (77).

b) La fase de investigación no sólo entraña actos de investigación, sino también enjuiciamientos jurídicos, como la inadmisión de la querella, o la imposición de medidas cautelares, absolutamente entrelazados entre sí, por lo que su escisión sería perturbadora para los fines del proceso penal, con lo que debe seguir en manos del Juez (78).

c) La dependencia del Ministerio Fiscal respecto al Poder Ejecutivo, antes mencionada, sería peligrosísima para la investigación objetiva e imparcial (79).

d) El artículo 117 de la Constitución española de 1978 atribuye en exclusiva a los Jueces la función jurisdiccional, por lo que la instrucción a cargo del Fiscal sería en España inconstitucional (80).

e) Trasladar la competencia para la instrucción al Fiscal conllevaría no pocos inconvenientes prácticos, por lo que es mejor dejarla como está, en manos del Juez: De facto instruiría la Policía Judicial, habría disminución de garantías para el imputado, a pesar de todo sería necesario un Juez, en España tenemos pocos fiscales, existen muchas carencias funcionales (81), hay peligro de impunidad para personas «gubernamentales», etc, argumentos que han sido puestos de manifiesto por los propios jueces y fiscales (82), y por la doc-

(76) La frase entrecomillada y las contundentes opiniones anteriores manifestadas en el texto son de CARNELLUTTI, F.: «Poner en su puesto al Ministerio Público», en *Cuestiones sobre el proceso penal* (trad. Sentís Melendo), Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, págs. 216 y 217.

(77) En Costa Rica, se adhiere a la opinión de Carnellutti, con frases similares a las recogidas en el texto, LLOBET RODRÍGUEZ, J.: *Código de Procedimientos Penales...*, cit., pág. 488.

(78) Esta es la base de la argumentación de DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Jueces imparciales, Fiscales «investigadores» y nueva reforma para la vieja crisis de la Justicia penal*, Ed. PPU, Barcelona, 1988, págs. 70 y 71.

(79) Véase la argumentación en FAIREN GUILLÉN, V.: «El Ministerio Fiscal en la reforma procesal de 1988», en *Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional*, Edersa, Madrid, 1992, t. III «La reforma procesal penal», págs. 149 a 187; también publicado en la *Revista Tapia*, 1989, núms. de enero-febrero y de marzo-abril.

(80) ORTELLS RAMOS, M.: *Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal...*, cit., págs. 236 y 237.

(81) Véase VÁZQUEZ SOTELO, J. L.: «Crisis de la Justicia y reforma del proceso penal», en *Crisis de la Justicia y Reformas Procesales*. I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, págs. 376 a 379.

(82) Véase, por ejemplo, PORTERO GARCÍA/REIG REIG/MARCHENA GÓMEZ: *Comentarios a la reforma procesal penal de la Ley Orgánica 7/1988 (Procedimiento abreviado)*, Ed. Librería Jurídica, Bilbao, 1989, págs. 48 y 49.

trina (83), todos ellos absolutamente reales, que nada tienen que ver con desconfianza hacia el Fiscal u opiniones subjetivas parecidas, utilizados con diferente finalidad por determinados autores, fundamentalmente prácticos (84).

2.^º Argumentos a favor de que instruya el Fiscal:

Optar a favor del cambio, es decir, ser partidario de que instruya el proceso penal el Ministerio Fiscal, es una postura atractiva desde hace unos años por diferentes razones, atendidos los países europeos en que se ha instaurado la reforma, y sobre todo los países latinoamericanos. Las razones del cambio de titular de la instrucción del proceso penal pueden girar en torno a las siguientes cuestiones:

1.^a Por prever el Derecho Procesal del país afectado un proceso inquisitivo, escrito, en el que instruye y falla el mismo Juez, con lo cual se daría el primer argumento anteriormente anunciado, de carácter dogmático, de justificación de un modelo acusatorio.

2.^a Sin duda es una reforma tentadora cuando el país ha pasado de un régimen dictatorial, en el que han colaborado probadamente los Jueces y Fiscales, a un régimen democrático.

3.^a También es más fácil cuando, siendo el proceso penal acusatorio, mixto o no, la Justicia no funciona, pues la instrucción a cargo del Fiscal aparece como una de las alternativas que tan ansiosamente se buscan para reducir la carga de los órganos jurisdiccionales, principal causa del mal funcionamiento de la Justicia, y acelerar el proceso penal, dada la reiteración de actuaciones, por un lado las practicadas por el Fiscal y la Policía, y por otro, las mismas generalmente, las del Juez, como vimos ya al principio de este escrito.

4.^a Finalmente, es asimismo fácil de admitir cuando el propio Ministerio Público no depende del Poder Ejecutivo, o cuando el Ministerio Fiscal no tiene la consideración de parte formal en el proceso penal, pues entonces está obligado a la Verdad y Justicia (85).

(83) Véase ORTELLS RAMOS, M.: *Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal...*, cit., págs. 257 y 258.

(84) Véanse ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: «El Ministerio Fiscal entre “viejo” y “nuevo” proceso», en ANDRÉS IBÁÑEZ, P./CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C./FERNÁNDEZ ENTRALGO, J./PÉREZ MARIÑO, V./VARELA CASTRO, L.: *La reforma del proceso penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, págs. 102 a 113; y LANZAROTE MARTÍNEZ, P. A.: «Algunas consideraciones en torno al Ministerio Fiscal y el proceso penal», en *Revista de Derecho Procesal*, 1994, núm. 2, pág. 256.

(85) Véase este último argumento clave en la reforma alemana, de gran importancia dogmática, en ROXIN, C.: *Strafverfahrensrecht* (23.^a ed.), cit., págs. 48 a 51. También se ha dicho de acuerdo con el sistema alemán que el Fiscal es *die objektivste Behörde der Welt* («la autoridad más objetiva del mundo»), v. WOLF, M.: *Gerichtsverfassungsrecht aller Verfahrenszweige* (6.^a ed.), Ed. C. H. Beck, München, 1987, pág. 295. Sobre la organización de la Fiscalía en Alemania, v. los párrafos 141 y ss. GVG, en GÓMEZ COLOMER, J. L.: *El proceso penal alemán...*, cit., págs. 480 y ss.

La fundamentación de esta opción se basa naturalmente en argumentos científicos, que giran en torno a la profunda crisis, se dice, en que se encuentra inmersa en estos momentos la clásica figura del Juez de Instrucción (86):

a) El sumario tiene naturaleza administrativa, luego el órgano competente para formarlo ha de ser administrativo y no judicial (87). En otras palabras, existe una profunda contradicción entre el significado conceptual de la palabra «Juez» y sus funciones, porque instruyendo no juzga, y porque, sobre todo, queda encuadrado dentro de un estatuto orgánico y dentro de un Poder del Estado, el Judicial, que no le corresponde, ya que no siendo juicio la instrucción, la investigación de un crimen es actividad administrativa y no judicial, en el sentido referido a Justicia (88).

b) El Juez debe limitarse a ejercer la función jurisdiccional, es decir, a juzgar, no a instruir, y eso solamente se produce en el juicio oral de acuerdo con la Constitución (89). Durante el sumario (o diligencias previas) no se ha ejercido todavía la acción penal, por lo que la relación procesal no está todavía constituida (90).

c) El Ministerio Fiscal instructor agilizaría la Justicia, argumento defendido por todas las Memorias de la Fiscalía General del Estado, anteriormente citadas (91), y presente en el Derecho comparado visto en páginas precedentes, puesto que de entrada se evitaría la duplicación o reiteración de actuaciones procesales, unas practicados por el Juez Instructor, y las mismas por el Fiscal, comentada *supra*.

(86) Véanse GIMENO SENDRA, J. V., en MORENO CATENA/ALMAGRO NOSETE/CORTÉS DOMÍNGUEZ/GIMENO SENDRA. *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pág. 94; y VIVES ANTÓN, T. S.: *Comentarios a la Ley de Medidas...*, cit., vol. II, pág. 113.

(87) Véanse SERRA DOMÍNGUEZ, M.: «El Ministerio Fiscal», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1979, págs. 644 y 645; del mismo autor, «La instrucción de los procesos penal y civil: El sumario», en *Estudios de Derecho Procesal*, Ed. Ariel, Barcelona, 1969, págs. 723 y 724. A esta opinión se adhiere en Costa Rica CRUZ CASTO, F.: *La función acusadora...*, cit., pág. 54. Sobre la naturaleza jurídica del sumario y la posición del Fiscal, v. PASTOR LÓPEZ, M.: *El proceso de persecución. Análisis del concepto, naturaleza y específicas funciones de la instrucción criminal*, Ed. Universidad, Valencia, 1979, págs. 59 a 72, y 152 a 155.

(88) Véase VIVES ANTÓN, T. S.: *Comentarios a la Ley de Medidas...*, cit., vol. II, pág. 117.

(89) Véanse VIVES ANTÓN, T. S.: «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal», en *Revista Poder Judicial*, núm. especial II, págs. 101 y 102; y RUIZ VADILLO, E.: «La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal», en *Revista Poder Judicial*, núm. especial II, págs. 84 a 87.

(90) Se adhiere a esta opinión en Costa Rica GONZÁLEZ ÁLVAREZ, D.: *La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense. Notas sobre la función requirente del Ministerio Público*, Ed. IJSA, San José, 1992, págs. 50 a 53.

(91) Véase también CALVO SÁNCHEZ, M. C.: «La fase de investigación en el nuevo proceso penal abreviado regulado por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre», en *Revista La Ley*, 1990, t. II, págs. 1085 y ss.

d) La instrucción por parte del Juez es incompatible con el modelo de proceso acusatorio. Pero esta segunda opinión procedente del Derecho comparado, también aludida anteriormente, basada en el principio acusatorio (92) nos parece más endeble, pues al menos con referencia a España, entendido en sentido riguroso, el principio acusatorio sólo debe significar estas tres cosas: Todo proceso penal requiere de una acusación formulada por persona distinta al órgano judicial que ha de sentenciar, la imposibilidad de alterar el objeto del proceso condenando por hechos distintos a los acusados o a persona distinta a la acusada, y, finalmente, el juzgador no puede ver alterada su imparcialidad por aportaciones de hechos o de prueba al proceso (93). Que la investigación del proceso penal no encuentre amparo directamente en el principio acusatorio a nuestro juicio, no quiere decir en absoluto que no estemos de acuerdo con la «luz y taquígrafos» en esta fase, auténtica conquista del proceso penal propio de un Estado de Derecho frente al injusto proceso inquisitivo (94), pero centrada en sus justos límites. Se trata, simplemente, de cosas distintas, por lo que nos parece que Juez Instructor y proceso penal acusatorio son perfectamente compatibles. Por ello, hablar del proceso angloamericano como proceso acusatorio, entendiendo el término «acusatorio» a la europea, y en concreto, en el sentido español acabado de indicar, presenta serias dudas de aceptación, aunque esta terminología de contraposición (frente a proceso inquisitivo) sea generalmente aceptada y comprendida.

Por otro lado y como derivación de lo acabado de indicar, pero éste es un tema importante que excede los límites de este trabajo, no tenemos nada claro que la aspiración ideal del proceso penal español sea tomar como modelo el proceso penal norteamericano, no únicamente por razones históricas y culturales, sino porque encontramos dudosamente satisfactorias para nuestro país algunas de las soluciones a las que allí se han llegado, por ejemplo, los exten-

(92) Con carácter general, para España, véanse últimamente ASENSIO MELLADO, J. M.: *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Ed. Trivium, Madrid, 1991, págs. 14 a 26; ARMENTA DEU, T.: *Principio acusatorio y Derecho Penal*, Ed. J. M. Bosch e Instituto de Criminología, Barcelona, 1994, págs. 39 a 74; MARTÍNEZ ARRIETA, A.: *La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio*, Ed. Comares, Granada, 1994, págs. 24 a 29; y RUIZ VADILLO, E.: «El principio acusatorio», en *Revista del Ministerio Fiscal*, 1995, núm. 1, págs. 89 y ss. Pero sigue siendo válido el pensamiento sobre la acción penal de GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1951, t. II, págs. 447 y ss.; v. también FAIREN GUILLÉN, V.: «La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español», en *Temas...*, cit., t. II, págs. 1.205 y 1.206; y GÓMEZ COLOMER, J. L.: *El proceso penal español*, Ed. Investigaciones Jurídicas, San José de Costa Rica, 1993, págs. 13 y ss. Para Argentina, v. MAIER, J. B. J., *Derecho Procesal Penal argentino*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, t. 1b, págs. 206 y ss.

(93) Véase sobre esta cuestión MONTERO AROCA, J.: «La garantía procesal penal y el principio acusatorio», en *Revista La Ley*, 1994, t. I, págs. 979 a 983; y, del mismo autor, «El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual», en *Revista Justicia*, 1992, núm. IV, págs. 781 a 786.

(94) Véase RAMOS MÉNDEZ, F.: *El proceso penal. Lectura constitucional* (3.^a ed.), Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1993, págs. 31 y 32.

sos poderes de la Policía, la consideración como prueba de la confesión del acusado, la amplitud de la *plea bargaining*, la configuración del Jurado puro, particularmente su sistema de selección, la organización del derecho de impugnación, etc. (95). De hecho, si sirve como ejemplo, el nuevo proceso penal italiano ha seguido estas pautas, y la doctrina del país transalpino no está nada satisfecha con ello (96), lo cual debería hacernos meditar mucho.

e) El argumento más importante a favor de que instruya el Ministerio Fiscal es, en nuestra opinión, que no puede ser la misma persona la que considere necesario un acto de instrucción y la que valore su legalidad. En esencia el argumento se concreta de la siguiente manera: El Ministerio Fiscal debe asumir la instrucción, atribuyéndole el poder de investigar el delito, mientras que el Juez debe quedar como controlador de la legalidad de los actos procesales que ha realizado el Fiscal, generalmente a través de la resolución de peticiones y de los recursos. Seguir manteniendo el sistema clásico es en definitiva una contradicción, porque el Juez es al mismo tiempo quien investiga y quien garantiza el respeto de los derechos del imputado. Cambiar estos papeles puede significar ciertamente una importante restricción del principio de investigación oficial, pero se fortalece extraordinariamente el más importante principio de la imparcialidad judicial, que queda así únicamente reservado para el enjuiciamiento, lo que implica además una mejor aplicación del principio de la exclusividad de la función jurisdiccional por su único titular, el Poder Judicial (97).

En definitiva, es el modelo clásico el que ya no sirve (98), llegando a proponerse, más allá incluso, que el Fiscal no sólo sea la autoridad encargada de la investigación, sino el director, el dueño absoluto de ésta (99).

(95) Véanse en general, aparte de la bibliografía citada en este artículo, AMODIO/BASSIOU-NI: *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Ed. Giuffrè, Milano, 1988, *passim*; y SCHÜNE-MANN, B.: «¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)», en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*. Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991, págs. 49 y ss. Más en concreto, v. VERCHER NOGUERA, A.: «¿Hacia un Ministerio Fiscal inglés?», en *Revista La Ley*, 1987, t. II, págs. 923 y ss.

(96) Véase, por todos, CHIAVARIO, M.: *Procedura penale. Un Codice tra..., cit.*, esp. págs. 105 y ss. En Italia, según nuestras noticias, se ha formado ya una Comisión nacional para el estudio de la reforma del proceso penal.

(97) Véase MAIER, J. B. J.: *La investigación penal preparatoria del Ministerio Público. Instrucción sumaria o citación directa*, Ed. Lerner, Buenos Aires-Córdoba, 1975, págs. 25, 26, 46, 47 y 50 a 62; SUPERTI, H. C.: «Últimas reformas procesales en la legislación nacional y extranjera en el proceso penal. La investigación fiscal preparatoria», en *Revista Argentina Derecho Penal*, 1992, núm 1, págs. 70 y 71; y en España, VIVES ANTÓN, T. S.: *Doctrina constitucional..., cit.*, pág. 102.

(98) Véase GIMENO SENDRA, J. V.: «El Juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Poder Judicial*, núm. especial VI, pág. 274.

(99) Así, GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Ed. Colex, Madrid, 1990, pág. 121.

Expuestas las anteriores argumentaciones, nuestra opinión personal es que este tema en el fondo es bastante irrelevante, y que lo importante de verdad es que el proceso penal de España, y el de todos los países del mundo, sea el propio de un Estado de Derecho (100). La fundamentación de esta afirmación es ideológicamente clara, y se basa en los siguientes puntos:

1. El fin del proceso penal no es sólo hallar la verdad material, sino también proceder de acuerdo con los principios que caracterizan a un proceso penal como el adecuado a un Estado de Derecho (101). Obligado a ello no está sólo el Juez, sino también cualquier otra autoridad pública que intervenga en el proceso penal, lo cual hace referencia especialmente al Ministerio Fiscal.

2. No sería inconstitucional en España que instruyera el Fiscal, porque el artículo 117.3 de la Constitución Española de 1978, al definir la función jurisdiccional, según terminología clásica española, como «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado», atribuyéndola en exclusiva a los órganos jurisdiccionales, lo que está pidiendo en realidad al legislador ordinario es que, en sentido estricto, la decisión de condenar o absolver a un acusado, con todos los actos que la fundamentan (prueba), la tome un Juez, pero no impide que para llegar a la decisión de si se puede abrir el juicio oral contra una persona se acuda a personas y normas no sometidas al Derecho Jurisdiccional (102), lo que por cierto siempre ha ocurrido en la práctica aunque bajo el manto judicial (103).

(100) A una conclusión parecida han llegado los autores, entre los que no estamos, de las *Recomendaciones de Toledo y de Río de Janeiro por un procedimiento penal justo*, de la Sección III de la Asociación Internacional de Derecho Penal, publicadas en la monografía «Les mouvements de réforme...», cit., *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1993, págs. 905 a 909, pues la núm. 4 dice textualmente en su segunda frase: «La imparcialidad presupone la separación entre la función de instruir y juzgar. En consecuencia, el Juez del juicio no debe haber participado en los actos de la fase preparatoria. Es altamente recomendable además que el Juez del juicio sea distinto de aquél que decide la admisión de la acusación contra el sospechoso». Es decir, que da igual que instruya el Fiscal o el Juez, lo importante son otras cosas.

(101) V. TIEDEMANN, K., en ROXIN/ARZT/TIEDEMANN, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal* (trad. Arroyo Zapatero y Gómez Colomer), Ed. Ariel, Barcelona, 1989, págs. 134, 225 y 226; GÓMEZ COLOMER, J. L.: *El proceso penal español*, Ed. Investigaciones Jurídicas, San José de Costa Rica, 1993, pág. 7; Idem, *El proceso penal español para no juristas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 44.

(102) Entiende, por contra, que si sería inconstitucional la atribución de la instrucción al Ministerio Público, ORTELLS RAMOS, M.: *Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal...*, cit., págs. 236 y ss., en donde con profusión de argumentos técnico-jurídicos, que no dogmáticos, llega a la conclusión de que el artículo 117.3 de la Constitución Española, al otorgar a los Jueces y Magistrados en exclusiva la titularidad de la potestad jurisdiccional, y no siendo el Ministerio Fiscal órgano jurisdiccional, veta la posibilidad de que se le puedan conceder a éste poderes en la instrucción que sean inherentes al ejercicio de la potestad jurisdiccional misma.

(103) Con ello, matizamos nuestra opinión respecto a la mantenida en una breve nota, redactada en tono coloquial e irónico, titulada «No es conveniente que nos pueda procesar un Fiscal», en *Revista Jueces para la Democracia*, 1987, núm. 2, pág. 9, pues en aquella época nos

Mantener lo contrario podría llevarnos, por citar sólo un ejemplo claro, al absurdo de hacer inconstitucional a la propia Policía Judicial (prevista constitucionalmente, v. art. 126 de la Constitución Española de 1978), que se regula y utiliza para su funcionamiento orgánico y técnico, de repercusión directa sobre el proceso penal, normas de carácter administrativo y no procesal.

3. Teóricamente no habría tampoco ningún problema en admitir que instruyera el Ministerio Fiscal, pues dicho llanamente se trataría de una solución tan buena como podría ser la contraria o cualquier otra, aunque tendría que llegar siempre un momento en que la presencia de un Juez fuera inexcusable (104).

Es en este sentido poco fundada la crítica de quienes toman o desechan los modelos que proporciona el Derecho comparado para hacer propias las opiniones según sus intereses. El Derecho comparado nos debe servir para «comparar», es decir, informarnos bien sobre cómo se solucionan los mismos problemas que nosotros tenemos en otros países, y nada más. Pero criticar por ejemplo a Alemania por haber optado por la instrucción a cargo del Fiscal, el país desencadenante en la Europa continental de toda esta problemática, carece de sentido, porque para poder hacerlo con fundamento hay que ser (jurista) alemán.

3.º Nuestra posición:

Ahora bien, los temas relacionados con el Poder Judicial y ese instrumento necesario que es el proceso penal son siempre relativos, en el sentido de que se aplican a un país en un momento concreto. ¿Es conveniente pues que hoy, en 1996, en España, a la vista de lo dicho hasta ahora, instruya las causas penales el Ministerio Fiscal, o es mejor que siga instruyendo la autoridad judicial?

La respuesta, recordando que para nosotros el tema es bastante nimio, debe ser dada con mucha prudencia, permaneciendo abiertos a todas las ideas. Pensamos que no ha llegado todavía el momento de emprender el cambio y es

pareció muy brusco el cambio que se quería dar (recuérdese que el Anteproyecto de lo que luego sería la LO 7/1988, atribuía sin más la instrucción al Fiscal), y quisimos oponernos a la falta de meditación del prelegislador con argumentos contundentes. En lo que no hemos cambiado, como decimos al final de este escrito, es en nuestra opinión contraria a que instruya el Fiscal, el argumento de la inconstitucionalidad es lo que precisamos.

(104) Lo que es admitido por todos los autores que están a favor de que instruya en España el Ministerio Público, v. GIMENO SENDRA, J. V.: «El Ministerio Fiscal y el artículo 124 de la Constitución española», en *Constitución y Proceso*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988, pág. 69; del mismo autor, y más genéricamente, «El Ministerio Fiscal y la Constitución: Su naturaleza jurídica», en *Comentarios a la Legislación Penal*, t. I (Derecho Penal y Constitución), Edersa, Madrid, 1982, págs. 327 y ss.; y CALVO SÁNCHEZ, M. C., «Algunas sugerencias en torno a la futura reforma del proceso penal», en *Revista Justicia*, 1990, núm. I, pág. 68.

mejor que las cosas sigan como están, al menos en tanto en cuanto no se cumplen los siguientes requisitos (105):

- a) Mientras no se deroguen los artículos 8, 14.2, 29.1, 34-1º, 35.1 y 36 EOMF, por los que el Fiscal puede quedar sometido a una orden del Poder Ejecutivo, o se patentiza su vinculación con éste, y, por tanto, no sea independiente en el sentido más correcto del término (independencia, por cierto, que la propia Constitución Española de 1978 no ha querido, v. su art. 124.2);
- b) Mientras el Fiscal no deje de ser claramente un órgano administrativo y se adscriba de alguna manera, sin serlo, al Poder Judicial;
- c) Mientras el Ministerio Fiscal tenga como principal función en el proceso penal la de acusar, por tanto, no sea imparcial en sentido técnico;
- d) Mientras siga instruyendo de facto la Policía Judicial, lo que ya ocurre con los Jueces en España por otra parte, como decíamos que sucede en Alemania (106);
- e) Mientras en España no superemos la ridícula cifra de un Fiscal por cada 31.153 habitantes (107), con lo cual difícilmente se pueden ver en esta medida efectos aceleradores, que habrá que aumentar considerablemente, no sólo al pasarle las funciones instructoras, sino también porque el Fiscal instructor no va a poder ser luego el Fiscal acusador, si se quiere garantizar también el principio del Fiscal no prevenido o imparcial, totalmente necesario ante la nueva función;
- f) Mientras la formación y perfeccionamiento judiciales no se orienten a cotas más profesionales, a pesar de las importantes reformas que han supuesto el Reglamento número 1/1995, de la Carrera Judicial, y el Reglamento número 2/1995, de la Escuela Judicial, publicados por Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 7 de junio de 1995 (*BOE* del 13 de julio);
- g) Mientras no sea ésta la única reforma para llegar al principio de la mejor Justicia para todos, y
- h) Finalmente, mientras la garantía de los derechos fundamentales y procesales penales ordinarios de los ciudadanos esté residenciada en manos de los Jueces, porque con su independencia e imparcialidad, esenciales a su función, realizan una tutela más efectiva, que en absoluto garantizan mejor hoy los Fiscales.

(105) Véanse las opiniones al respecto de GIMENO SENDRA, J. V.: «Algunas sugerencias sobre la atribución al Ministerio Fiscal de la investigación oficial», en *Revista Justicia*, 1988, núm. IV, págs. 832 a 834.

(106) Y en Alemania, v. PETERS, K.: *Strafprozeßrecht...* (4.ª ed.), cit., págs. 166 y 167.

(107) La plantilla del Ministerio Fiscal español en 1995, de acuerdo con la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1995, pág. 35, era de 1.284 fiscales (13 Fiscales de Sala, 725 Fiscales y 546 Abogados Fiscales), estando previsto un aumento de 70 plazas en 1996, con motivo de la entrada en vigor de la Ley del Jurado y del nuevo régimen de la prisión preventiva.

Y, obsérvese, a pesar de todo, seguirá siendo necesario un Juez de la Libertad, como dicen los italianos, para tomar las decisiones que afecten a los derechos y garantías fundamentales del imputado, y, en suma, a actividad jurisdiccional.

Lo que desde luego no tiene ningún sentido es que en unos casos instruya el Juez y en otros el Fiscal, como en España, o que el Juez pueda delegar bajo determinados requisitos la instrucción en el Fiscal, como hemos visto que ocurre en Argentina en algunas provincias, porque no hay presupuesto económico que resista la doble infraestructura exigida.

Se observa, por tanto, que provisionalmente somos contrarios a que instruya el Fiscal el proceso penal español, en absoluto por razones dogmáticas, sino puramente organizativas, estructurales y prácticas, pero de tal importancia que su no introducción, corrección o mejora en el sentido propuesto, haría indefectiblemente fracasar una reforma de tal entidad.

Nos mantenemos, pues, en nuestra opinión expresada hace unos años (108), insistiendo ahora, para finalizar, en que en el fondo este tema nos parece de los menos graves que tiene planteada la situación jurídico-procesal penal española en la actualidad. A nosotros lo que nos preocupa de verdad, como dijimos antes, es que el proceso penal español sea el propio de un Estado de Derecho, y al respecto todavía no hemos llegado al 100 por 100 exigible, aunque hemos avanzado mucho sin duda en España, pero ésta es otra cuestión (109).

(108) Véase GÓMEZ COLOMER, J. L.: *No es conveniente...*, cit., pág. 10.

(109) Prueba de ello es que, por poner sólo un ejemplo, todavía no tenemos un proceso penal especial para el enjuiciamiento de los delitos cometidos contra los derechos fundamentales, de obligada creación conforme al artículo 53.2 de la Constitución, cubierto temporal y deficientemente por el previsto en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, aunque el Gobierno se comprometió a presentar la correspondiente Ley Orgánica en el Parlamento e instaurarlo antes del 9 de junio de 1995, si hacemos caso a pie juntillas de la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre (*BOE* del 9), por la que se reforma la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, plazo que por supuesto ya ha sido suficientemente superado.

EL MINISTERIO FISCAL EN LAS SUSPENSIONES DE PAGOS

(Algunas cuestiones procesales a propósito
de la Circular 1/1995 de la Fiscalía General del Estado)

MARÍA JOSÉ MASCARELL NAVARRO

Profesora Titular de Derecho Procesal

Universitat de Valencia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS EXPEDIENTES DE SUSPENSIÓN DE PAGOS:
1. *La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos civiles y en los actos de jurisdicción voluntaria.*
2. *La intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento de suspensión de pagos:* A) Postura de la Circular 1/1995; B) Nuestra postura: a) El Ministerio Fiscal como parte; b) El Ministerio Fiscal como dictaminador; c) El Ministerio Fiscal como «parte interesada».—III. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LA PIEZA SEPARADA DE CALIFICACIÓN:
1. *Postura de la Circular 1/1995.* 2. *Nuestra postura.*
IV. CRÍTICA DE LA CIRCULAR NÚMERO 1/1995.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, publicada el 14 de septiembre del mismo año, consta de 24 artículos, más dos artículos adicionales. El artículo 23 es el único que la Ley dedica a la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de suspensión de pagos, y dice así: «Desde el momento de iniciarse el expediente de suspensión de pagos hasta el cumplimiento total del convenio será parte el Ministerio Fiscal». Es cierto que el Ministerio Fiscal aparece mencionado, también, en el artículo 20.II de la Ley de Suspensión de Pagos, pero este precepto sólo trata de la pieza de calificación de la insolvencia definitiva, y, en lo que ahora interesa, dispone que: «... Serán parte de la misma, de un lado, el Ministerio Fiscal...».

La parquedad de la Ley de 26 de julio de 1922 en cuanto a la regulación de la intervención del Ministerio Fiscal en las suspensiones de pagos, junto con la falta de antecedentes sobre esta cuestión (1), motivó que entre 1922 y 1926 cuatro Circulares de la Fiscalía del Tribunal Supremo se ocuparan del Ministerio Fiscal en los expedientes de suspensión de pagos.

La Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1922 (*Gaceta* del 19), aparecida tan sólo dos meses después de la publicación de la Ley de Suspensión de Pagos, fue la primera. En esta Circular, la más extensa, se impartían instrucciones —unas orgánicas, otras procesales— a las que debía sujetarse la intervención del Ministerio Fiscal a lo largo del expediente de suspensión de pagos, y su objetivo era, además de hacer más lleva-

(1) Recordemos que el Código de Comercio de 1829 considera la suspensión de pagos como una clase de quiebra (arts. 1.002 y 1.003), y que ningún precepto ha atribuido nunca al Ministerio Fiscal la cualidad de parte en las quiebras.

dera la tarea que los Fiscales habían de realizar en esta materia, «fijar la inteligencia que el Ministerio Fiscal ha de dar a las nuevas disposiciones y el criterio a que ha de obedecer en la resolución de las dudas surgidas, especialmente en Barcelona, o que se susciten en lo sucesivo, sobre interpretación de ciertos preceptos de la Ley».

La Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1922 (*Gaceta* del 20) aclaraba las dudas que el Fiscal de la Audiencia Territorial de Madrid y el Fiscal de la Audiencia Territorial de Albacete plantearon sobre algunos puntos de la Ley de Suspensión de Pagos y de la Circular de 16 de noviembre. A continuación la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1926 (*Gaceta* del 29) se ocupó de la «intervención que compete al Ministerio Fiscal en las actuaciones relacionadas con los expedientes de suspensiones de pagos y en cuantas determinen la aplicación de los artículos 320 al 324 del Código de Comercio», concretamente se destaca la pugna entre los artículos 334 y 367 Leclrim y los artículos 545.3 y 324 CC. Por último, la Circular de 31 de mayo de 1926 (*Gaceta* del 2 de junio) completa la doctrina de las Circulares de 16 de noviembre y 22 de diciembre de 1922 y da reglas a que deben atenerse los Fiscales en la iniciación de los expedientes de suspensión de pagos.

La Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1926 fue la última que trató monográficamente del tema de la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de suspensión de pagos, hasta llegar a la Circular 1/1995 que motiva este trabajo.

La Circular 1/1995 entiende que buena parte de las normas orientativas de las Circulares de 1922 y 1926 están superadas, y pretende, según sus propias palabras, eliminar las heterogéneas interpretaciones que ante un mismo lenguaje jurídico, el de la Ley de Suspensión de Pagos, mantienen los Fiscales en orden a su intervención en el procedimiento, «bien saliendo de la inhibición quienes hayan llegado a ella o, mejor aún, conciliando la diversidad buscando una interpretación unificadora que garantice una verdadera presencia del Ministerio Fiscal en las suspensiones de pagos».

La Circular 1/1995 consta de tres apartados: el apartado I se titula «Introducción», el apartado II trata de los «antecedentes inmediatos sobre la intervención del Ministerio Fiscal en las suspensiones de pagos» y, tras los dos primeros apartados, brevísimos, el apartado III se dedica a «el Ministerio Fiscal y la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922». Este apartado III se divide, a su vez, en tres subapartados: el subapartado A) se ocupa de la intervención del Ministerio Fiscal en la pieza formada para depurar las responsabilidades del suspenso; el subapartado B) analiza las particularidades de la intervención del Ministerio Fiscal en los expedientes de suspensión de pagos, y, finalmente, el subapartado C) se titula «Publicidad registral de resoluciones recaídas en expedientes de suspensión de pagos».

Tratamos a continuación, y por este orden, de la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento de suspensión de pagos y de la intervención del Ministerio Fiscal en la pieza separada de calificación a que puede dar lugar la tramitación del procedimiento de suspensión de pagos. Prescindimos del análisis de otras cuestiones que se plantea la Circular 1/1995 sobre el sentido que debe darse a determinados preceptos de la Ley de Suspensión de Pagos, muchas de las cuales hemos tratado en otro lugar (2).

II. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS EXPEDIENTES DE SUSPENSIÓN DE PAGOS

1. LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS PROCESOS CIVILES Y EN LOS ACTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Antes de entrar a analizar la función y el modo de intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de suspensión de pagos, nos referiremos a las distintas modalidades de participación del Ministerio Fiscal en los procesos civiles y en los actos de jurisdicción voluntaria.

Partimos de la terminología (3) que el legislador ha utilizado para referirse a la actuación del Ministerio Fiscal en: la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la Ley de Enjuiciamiento Civil y el Código Civil (4); y estableceremos los correspondientes apartados, aunque sin ánimo de agotar la enumeración de los supuestos a incluir en cada uno de ellos.

Las expresiones legales en que se concreta la intervención del Ministerio Fiscal son las siguientes:

A) Audiencia al Ministerio Fiscal: para resolver sobre la competencia genérica (art. 9.6 LOPJ); una vez planteado un conflicto de competencia (arts. 45, 46.I y II, y 47.II LOPJ); tras surgir un problema de competencia entre jueces y tribunales subordinados entre sí (arts. 52 LOPJ y 81, 82 y 83 LEC); después de plantearse una cuestión de competencia (arts. 85, 89 y 90 LEC); antes de decidir sobre la suspensión de un pleito cuando el fallo

(2) *Vid. M. J. MASCARELL NAVARRO: Aspectos procesales de la Ley de Suspensión de Pagos*, Ed. Comares, Granada, 1 ed. 1994, 2 ed. 1995.

(3) Nos referimos a los distintos términos sin entrar a valorar si han sido correctamente utilizados por el legislador.

(4) Prescindimos de otras normas que también se refieren a la actuación del Ministerio Fiscal en el ámbito civil, en consecuencia, no pretendemos que la enumeración tenga carácter exhaustivo.

hubiere de fundarse, exclusivamente, en la existencia de un delito (art. 362 LEC); en el juicio de testamentaría («... será oído el Ministerio Fiscal cuando el avalúo de la operación divisoria que se discuta...» art. 1.089 LEC); para decretar la enajenación o gravamen de bienes de menores o incapacitados o transigir acerca de sus derechos (arts. 2.012.4, 2.015, 2.028 y 2.029 LEC); en el juicio de revisión (arts. 1.802 y 1.803 LEC); en los actos jurisdicción voluntaria cuando la solicitud promovida afecte a los intereses públicos, o se refiera a persona o cosa cuya protección o defensa competan a la autoridad (art. 1.815 LEC); previa al nombramiento de defensor a persona desaparecida de su domicilio o del lugar de su última residencia (art. 181.I CC), y al nombramiento de representante al ausente (art. 184.II CC).

B) Dictamen del Ministerio Fiscal: sobre si es o no sostenible la pretensión de quien goza del beneficio de justicia gratuita (arts. 39 y 40 LEC); en la resolución de las cuestiones de competencia (arts. 101.I y 103 LEC); en el procedimiento de declaración de herederos abintestato (art. 980 LEC), en la calificación del concurso de acreedores (arts. 1.296 y 1.297 LEC), y sobre la inadmisibilidad del recurso de casación o de alguno de sus motivos (art. 1.709.II LEC).

C) El Ministerio Fiscal será parte: en los procesos civiles dimanantes de delitos y faltas que se acumulen a los procesos penales (art. 3.4 EOMF); en los procesos de repetición contra jueces y magistrados por dolo o culpa grave (art. 296 LOPJ); en el recurso de casación en interés de la Ley (art. 1.718 LEC); en los procesos de adjudicación de bienes a que estén llamadas varias personas sin designación de nombres (art. 1.109.I LEC); en los procesos de nulidad matrimonial (arts. 74 y 75.I CC); en los procesos de filiación cuando el hijo sea menor de edad o incapaz (arts. 129 y 137.II CC).

D) Promoción por el Ministerio Fiscal: de las acciones pertinentes en defensa de la independencia judicial (art. 14.II LOPJ); de conflictos de competencia (art. 43 LOPJ); del nombramiento de defensor en caso de desaparición de una persona de su domicilio o del lugar de su última residencia (art. 181.I CC) y de la declaración de ausencia legal (art. 182.I,3 CC).

E) Como representante o defensor en juicio de alguna de las partes: como representante y defensor de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal no puedan actuar por sí mismos (art. 3.7 EOMF), como defensor de una parte en el recurso de casación por haberse excusado los abogados nombrados en turno de oficio (art. 1.719 LEC).

No obstante, la anterior clasificación, que se basa en la terminología empleada en la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Código Civil, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y la Ley Orgánica del Poder Judicial para referirse, en cada caso, a la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos y en los actos de jurisdicción voluntaria —ninguna de estas normas menciona la inter-

vención del Ministerio Fiscal en los expedientes de suspensión de pagos (5)—, puede todavía reducirse si observamos, por un lado, que cuando las leyes hablan de que se dará audiencia al Ministerio Fiscal, de que el Ministerio Fiscal realizará un dictamen, e incluso de que el Ministerio Fiscal emitirá un informe, están diciendo lo mismo con distintas palabras, esto es, que el Ministerio Fiscal dará su opinión jurídica sobre el tema que el órgano judicial le plantee, y, por otro lado, que en los casos en que la Ley le encomienda al Ministerio Fiscal «promover acciones» está convirtiendo al Ministerio Fiscal en parte.

En conclusión, la actuación del Ministerio Fiscal en los procesos civiles y en los denominados actos de jurisdicción voluntaria puede ser: el Ministerio Fiscal como parte; el Ministerio Fiscal como dictaminador, y, en algunos casos, los menos, el Ministerio Fiscal como defensor o representante en juicio de alguna de las partes.

La doctrina (6) también resume las distintas formas en que el Ministerio Fiscal puede intervenir como órgano defensor de la legalidad en un proceso civil en dos: el Ministerio Fiscal como parte demandante o demandada, casos en que también se dice que el Ministerio Fiscal procede por vía de acción o de contestación a la demanda, y el Ministerio Fiscal actuante por vía de informe o dictamen, supuesto este último en el que el Ministerio Fiscal se limita a exponer una opinión jurídica que no vincula al órgano judicial (7). No obstan-

(5) En cambio, sí mencionaban la intervención del Ministerio Fiscal en las suspensiones de pagos el Real Decreto de 21 de junio de 1926 que aprobó el Estatuto del Ministerio Fiscal y la Ley de Bases orgánica de la Justicia de 1974.

El artículo 2.4 del Estatuto del Ministerio Fiscal de 1926 decía así: «Son atribuciones del Ministerio Fiscal: ... 4. Intervenir, ejercitando las acciones y formulando las instancias procedentes en los pleitos que versen sobre el estado civil de las personas, en los que se refieran a posesión de Grandezas de España y Títulos del Reino, en los expedientes de suspensión de pagos de los comerciantes y en cuantos, por afectar a los intereses sociales, ordenen las leyes o el Gobierno estime conveniente su intervención».

La base 15, punto 3, apartado 4, de la Ley de Bases orgánica de la Justicia disponía que: «Para el cumplimiento de su misión, al Ministerio Fiscal corresponden las siguientes funciones: ... 4. Ejercer, según establezcan las leyes, las acciones y peticiones procedentes en los pleitos sobre el estado civil de las personas, en los expedientes sobre suspensión de pagos o quiebras y en cuantos puedan afectar a intereses sociales».

(6) Seguimos en este punto a L. PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ: «Construcción dogmática del Ministerio Fiscal en el orden civil», en *Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, págs. 4 y ss.; V. FAIRÉN GUILLÉN: «El papel del Ministerio Fiscal español en el proceso civil», en *RGL y J.*, 1974, págs. 655 y ss., y M. SERRA DOMÍNGUEZ: «El Ministerio Fiscal», en *R. D. Proc.*, 1979, págs. 609 y ss.

(7) Como dice L. Prieto Castro y Ferrández, en estos casos el Ministerio Fiscal «Sujetándose a los materiales de la causa, puede desarrollarlos, comentarlos, verificar su calificación y extraer todas las consecuencias que crea oportunas; y en cuanto al aspecto jurídico, es misión típica suya el aducir normas aplicables y exponer su criterio sobre el alcance e interpretación. La posibilidad

te, algunos autores se refieren, además, a otra forma de participación del Ministerio Fiscal que sería intermedia entre el Ministerio Fiscal parte y el Ministerio Fiscal dictaminador: el Ministerio Fiscal como parte interviniente, cuasiparte o con acción accesoria (8).

2. LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCEDIMIENTO DE SUSPENSIÓN DE PAGOS

A) *Postura de la Circular 1/1995*

La función que la Circular 1/1995 asigna al Ministerio Fiscal en las suspensiones de pagos es la defensa de la legalidad y el interés público (9).

En cuanto a la forma de intervenir el Ministerio Fiscal en los expedientes de suspensión de pagos, la Circular 1/1995, tras negar que el Ministerio Fiscal sea parte plena en los procedimientos de suspensión de pagos —porque no puede promover el expediente, no alega hechos de propio impulso, no aporta pruebas—, o que su actuación sea la de mero dictaminador a quien el Juez deba oír, afirma que el Ministerio Fiscal en las suspensiones de pagos es un interviniente por vía de acción accesoria porque, aún sin ser parte, cuenta con ciertas iniciativas procesales.

Para la Circular 1/1995, la actividad del Ministerio Fiscal en los procedimientos de suspensión de pagos debe potenciarse «con una atención diligente en las diversas fases del procedimiento, porque el artículo 23, aún sin especificar, ni pone límites ni le excluye de ninguna de ellas», si bien más adelante añade que «las actuaciones del Ministerio Fiscal en los distintos trámites no tiene siempre igual intensidad».

de formular pedimentos únicamente existe para el Ministerio Fiscal en el desempeño de esta misión cuando resulten necesarios para hacer valer algún medio de ataque o de defensa que el Juez de oficio habría de tener en cuenta (por ejemplo, la incompetencia de la vía civil, por tratarse de una cuestión administrativa o el transcurso de un plazo de caducidad)», *Construcción dogmática del Ministerio Fiscal en el orden civil*, cit., págs. 34 y 35.

(8) L. PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ: *Construcción dogmática del Ministerio Fiscal en el orden civil*, cit., págs. 39 y ss., y V. FAIRÉN GUILLÉN: *El papel del Ministerio Fiscal español en el proceso civil*, cit., pág. 665.

(9) Para la Circular número 1/1995 «Las frecuentes crisis empresariales que llevan a graves situaciones de insolvencia por miles de millones con repercusión en intereses supraindividuales, son circunstancias alejadas del fundamento de las antiguas Circulares, por lo que en buena medida sus orientaciones sobre la conducta procesal a observar por el Ministerio Fiscal en los expedientes de suspensión de pagos no se ajustan a las funciones asignadas en la Constitución y el Estatuto orgánico, entre las cuales la defensa incondicionada de la legalidad y el interés público aparecen como esenciales (arts. 124 CE y 1 del Estatuto) y a desarrollar con total imparcialidad. La intervención en suspensiones de pagos que afectan directamente al orden socioeconómico y a la seguridad del crédito mercantil de modo especial cuando sea elevado el número de acreedores titulares de créditos ordinarios o el *quantum* económico, hay que replantearla con otras perspectivas».

Se refiere la mencionada Circular a la intervención del Ministerio Fiscal en los siguientes puntos claves del procedimiento:

a) Presentación de la solicitud de suspensión de pagos.—Presentada la solicitud de declaración de suspensión de pagos debe emplazarse al Ministerio Fiscal, que realizará su dictamen teniendo en cuenta: la competencia del órgano judicial ante el que se presentó la solicitud, la cualidad de comerciante del solicitante y los documentos que se acompañan a la solicitud .

b) Admisión o inadmisión de la solicitud de suspensión de pagos.—Diciada providencia teniendo por solicitada la declaración de suspensión de pagos, o no teniendo por solicitada tal declaración (mejor auto en este último caso), el Ministerio Fiscal puede recurrir la resolución si la estima no ajustada a Derecho.

c) Declaración judicial de suspensión de pagos y calificación de la insolvencia.—Bajo el epígrafe «La declaración del estado de suspensión de pagos, el informe de los interventores, la impugnación del auto y la calificación de la insolvencia», incluido dentro del apartado dedicado a la intervención del Ministerio Fiscal en el ámbito mercantil-procesal de las suspensiones de pagos, la Circular 1/1995 se plantea, entre otras cuestiones, el automatismo, o no, de la declaración judicial de suspensión de pagos, la forma de revocar la insolvencia definitiva recalificando la insolvencia de provisional, y viceversa. Sin embargo, sorprendentemente, no dedica ni una sola línea, ni una sola palabra, a la intervención del Ministerio Fiscal en esta etapa procedimental: ¿debemos entender que el Ministerio Fiscal puede, o debe, informar sobre la declaración de suspensión de pagos y la calificación de la insolvencia como definitiva o provisional?

d) Aprobación del convenio, oposición y rescisión.—En palabras de la Circular «la fase contractual que se inicia con la oferta que hace el deudor para el pago de los créditos, y que se mantiene durante el perfeccionamiento por la adhesión mayoritaria de los acreedores, constituye un espacio jurídico sin funciones para el Ministerio Fiscal». Y también excluye la intervención del Ministerio Fiscal del proceso de rescisión cuando el deudor faltare al cumplimiento del convenio, en atención a que la pretensión que contempla el artículo 17 Ley de Suspensión de Pagos no se dirige a lograr el cumplimiento del convenio.

Por el contrario, la Circular entiende que el Ministerio Fiscal debe participar necesariamente en el proceso de oposición a la aprobación judicial del convenio, tanto porque aún no se ha cumplido el convenio, como porque algunas de las causas de oposición afectan a la regularidad del procedimiento y a la eficacia del convenio, mientras que otras integran figuras delictivas.

B) *Nuestra postura*

Previo a la exposición de nuestra postura sobre la forma de intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de suspensión de pagos es la determinación de la función que realiza el Ministerio Fiscal en las suspensiones de pagos.

La función que cumple el Ministerio Fiscal en las suspensiones de pagos es, a nuestro juicio, la protección del interés social a través de la defensa de la legalidad, con el fin de evitar los fraudes que la actitud del deudor y su posible connivencia con algunos acreedores puede acarrear.

Veamos las posibles formas de intervención del Ministerio Fiscal en la suspensión de pagos.

a) El Ministerio Fiscal como parte.—El artículo 23 de la Ley de Suspensión de Pagos es, realmente, muy breve, pero en su brevedad atribuye al Ministerio Fiscal la cualidad de parte en los expedientes de suspensión de pagos, y estando perfectamente delimitados los derechos, posibilidades, cargas y obligaciones de las partes en un proceso, el precepto resulta suficiente para determinar el papel que debe desempeñar el Ministerio Fiscal en las suspensiones de pagos si concluimos que es parte. Ahora bien: ¿corresponde al Ministerio Fiscal la condición de parte en los procedimientos de suspensión de pagos?

Para contestar a la anterior pregunta es necesario tomar posición en el tema de la naturaleza jurídica del procedimiento de suspensión de pagos; esto es, si es un proceso o, por el contrario, debe incluirse entre los denominados actos de jurisdicción voluntaria. Porque si concluimos que el procedimiento de suspensión de pagos es un acto de jurisdicción voluntaria no tendremos más remedio que negar la condición de parte del Ministerio Fiscal, porque en los actos de jurisdicción voluntaria no hay partes.

Al empezar a analizar la naturaleza jurídica del expediente de suspensión de pagos, observamos que la terminología empleada en la Ley de Suspensión de Pagos es la propia de los actos de jurisdicción voluntaria, y así: no usa la Ley el término proceso de suspensión de pagos sino el de «expediente» (arts. 1, 5.I, 9.III y IV, 10.II, 13.II, 19.III, 21.I y 23); tampoco utiliza la expresión demanda sino la de «escrito en que lo solicite» —la declaración de suspensión de pagos— (art. 2.I), «solicitud de suspensión de pagos» (art. 2.1,5), «solicitud de suspensión» (art. 3), «solicitud» (arts. 2.I,5, 4.I y 14.I); no se refiere al demandante sino al «solicitante» (arts. 2.I,2, pár. segundo, 2.I,6, 2.II, 3 y 8.V); mientras que el artículo 17.I no emplea la expresión «partes» sino la de «interesados». Esto significa que el legislador pensaba que no estaba regulando un proceso sino un acto de jurisdicción voluntaria. Ahora bien, como la terminología legal no puede ser nunca determinante de la naturaleza jurídica debemos seguir adelante en la indagación.

En cuanto a las opiniones doctrinales, no existe coincidencia entre los autores sobre las notas que caracterizan la jurisdicción voluntaria frente a la contenciosa, sin duda por la heterogeneidad de los actos de jurisdicción voluntaria que bajo este epígrafe regula la LEC, algunos de los cuales, afirma la doctrina, deberían incluirse en el libro destinado a la jurisdicción contenciosa.

Consecuencia de lo anterior es que no hay coincidencia en la doctrina sobre la naturaleza jurídica del procedimiento de suspensión de pagos.

Para algunos autores el procedimiento de suspensión de pagos es un acto de jurisdicción voluntaria, es el caso de Alcalá Zamora (10), Prieto Castro (11), Herce Quemada (12), Serra (13) y Cortés Domínguez (14); mientras que otros autores, en cambio, mantienen que la Ley de 26 de julio de 1922 regula un proceso, entre ellos Guasp (15), Torres de Cruells (16) y Sagrera Tizón (17).

Pero prescindiendo de la terminología legal y de las distintas opiniones doctrinales, lo cierto es que si queremos llegar a una conclusión sobre la naturaleza jurídica del procedimiento de suspensión de pagos debemos partir de la nota o notas que distinguen los procesos de los actos de «jurisdicción voluntaria».

Partiendo de las disposiciones legales, es el artículo 1.811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, primero de los dedicados a la «jurisdicción voluntaria», el que pretende establecer la característica común a todos los actos de «jurisdicción voluntaria» al decir que: «Se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del juez sin estar empeñada o promovarse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas», concepto legal de «jurisdicción voluntaria» que ha sido matizado, en mayor o menor medida por la doctrina, aunque también hay autores que afirman rechazar la definición de «jurisdicción voluntaria» del artículo 1.811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(10) N. ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO: «Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria», en *R. D. Proc. Arg.*, 1949, pág. 325.

(11) L. PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ: *Derecho concursal. Procedimientos sucesorios. Jurisdicción voluntaria. Medidas cautelares*, 2 ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1986, pág. 91.

(12) V. HERCE QUEMADA: *Derecho Procesal civil* (con E. Gómez Orbaneja), vol. II, 8 ed., Madrid, 1979, pág. 197.

(13) M. SERRA DOMÍNGUEZ: «Naturaleza jurídica del expediente de suspensión de pagos», en *R. D. Proc. Ib. y Fil.*, 1979, págs. 138 a 147.

(14) V. CORTÉS DOMÍNGUEZ: *Procesos civiles especiales* (con V. Gimeno Sendra y V. Moreno Catena), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 325.

(15) J. GUASP: *Derecho Procesal civil*, t. II, 2 reimpresión de la tercera edición, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977, págs. 606 y 607.

(16) J. TORRES DE CRUELLS: *La suspensión de pagos*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1957, págs. 111 a 115, también J. TORRES DE CRUELLS y R. MAS Y CALVET: *La suspensión de pagos*, 2 ed., Bosch Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1995, pág. 226.

(17) J. M. SAGRERA TIZÓN: *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, I, 2 ed., Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1989, págs. 150 a 155.

No obstante, por encima de las diferencias existentes entre los autores en punto a la determinación de la nota o notas distintivas entre la «jurisdicción contenciosa» y la «jurisdicción voluntaria», podemos afirmar que para nosotros la «jurisdicción voluntaria» no es actividad jurisdiccional (18), y si la función jurisdiccional se realiza a través de un proceso en que el órgano jurisdiccional juzga sobre una pretensión que un sujeto plantea frente a otro, decidiendo con efectos de cosa juzgada, nos hallaremos ante un acto de «jurisdicción voluntaria» allí donde falten las notas que caracterizan el ejercicio por los jueces de la función jurisdiccional de juzgar que les atribuye la Constitución (art. 117.3).

El fin que se pretende mediante el procedimiento de suspensión de pagos, que es la obtención de un acuerdo entre el deudor y los acreedores, no depende de la decisión del juez, sino de que el convenio presentado por el deudor —en el que es posible que se introduzcan modificaciones por iniciativa de los acreedores— obtenga la adhesión de las mayorías, o de la mayoría, previstas en la Ley. *En consecuencia, el procedimiento de suspensión de pagos debe calificarse de acto de jurisdicción voluntaria y no de proceso* porque en él no se somete un litigio a la decisión judicial: el órgano judicial en el procedimiento de suspensión de pagos no juzga sobre una pretensión interpuesta por una persona frente a otra.

Consecuencia de lo anterior es que para nosotros la forma de intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de suspensión de pagos no puede ser la de parte. En contra Guasp (19) para quien el Ministerio Fiscal es parte en la suspensión de pagos y también Montero (20).

b) El Ministerio Fiscal como dictaminador.—Descartado que el Ministerio Fiscal sea parte en los procedimientos de suspensión de pagos, porque la Ley de Suspensión de Pagos no regula un proceso sino un acto de jurisdicción voluntaria, y en los denominados actos de jurisdicción voluntaria no puede hablarse de partes que demandaren o que deban ser demandadas: ¿cuál es el papel que cabe atribuir al Ministerio Fiscal? ¿Debemos concluir que en los expedientes de suspensión de pagos el Ministerio Fiscal cumple la función de dictaminador?

Al papel del Ministerio Fiscal como dictaminador en los actos de jurisdicción voluntaria se refiere el artículo 1.815 de la Ley de Enjuiciamiento Civil,

(18) No es esta, sin embargo, una opinión unánime en la doctrina, y así F. Ramos Méndez se muestra partidario del carácter jurisdiccional de los actos de jurisdicción voluntaria, *Derecho Procesal civil*, t. II, J. M. Bosch Editor S. A., Barcelona, 1992, págs. 1289 y ss.

(19) J. GUASP DELGADO: *Derecho Procesal civil*, t. I, 2 reimpresión de la tercera ed., Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977, pág. 164.

(20) J. MONTERO AROCA: *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil* (con M. Ortells Ramos, J. L. Gómez Colomar y A. Montón Redondo), J. M. Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1995, pág. 82.

que, incluido dentro de las disposiciones generales, dice así: «Se oirá precisamente al Ministerio Fiscal cuando la solicitud promovida afecte a los intereses públicos; y cuando se refiera a persona o cosa cuya protección o defensa competan a la Autoridad», para añadir en su segundo párrafo que: «El Ministerio Fiscal emitirá por escrito su dictamen, a cuyo efecto se le entregará el expediente».

Pero el artículo 1.815 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla la emisión por el Ministerio Fiscal de un dictamen escrito antes de la resolución por el juez de determinadas solicitudes, y al compararlo con el artículo 23 de la Ley de Suspensión de Pagos se observa que éste no supone un traslado al procedimiento de suspensión de pagos de la regla general del artículo 1.815 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque el artículo 23 de la Ley de Suspensión de Pagos establece, no una única intervención del Ministerio Fiscal en el expediente de suspensión de pagos, sino una intervención continuada del Ministerio Fiscal a lo largo de todo el procedimiento.

La cuestión de si el Ministerio Fiscal interviene como dictaminador en el procedimiento de suspensión de pagos debe ser resuelta, a nuestro juicio, en sentido negativo por las siguientes razones:

a) Se admite sin discusión que el Ministerio Fiscal puede realizar una función dictaminadora en el orden civil, sin embargo el artículo 23 de la Ley de Suspensión de Pagos no dice que el Ministerio Fiscal será oído, se le dará audiencia, informará o dictaminará, sino que dispone que «será parte el Ministerio Fiscal»; aunque también es sabida la imprecisión técnica de que suele hacer gala el legislador.

b) Si el Ministerio Fiscal desempeñara el papel de dictaminador en los expedientes de suspensión de pagos, el legislador habría olvidado regular cómo debería realizar el Ministerio Fiscal su dictamen, si oralmente o por escrito, el plazo en el que tal dictamen debería emitirse, y en qué momentos debería presentar su informe, cuestiones estas sobre las que ni se pronuncia la Ley de Suspensión de Pagos ni están resueltas con carácter general.

c) El procedimiento de suspensión de pagos se previó como un procedimiento rápido, y esa rapidez parece incompatible con la obligación del Ministerio Fiscal de dictaminar con carácter previo a la adopción por el Juez de todas y cada una de las resoluciones del procedimiento.

d) La función dictaminadora del Ministerio Fiscal a lo largo del expediente de suspensión de pagos hubiera dado lugar a la modificación del procedimiento para permitir que el Ministerio Fiscal fuera oído, por ejemplo: antes de que el juez dictara providencia teniendo por solicitada la declaración de suspensión de pagos, o auto no teniendo por solicitada la declaración de suspensión de pagos; previamente a la resolución por el juez de la impugnación contra el nombramiento de los interventores, o para resolver el juez las reclamaciones formuladas contra la lista provisional de acreedores.

En efecto, el artículo 4.I de la Ley de Suspensión de Pagos dispone que la providencia teniendo por solicitada la declaración de suspensión de pagos, o eventualmente el auto no teniendo por solicitada tal declaración, se «dictará necesariamente el mismo día de la presentación del escrito, y si no fuere posible en el siguiente». Esto significa que el Ministerio Fiscal no puede intervenir en este momento inicial del procedimiento de suspensión de pagos como dictaminador, porque el dictamen supone un informe jurídico previo a la adopción por el órgano judicial de una resolución, y el juez debe decidir sobre la admisión de la solicitud «necesariamente el mismo día de la presentación del escrito, y si no fuere posible en el siguiente».

Por otro lado, el artículo 4.II de la Ley de Suspensión de Pagos dice que: «En la misma providencia (teniendo por solicitada la declaración de suspensión de pagos) ordenará el Juzgado que queden intervenidas todas las operaciones del deudor. A tal efecto designará tres intervenentes...», y el mismo precepto, en su párrafo quinto, añade que: «si el deudor o alguno de sus acreedores, cuando éstos fueran conocidos, impugnase el nombramiento de los intervenentes, el juez, previo examen de la justificación que se presente, resolverá de plano, sin ulteriores recursos, y si estimase la impugnación, designará en el mismo proveído el interventor que deba sustituir al separado, utilizando para ello el mismo procedimiento». Lo anterior significa que impugnando el nombramiento de los intervenentes el juez debe resolver inmediatamente, sin conceder audiencia, así debe entenderse la expresión «de plano» que empleó el legislador, y si ello es así el juez antes de resolver la impugnación tampoco puede pedir dictamen al Ministerio Fiscal.

Finalmente, la resolución por el juez de las reclamaciones presentadas contra la lista provisional de acreedores debe realizarse, asimismo, en un plazo breve (art. 12 LSP), lo que dificulta que el Ministerio Fiscal pueda informar.

En la doctrina Fairén, con base en el articulado de la Ley, afirma que en el procedimiento de suspensión de pagos el Ministerio Fiscal «se limitará a emitir dictámenes en los casos en que el juez lo solicite» (21), también para Prieto Castro el Ministerio Fiscal «es órgano informante en todo el curso de procedimiento...» (22), y en la misma línea Serra entiende que «la intervención del Ministerio Fiscal se justifica por tratarse de un expediente de jurisdicción voluntaria, siendo aplicable por tanto el artículo 1.815 de la Ley de Enjuiciamiento Civil del que el artículo 23 de la Ley de Suspensión de Pagos es una manifestación concreta....como pone de relieve la Circular de la Fiscalía del

(21) V. FAIRÉN GUILLÉN: *El papel del Ministerio Fiscal español en el proceso civil*, cit., pág. 670.

(22) L. PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ: *Derecho concursal. Procedimientos sucesorios. Jurisdicción voluntaria. Medidas cautelares*, cit., pág. 85.

Tribunal Supremo, de 16 de noviembre de 1922, la intervención del Ministerio Fiscal debe limitarse a velar por la pureza del procedimiento» (23).

c) El Ministerio Fiscal como «parte interesada».—Descartado que el Ministerio Fiscal actúe como parte en los procedimientos de suspensión de pagos, y negado tambien que su papel sea el de dictaminador, podríamos pensar que nos encontramos en un callejón sin salida en punto a fijar la forma de intervención del Ministerio Fiscal en la suspensión de pagos. Sin embargo, la reflexión sobre el tenor del artículo 23 de la Ley de Suspensión de Pagos nos permite solucionar el problema.

El procedimiento de suspensión de pagos que regula la Ley de 26 de julio de 1922 es, como ya vimos, un acto de jurisdicción voluntaria. Incluso la terminología de la Ley de Suspensión de Pagos es la propia de los actos de jurisdicción voluntaria; recordemos, por ejemplo, que en ella no figura la expresión «demandante» sino la de «solicitante» (arts. 2.I, 2.º, pár. segundo, 2.II, 3 y 8.V), y que el artículo 17.I no emplea la expresión «partes», sino la de «interesados».

En este contexto, llama la atención que el artículo 23 de la Ley de Suspensión de Pagos emplee la expresión «parte» y diga que en los expedientes de suspensión de pagos «será parte el Ministerio Fiscal». La razón de la distinta terminología utilizada en este precepto puede hallarse en que el artículo 23 de la Ley de Suspensión de Pagos, cuyo contenido no figuraba en el proyecto de ley regulando la suspensión de pagos de los comerciantes y de las compañías mercantiles que el Gobierno remitió a las Cortes, aparece, con el actual contenido y con idéntica numeración, en el segundo dictamen de la Comisión Permanente de Gracia y Justicia (24), mientras que casi todos los preceptos en los que se emplean expresiones propias de la jurisdicción voluntaria ya están el proyecto remitido a las Cortes (25).

A nuestro juicio, el artículo 23 de la Ley de Suspensión de Pagos emplea el término «parte» incorrectamente queriendo significar interesado; por tanto,

(23) M. SERRA DOMÍNGUEZ: *Naturaleza jurídica del expediente de suspensión de pagos*, cit., págs. 132 y 133.

(24) Apéndice 12 al *Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados*, sesión celebrada el 12 de mayo de 1922.

No obstante, ya en el artículo 21 del primer Dictamen de la Comisión Permanente de Gracia y Justicia se hace referencia, por primera vez, a la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de suspensión de pagos, en los siguientes términos: «Desde el momento de iniciarse el expediente de suspensión de pagos hasta el cumplimiento total del convenio será parte en el mismo el Ministerio Fiscal, el cual intervendrá necesariamente en todas las diligencias que se practiquen», apéndice 6 al *Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados*, sesión celebrada el 7 de abril de 1922.

(25) Apéndice 3 al *Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados*, sesión celebrada el 21 de marzo de 1922.

la intervención del Ministerio Fiscal a lo largo del procedimiento de suspensión de pagos será la siguiente:

a) El órgano judicial ante el que se presenta la solicitud de declaración de suspensión de pagos dará traslado al Ministerio Fiscal, también a los acreedores, de la providencia teniendo por solicitada la declaración de suspensión de pagos y nombrando los interventores (26). A partir de ese momento el órgano judicial debe dar traslado al Ministerio Fiscal de todos los escritos que se presenten, de todas las actuaciones que se practiquen y de todas las resoluciones que en el mismo recaigan.

La providencia teniendo por solicitada la declaración de suspensión de pagos debe ser, por tanto, la primera noticia para el Ministerio Fiscal de la existencia del procedimiento de suspensión de pagos. *Nos apartamos así del criterio que mantiene la Circular 1/1995 para la que el juez de primera instancia ante el que se presenta la solicitud de declaración de suspensión de pagos debe dar traslado al Ministerio Fiscal del escrito inicial del procedimiento*, y ello por las siguientes razones.

Primera. El artículo 23 de la Ley de Suspensión de Pagos dice que el Ministerio Fiscal será parte «desde el momento de iniciarse el expediente». Recordemos que el momento en que se entiende iniciado un proceso viene determinado por la litispendencia, y ésta se produce con la presentación de una demanda que sea admitida, conclusión que podríamos trasladar aquí, aun siendo la suspensión de pagos un acto de jurisdicción voluntaria.

Segunda. El artículo 4.I de la Ley de Suspensión de Pagos dispone que el juez a quien corresponda el conocimiento del expediente dictará resolución teniendo, o no teniendo, por solicitada la declaración de suspensión de pagos «necesariamente el mismo día de la presentación del escrito, y si no fuere posible, en el siguiente», lo que impide, o al menos dificulta, que el Ministerio Fiscal pueda informar sobre la admisión o no de la solicitud de declaración de suspensión de pagos.

Tercera. Hemos dicho que la intervención del Ministerio Fiscal en la suspensión de pagos debe ser idéntica a la de los interesados en el procedimiento, y a los acreedores no se les da traslado del escrito de solicitud de declaración de suspensión de pagos inmediatamente después de su presentación.

Cuarta. El artículo 260 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la notificación de las resoluciones judiciales, sean autos, providencias o sentencias, y el artículo 271 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la forma de hacer las citaciones y los emplazamientos a quienes sean o deban ser parte en el juicio.

(26) El órgano judicial también deberá dar traslado al Ministerio Fiscal del auto en el que tenga por no solicitada la declaración de suspensión de pagos.

b) Recursos contra la providencia de admisión de la declaración de suspensión de pagos e impugnación del nombramiento de interventores. Admitida la posibilidad de recurrir contra la providencia teniendo por solicitada la declaración de suspensión de pagos, el Ministerio Fiscal, al igual que los acreedores que entiendan que el juez debió dictar auto no teniendo por solicitada tal declaración legal, podrán recurrir contra la misma.

Por otra parte, la declaración del artículo 23 de la Ley de Suspensión de Pagos permite que el Ministerio Fiscal pueda impugnar el nombramiento de los interventores que el artículo 4.V de la Ley de Suspensión de Pagos limita al deudor y a los acreedores.

c) Declaración de suspensión de pagos y calificación de la insolvencia del suspenso como provisional o definitiva. El *artículo 8.III de la Ley de Suspensión de Pagos* prevé que una vez presentado el dictamen por los interventores y antes de dictar el juez auto declarando o no la suspensión de pagos y, en su caso, calificando la insolvencia del suspenso como provisional o definitiva, «se dará vista al suspenso por el término improrrogable de tres días». En cambio, el artículo 8 de la Ley de Suspensión de Pagos no da intervención a los acreedores en la declaración de suspensión de pagos y en la calificación de la insolvencia del suspenso como provisional o definitiva, pues ni les permite intervenir con carácter previo a la decisión, ni permite recurrir el auto que declare la suspensión de pagos y califique la insolvencia.

En este contexto hay que tener en cuenta dos cosas. Primera, la intervención del Ministerio Fiscal resulta imprescindible en ese momento fundamental del procedimiento en que el juez debe decidir sobre la declaración de suspensión de pagos y, en su caso, calificar la insolvencia del suspenso como provisional o definitiva. Segunda, la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento de suspensión de pagos debe asimilarse a la de los interesados, y éstos son tanto los acreedores como el suspenso.

En conclusión, estimamos que se le debe conceder al Ministerio Fiscal en este momento del procedimiento la misma intervención que al suspenso, es decir, una vez presentado el dictamen por los interventores y antes de decidir el juez sobre la declaración de suspensión de pagos y, en su caso, calificar la insolvencia del suspenso como provisional o definitiva, se le debe dar vista del dictamen de los interventores por el término improrrogable de tres días, para que alegue lo que estime oportuno.

d) Impugnación de la «lista provisional de acreedores». El artículo 11 de la Ley de Suspensión de Pagos permite que hasta los quince días antes del señalado para la Junta: cualquiera de los acreedores del suspenso pueda impugnar los créditos incluidos por el deudor en su relación, pidiendo que el crédito sea

totalmente rechazado o reducido a la suma que se estime exacta, así como pedir la inclusión o exclusión de créditos en la relación de los que tienen derecho de abstención y los que menciona el artículo 22; los interventores deberán también formular impugnación si descubriesen antecedentes que les hagan sospechar de la legitimidad del crédito o de la exactitud de su cuantía, y, por último, el acreedor omitido en la relación del deudor o que figurase en ella con cantidad menor de la que se estimare justa puede pedir su inclusión en la lista o el aumento de su crédito.

La cuestión que se plantea ahora es si el Ministerio Fiscal puede impugnar la «lista provisional de acreedores» y en qué medida, y la solución pasa por recordar que la función que cumple el Ministerio Fiscal en los procedimientos de suspensión de pagos es la protección del interés social, a través de la defensa de la legalidad, con el fin de evitar posibles fraudes.

Como los fraudes pueden cometerse por el suspenso en connivencia con alguno o algunos acreedores, reconociéndoles créditos inexistentes, o en cuantía mayor a la debida, o atribuyéndoles unos privilegios inexistentes, *debemos reconocer al Ministerio Fiscal la posibilidad de impugnar los créditos* incluidos por el deudor en su relación pidiendo que el crédito sea totalmente rechazado o reducido a la suma que estime exacta, así como la inclusión o exclusión de determinados créditos de la relación de los que tienen derecho de abstención y los que menciona el artículo 22.

Por el contrario, en atención a la libre disposición que el Código Civil reconoce a los acreedores sobre sus derechos de crédito, el Ministerio Fiscal, en su función de defensor del interés social, *no podrá pedir la inclusión en la lista del acreedor omitido*, o el aumento del crédito del que figure en ella con cantidad menor de la que se estimare justa.

Hemos llegado, también por este camino, a una conclusión acorde con nuestra posición de considerar al Ministerio Fiscal como interesado en el procedimiento de suspensión de pagos.

Por último, sólo hacer mención al artículo 12.II de la Ley de Suspensión de Pagos que dispone que: «El juez resolverá sobre cada reclamación sin ulterior recurso; pero reservará al acreedor y a la representación de la masa el ejercicio de su derecho para el juicio ordinario correspondiente». En este caso el tenor del artículo 23 de la Ley de Suspensión de Pagos no permite al Ministerio Fiscal acudir al «juicio ordinario correspondiente»; si el Ministerio Fiscal iniciase tal proceso estaría defendiendo derechos subjetivos privados y esto es algo para lo que no está autorizado por sus normas reguladoras (27).

(27) Recordemos ahora que el artículo 3.6 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal sólo le atribuye la representación y defensa en juicio de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación no puedan actuar por sí mismos.

e) Junta de acreedores y trámite escrito de votación del convenio. Los artículos 13 y 14 de la Ley de Suspensión de Pagos mencionan, como intervenientes en la Junta de acreedores, al juez, el secretario judicial, el suspenso, los acreedores y los interventores.

El juez preside la Junta asistido por el Secretario, los interventores deben estar presentes en la Junta y pueden intervenir en ella dados sus conocimientos técnicos —dos de ellos son auditores de cuentas— y el estudio que han realizado sobre la concreta suspensión de pagos, mientras que la presencia de los acreedores y el suspenso se justifica porque la finalidad de la celebración de la Junta de acreedores es la discusión, posible modificación, y votación del convenio propuesto, que se entenderá aprobado por los acreedores si se reúnen las mayorías, o la mayoría, que establece el artículo 14 de la Ley de Suspensión de Pagos.

En este contexto debemos admitir la intervención del Ministerio Fiscal en la Junta de acreedores donde podrá realizar las protestas correspondientes sobre las listas de acreedores aprobadas definitivamente por el juez (art. 13.III LSP) y vigilar que el procedimiento se desarrolle según las formalidades legales.

Cuando el número de acreedores excede de doscientos la Ley permite que la Junta de acreedores se sustituya por un trámite escrito de votación del convenio que regulan los artículos 18 y 19 de la Ley de Suspensión de Pagos, y que supone la concesión de un plazo al suspenso para que presente en el Juzgado la proposición de convenio con la adhesión de los acreedores obtenida de forma auténtica (art. 18.III).

Los artículos 18 y 19 no prevén la intervención del Ministerio Fiscal en el trámite escrito de votación del convenio, en cambio si mencionan la audiencia a los interventores

El artículo 18.II de la Ley de Suspensión de Pagos dispone que tras la solicitud por el suspenso, o por alguno de los acreedores, de que la celebración de la Junta de acreedores se sustituya por el trámite escrito de votación del convenio, el juez solicitará a los interventores la realización de un informe sobre esta cuestión; mientras que el artículo 19.II obliga al juez a recabar el informe de los interventores cuando las adhesiones de los acreedores introdujeran modificaciones en el convenio propuesto por el suspenso.

El contenido de los artículos 18.II y 19.II de la Ley de Suspensión de Pagos procede del proyecto de Ley regulando la suspensión de pagos de los comerciantes y compañías mercantiles que el Gobierno remitió a las Cortes (28), y recordemos que el proyecto sólo contemplaba la intervención del Ministerio Fiscal en la pieza separada de calificación. Ésta puede ser la razón por la que el

(28) Apéndice 3 al *Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados*, sesión celebrada el 21 de marzo de 1922.

artículo 18.II prevé que los interventores informen sobre la procedencia de la sustitución de la Junta de acreedores por el trámite escrito de votación del convenio, cuando esta función correspondería realizarla al Ministerio Fiscal en cuanto defensor de la legalidad del procedimiento.

f) Una vez aprobado judicialmente el convenio y hasta su cumplimiento total. Prescindiendo de la posible iniciación de un proceso de oposición a la aprobación judicial del convenio, es lo cierto que entre la aprobación judicial del convenio y su cumplimiento transcurrirá un periodo de tiempo, más o menos largo, en el que por imperativo del artículo 23 de la Ley de Suspensión de Pagos también interviene el Ministerio Fiscal, por lo que debemos preguntarnos la forma de intervención del Ministerio Fiscal en esta fase del procedimiento de suspensión de pagos.

A la última fase del procedimiento de suspensión de pagos que comienza con la aprobación judicial del convenio votado favorablemente por los acreedores sólo se refiere la Ley de Suspensión de Pagos en su artículo 17.I y IV.

El artículo 17.I dispone que: «... el juez dictará auto aprobando el convenio y mandando a los interesados estar y pasar por él, adoptando al efecto las providencias que correspondan y librando los correspondientes mandamientos a los registradores Mercantiles y de la Propiedad», mientras que el artículo 17.IV señala que: «Si el deudor faltare al cumplimiento del convenio, cualquiera de sus acreedores podrá pedir la rescisión del mismo y la declaración de la quiebra ante el juez que hubiere conocido de la suspensión».

Durante la última fase del procedimiento de suspensión de pagos la intervención del Ministerio Fiscal será la de vigilancia del cumplimiento del convenio judicialmente aprobado, poniendo en conocimiento del órgano judicial las infracciones que observe para que adopte las medidas que estime oportunas.

En cuanto a nuestra postura sobre la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de oposición a la aprobación judicial del convenio y en el proceso que cualquier acreedor puede iniciar para pedir la rescisión del convenio si el deudor faltare al cumplimiento del mismo nos remitimos al epígrafe siguiente.

III. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LA PIEZA SEPARADA DE CALIFICACIÓN

1. POSTURA DE LA CIRCULAR 1/1995

Para la Circular el Ministerio Fiscal se halla legitimado por la Ley para intervenir en la pieza separada de calificación de la suspensión de pagos cuya apertura es decisión exclusiva del Juez.

El objeto de la pieza de calificación de la suspensión de pagos no es, afirma la Circular, la exigencia de responsabilidad criminal del suspenso, ya que las suspensiones de pagos culpables o fraudulentas son atípicas, porque tal conducta no está en el Código Penal ni lo ha estado nunca, y su consideración como delito sería contraria a la prohibición de la analogía *in malam partem* (art. 4.2 del CC) e infringiría los principios de legalidad y de tipicidad (arts. 9.3 y 25.I de la Constitución y 1 y 23 del CP).

En cuanto a las responsabilidades objeto de la pieza de calificación «lo cierto —dice la Circular— es que, como norma, las responsabilidades civiles atribuibles al suspenso se han liquidado en el proceso principal con la aprobación y ejecución del convenio... Ante esta situación caben dos opciones para llenar de contenido la pieza de situación: acción civil de responsabilidad contra el suspenso o los administradores y acción civil para la ejecución forzosa del convenio».

Con referencia al futuro, la Circular se basa en el artículo 257 del proyecto de Código Penal de 1994 para afirmar lo siguiente:

Primero. Que el nuevo Código Penal describirá, junto a la quiebra y el concurso, el tipo de injusto de suspensiones de pagos con consecuencias jurídico-penales.

Segundo. Que «por diversas razones es necesario concluir que la calificación civil de la suspensión de pagos» deberá preceder a la apertura del proceso penal.

Esas «diversas razones» son, a juicio de la Circular, «Una, porque al decir el precepto (art. 257,4) que “la calificación de la insolvencia en el proceso civil no vincula a la jurisdicción penal”, se parte de que tal calificación ha de existir. A lo que debe añadirse que si sólo es punible la insolvencia causada dolosamente (art. 257,1), para conocer ese carácter, aunque no vincule, ha de mediar la calificación de la insolvencia definitiva. Todo ello se confirma con la dicción de que el delito se persigue “sin esperar a la conclusión del proceso civil” (art. 257,3), siendo así suficiente que haya llegado el momento de la calificación, sin perjuicio de continuar los trámites del declarativo de mayor cuantía (art. 20 LSP), hasta que adquieran la sentencia y la calificación la cuádrilla de firmes».

Tercero. Que el resultado típico en el delito de suspensión de pagos es la insolvencia definitiva causada a título de dolo.

2. NUESTRA POSTURA

El artículo 23 de la Ley de Suspensión de Pagos contempla la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento de suspensión de pagos en cuanto acto de jurisdicción voluntaria.

No obstante, la lectura de la Ley de Suspensión de Pagos muestra que, a lo largo del procedimiento de suspensión de pagos, pueden tener lugar otras actuaciones judiciales cuya naturaleza jurídica ya no es la de un acto de jurisdicción voluntaria. En primer lugar, es posible plantear oposiciones contra determinadas resoluciones judiciales, que darán origen a procesos en los que el órgano judicial que conoce del procedimiento de suspensión de pagos realiza una actividad jurisdiccional, es el caso de la impugnación del auto a que se refiere el artículo 8.VII de la Ley de Suspensión de Pagos, y para el que la Ley de Suspensión de Pagos se remite al «modo y tiempo fijados en los artículos 16 y 17 de esta Ley», y también de las tercerías de dominio que, en base al artículo 22 de la Ley de Suspensión de Pagos, pueden plantear los «acreedores de dominio» y que se tramitarán en pieza separada. En segundo lugar, también pueden surgir auténticos procesos, que se tramitarán en pieza separada del procedimiento de suspensión de pagos, como consecuencia de la declaración de la insolvencia del suspenso como definitiva seguida de su confirmación, se trata de las piezas de calificación (art. 20 LSP) y de retroacción (art. 21 LSP). Por último, también es un proceso aquel que cualquiera de los acreedores puede iniciar en el caso de que el deudor faltare al cumplimiento del convenio (art. 17.IV LSP).

La intervención del Ministerio Fiscal en los distintos procesos que pueden surgir a lo largo del procedimiento de suspensión de pagos únicamente está prevista en el artículo 20.II de la Ley de Suspensión de Pagos, que regula la pieza separada de calificación, también llamada de responsabilidad, lo que constituye otro argumento a favor de negar la intervención del Ministerio Fiscal en los restantes procesos a que nos acabamos de referir.

En la pieza separada de calificación el órgano judicial realiza una función jurisdiccional a través de un proceso que se tramita según las normas del proceso declarativo ordinario de mayor cuantía, y la forma de intervención del Ministerio Fiscal en la misma es la de parte, pues así lo dispone el artículo 20.II de la Ley de Suspensión de Pagos: «Serán parte de la misma, de un lado, el Ministerio Fiscal, los intervenentes que se juzguen en el caso de formular acusación y los acreedores...» (29).

Resuelta la cuestión de la forma de intervención del Ministerio Fiscal en la pieza separada de calificación de la suspensión de pagos, el problema surge cuando tratamos de determinar la función que en ella cumple el Ministerio Fiscal; dicho con otras palabras, el porqué de su intervención.

La respuesta a la anterior cuestión exige determinar con carácter previo la finalidad de la pieza separada de calificación en la suspensión de pagos.

(29) Admiten que el Ministerio Fiscal interviene como parte en la pieza de calificación de la suspensión de pagos V. FAIRÉN GUILLÉN: *El papel del Ministerio Fiscal español en el proceso civil*, cit., pág. 670, y M. SERRA DOMÍNGUEZ: *El Ministerio Fiscal*, cit., pág. 665.

La pieza de calificación de la suspensión de pagos se inicia para que el Juez de Primera Instancia que está conociendo del expediente de suspensión de pagos determine si la insolvencia del suspenso —persona física o jurídica— merece calificarse de culpable o fraudulenta, o, por el contrario, se ha producido por causas fortuitas. Ahora bien, ante el silencio de la Ley de Suspensión de Pagos, debemos preguntarnos cual será la consecuencia, o las consecuencias, de que el órgano judicial califique la causa, o las causas, por las que se produjo la insolvencia del suspenso de fortuitas, culpables o fraudulentas: ¿serán las mismas que en la quiebra?

El artículo 20.II de la Ley de Suspensión de Pagos declara aplicable a la pieza separada de calificación «lo que respecta a la quiebra establecen los artículos 886 y 894, inclusive (30), del Código de Comercio». Y lo que justifica la necesidad de la apertura de la pieza separada de calificación de la quiebra es: primero, que, a tenor de los artículos 895 y 896 del Código de Comercio, la declaración por el juez de Primera Instancia de que la insolvencia del quebrado es culpable o fraudulenta constituye una condición de procedibilidad respecto de los procesos penales en que se persigan los delitos de quiebra culpable o fraudulenta; segundo, que la declaración de la insolvencia del comerciante como fraudulenta produce los siguientes efectos civiles: los comerciantes quebrados —no las sociedades mercantiles— que sean declarados en insolvencia fraudulenta no podrán celebrar convenios con sus acreedores (arts. 898.II y 929 CCom); los quebrados fraudulentos no podrán ser rehabilitados (art. 920 CCom) y, por último, desde la declaración de quiebra fraudulenta cesarán las asignaciones alimenticias hechas al quebrado (art. 1.099 CCom 1829).

Veamos si las razones que justifican la existencia de la pieza separada de calificación en la quiebra se dan también en la suspensión de pagos.

La lectura de la Ley de Suspensión de Pagos pone de manifiesto lo siguiente:

A) Que los suspensos cuya insolvencia sea calificada de *fraudulenta* sí pueden llegar a acuerdos con sus acreedores, como lo evidencia, además de la inexistencia en la Ley de Suspensión de Pagos de un precepto equivalente al artículo 898.II Código de Comercio, el hecho de que la calificación de la insolvencia del suspenso no deba preceder a la celebración de la Junta de acreedores.

(30) La remisión que el artículo 20.II de la Ley de Suspensión de Pagos efectúa a los artículos 886 «y» 894 del Código de Comercio debe entenderse hecha a los artículos 886 a 894 del Código de Comercio, tanto porque no tendría sentido que la remisión se limitara a la enumeración de las clases de quiebras y a las condenas a imponer a los cómplices del quebrado que incurrió en insolvencia fraudulenta, como porque en caso contrario carecería de sentido la expresión «ambos inclusive» que se acompaña a la cita de los artículos 886 «y» 894 del Código de Comercio. Ésta es una cuestión pacífica en la doctrina y la jurisprudencia.

res que tiene por finalidad decidir sobre la aprobación del convenio propuesto por el suspenso (art. 10.I LSP) (31).

B) La tramitación del procedimiento de suspensión de pagos no produce la inhabilitación del suspenso para la administración de sus bienes —a diferencia de la declaración de quiebra (art. 878.I CCom)—, ya que el artículo 6.I de la Ley de Suspensión de Pagos tan sólo prevé que: «hasta que la propuesta de convenio obtenga la aprobación de los acreedores en cualquiera de las formas señaladas en los artículos 14 y 18 de esta Ley, el comerciante suspenso conservará la administración de sus bienes y la gerencia de sus negocios con las limitaciones que en cada caso fije el Juzgado, previo informe especial que sobre este punto emitirán los interventores, pudiendo tomar las medidas precautorias y de seguridad convenientes y llegar hasta la suspensión y sustitución del comerciante, gerente o Consejo de Administración...», y el artículo 8.VI, *in fine*, de la Ley de Suspensión de Pagos añade que calificada la insolvencia del suspenso como definitiva, y mantenida esta declaración, el juez: «En todo caso fijará los límites de la actuación gestora del suspenso mientras permanezca en este estado». Consecuencia de todo ello es que *en la suspensión de pagos carece de sentido el instituto de la rehabilitación*.

C) En cuanto a si el suspenso cuya insolvencia sea declarada fraudulenta dejará de percibir los auxilios alimenticios que se le hayan asignado, debe advertirse que dado que el artículo 6.I de la Ley de Suspensión de Pagos proclama que el comerciante suspenso conservará la administración de sus bienes y la gerencia de sus negocios, *sólo en casos excepcionales procederá la concesión de alimentos al suspenso*.

A la vista de los preceptos que acabamos de citar *hay que concluir que la declaración de la insolvencia del suspenso como fraudulenta no produce efectos civiles sobre el suspenso, y que la única justificación posible de la existencia de la pieza de calificación en la suspensión de pagos es que la declaración de la insolvencia del suspenso como culpable o fraudulenta constituya una condición de procedibilidad en los procesos penales en que se persiga al suspenso por los delitos de insolvencia fraudulenta o culpable*.

La cuestión de si la declaración de la insolvencia del suspenso como culpable o fraudulenta hecha en la pieza separada de calificación constituye un requisito de procedibilidad penal resulta, bajo la vigencia del Código Penal de 1944, dudosa por dos razones. Primera, porque el artículo 20.II de la Ley de Suspensión de Pagos se remite a los artículos 886 a 894 del Código de Comercio pero no al artículo 896 del mismo cuerpo legal, que es el que establece que la calificación de la insolvencia del quebrado como fraudulenta o culpable constituye un requisito de procedibilidad para la persecución penal

(31) Cfr. artículo 898.I del Código de Comercio.

de los delitos de quiebra fraudulenta o culpable. *Segunda, el Código Penal de 1944*, al igual que sus antecesores, tan sólo refiere, en sus artículos 520 y 521, la insolvencia fraudulenta y culpable al quebrado, *omitiendo toda alusión al suspenso* como posible autor de los mismos delitos.

El Tribunal Supremo tampoco adoptó una postura uniforme ante el problema de si la calificación de la insolvencia del suspenso como fraudulenta o culpable constituía, o no, un requisito de procedibilidad penal. Mientras las sentencias de 23 de abril de 1931 (RA 2027), 27 de marzo de 1987 (RA 1837), 30 de septiembre de 1987 (RA 6458) y 8 de abril de 1990 (RA 2706), dictadas por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, reconocieron el carácter obligatorio de la formación de la pieza separada de calificación en los expedientes de suspensión de pagos, y que la declaración de la insolvencia fraudulenta o culpable del suspenso constituía un requisito de procedibilidad del proceso penal, en cambio, la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1957 (RA 260), entendió que no podía seguirse un proceso penal por los delitos que contemplaba el Código Penal en sus artículos 520 y 521, contra el suspenso cuya insolvencia fuera calificada por los órganos judiciales del orden civil como fraudulenta o culpable, porque el Código Penal no mencionaba al suspenso como posible autor de tales delitos.

No obstante todo lo anterior, la lectura de los debates parlamentarios sobre el proyecto de Ley de Suspensión de Pagos pone de manifiesto que quienes elaboraron la Ley consideraban que la pieza de calificación de la suspensión de pagos tenía carácter preceptivo, como así se deduce también de los artículos 8.VI y 20.I de la Ley de Suspensión de Pagos, y ese carácter preceptivo estaba justificado por constituir la calificación judicial de la insolvencia del suspenso como fraudulenta o culpable un requisito de procedibilidad del proceso penal. Además, de no ser así, si la declaración como culpable o fraudulenta de la insolvencia del suspenso no constituyera un requisito de procedibilidad penal, la formación de la pieza separada de calificación en la suspensión de pagos sería innecesaria (32).

Es desde esta consideración del carácter preceptivo de la formación de la pieza separada de calificación en la suspensión de pagos, por constituir la declaración de la insolvencia del suspenso como fraudulenta o culpable una condición de procedibilidad penal, como debe enfocarse la función que el Ministerio Fiscal desempeña en la pieza de calificación.

La función del Ministerio Fiscal en la pieza separada de calificación de la suspensión de pagos es la defensa de la legalidad dado que por razón de la

(32) *Vid.* sobre esta cuestión M. SERRA DOMÍNGUEZ: *Legislación y experiencia jurídica: el proceso de responsabilidad civil de la Ley de Suspensión de Pagos*. Estudios en homenaje al profesor Lopez Rodó, vol. III, Madrid, 1972 págs. 463 y ss.

finalidad que mediante la misma se persigue el proceso de calificación o responsabilidad debe considerarse incluido entre los procesos civiles no dispositivos.

Sin embargo, cuando entre en vigor la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la discutida cuestión de si la calificación de la insolvencia del suspenso como fraudulenta o culpable constituye un requisito de procedibilidad penal se ha de resolver, a la vista del artículo 260, en sentido negativo.

El artículo 260 —incluido dentro del capítulo VII «de las insolvencias punibles», del título XIII «delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», del libro II «delitos y sus penas»—, tipifica las quiebras, concursos de acreedores y suspensiones de pagos punibles en su punto 1 al disponer que: «El que fuere declarado en quiebra, concurso o suspensión de pagos será castigado con las penas de prisión de dos a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre», y en el punto 3 añade que: «Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa».

Bajo la vigencia del Código Penal de 1944 resulta indudable que presupuesto de la apertura de un proceso penal por quiebra punible es que haya recaído resolución firme calificando la quiebra como culpable por concurrir alguna de las conductas enumeradas en el artículo 888 del Código de Comercio, o fraudulenta, y el juzgador declare que existen méritos para proceder criminalmente (art. 896 CCom), pero no la conclusión del procedimiento de quiebra.

Cuando el artículo 260 dispone que las quiebras, concursos de acreedores y suspensiones de pagos punibles «podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil», se puede estar refiriendo bien a la pieza de calificación (33), bien al procedimiento de quiebra, concurso o suspensión de pagos. En cualquier caso el artículo 260 no pone más límites a la iniciación del proceso penal que la previa declaración de quiebra, concurso o suspensión de pagos.

(33) Opinión que podría encontrar apoyo en el artículo 260.4 que dice: «En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal», aunque tampoco es seguro que con la expresión «proceso civil» el legislador haya querido aludir aquí a la pieza de calificación de la insolvencia.

A lo anterior se puede añadir que *una vez en vigor el artículo 260 las quiebras punibles dejan de tipificarse por remisión a las conductas que los artículos 888, 891 y 892 del Código de Comercio reputan causantes de insolvencia fraudulenta y culpable, además de que la insolvencia del quebrado que se produzca por culpa o imprudencia deja de estar tipificada.*

Por último, que *el tenor del artículo 260 supone la desaparición del óbice de procedibilidad que hoy consagra el artículo 896 del Código de Comercio lo confirma tambien la Exposición de Motivos del proyecto de Código Penal de 1992*, cuyo artículo 267 era idéntico al artículo 260 del texto aprobado. Decía la Exposición de Motivos, al destacar las importantes modificaciones operadas en el delito de quiebra fraudulenta, lo siguiente: «*Como es sabido, el derecho español seguía, y sigue, un sistema peculiar en la persecución de los concursos fraudulentos; peculiar por la preferencia de la jurisdicción civil, de cuya opinión o valoración depende el que se pueda perseguir el delito (la llamada calificación de la quiebra)... Así pues, la regulación que se propone para los delitos concursales —concepto que engloba a la quiebra, el concurso y, lo que es nuevo, la suspensión de pagos fraudulentos— se caracteriza... por permitir la persecución de estos delitos tan pronto como se plantea la situación de insolvencia, transitoria o definitiva, pero sin depender necesariamente de especiales declaraciones que deba hacer el juez civil*» (34).

IV. CRÍTICA DE LA CIRCULAR NÚMERO 1/1995

Al exponer nuestra opinión sobre la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento de suspensión de pagos quedaron claras nuestras discrepancias con la postura que mantiene la Circular número 1/1995, es por ello que ahora nos limitaremos a realizar una crítica global de la misma.

La Circular número 1/1995 con la finalidad de zanjar las distintas interpretaciones a que ha dado lugar el artículo 23 de la Ley de Suspensión de Pagos, única norma, como sabemos, que se refiere a la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento de suspensión de pagos, ha incurrido en el error de atribuir al Ministerio Fiscal una intervención híbrida ya que en unos casos informa (antes de que el órgano judicial decida sobre la solicitud de declaración de suspensión de pagos), en otros interpone recursos (contra la providencia resolviendo la solicitud de suspensión de pagos), en otros está activamente legitimado (en la oposición a la aprobación judicial del convenio) y en otros

(34) Para las novedades que supone la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en esta materia *vid. M. J. MASCARELL NAVARRO: Aspectos procesales de la Ley de Suspensión de Pagos, ob. cit.*, 1 ed., págs. 171 y ss., 2 ed., págs. 177 y ss.

no llega a decirnos cuál es su papel (declaración de suspensión de pagos y calificación de la insolvencia como provisional o definitiva).

La intervención que la Circular número 1/1995 otorga al Ministerio Fiscal, intermedio entre el de parte y el de dictaminador, es rechazable porque carece de apoyo en la Ley, lo que significa, en otras palabras, que la Circular «crea» la forma de intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento de suspensión de pagos.

**REVISTA
DEL
MINISTERIO FISCAL**

II. Notas y comentarios

APROXIMACIÓN DOGMÁTICA AL BIEN JURÍDICO SEGURIDAD DEL TRÁFICO EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL

ÁNGEL GIL HERNÁNDEZ

*Magistrado del Juzgado de lo Penal
número 1 de Bilbao. Abogado Fiscal excedente*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DERECHO COMO INSTRUMENTO DE CONTROL SOCIAL.—III. SIGNIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL.—IV. TEORÍA PERSONAL DEL BIEN JURÍDICO Y SEGURIDAD DEL TRÁFICO: 1. *Perspectivas de la legislación penal moderna*. 2. *Clasificación de los bienes jurídicos del profesor Bustos*. 3. *Concepto crítico del bien jurídico*. 4. *Valor del texto constitucional*.—V. CONCLUSIÓN: POSICIONAMIENTO CRÍTICO.
VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA Y CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

La Exposición de Motivos que sirve de introito al nuevo Código Penal de 1995, aprobado por Ley Orgánica de 23 de noviembre de 1995 (*BOE* núm. 281, del 24), comienza significando la importancia que un Código Penal tiene en una sociedad moderna, diciendo que:

«si se ha llegado a definir el Ordenamiento Jurídico como conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza, puede entenderse fácilmente la importancia del Código Penal en cualquier sociedad civilizada».

Por ello, el objeto del presente trabajo, referido a la crítica dogmática de la continuidad en la conceptuación del bien jurídico «seguridad del tráfico» como bien jurídico colectivo o difuso, articulado a través de los correspondientes delitos de peligro, debe partir, aunque sea someramente, de un análisis de la significación del Derecho como técnica de control en una sociedad moderna, con especial referencia al Derecho Penal.

II. EL DERECHO COMO INSTRUMENTO DE CONTROL SOCIAL

El Derecho no es más que un instrumento de control social; una de las muchas técnicas con las que éste se realiza y, quizás, no la más importante, aunque sí la más típica. En efecto, como ha puesto de manifiesto Lumia (1), como consecuencia del nacimiento del fenómeno del poder, es característica inmanente a todos los grupos sociales estructurados la «*institucionalización*

(1) LUMIA, G.: *Lineamenti di teoria e ideologia del Diritto*, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., 1973, págs. 13 y ss.

de la reacción frente a la desviación», lo que no significa que todas las reacciones a cualquier comportamiento desviante estén institucionalizadas, ni afecten a cualquier comportamiento de tal carácter, sino sólo a aquellas que amenazan intereses considerados como merecedores de una especial tutela por quienes detentan el poder.

Ahora bien, ¿cómo funciona el control social?; sigue señalando el profesor Lumia al respecto que para inducir a los componentes del grupo a seguir los comportamientos que se consideran socialmente positivos, se pueden utilizar dos técnicas: *a) la promocional*, consistente en ligar consecuencias favorables al comportamiento deseado, y, *b) la técnica disuasoria*, que, al contrario, busca derivar consecuencias desfavorables al comportamiento desviado (2).

Desde este doble modo, el antedicho proceso de institucionalización de la reacción contra el comportamiento desviante se desarrolla en dos etapas sucesivas: en un primer momento, supone la designación dentro del grupo de una categoría de sujetos a la que se le pide la aplicación de las sanciones contra los contraventores de las normas sociales; en un segundo estadio, se llega a la concreta determinación de la especie y entidad de las propias sanciones, así como de los supuestos en que éstos deben aplicarse por los órganos que tienen confiada dicha tarea.

Pues bien, cuando semejante proceso de institucionalización se ha perfeccionado nos encontramos en presencia de un **ORDENAMIENTO JURÍDICO** (3).

Esta concepción del Derecho como técnica de control social, caracterizada por un alto grado de institucionalización de la reacción frente a los comportamientos desviantes nos permite distinguir tanto de los preceptos morales como de los meros usos sociales, y su contenido se traduce, en palabras de Legaz (4) en una «*delimitación de las esferas correlativas de licitud y deber, conjugando las exigencias institucionales del bien común y las de la autonomía individual*». Dicho con otras palabras: mediante la existencia de un Ordenamiento Jurídico cada cual sabe a qué atenerse, conoce el margen de libertad que posee, dentro del cual no puede ser impedido ni obligado, y sabe que hay una serie de acciones de las que tiene obligación precisamente de abstenerse, y otras que tiene obligación de hacer; cada cual, en suma, conoce su «derecho» y su «deber» (5).

(2) Dicha técnica informal de control social ha sido ampliamente explicitada por BERGALLI, R., en «El control penal en el marco de la sociología jurídica», en *Rev. Doctrina Penal*, núm. 44, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1988, págs. 584 y ss.

(3) LUMIA, G.: *op. et loc. cit.*

(4) LEGAZ Y LACAMBRA, L.: *Filosofía del Derecho*, 5.^a ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1979, pág. 286.

(5) BAGOLINI, L.: En este sentido, entiende que en la idea del Derecho el único elemento verdaderamente decisivo es la idea de justicia, y, así, indica cómo la definición del Derecho depende en último término «dal carattere non arbitrario delle valutazioni in termini di giustizia in

Así, estamos ya en condiciones de establecer una conclusión, de la cual debe derivar la conceptuación y delimitación del bien jurídico seguridad del tráfico —al igual que otros también tutelados—; a saber, si como hemos visto, el Ordenamiento Jurídico implica un elevado grado de formalización, el específico ámbito del sistema de control penal adquiere características especiales, al constituirse como el más duro y violento de los mecanismos de control ante conductas desviadas, lo que exige paralelamente un mayor grado de formalización en la imposición y ejecución de las sanciones que prescribe (6).

III. SIGNIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL

Entendemos, por nuestra parte, que es esa formalización e institucionalización lo que realmente diferencia al Derecho Penal de otros sectores del Ordenamiento Jurídico y no su función, innegable por otro lado, de protección de bienes jurídicos. En efecto, el Derecho Penal es un sector del Ordenamiento al que, según la opinión dominante en la Dogmática moderna, le incumbe la tarea de protección de los bienes jurídicos vitales y fundamentales del individuo y la comunidad, bienes que, por ello, son elevados por la protección de las normas a la categoría de bien jurídico (7), pero dicha pro-

essa implicata», por lo que «non c'è dottrina giuridica che non implichi una definizione generale del diritto, ovvero un paradigma della giuridicità perchè non c'è una dottrina giuridica che non implichi una discriminazione di giuridico e metagiuridico» («Il problema della definizione generale del Diritto», en *Rivista Int. di Filosofia del Diritto*, 1961, págs. 28 a 31.).

El carácter institucionalizado que estamos indicando del sistema jurídico, es decir, que unas normas establezcan autoridades u órganos centralizados para operar de cierta manera con las normas del sistema, también ha sido resaltado profusamente por HART, H. L. A. («El concepto de Derecho», Trad. por G. R. Carrión, Buenos Aires, 1963), presuponiendo como rasgo distintivo de aquél la nota de la coactividad, puesto que si el sistema no establece órganos centralizados que sean los únicos autorizados para aplicar medidas coactivas, no hay monopolio de la fuerza estatal —lo que le distingue de otros sistemas normativos—.

(6) Cfr. RODAS MONSALVE, J. C.: *Protección penal y medio ambiente*, Ed. PPU, Barcelona, 1993, págs. 16 y 17, y MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal y control social*, Fundación Universitaria, Jerez de la Frontera, 1985, págs. 14 a 17 y 36 y ss, para quien «la función motivadora de la norma penal sólo puede ser eficaz si va precedida o acompañada de la función motivadora de otras instancias de control social».

Entiende este autor que, efectivamente, en la medida en que otras instancias sociales, como la familia o la escuela, consigan mediante diversos mecanismos represivos y pedagógicos la socialización del individuo, no cabe duda de que también desempeñan una función de protección de bienes jurídicos (piénsese en la importancia que para el bien jurídico seguridad del tráfico tiene la educación vial entre niños, como materia escolar a impartir regularmente), si bien lo que diferencia al Derecho Penal de estas otras instancias de control social es su institucionalización.

(7) Vid. CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal español*, Ed. Tecnos, Madrid 1990, pág. 15.

tección es una función que asumen la totalidad de los sectores del Ordenamiento Jurídico (8).

(8) Así, por ejemplo, el derecho a la intimidad no es sólo objeto de protección penal, también lo es civilmente, a través de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de modo que ya en el *Boletín Oficial de las Cortes*, de fecha 19 de diciembre de 1979 apareció el Proyecto de Ley de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, reflejando una clara voluntad del legislador postconstitucional de regular este aspecto civil del derecho a la intimidad –entendida ésta en sentido amplio de «privacidad»- con carácter perentorio, a pesar de la regulación penal ya existente, de tal forma que puede leerse, en el *Diario de Sesiones del Senado* núm. 145, de 1982, pág. 7294: «*se trata de buscar un eficaz amparo a la trilogía del honor, de la intimidad familiar y de la propia imagen, amparo que algunos pueden pensar que ya estaba contenido en sede penal, a través de la tipificación de los delitos de injurias y calumnias. La práctica judicial de las querellas -puesto que no son perseguibles de oficio-, fundadas en la presunta comisión de un delito de injurias y calumnias, ha puesto de manifiesto como uno de los Derechos fundamentales que la C.E. consagra está en peligro*» (discurso del Senador Villar Arregui, en nombre de la Comisión, citado por Herrero Tejedor, Fernando, «Honor, intimidad y propia imagen», Ed. Colex, 1990, pág. 124). También el art. 174 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944 y los arts. 18 y 32 de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1962 protegen la intimidad a través del carácter secreto que se otorga a los Protocolos Notariales. Por su parte, en el ámbito de la infancia y los menores, la reciente Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, con el fin de reforzar los mecanismos de garantía previstos en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, prohíbe expresamente la difusión de datos o imágenes referidos a menores de edad en los medios de comunicación cuando sea contrario a su interés, incluso cuando conste el consentimiento del menor, considerándose tal difusión en el art. 4.3 como intromisión ilegítima en su derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del mismo.

Administrativamente, la protección se articula, principalmente, a través de la LORTDCP, de 29 de octubre de 1992, en cuya Exposición de Motivos se dice que «*la privacidad constituye un conjunto más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado*». Previamente, otras normas jurídicas de este carácter administrativo que intentan delimitar la protección del derecho a la intimidad son la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en cuyo artículo 10.1 reitera la obligatoriedad de la Administración de respetar la personalidad, dignidad humana e intimidad de los pacientes, así como reconoce a éstos el derecho «a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público», y la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en cuyo artículo 37 se regula el derecho de acceso a los archivos y registros, indicando que a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad sólo podrán acceder los propios titulares de los mismos, con la única excepción de los investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante «*siempre que quede garantizada la intimidad de las personas*» (núm. 7, art. 37).

E, incluso, laboralmente, el Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, a nivel individual contempla el derecho del trabajador «*Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual*» (art. 4.2.e); y a nivel de la empresa, aquéllas tienen el «*deber de secreto*», recogido en el artículo 72 de la Ley del Contrato de Trabajo, Texto Refundido aprobado por Decretos de 26 de enero y 31 de marzo de 1944, y que consiste en la obligación de mantener los secretos relativos a la explotación y negocios de su empresario, durante y después

Ello significa, de un lado, que, como dice Rojo, la protección de las libertades fundamentales de un Ordenamiento Jurídico vendrá dada por el resultado conjunto de la tutela constitucional, civil, penal y administrativa de tales bienes (9); y, de otro, desde un punto de vista material, que no es posible establecer criterios diferenciadores entre el delito y otras infracciones que dan lugar a responsabilidad personal, puesto que el Derecho Penal —que es un Derecho protector de bienes jurídicos— comparte dicha tarea con el resto de los sectores del Ordenamiento Jurídico, por lo que tiene un carácter fragmentario (10), lo que supone en palabras de Cerezo, que el Derecho Penal sanciona como delito, generalmente, las infracciones más graves de la ética social, pero no es función del mismo la tutela de la totalidad del orden ético-social, sino sólo en la medida en que sea necesario para la conservación de la sociedad, limitándose a tutelar las normas fundamentales de la ética social, partiendo de la base de que «*en la selección de los bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal... desempeñan un papel decisivo las concepciones ético sociales, jurídicas y políticas dominantes en la sociedad en un momento dado*» (11). Así es, la doctrina penal de las últimas décadas ha transformado la concepción del bien jurídico en una teoría de la «dañosidad social», observando que el Derecho Penal no puede prescindir de las Ciencias Sociales, de un lado, y, de otro, que no toda lesión de un bien jurídico exige una reacción penal, sino tan sólo aquélla que tenga el carácter de socialmente dañosa. Finalmente, supone que el legislador penal debe tener conocimientos empíricos, a aplicar tanto en la formulación de los tipos penales como en la previsión de las consecuencias jurídicas (ya sean penas o medidas de seguridad) (12).

Es desde esta perspectiva de la que hay que partir para poder entender —y criticar— la nueva regulación sistemática que el Código Penal de 1995 hace de los delitos contra la seguridad del tráfico, en el capítulo IV del título XVII («Delitos contra la seguridad colectiva») —arts. 379 a 385.

del contrato de trabajo. Cfr., al respecto, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Información sobre los contratos e intimidad», en *Rev. de Trabajo*, núm. 100, año 1990, págs. 645 y ss., y DEL VALLE VILLAR, José M.: «El derecho a la intimidad del trabajador en el Ordenamiento laboral español», en GARCÍA SAN MIGUEL, L.: *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, págs. 157 y ss.

(9) ROJO AJURIA: «La tutela civil del derecho a la intimidad», en *ADC*, I, III, pág. 149.

(10) Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: *Proyecto Docente y de Investigación en Derecho Penal*, Universidad de Zaragoza, 1990, pág. 53.

(11) *Op. cit.*, págs. 17 y ss.

(12) Ha sido Hassemer, Wilfried, quien, siguiendo a Amelung, ha destacado esta corriente de la dañosidad social como necesario presupuesto de la Dogmática Penal. Cfr. *Fundamentos del Derecho Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1984, págs. 38 y ss.

IV. TEORÍA PERSONAL DEL BIEN JURÍDICO Y SEGURIDAD DEL TRÁFICO

1. *Perspectivas de la legislación penal moderna*

A nuestro juicio, la legislación penal moderna se caracteriza, básicamente, por la concurrencia de tres fenómenos, a los que no es ajena la nueva regulación de los delitos contra la seguridad del tráfico:

1.º Se funcionalizan los principios del Derecho Penal a partir de los requerimientos de una política criminal efectiva; así es, el funcionalismo, en el ámbito del Derecho Penal se refiere a la incorporación de los intereses políticos a los principios normativos de la determinación del merecimiento de la pena y de su ejecución (13), lo que supone que no se pueden establecer los límites de la política criminal ya que ésta es uno de sus intereses centrales. Ello hace preguntarse a Hassemer: ¿qué es lo que puede resultar del principio del bien jurídico dentro de un contexto ideológico que, político-criminalmente, en modo alguno se dirige hacia la vinculación del legislador con el sustrato real que se le presenta, justamente, los bienes jurídicos? (14).

La respuesta a esta pregunta ya fue formulada con antelación por Teubner, Günter, desde el mismo centro docente, a través de su conocida Teoría del «trilema regulador», según la cual el intento de producir determinados cambios sociales a través de la intervención jurídica puede conducir a:

- a) La indiferencia recíproca del Derecho y la sociedad.
- b) La desintegración social a través del Derecho.
- c) La desintegración del Derecho a través de expectativas excesivas de la sociedad.

Y concluye indicando cómo los fundamentos del Derecho Penal liberal son la precisión y permanencia de las definiciones del ámbito criminal, los

(13) La promulgación del nuevo Código Penal español de 1995 (LO 10/1995, de 23 de noviembre) es un claro ejemplo de adopción de criterios funcionalistas, a través de la introducción de figuras penales «extravagantes», como, v. gr., la negativa a comparecer ante una Comisión parlamentaria («El que se niegue a comparecer ante una Comisión parlamentaria de investigación será castigado con multa como reo de desobediencia. Se castiga con prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses a quien falte a la verdad en su testimonio ante la Comisión parlamentaria»).

(14) En la moderna Dogmática penal ha sido fundamentalmente Wilfried Hassemer, desde el Institut für Kriminalwissenschaften, de la Universidad Johan-Wolfgan-Goethe, de Frankfurt am Main, quien con más detalle se ha preocupado de resaltar las consecuencias desfavorables a las que avoca la aplicación de la teoría funcionalista en el Derecho Penal, especialmente en «Theorie und Soziologie des Verbrechens», 1973/1980, págs. 20 y ss y 27 y ss., «Festschrift für Coing», I, 1982, págs. 507 y ss. y 522 y ss., y «Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre», publicado en *Jenseits des Funktionalismus*, C.F. Müller, Heidelberg, 1989, y traducido al castellano por Patricia S. Ziffer, en *Doctrina Penal*, núm. 12, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1989.

cuales han de ser garantizados procesalmente a través del principio de legalidad, fundamentos que son socavados cuando el Derecho Penal se encuentra a caballo entre la accesорiedad de la Administración y los intereses políticos.

A través de este entrelazamiento, factores como la estructura, la política económica o el poder, o la falta de poder, de los grupos de presión ciudadana, se convierten en decisivos para determinar la punibilidad de una conducta, y, concluye Teubner, «*bajo tales circunstancias se descompone de manera creciente la legalidad del Derecho Penal, ya que éste da entrada a decisiones políticas y apenas se diferencia de ellas*» (15).

En este mismo sentido, Wolfgang Nauke indica cómo desde mediados del siglo pasado se asiste a una profundización del proceso de interdependencia entre la política interna y la legislación penal, no siendo el Derecho Penal sino «un instrumento deliberado de control de la política interna», por lo que:

«cada vez es más posible deducir el contenido del Derecho Penal desde la política interna, si se sabe qué grupos de interés, es decir, qué partidos políticos o coaliciones controlan la legislación».

Este fenómeno es descrito muy gráficamente por el autor como «acaparamiento del Derecho Penal por la política interna» (16).

2.º Paralelamente al aludido acaparamiento del Derecho Penal por la política, en los últimos años se ha pasado de una tendencia crítica frente a esta rama del Ordenamiento, y despenalizante, a un contexto criminalizante, en el cual se justifica el Derecho Penal (17). En efecto, desde la primera formulación del concepto de bien jurídico por Birnbaum (18), se ha recurrido tradicionalmente a la protección de éstos como requisito para la desincriminación = el legislador sólo podía establecer una pena para una conducta que «efectiva-

(15) Tales ideas vienen recogidas por Félix Herzog en «Límites del Derecho Penal para controlar los riesgos sociales. (Una perspectiva crítica ante el Derecho Penal de peligro)», en *Rev. Poder Judicial*, núm. 32, CGPJ, Madrid 1993, págs. 80 a 82.

(16) Cfr. HERZOG, F.: *Op. cit.*, págs. 82 y 83.

En nuestra legislación penal, de entre los muchos ejemplos de esta indeseable influencia, quizás el más paradigmático sea el de los delitos relativos a la objeción de conciencia; qué duda cabe que cualquier operador jurídico puede intuir sin excesivo riesgo de equivocación, cual será su regulación punitiva en función del grupo político que esté en el Poder —«qué partidos o coaliciones controlan la legislación», en palabras de Nauke—, lo que conlleva fatales consecuencias para la certeza, estabilidad y limitación del Derecho Penal.

(17) Así, nuestro Código Penal de 1995 ha introducido más de treinta figuras delictivas nuevas —entre las que destaca, a los efectos de nuestro estudio, la contemplada en el art. 380—. Cfr. «El nuevo Código Penal», en *Rev. Tapia. Publicación para el mundo del Derecho*, año XIV, núm. 84, nov. 1995, págs. 93 a 86.

(18) «Über das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens», considerada la primera formulación del concepto de bien jurídico, refiriéndolos concretamente a personas y cosas.

mente» amenazara un bien jurídico, convirtiéndolos en el fundamento de la amenaza penal; sin embargo, la antes aludida hipertrofia del Derecho Penal ha hecho acentuar la función criminalizante de los bienes jurídicos, de modo que en la medida en que están amenazados por una determinada conducta, se exige la punición de tal acción (19). Así, es especialmente en el llamado Derecho Penal de Tráfico —junto al económico y del medio ambiente—, donde se manifiesta que mientras que la descriminalización viene motivada por el conjunto de reflexiones sobre los derechos humanos y la preocupación por la efectividad del Derecho Penal, las causas para la criminalización de nuevas conductas se encuentran principalmente en el fracaso de las estructuras tradicionales de control informal y en la consecuente tendencia a una regulación jurídica, así como a dirigirse hacia las metas políticas perseguidas.

Pulitano sintetiza este proceso en una conocida frase, según la cual «*se ha pasado del carácter garantista de los bienes jurídicos, en virtud del cual no hay delito sin bien jurídico, a una concepción según la cual resulta obligatoria la tutela penal si hay bien jurídico*» (20). Sin embargo, no ha de olvidarse la función garantista del bien jurídico (*nullum crimen sine iniuria*), que exige del legislador la tipificación «exclusivamente» de aquellas conductas que lesionen o pongan en peligro intereses sociales «esenciales» de la comunidad, función que también incumbe en un momento posterior a los Jueces y Tribunales al aplicar e interpretar la ley penal, quienes primordialmente han de observar, si se produce un ataque al bien jurídico, qué relevancia social tiene éste (21).

3.º Finalmente, la legislación penal moderna criminaliza esencialmente delitos de víctimas difusas, como complemento —o, más bien, contraposición— de los bienes individuales, abriéndose el tradicional catálogo de éstos,

(19) Frente a este fenómeno, reaccionó con especial virulencia dialéctica HASSEMER, en *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981, págs. 127 y ss y 294 y ss. (existe traducción al castellano por Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, bajo el título *Fundamentos de Derecho Penal*, Ed. Bosch, Barcelona 1984), señalando que una conducta que amenaza un bien jurídico es la condición necesaria, pero no suficiente, para criminalizar esa conducta. La teoría del bien jurídico debe cumplir con una función primordial: imponer al legislador penal una barrera y evitar o, al menos, dificultar, una adecuación precipitada del Derecho Penal a los intereses de la política criminal.

Para ello, la punición de la conducta exigirá, además, tener en cuenta el principio de subsidiariedad del Derecho Penal, su dañosidad social y la tolerancia, humanidad y protección de la dignidad del hombre (una amenaza penal, cualquiera que sea su clase, no debe lesionar los fundamentos de nuestra cultura jurídica).

(20) Cfr. «*Obblighi costituzionali di tutela penale?*», en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1983.

(21) En este sentido, GÓMEZ BENITO, J. M.: «Sobre la teoría del bien jurídico (aproximación al ilícito penal)», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 67, Madrid, 1983, pág. 105, y ROXIN, C.: «Sentido y límites de la pena estatal», en *Problemas básicos del Derecho Penal*, Ed. Reus, Madrid, 1976, pág. 21.

propios de un Estado liberal no intervencionista (22), utilizando como instrumento los delitos de peligro, *«lo que significa que en vez de una víctima visible, en vez de un daño y una causalidad de la acción respecto de ese daño, la punibilidad depende solamente de la comprobación de una conducta peligrosa»*. Ello supone, señala Hassemer, la disolución del concepto de bien jurídico: *«el lema ya no es la protección de intereses humanos concretos, sino la protección de instituciones sociales o unidades funcionales de valor»* (23).

A este respecto, Rodas Monsalve indica cómo es preciso asumir con cautela la protección de estos intereses colectivos, ya que, generalmente, se asocian a la técnica de los delitos de peligro abstracto, lo que supone un adelantamiento en la intervención punitiva que sólo puede justificarse en casos excepcionales; con ello se trata de evitar el riesgo de convertir el sistema penal en la *prima ratio* del control, agravando el ya aludido fenómeno de hipertrofia penal de nuestro Estado social de Derecho [o *«huida hacia el Derecho Penal»*, en palabras de Roxin (24)], que se produce cuando se prima en exceso el punto de vista del orden colectivo (25).

2. Clasificación de los bienes jurídicos del Profesor Bustos

En esta argumentación, especial relieve tiene la clasificación de los bienes jurídicos realizada por el Profesor Bustos (26), *de la cual haremos partir la conceptualización de la «seguridad del tráfico» como bien jurídico penalmente protegido*. Este autor, partiendo de la clásica distinción entre bienes jurídicos individuales, que constituyen las bases mínimas para la existencia de la socie-

(22) Terradillos Basoco, J. M., señala cómo es dudoso que estos bienes llamados «colectivos» por su abstracción o inconcreción puedan ser un bien jurídico en sentido estricto, dado que las dificultades de aprehender su contenido conduce a imprecisiones o vaguedades sólo salvables a partir de un proceso de concreción y de individualización del real interés colectivo a proteger. Cfr. «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 63, Madrid, 1981, pág. 128.

(23) *Lineamientos..., op. cit.*, pág. 279.

(24) *Problemas básicos del Derecho Penal*, traducción de Luzón Peña, D., Madrid, 1976, pág. 45.

(25) RODAS MONSALVE, J.: *Protección penal y medio ambiente*, Ed. PPU, Barcelona, 1993, pág. 31.

Frente a las evidentes dificultades dogmáticas de una sistematización del Derecho Penal de riesgo, CEREZO MIR (*Curso de Derecho Penal*, I. 3.^a ed., págs. 363 y ss.) y GRACIA MARTÍN (*Proyecto Docente...,* pág. 49) entienden que con la mera idea de peligro abstracto, es decir, de la capacidad general de la acción para poner en peligro un bien jurídico, se satisfacen ya las exigencias de lo injusto material.

(26) BUSTOS RAMÍREZ, J.: «Los bienes jurídicos colectivos», publicado en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, y recopilado en *Control Social y Sistema Penal*, PPU, Barcelona, 1987.

dad, referidos directamente a la persona como núcleo de ésta y a su dignidad, y colectivos, expresión que denota las aspiraciones de la comunidad por las prestaciones positivas del Estado que articulan el real contenido de los valores individuales, la supera, distinguiendo en ésta última categoría (que él denomina «bienes jurídicos macrosociales»), los institucionales (como la fe pública, Administración de Justicia, etc), colectivos, dirigidos a la satisfacción de necesidades de carácter social y económico (como la salud pública, o el orden socioeconómico) y de control (delitos contra la seguridad del Estado) (27).

La más importante consecuencia práctica de tal clasificación estriba en la justificación de los bienes colectivos en la medida en que satisfacen necesidades de participación del individuo, sin las cuales sería utópico el goce de sus bienes básicos, abundando, así, en su complementariedad en el Estado social de Derecho, de modo que la protección de tales bienes colectivos sólo se justifica como una forma adelantada de tutela de las relaciones sociales básicas, que para esta modalidad de Estado son las individuales (art. 10.1 CE) (28).

3. *Concepto crítico del bien jurídico*

Pues bien, a partir de esta clasificación, el Profesor Bustos llega a la formulación de un concepto de bien jurídico —inspirado en la dialéctica hegeliana— que él mismo denomina «*concepto crítico*», de modo que la ruta para lograr determinar lo que el bien jurídico viene dada por el hecho de hacer «*girar el bien jurídico en torno a la persona como ente social y por ello mismo lo han enmarcado dentro de un tipo de sociedad muy determinada, una sociedad democrática, y de ahí que ello desde un punto de vista político-jurídico ha implicado tomar en cuenta la respectiva Carta Constitucional*» (29).

(27) Doval País, A., más recientemente, ha distinguido entre bienes jurídicos «*tradicionales*» —especificando que no se refiere con esta denominación a la tradición con la que cuentan en la historia legislativa patria, sino al modo de su configuración y a las relaciones que guardan con bienes jurídicos individuales clásicos, como la vida, integridad física o la salud de las personas—, entre los que cabe hablar de los públicos (el Estado como institución, en sus diferentes manifestaciones), los individuales (propios de las personas, en los que se englobaría fundamentalmente la intimidad) y los colectivos, siempre con referencia a los individuales, y los bienes jurídicos «*modernos*» o de nueva generación, que tienen un objeto de naturaleza difusa (medio ambiente, orden socioeconómico, seguridad del tráfico, etc).

Cfr. «Estructura de las conductas típicas, con especial referencia a los fraudes alimentarios», en *Intereses difusos y Derecho Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994, págs. 27 y 28.

(28) *Vid.* sobre esta materia, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: «El medio ambiente como bien jurídico tutelado», en obra colectiva *El delito ecológico*, coord. por Terradillos Basoco, J. M., Ed. Trotta, Madrid 1992, págs. 41 a 45.

(29) BUSTOS RAMÍREZ: *Manual de Derecho Penal español. Parte General*, Barcelona, 1982, pág. 54.

Así considerado, el bien jurídico expresará siempre momentos históricos de síntesis, que para otro momento ya será sólo una tesis, y así sucesivamente; momentos históricos de síntesis que son captados por el Ordenamiento Jurídico plasmados en la respectiva Constitución; con ello se supera la mera concepción causal del delito, ya que la comparación entre la realidad y modelo causal muestra que prescindiendo de raros casos patológicos, la explicación causal está configurada de forma demasiado simple como para servir de soporte a la complejidad del delito (30).

4. *Valor del Texto Constitucional*

Llegamos así a una conclusión —provisional—: en la selección de bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal desempeñan un papel decisivo las concepciones ético-sociales, jurídicas e, incluso, políticas dominantes en la sociedad en un momento determinado (31), que son, por lo demás, esencialmente cambiantes. Por ello, la selección de dichas concepciones relevantes las ha de hacer el Texto Constitucional en el moderno Estado social y democrático de Derecho (art. 1,1 CE).

No obstante, como señala Rodas Monsalve (32), existen diversas concepciones sobre el papel que desempeña la Constitución en el proceso de selección de bienes jurídicos, distinguiéndose entre Teorías constitucionalistas estrictas, caracterizadas por impedir el reconocimiento de nuevos intereses sociales merecedores de protección penal si no están previamente «constitucionalizados», con el evidente peligro de caer en una «divinización de la Constitución», y Teorías constitucionalistas amplias, de modo que para unas se presenta el Texto Constitucional como marco referencial dentro del cual los actores sociales definen las condiciones esenciales para el desenvolvimiento del sistema social, y para otras se propugna tan sólo una vinculación programática, superando la anterior teoría al presumir un proceso político y democrático en la búsqueda de las finalidades constitucionales.

Así, por lo que respecta a nuestro Texto Constitucional, esta postura identifica como finalidades del sistema social las plasmadas en el artículo 9.2 («*Corresponde a los Poderes Públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sociales en que se integra*

(30) Un amplio estudio de la concepción causal, y su posterior superación, puede verse en KAISER, G.: *Introducción a la Criminología* (7.^a ed., traducida por Rodríguez Devesa), Ed. Dykinson, Madrid, 1988, págs. 241 a 261, donde se explicita el sistema de enunciados orientados hacia el delincuente —o interaccionador— como teoría más reciente que intenta explicar el delito.

(31) Cfr. CEREZO MIR, J.: *Op. cit.*, pág. 15.

(32) *Op. cit.*, págs. 23 a 26.

sean reales y efectivas»), el cual, partiendo del presupuesto del artículo 1.2 («La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los Poderes del Estado») se explicita en el artículo 10.1 («La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden público y de la paz social»).

Sin embargo, la Constitución Española no recoge como bien jurídico tutelado la «seguridad del tráfico», haciendo referencia indirecta a la materia a la hora de distribuir las competencias administrativas, en los artículos 148.1.5.^a y 149.1. 21.^a, lo cual no hace decaer la afirmación de que la Teoría jurídica del delito y, por ello, el papel que el bien jurídico protegido antes referido ha de desempeñar como limitador del poder punitivo del Estado, ha de tener recogida normativa en la Constitución.

Lo que ocurre es que la Constitución Española tiene al ciudadano, al individuo, como único destinatario directo, lo que imposibilita, como señala Carbonell (33), la concepción de bienes jurídicos que no afecten de manera directa al ciudadano y la conceptuación como delictivas de conductas que comporten la lesión o puesta en peligro de intereses individuales. No es aceptable, parece querer decírnos la Constitución Española, la categoría de los intereses difusos o colectivos en los que no existe una referencia individual: si se tutela el bien jurídico «seguridad del tráfico», de naturaleza supraindividual, es porque su lesión o puesta en peligro imposibilita o, al menos, dificulta, el libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos, dentro de cuya fórmula se engloban derechos fundamentales como la libertad, seguridad, salud pública, etc., que una conducta atentatoria de aquel bien puede lesionar o hacer peligrar.

V. CONCLUSIÓN: POSICIONAMIENTO CRÍTICO

Atendidas las reflexiones precedentes, estamos en condiciones de concluir sobre la necesidad de un lineamiento personal en la Teoría del bien jurídico; en efecto, ésta debe funcionalizar los intereses generales y del Estado a partir del individuo, de modo que incluso los bienes universales tienen su fundamento sólo en la medida en que se corresponden con los intereses del individuo, en cuanto brinden la posibilidad de servir intereses del hombre. Y es que la persona tiene naturaleza constitutivamente social, es decir, implica la idea de relación, no es que la persona se abra constitutivamente al «otro», sino que

(33) CARBONELL MATEU, J. C.: «Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos», en *Cuadernos de Derecho Judicial, «Intereses Difusos y Derecho Penal»*, CGPJ, Madrid, 1994, pág. 21.

no existe más que siendo «con los demás» y, por tanto, la relación es la vida de la persona (34).

Por ello, el Ordenamiento Jurídico penal, al prohibir mediante sus normas la realización de acciones tendentes a la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, éstos previamente definidos, no debe aceptar la categoría de intereses difusos (seguridad del tráfico) en los que no exista una referencia individual (vida, salud, etc.); en otras palabras, «*si se han de tutelar bienes jurídicos colectivos o de naturaleza supraindividual es porque su lesión o puesta en peligro imposibilita o, al menos, dificulta, el libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos*» (35).

No existiría, así, un bien jurídico «medio ambiente» en sí considerado, sino en la medida en que afecta a la vida y salud del hombre, e igual ocurriría con otros bienes colectivos «*de referencia individual*», como la seguridad del tráfico, salud pública o seguridad en el trabajo.

Esta concepción personal del bien jurídico producirá dos efectos: de un lado, si se vincula la admisión de aquéllos al interés de la persona, se establece una relación jerárquica entre los de carácter colectivo y los individuales, de modo que cuanto más difícil sea conciliar una amenaza penal con un interés individual, tanto más cuidado se debe tener a la hora de tipificarla; y, de otro, como señala Terradillos, en la precisión de aquéllos se veta el recurso a técnicas de tutela más incisivas y contundentes que las empleadas en la tutela de los bienes jurídicos individuales que constituyen la base del sistema, al igual que obliga a una menor entidad de las sanciones punitivas (36), hasta el punto de que cada vez se va extendiendo más la idea de que es mejor la protección de estos bienes jurídicos fuera del Derecho Penal (37), como ya hemos apuntado anteriormente, y que debe servir de conclusión crítica a la regulación que ofrece el nuevo Código Penal de 1995 respecto de los delitos contra la seguridad del tráfico.

Así es, nuestro nuevo Código Penal, a pesar de que en su Exposición de Motivos indica que en la elaboración se han tenido muy presentes las opiniones de la doctrina científica, mantiene una regulación de los delitos contra la seguridad del tráfico básicamente coincidente con la anterior del Código de 1973, recogiendo en el capítulo IV del título XVII las tradicionales figuras delictivas de la conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacien-

(34) Cfr. LEGAZ Y LACAMBRA, L.: *Op. cit.*, pág. 265.

(35) CARBONELL MATEU, J. C.: «Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos», en *Intereses difusos y Derecho Penal*, *op. cit.*, pág. 21.

(36) TERRADILLOS BASOSO, J. M.: *Delitos de peligro y criminalidad económica*, Madrid, 1987, ejemplar dactilografiado, citado por Rodas Monsalve, en *op. cit.*, pág. 30.

(37) Así, HASSEMER, en *Lineamientos...*, *op. cit.*, pág. 285, donde en nota se cita abundante doctrina alemana al respecto de esta idea.

tes y sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas (art. 379), la conducción suicida (art. 384), la creación de un grave riesgo para la circulación (art. 382), conducción temeraria (art. 381) y la norma concursal (art. 383), creando el delito de negativa al sometimiento a la práctica de las pruebas de alcoholemia o drogadicción (art. 380), y especificando el carácter de instrumentos del delito, a efectos de su comiso, del vehículo de motor o ciclomotor utilizados en el delito del artículo 384.

A nuestro juicio, tres consideraciones críticas merecen tal regulación:

1.^a La propia Exposición de Motivos indica como éste, a diferencia de lo que ocurría con proyectos precedentes, abandona el criterio de la universalidad del Código Penal, al considerarla innecesaria, atendida la conveniente flexibilidad de la legislación penal, cuyos bienes jurídicos, según hemos visto «supra», derivan directamente de la Constitución, y perturbadora, al entender que hay materias difícilmente regulables en el Código Penal —*v. gr.* control de cambios—. Por ello, entendemos que se ha perdido una ocasión única para especializar el Derecho Penal de tráfico, segregándolo del Código y regulándolo con vocación de totalidad, en norma legal aparte.

Éste es, en definitiva, el criterio que se siguió con la Ley de 24 de diciembre de 1962, de Uso y Circulación de Vehículos a Motor, cuya parte penal y procesal quedó derogada por la Ley 3/1967, de 8 de abril, sobre modificación de determinados artículos del Código Penal y de la LECri, introduciendo en el Código las figuras delictivas de tráfico en la sección 1.^a, capítulo II, título V, libro II, dentro de los delitos de riesgo en general.

Sin embargo, las voces en favor de la especialidad del Derecho Penal de tráfico no han sido pocas (38), ni pocos los argumentos esgrimidos; y es que el bien jurídico protegido es de naturaleza esencialmente diferente a la de los demás bienes tutelados en el Código Penal. El bien jurídico «seguridad del tráfico» viene integrado por un conjunto de condiciones objetivas ordenado a la protección de bienes de carácter individual (39), de modo que la protección se dispensa, en primer lugar, a las leyes físicas del movimiento, que son las que rigen el fenómeno natural de la circulación, pero, como es lógico, aquélla

(38) Valga citar, al respecto, como más expresivas, las de Del Rosal, en dos artículos, «*Febmenología del hecho delictivo de la circulación*», recogido en el V Congreso Internacional de la Circulación, Madrid, 1963, págs. 285 y ss, y «*Meditación crítica sobre la modificación de los delitos de circulación*», en *ADP*, 1968, págs. 9 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, tomo IV, y BERISTAÍN IPIÑA, A.: «*Especialidad del Derecho Penal de tráfico*», en *RDC*, año I, núm. 12, 1964, págs. 747 y ss.

(39) Cfr. BOIX REIG, en AA.VV.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 9.^a ed., Valencia, 1992, pág. 374, y MAQUEDA ABREU, M. L.: «*La idea de peligro en el moderno Derecho Penal. Algunas reflexiones a propósito del Proyecto de Código Penal de 1992*», en *A. P.*, núm. 26, 1994, pág. 492.

carece de sentido si no está en función de la seguridad de las personas y de los bienes (40). Se trata, en definitiva, de un bien jurídico colectivo de referencia individual, en el sentido ya expuesto.

Se indica, en segundo lugar, que existe una clara diversidad entre los delitos de tráfico y los demás hechos delictivos en el plano de la «facticidad fenomenológica», es decir, referida a los sujetos, medio comisivo y lugar, esencialmente propios en estas infracciones (41).

De este modo, la culpabilidad y los propios caracteres del delito son específicos, lo que incluso llevó a Frey (42) a preconizar la simplificación, aceleración y objetivación del proceso penal en las infracciones de tráfico, limitándose la policía a comprobar la realización de la conducta típica, presumiendo la culpabilidad, sin perjuicio de que si el conductor no estuviera conforme con la sanción, recurriera a la Jurisdicción ordinaria.

Incluso Quintano Ripollés ha negado el carácter criminal de los delitos de peligro regulados en el Código Penal (43), lo cual constituye, sin embargo, cuestión más discutible, cuya extensión excede del ámbito de este estudio.

En todo caso, consideramos que estos argumentos avalan la conveniencia de haber procedido a regular el Derecho Penal de tráfico en Ley especial, tal y como en materia de seguro de responsabilidad civil ha hecho la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (44), puesto que si el propio legislador abona esta tesis para los delitos de control de cambios, e interrupción voluntaria del embarazo, con mayor razón para esta tipología delictiva, reflejo de una concepción ético-social que reclama su punición, pero «especializada» con medidas sancionatorias también especiales (v. gr., sistema americano de «tickets») que atiendan a la gravedad de estas conductas en el caso concreto, pero que eviten la conceptualización de «delincuentes ordinarios» a sus autores.

A este respecto, Morales Prats (45) indica acertadamente cómo la exigencia de protección penal de los intereses colectivos —«*interessi diffus*-

(40) DEL ROSAL: *Fenomenología...*, *op. cit.*, pág. 287.

(41) En contra, CEREZO MIR, J.: «Problemas fundamentales de los delitos contra la seguridad del tráfico», en *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1982, págs. 274 y ss.

(42) Citado por CEREZO, en *op. cit.*, págs. 279 y 280.

(43) En *op. cit.*, págs. 482 y 483.

(44) Cuya disposición adicional octava (modificaciones en la Ley de Uso y Circulación de Vehículos a Motor), además de dar nueva denominación al clásico texto de 21 de marzo de 1968, pasando a denominarse «Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor», sistematiza y especifica toda la materia relativa a la responsabilidad civil derivada del uso de vehículo de motor, siendo claro ejemplo de la especialidad del derecho de tráfico.

(45) MORALES PRATS, F.: «Técnicas de tutela penal de los intereses difusos», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, «Intereses difusos y Derecho Penal», ya citado, en págs. 79 a 81.

si»— se hace patente en sectores en los que se suscita un «entramado organizativo» de actividades peligrosas consentidas —v. gr. seguridad del tráfico—, de modo que el grado de dependencia o accesoriad de la intervención penal dependerá de la dimensión y características de la regulación extrapenal de dicho sector. No obstante, concluye, debe evitarse tanto una excesiva autonomía de los tipos penales, como una excesiva dependencia de las normas extrapenales, que conduce, generalmente a través del mecanismo de las leyes en blanco, a problemas de solapamiento con las normas administrativas.

2.^a Igual juicio crítico merece la continuidad de tipificación de las conductas de tráfico mediante los delitos de peligro, de modo que unas infracciones se construyen como delitos de peligro abstracto (art. 379) o concreto (arts. 381, 382 y 384). En efecto, como sabemos, los tipos penales destinados a tutelar los bienes jurídicos colectivos de referencia individual se articulan como delitos de peligro, si bien, dependiendo de la importancia que se le dé por la sociedad al bien jurídico difuso por la actividad peligrosa a prevenir, la reacción del Derecho Penal es más o menos inmediata ante la acción peligrosa (46).

En aquéllos —ejemplo típico es la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, del actual art. 340.bis, *a*, 1.^o, CP, futuro art. 379 CP—, se trata de delitos de mera actividad, en los que el peligro se anticipa a la acción, según las reglas de la experiencia, de modo que bastará realizar la acción descrita en el tipo para consumar el delito; en éstos, será el órgano judicial el que deba determinar si en el caso concreto, la acción puso en peligro el bien jurídico —ejemplo es el delito contemplado en el actual artículo 340, bis, *a* 2.^o, CP, futuro art. 381 CP de 1995 (conducción temeraria).

Entendemos, por contra, que el Código Penal de 1995 ha perdido otra oportunidad de obviar los problemas que, para la Dogmática del Derecho Penal, plantean los delitos de peligro (47) transformando los delitos de peligro abstracto —art. 379 CP de 1995—, en delitos de imprudencia cuando al autor se le pueda reprochar la lesión del deber, en cuanto que pudo obrar debidamente conforme a su capacidad individual.

(46) Cfr. CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, op. cit., pág. 330.

(47) Cuya solución vendría dada, para Herzog, por las siguientes consignas: ningún delito de peligro sin la probabilidad de una lesión del bien jurídico; ninguna renuncia de sujeción al Derecho Penal de riesgo al injusto del resultado; ninguna subjetivación de la responsabilidad penal por el peligro a través de la idea de la lesión del deber. Cfr. *Límites del Derecho Penal...*, op. cit., pág. 87.

Esta aspiración, surgida en el ámbito de la doctrina alemana (48), e introducida en nuestro país por Quintano Ripollés (49), supone constatar que «*los delitos de peligro no están en condiciones de dar una aclaración satisfactoria del contenido penal si se exige una construcción evidente del resultado*» (Cramer), ya que «*cuando la norma exige tan sólo un comportamiento apto para lesionar, se dota con ello al contenido del injusto de una prohibición de lesión. La renuncia al resultado de lesión significa aquí solamente una agravación de la responsabilidad*» (Brehm).

En conclusión, el límite de los delitos de peligro debe situarse allí donde la responsabilidad penal *ex ante* no pueda fundamentarse en el reproche del comportamiento contrario al deber, cosa que no ocurre en los delitos contra la seguridad del tráfico, en cuyas estructuras existe un deber de actuación tendente a una circulación ordenada, cuya infracción se demostrará en los casos de producción de un resultado material.

3.^a Finalmente, debe ser rechazada, por extravagante, la figura delictiva introducida en el artículo 380 del Código Penal de 1995, la cual castiga al

«conductor que, requerido por un agente de la Autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior, como autor de un delito de desobediencia grave previsto en el artículo 556 de este Código».

El bien jurídico protegido es dudoso, puesto que si fuera el principio de autoridad, ni hubiera sido preciso regular esta negativa expresamente, ni se hubiera incluido en el capítulo dedicado a los delitos contra la seguridad del tráfico. Más bien parece pertenecer a la categoría de los delitos de peligro abstracto-concreto, o «delitos de peligro hipotético», caracterizados porque el peligro suele aparecer como un elemento del tipo —negativa a someterse a la prueba de alcoholemia, lo que impide apreciar su influencia psicofísica—, pero no se establece con claridad contra qué bien habrá de dirigirse el peligro, porque parece dudoso que éste tenga el mismo significado que en los delitos de peligro concreto (50).

(48) Iniciada por CRAMER, P.: *Der Voltranschtatbestand als abstrakes Gefährdungsdelikts*, Tübingen, especialmente las págs. 62 y ss.; y rápidamente aceptada por KAUFMANN, A., en *Unrecht und Schuld beim Delikt der Voltrunkenheit*, publicado en J. Z., 1963, págs. 425 y ss.

Aportaciones más recientes son las de BREHM, W.: *Zur Dogmatik der abstrakten Gefährdungsdelikts*, Tübingen, 1973, págs. 90 y ss.

(49) Quien ha preconizado la exclusión de los delitos de peligro mencionados en el ámbito del Derecho Penal, y su transformación en simples infracciones administrativas, *op. cit.*, pág. 534.

(50) Con un criterio sistemático más acertado, derivado de su especialidad, el «Code de la Route» francés no permite la detención y conducción coactiva del automovilista, ya que no es posible usar la fuerza física para obligar a éste a someterse a las pruebas clínicas, pero, en todo caso, sí prevé la licitud de la inmovilización cautelar del conductor y vehículo, respecto de las personas que se presume en estado alcohólico tras las primeras pruebas de espiración —art. 3—. El artículo 1, por su parte, establece también sanciones a la conducta consistente en la negativa a someterse a las oportunas pruebas, consistente en pena de prisión de un mes a un año y/o multa de 500 a 15.000 francos.

VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA Y CITADA

- BAGOLINI, L.: «Il problema della definizione generale del Diritto», en *Rivista Int. di Filosofia del Diritto*, 1961.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, L.: «El medio ambiente como bien jurídico tutelado», en *El delito ecológico*, Ed. Trotta, Madrid, 1992.
- BERGALLI, R.: «El control penal en el marco de la sociología jurídica», en *Doctrina Penal*, núm. 44, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1988.
- BERISTAIN IPIÑA, A.: «Especialidad del Derecho Penal de Tráfico», en *Rev. de Derecho de la Circulación*, año I, núm. 12, 1964.
- BREHM, W.: *Zur Dogmatik der abstrakten Gefährdungsdelikts*, Tübingen, 1973.
- BOIX REIG et al.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- BUSTOS RAMÍREZ, J.: «Los bienes jurídicos colectivos», en *Control Social y Sistema Penal*, Ed. PPU, Barcelona, 1987.
- *Manual de Derecho Penal Español. Parte General*, Barcelona, 1982.
- CARBONELL MATEU, J. C.: «Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Intereses Difusos y Derecho Penal*, CGPJ, Madrid, 1994.
- CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal español*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990.
- «Problemas fundamentales de los delitos contra la seguridad del tráfico», en *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1982.
- CRAMER, P.: *Der Voltranschattbestand als abstraktes Gefährdungsdelikts*, Tübingen, 1962.
- DEL ROSAL, J.: «Fenomenología del hecho delictivo de la circulación», en *V Congreso Internacional de la Circulación*, Madrid, 1963.
- «Meditación crítica sobre la modificación de los delitos de circulación», en *ADP*, 1968.
- DEL VALLE VILLAR, J. M.: «El derecho a la intimidad del trabajador en el Ordenamiento laboral español», publicado en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992.
- DOVAL PAÍS, A.: «Estructura de las conductas típicas, con especial referencia a los fraudes alimenticios», en *Intereses difusos y Derecho Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994.
- GÓMEZ BENITO, J. M.: «Sobre la teoría del bien jurídico. (Aproximación al ilícito penal)», en *Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 67, Madrid, 1983.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Información sobre los contratos e intimidad», en *Rev. de Trabajo*, núm. 100, año 1990.
- GRACIA MARTÍN, L.: *Proyecto Docente y de investigación en Derecho Penal*, Universidad de Zaragoza, 1990.
- HART, H. L. A.: *El concepto de Derecho*, trad. por GR Carrión, Buenos Aires, 1963.
- HASSEMER, W.: *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973/1980.
- *Fundamentos de Derecho Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1984.
- *Festschrift für Coing*, I. 1982.
- *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, publicado en *Jenseits des Funktionalismus*, CF Müller, Heilderberg, 1989.
- HERRERO TEJEDOR, F.: *Honor, intimidad y propia imagen*, Ed. Colex, Madrid, 1990.
- HERZOG, F.: «Límites del Derecho Penal para controlar los riesgos sociales (una perspectiva crítica ante el Derecho Penal de peligro)», en *Rev. Poder Judicial*, núm. 32, CGPJ, Madrid, 1993.
- KAUFMANN, A.: *Un recht und Schuld beim Delikt der Voltrunkenheit*, JZ, 1963.
- LUMIA, G.: *Lineamenti di teoria del Diritto*, Dott. A. Giuffre Editore, S.p.A., 1973.
- LEGAZ Y LACAMBRA, L.: *Filosofía del Derecho*, Ed. Bosch, Barcelona, 1979.
- MAQUEDA ABREU, M. L.: «La idea de peligro en el moderno Derecho Penal. Algunas reflexiones a propósito del Proyecto de Código Penal de 1992», en *Actualidad Penal*, núm. 26, año 1994.

- MORALES PRATS, F.: «Técnicas de tutela penal de los intereses difusos», en *Cuadernos de Derecho Judicial, «Intereses Difusos y Derecho Penal»*, CGPJ, Madrid, 1994.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal y control social*, Fundación Universitaria de Jerez de la Frontera, 1985.
- PULITANO: «Obblighi costituzionali di tutela penale?», en *Rivista italiana di diritto e Procedura Penale*, 1983.
- QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, tomo IV.
- RODAS MONSALVE, J. C.: *Protección penal y medio ambiente*, Ed. PPU, Barcelona, 1993.
- ROJO AJURIA: *La tutela civil del derecho a la intimidad*, ADC, I, III.
- ROXIN, C. L.: «Sentido y límites de la pena estatal», en *Problemas básicos del Derecho Penal*, Ed. Reus, Madrid, 1976.
- TAPIA: Publicación para el mundo del Derecho. *El nuevo Código Penal*, año XIV, núm. 84.
- TERRADILLOS, J. M.: «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», en *Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 63, Madrid, 1981.

ALGUNOS PROBLEMAS EN LA ACTUALIZACIÓN DE RENTAS

(En torno a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre,
de Arrendamientos Urbanos)

JESÚS IGNACIO FERNÁNDEZ DOMINGO

Doctor en Derecho

Profesor de Derecho Civil. Universidad San Pablo-CEU

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. LA RELATIVA COMPLEJIDAD DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 2.^a: a) *Contradicciones de la regla 2.^a*; b) *El espíritu social de la regla 7.^a*; c) *El «desbloqueo» de la regla 8.^a*; d) *Las dificultades de la regla 9.^a*—2. CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor de una nueva Ley entraña siempre una serie de problemas derivados de la inexperiencia en su aplicación, de la parquedad en las soluciones que generalmente aporta y, sobre todo, de la inexistencia de una Jurisprudencia que haya ido puliendo y adecuando sus preceptos a la realidad en que se desarrolla. Por eso no es de extrañar que, aun existiendo un sinfín de comentarios, urgentes o menos, sobre ella, éstos, generalmente, se limiten a desarrollar el texto articulado, con las previsiones legales y sus posibilidades de actuación y, aun siendo bastante, podría decirse que «no mucho más».

Efectivamente, es después la vida, el propio devenir, el que va planteando la complejidad de las situaciones que, aún previstas tenuemente por el legislador, siempre sorprenden por su frescura, por lo inesperado de sus planteamientos o, sencillamente, por su aplastante lógica.

La nueva Ley arrendaticia, de la cual no vamos a hacer ahora ni una apología ni una crítica sobre su oportunidad o no, ha planteado, ya desde los primeros días de enero, una serie de dificultades que, a nuestro juicio, son interpretativas porque, se quiera o no, incurre en lo que a nosotros nos parecen flagrantes contradicciones. Es decir, que la propia Ley «no se aclara», pese a que todos los comentarios consultados (y son muchos los ya existentes) estén de acuerdo en una misma trayectoria interpretativa. Pero a nosotros, insistimos, esta trayectoria, cuando se desciende al terreno de la praxis, nos falla, o, por lo menos, nos resulta harto más que cuestionable.

Al hacer una serie de cálculos ejemplificadores sobre la actualización de las rentas en los contratos celebrados con anterioridad a 1985, los números se

pieren en una inercia carente de todo sentido. Existe, a nuestro juicio, una contradicción *in spiritu* a la que indirectamente ya hemos hecho somera referencia. Por eso, sin más preámbulos, vamos a pasar a exponer cuál es nuestro particular punto de vista al respecto.

1. LA RELATIVA COMPLEJIDAD DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 2.^a

La disposición transitoria 2.^a, *Contratos de arrendamiento de vivienda celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985*, establece, en su apartado D) sobre actualización de la renta, una serie de normas tendentes a lograr lo que en el propio Preámbulo de la norma se califica como «desbloqueo» de las rentas congeladas. «Para ello —señala— se establece un sistema de revisión aplicable a todos los contratos anteriores al 9 de mayo de 1985, que pretende recuperar las variaciones no repercutidas de la inflación desde la fecha de celebración del contrato o desde la última revisión legal, según proceda».

Dos cosas hemos de tener en cuenta antes de aventurarnos en este terreno tan complejo:

1.^a Acabamos de hablar del Preámbulo de la Ley, equiparable en todo momento a una Exposición de Motivos.

2.^a Estamos considerando una disposición transitoria, con todo lo que ella conlleva de su especial situación.

Visto lo cual, pasamos a contemplar algunas de las cuestiones a que hace referencia el apartado D) de la disposición, concretamente las reglas 2.^a, 7.^a, 8.^a y 9.^a

a) *Contradicciones de la regla 2.^a*

La regla 2.^a, 1, de este punto 11 apartado D) señala que «De la renta actualizada que corresponda a cada período anual calculada con arreglo a lo dispuesto en la regla anterior o en la regla 5.^a, sólo será exigible al arrendatario el porcentaje que resulta de lo dispuesto en las reglas siguientes siempre que este importe sea mayor que la renta que viniera pagando el arrendatario en ese momento incrementada en las cantidades asimiladas a la renta».

Lógicamente, de esta redacción se deduce algo, en principio, importante, y es que si el importe que ya pagaba el arrendatario fuera mayor que el que le correspondería, no debería cobrársele nada. Sin perjuicio de que entremos inmediatamente a considerar el párrafo segundo, queremos hacer hincapié en esta solución que apuntamos y que, por otra parte, parece estar en consonancia con el propio Preámbulo, dado que si de lo que se trata es de descongelar rentas, cuando se paga más de lo que corresponde parece que indica que la renta está actualizada y en modo alguno congelada.

No obstante, para esclarecer dudas, el párrafo segundo hace una puntuación contradictoria, al determinar que «En el supuesto de que al aplicar la tabla de porcentajes que corresponda resultase que la renta que estuviera pagando en ese momento fuera superior a la cantidad que corresponda en aplicación de tales tablas, se pasaría a aplicar el porcentaje inmediatamente superior, o en su caso el siguiente o siguientes que correspondan, hasta que la cantidad exigible de la renta actualizada sea superior a la que estuviera pagando».

Es decir, que de lo que se trata, según parece, es de elevar la renta, como sea; lo cual, a nuestro entender, es claramente injusto, sobre todo teniendo en cuenta que las rentas a que se refieren pueden no hallarse congeladas. Además sí existe una clara contradicción *in terminis* entre lo expresado en el párrafo primero y el segundo, que no complementa, sino que claramente contradice, o desdice, si se quiere, a lo expresado en primer lugar.

Entre el «sólo será exigible... siempre... que sea mayor que la renta que viniera pagando» y cuando «resultase que la renta... fuera superior... se pasaría a aplicar el porcentaje inmediatamente superior, o... el siguiente o siguientes que correspondan, hasta que la cantidad... sea superior a la que estuviera pagando», creemos que existe una gran diferencia, tanto en el tratamiento del arrendatario como en la redacción legal, que peca, a nuestro juicio, de una pésima redacción, porque si lo que pretendía era aumentar la renta a toda costa, no cabe duda que la redacción dada a este primer párrafo es, además de confusa, insuficiente. De *lege ferenda* propondríamos variar la redacción «siempre que este importe sea» por «debiendo ser este importe», con lo que quedaría, en principio, arreglada la contradicción. Y decimos en principio, porque de lo que ahora tratamos es de la contradicción *in terminis*, pero no de otras cuestiones a las que, en breve, nos referiremos.

b) *El espíritu social de la regla 7.^a*

Establece la regla 7.^a lo siguiente:

«No procederá la actualización de renta prevista en este apartado cuando la suma de los ingresos totales que perciba el arrendatario y las personas que con él convivan habitualmente en la vivienda arrendada, no excedan de los límites siguientes:

| Número de personas que convivan en la vivienda arrendada | Límite en número de veces el salario mínimo interprofesional |
|--|--|
| 1 ó 2 | 2,5 |
| 3 ó 4 | 3 |
| Más de 4 | 3,5 |

Los ingresos a considerar serán la totalidad de los obtenidos durante el ejercicio impositivo anterior a aquel en que se promueva por el arrendador la actualización de la renta.

En defecto de acreditación por el arrendatario de los ingresos percibidos por el conjunto de las personas que convivan en la vivienda arrendada, se presumirá que procede la actualización pretendida».

Esta regla no es otra cosa que el desarrollo de la idea, ya expresada en el propio Preámbulo, y que determinaba cómo «En el caso de arrendatarios de bajo nivel de renta, por debajo de dos veces y media, tres o tres veces y media el salario mínimo interprofesional en función del número de personas que habiten en la vivienda arrendada, se excluye la revisión de las rentas mandándose al Gobierno para que en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la ley configure un mecanismo de compensación de naturaleza fiscal para aquellos arrendadores que no hayan podido, por las circunstancias antes señaladas proceder a la actualización de las rentas».

Excepción hecha del palabra «mandatar» cuya significación ciertamente nos escapa, lo que sí puede colegirse, en una interpretación que juzgamos convincente, es la intención clara de la ley de no perjudicar las rentas más humildes, las percepciones retributivas más bajas; todo ello, claro está, cohonestando los intereses, legítimos, de los arrendadores, de ahí que se faculte al Gobierno, o se le exhorte, si tal significa, para que, en el perentorio plazo de un año, haya arbitrado alguna medida de tipo fiscal que compense a los propietarios del hecho de tener como inquilinos a personas de escasos recursos. No vamos a entrar en la filosofía, extraña e injusta, creemos, de por qué ha de esperarse al plazo del año, cuando muy bien podía haberse adecuado toda la normativa desde el mismo momento de entrada en vigor de la Ley.

Por lo demás, nos parece de justicia el planteamiento de la norma, porque, en un juego —o choque— de intereses, como la ley arrendaticia contempla, ha de guardarse la debida moderación, sinónimo de equilibrio. De ahí que toda armonización sea deseable. Ahora bien, la cuestión «fronteriza» siempre ha sido una cuestión espinosa, y en este caso, posiblemente resulte aun más conflictiva.

Efectivamente ¿qué ocurriría si la percepción del arrendatario se redujera en alguna anualidad o si se diera el caso, desgraciadamente nada infrecuente, de que fuera al paro?

Ante esta problemática se ha defendido, y creemos que no de manera acertada, el mantenimiento de la subida de la renta ya operada. A nuestro entender, esto constituye una flagrante contradicción al espíritu de la propia norma, tal y como acabamos de contemplar en su Preámbulo. Una situación sobrevenida también ha de tener su encaje porque, de otro modo, la Ley presentaría unas características de inflexibilidad que la harían indeseable. Una Ley que sólo

contemplara la posibilidad de una subida de renta sería, además de injusta, inconcebible. Y no debemos olvidar que en nuestro país han existido contratos arrendatarios que quedaron congelados por el hecho de contemplar sólo la subida del índice de precios al consumo y no las fluctuaciones, a la alza o a la baja, del mismo.

Por eso somos decididos partidarios de que, en una situación sobrevenida de rebaja del poder adquisitivo, ha de utilizarse el propio mecanismo que la Ley reconoce, aunque ya se hayan efectuado las subidas o actualizaciones de renta correspondientes. Y si el nivel de renta se sitúa por debajo de la proporción de 2,5, 3 ó 3,5 veces el salario mínimo interprofesional, en cualquier momento que se encuentre la actualización, ésta deberá, sin más, interrumpirse.

Ése es, creemos, el sentido que ha de darse a la norma, porque encierra en sí misma un fuerte contenido social, de protección hacia los más necesitados. Cualquier otra interpretación que se haga, en el sentido que sea, resulta, a nuestro modo de ver, desacertada.

c) *El «desbloqueo» de la regla 8.^a*

Sigue señalando la norma cómo «En los supuestos en que no proceda la actualización, la renta que viniese abonando el inquilino, incrementada en las cantidades asimiladas a ella, podrá actualizarse anualmente a tenor de la variación experimentada por el Índice General de Precios al Consumo en los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de cada actualización».

Con ello se está marcando una nueva dimensión a la Ley que, sin dejar el espíritu social que parece animar la disposición, no olvida tampoco el legítimo interés del arrendador y, además de las ventajas fiscales que evidentemente han de corresponderle, consigue también un desbloqueo de las posibles rentas congeladas e intangibles por el nivel de ingresos del arrendatario.

No obstante, la propia norma se confunde al hablar en todo caso de «actualización», no siendo tal. No existe actualización, porque lo impide el escaso poder adquisitivo del arrendatario; mientras que lo que sí se produce es una «adecuación» o «adaptación» al decurso de la vida, a través del IPC.

Evidentemente se trata de una cuestión puramente semántica que no tiene mayor trascendencia, pero es fiel reflejo del descuido con el que se ha tratado a una norma de tan capital importancia como es la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Y en lo que realmente nos importa, tan sólo nos restaría por añadir que en esta regla 8.^a se ha arbitrado una solución que bien pudiera considerarse de compromiso e, incluso, de mero trámite, dado que, realmente, no soluciona apenas nada y, pese a tratarse de un desbloqueo de la renta (quizá el único efecto en cierto modo favorable) a nivel puramente económico no lo es tal, por-

que la adecuación al consumo equivale a una adaptación, resultado de la cual sería la no variación económica y tan sólo numérica de la renta establecida.

d) *Las dificultades de la regla 9.^a*

Finalmente, la regla 9.^a se plantea a través de los términos siguientes:

«La actualización de renta cuando proceda, se realizará en los plazos siguientes:

a) En diez años, cuando la suma de los ingresos totales percibidos por el arrendatario y las personas que con él convivan habitualmente en la vivienda arrendada no exceda de 5,5 veces el salario mínimo interprofesional.

En este caso, los porcentajes exigibles de la renta actualizada serán los siguientes:

| Período anual de actualización a partir de la entrada en vigor de la Ley | Porcentaje exigible de la renta actualizada |
|--|---|
| 1. ^º | 10 |
| 2. ^º | 20 |
| 3. ^º | 30 |
| 4. ^º | 40 |
| 5. ^º | 50 |
| 6. ^º | 60 |
| 7. ^º | 70 |
| 8. ^º | 80 |
| 9. ^º | 90 |
| 10. ^º | 100 |

b) En cinco años, cuando la indicada suma sea igual o superior a 5,5 veces el salario mínimo interprofesional.

En este caso, los porcentajes exigibles de la renta actualizada serán el doble de los indicados en la letra a) anterior.»

Teóricamente, esta regla no presenta ninguna dificultad, porque ni siquiera podemos decir de ella que se ampare en extraños tecnicismos. Lo único que hace es señalar un mecanismo, por otra parte bastante sencillo, de actualización. Una vez conocido el porcentaje del IPC aplicable desde la fecha del contrato, se va añadiendo porcentualmente según sea el poder adquisitivo del arrendatario, en un período que oscila entre los diez y los cinco años.

El problema surge, sin embargo, al poner en relación esta regla 9.^a con lo que ya se había considerado en la regla 2.^a, 2.

En efecto, ambas normas son contradictorias, o pueden serlo, y, en este caso, necesariamente ha de primar la una sobre la otra. Doctrinalmente, existe

ya una tendencia a considerar prevalente lo establecido en la regla 2.^a (1), lo que, sin embargo, no nos satisface por estar, creemos, en contradicción con lo que ya se había determinado en el Preámbulo de la Ley.

Se ha dicho que estamos ante un mínimo de exigibilidad, lo cual no es del todo exacto, dado que los arrendadores no están obligados a incrementar la renta, la propia transitoria determina cómo «podrá ser actualizada a instancia del arrendador...», y no que deba serlo; por lo tanto no creo que en puridad pueda hablarse de mínimos exigibles, dado que lo que aquí existe es una contraposición de intereses. Además, dar prevalencia a una regla sobre la otra, llevaría a una situación artificiosa y que, nos parece, no es precisamente la querida por la Ley.

Veamos:

Consideremos, por ejemplo, un contrato celebrado en 1968, y suscrito por una persona, actualmente pensionista, que apenas rebasa las 2,5 veces el salario mínimo interprofesional. Por esa exigua cantidad ya sí se le puede incrementar la renta. La renta inicial pactada fue de 1.500 pesetas y, en enero de 1995, por cantidades asimiladas, subidas, etc, se está satisfaciendo la cantidad de 17.500 pesetas.

Teniendo en cuenta que la diferencia del IPC desde 1968 es del 1.301 por 100, tendríamos:

Renta inicial pactada: 1.500 pesetas.

Incremento de renta: 19.515 pesetas.

Renta total actualizada: 21.010 pesetas.

Efectivamente, dada la percepción del pensionista, que supera escasamente las 2,5 veces (en cantidad bruta), le correspondería una actualización en diez años. Pero, dada la regla 2.^a, 2, todo ello se transformaría de la siguiente manera:

Para el primer año, el 10 por 100 arrojaría un total de 3.451 pesetas.

Para el segundo, el 20 por 100 daría un total de 5.402 pesetas.

El tercer año, el 30 por 100 de incremento ascendería a un total de 7.353 pesetas.

(1) *Vid.*, por ejemplo, ALBÁCAR LÓPEZ, en *Ley de Arrendamientos Urbanos. Comentarios a la nueva ley y legislación vigente*, Ed. Trivium, Madrid, 1994, pág. 213, donde textualmente se dice: «... tanto en los casos en que el incremento de la renta se hace en cinco años, como en aquéllos en que se distribuye a lo largo de un plazo de diez, la cantidad a reclamar de acuerdo con las especificaciones hasta aquí consignadas tiene el carácter de mínimo exigible. Y por ello, cuando la renta que sin la aplicación de tales procedimientos de actualización viniera abonando ya el arrendatario fuera superior a la que le correspondería por la anualidad en que se esté, se pasará a la siguiente o siguientes, de tal forma que la renta actualizada a percibir resulte superior a la que hasta entonces abonaba. Con lo que, obviamente, se acortarán los plazos previstos para llegar a la exacción del 100 por 100 de la renta actualizada...».

Para el cuarto año, el 40 por 100 arrojaría un total de 9.304 pesetas.

Para el quinto, el 50 por 100 daría la cantidad de 11.255 pesetas.

Para el sexto, ya al 60 por 100, sería de 13.206 pesetas.

Para el séptimo, el 70 por 100 daría 15.157 pesetas.

Para el octavo, el 80 por 100 daría 17.108 pesetas.

Para el noveno, el 90 por 100 arrojaría la cantidad de 19.059 pesetas, que sería, según la regla 2.^a, la cantidad inmediatamente aplicable, por superar la renta actual.

Finalmente, el décimo año, el 100 por 100, quedaría en un total de 21.010 pesetas.

Es decir, que la actualización que debería realizarse en el año 2004, va a concluir en enero de 1996. Y eso sin contar los demás incrementos que pueden repercutirse sobre el inquilino.

Esto sólo puede llevarnos a una reflexión ¿es eso, realmente, lo que quería la Ley?

No creemos que sea así porque, de otro modo, no tendrían sentido las reflexiones que se han hecho respecto de los niveles de renta y la división en cinco o diez años que los tiene presentes. Además, hay algo que, a nuestro parecer, se muestra en franca contradicción con los principios animadores de la norma; nos estamos refiriendo de nuevo a lo explicitado en el Preámbulo, cuando señala que «Esta revisión no se produce de manera inmediata sino gradual, incrementándose el número de años en que se produce la revisión total en función inversa de la renta del arrendatario, posibilitando a los arrendatarios de menor nivel económico a que adapten sus economías a la nueva realidad».

Está claro que esto en modo alguno se consigue con la aplicación de la regla 2.^a, 2; máxime si tenemos en cuenta que la renta que hemos considerado a título de ejemplo, estaría, según los cálculos más correctos, más que suficientemente actualizada y por supuesto, desbloqueada. ¿Es pues necesaria la aplicación inmediata de la regla 2.^a o debe prevalecer la regla 9.^a? Nuestra opinión al respecto está clara, aun hallándonos enfrentados a la incipiente doctrina que ya se ha manifestado sobre estos aspectos, creemos que debería prevalecer la regla 9.^a, y que la actualización de la renta que hemos exemplificado, ya suficientemente actualizada, no debería variarse hasta el noveno año, esto es, el año 2003, porque toda otra interpretación, o la aplicación de la regla 2.^a daría al traste con la intencionalidad legal, ignoraría el factor retributivo del arrendatario, que es, precisamente el que parece haberse tenido en cuenta en todo momento, no consideraría los plazos que se han determinado legalmente y, en definitiva, tan sólo llevaría a un afán de incremento de renta que no creemos sea lo que subyace en toda la regulación.

2. CONCLUSIÓN

Conscientes de que se trata de una visión claramente parcial de la norma, y conscientes también, como apuntábamos al principio, de que se trata en todo caso de una disposición transitoria, no nos queda más remedio que concluir estas pequeñas reflexiones haciendo algunas apostillas.

Toda disposición transitoria ha de tener, como señala su propio nombre, una transitoriedad, lo que conlleva también un tiempo necesario de desarrollo. Tiempo que, claramente, se ha determinado ya en sus reglas. No obstante, la redacción, y la aplicación, de la regla 2.^a, 2, resulta, o puede resultar, un obstáculo insalvable para que ello se lleve a efecto. No nos resulta convincente el argumento del mínimo exigible, porque podemos ampararnos en otra idea, la inicial de desbloqueo, para invalidarlo, y tampoco podemos estar de acuerdo con la inercia de desentendernos alegremente de la regla 9.^a por un único afán de incremento de renta que no es, o así nos parece, la exclusiva finalidad de la Ley. Máxime que, si las rentas están desbloqueadas, como sucede en el ejemplo antepuesto ¿qué necesidad habría de actualizar, sobre todo si se está ya pagando más de lo que correspondería en justicia, según la percepción de nuestro arrendatario?

Por eso, y pese a que sea otro el sentir al respecto, nos inclinamos por dar primacía a la regla 9.^a, considerando a todas luces desacertada la regla 2.^a, 2, que tan sólo introduce un elemento de confusión, invalidante de una situación a todas luces más justa y más equilibrada.

Creemos que sí será de aplicación la regla 2.^a, 2, en aquellos supuestos en que las rentas se hallen congeladas, porque es ése, y no otro, su cometido; y que será de aplicación la regla 9.^a en los restantes supuestos, porque tal es, o así lo parece, el espíritu de la norma, si hemos de atender a su poco o mal desarrollado Preámbulo, dado que no es éste el único caso de flagrante contradicción entre lo que aquél explicita y lo que ha desarrollado después el articulado.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS COAUTORES, CÓMPlices, ENCUBRIDORES Y RECEPtaDORES (Comentario al artículo 116 del Código Penal de 1995)

LUIS RODRÍGUEZ SOL

Abogado Fiscal de la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la corrupción

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS PRESUPUESTOS DEL ARTÍCULO 116.1 CP.—III. PRESUNCIÓN DE IGUALDAD DE CUOTAS.—IV. SOLIDARIDAD Y SUBSIDIARIEDAD: EL ARTÍCULO 116.2 CP.—V. POSICIÓN DEL ENCUBRIDOR Y DEL RECEPtaDOR.—VI. DERECHO DE REPETICIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El delito, contemplado en su más amplia acepción como cualquier género de infracción criminal, ha sido desde antiguo considerado, además de presupuesto de hecho que lleva aparejada como consecuencia jurídica una pena, fuente de obligaciones civiles (1).

El género de las obligaciones *ex delicto* está recogido en nuestro Código Civil en su artículo 1.089 al hacer referencia a «los actos y omisiones ilícitos», y más expresamente en el artículo 1.092 al determinar que «las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal».

Es ésta una particularidad de nuestro ordenamiento jurídico, la de incluir la regulación de la responsabilidad civil nacida del delito en el propio cuerpo penal sustantivo, estableciendo reglas particulares diversas de las previstas en el Código Civil para las restantes obligaciones (2).

(1) La tradicional clasificación cuatripartita de las fuentes de las obligaciones aparece en D. 44, 7, 5 (fragmento tomado de las supuestas *res cottidianaes sive aureae* de Gayo) y, con mayor nitidez, en las Instituciones de Justiniano del *Corpus Iuris Civilis*.

(2) Como afirma CUELLO CALÓN, la solución que adopta nuestro Código Penal no es lógica en un planó puramente jurídico, pero está inspirada en la práctica realización de la justicia y, en particular, se orienta a la protección de la víctima. La regulación de la responsabilidad civil *ex delicto* en la propia norma penal, que tiene precedentes en las Partidas, ha inspirado los códigos penales de numerosos países iberoamericanos. Cfr. CUELLO CALÓN: *Derecho Penal*, tomo I (Parte General), vol. II, 16.^a ed., 1974, págs. 750-752.

Sin embargo, otros ordenamientos europeos siguen el sistema lógico de remisión a las leyes civiles. Por citar un ejemplo, podemos decir que el Código Penal italiano, en su artículo 85, remite directamente la regulación de las obligaciones de restitución y resarcimiento nacidas del delito a las normas del Código Civil. Son los artículos 2.043 y siguientes del Código Civil para la restitución, y 2.047 y siguientes del Código Civil para el resarcimiento del daño.

Entre la normativa rectora de la responsabilidad civil *ex delicto* que recoge el Código Penal español, revisten especial interés aquellos preceptos que regulan el problema que se suscita cuando son varias las personas criminalmente responsables de un mismo delito, esto es, el artículo 116 de dicho Código (3).

Es éste un problema que fue afrontado por el Derecho Romano, en el cual se aplicó ya la regla de la solidaridad entre todos los responsables del delito. En la época clásica, el lesionado podía ejercitar su acción contra cualquiera de los coautores de un acto ilícito cometido en común y reclamar la indemnización en su totalidad a cada uno de ellos. El principio de la responsabilidad solidaria como se entiende hoy en día lo recoge el derecho justiniano, al establecer que el cumplimiento, por parte de uno de los obligados, de lo debido por razón del delito producía la extinción de la obligación (4), si bien no se conoce que existiese una acción a favor del que pagó para resarcirse a costa de los correos en su parte proporcional.

Tras este brevísimo apunte histórico, vamos a ocuparnos detenidamente en analizar la normativa española vigente acerca de las responsabilidades civiles de los partícipes en el delito.

II. LOS PRESUPUESTOS DEL ARTÍCULO 116 DEL CÓDIGO PENAL

El artículo 116.1 del Código Penal determina:

«1. Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito o falta, los Jueces (5) o Tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno.»

(3) Esta norma refunde en un solo artículo los anteriores artículos 19, 106 y 107 del Código Penal derogado, con la única particularidad relevante (y lo es mucho) de que se omite toda referencia a los encubridores, que han dejado de ser considerados partícipes del delito *stricto sensu*.

(4) Cfr., entre otros, P. JÖRS-W. KUNKEL: *Derecho Privado Romano*, § 131.3. El régimen de responsabilidad acumulativa del período clásico se asentaba en el carácter sancionador, de multa privada, de las acciones penales, incluso de aquéllas que, como la *Actio legis Aquiliae*, perseguían la reparación del daño por no ser acumulables con la acción reipersecutoria.

(5) En el Código Penal anterior, el artículo 106 sólo mencionaba a los «tribunales», con olvido de los «jueces», pese a que la referencia que en el precepto se hacía a los «tribunales» comprendía obviamente a los jueces unipersonales: tanto el Juez de lo Penal que falla en el procedimiento abreviado creado por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, como el Juez de Instrucción que enjuicia las faltas, e incluso el Juez de Paz cuando enjuicia aquellas faltas en las que es competente en el territorio de su jurisdicción (párr. 1.º del art. 14 de la LCrim, que no ha sido ni modificado ni expresamente derogado por la Ley Orgánica 10/1995).

Podemos establecer, por tanto, como presupuestos de hecho para la aplicación de este artículo, los siguientes:

- a) Una pluralidad de personas penalmente responsables;
- b) Un mismo hecho delictivo;
- c) Una obligación civil divisible derivada del delito.

Vamos a analizarlos separadamente, sin perjuicio de hacer previamente una precisión terminológica, referida al significado de la expresión «cuota», que indica una parte sobre el total, sin necesidad de determinar una cantidad concreta de la que se haga responsable cada uno de los partícipes. De otro modo sería inconciliable el artículo 116 del Código Penal con lo establecido en el artículo 115 del Código Penal *i.f.*, que permite a los Jueces y Tribunales establecer en sus resoluciones simplemente las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, dejando la fijación concreta de dicha cuantía para el momento de la ejecución de la resolución (6).

A) *Pluralidad de responsables*

De acuerdo con el mencionado artículo 116 del Código Penal son responsables civilmente de un delito o falta, todos los que lo sean criminalmente, es decir, los comprendidos en la dicción del artículo 27: autores y cómplices, con excepción de los encubridores, ya que el encubrimiento es ahora un delito autónomo (7).

No todo irresponsable penalmente lo es también civilmente. Por ello, hay otras personas que sin ser responsables penales pueden también ser responsables civilmente de un delito o falta, los previstos en los artículos 118 (8) y

(6) Téngase en cuenta también que el artículo 793.4 de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal *i.f.*, en el ámbito del procedimiento abreviado, no admite como causa de suspensión la falta de la tasación de daños u otra circunstancia de análoga significación, difiriendo la determinación cuantitativa de la responsabilidad civil al trámite de ejecución, fijándose en la sentencia las bases de la misma. En estos casos, nada impide la fijación en la sentencia de la cuota correspondiente a cada uno de los responsables, quedando la cantidad concreta sobre la que haya de ser calculada a resultas del incidente previsto en la regla 1.^a del artículo 798 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(7) El encubrimiento, que ha dejado de ser una forma de participación, está ahora regulado en los artículos 451 a 454 del Código Penal y enmarcado en el capítulo III «Del encubrimiento» del título XX «Delitos contra la Administración de Justicia» del libro II.

(8) Este precepto establece reglas particulares para determinar la responsabilidad civil en los supuestos de exención de responsabilidad criminal por causas de imputabilidad o inculpabilidad, ya que dichas eximentes, a diferencia de lo que sucede con las causas de justificación (en este sentido es criticable que no haya hecho distinción al incluir el estado de necesidad entre el estado exculpante y la causa de justificación), no eximen de responsabilidad civil.

siguientes del Código Penal, pero el artículo 116 del Código Penal no se refiere a ellos, pues no son responsables criminalmente (9).

En este sentido, también la doctrina entendió que el antiguo artículo 106 (hoy 116.1) del Código Penal se refería únicamente a autores, cómplices o encubridores, puesto que eran los únicos que aparecían en el antiguo artículo 107 (hoy 116.2, que ya no menciona a los encubridores) del Código Penal (10).

Se puede plantear también la cuestión acerca de si están incluidos en el artículo 116 del Código Penal aquellos que, siendo civilmente responsables, están amparados por la excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal (11). La respuesta es distinta dependiendo del momento procesal en que se aprecie la excusa.

Si se ha acordado el sobreseimiento libre del artículo 637.3.^o de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la respuesta es negativa (12). El fundamento parece claro: no se puede condenar al pago de una cuota a quien no ha adquirido la condición de parte procesal en el juicio, por no haberse podido dirigir contra él la acción penal. En el concreto ámbito del procedimiento abreviado, el artículo 790. 3.^o de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé expresamente la continuación del juicio a los solos efectos de adopción de medidas de seguridad y determinación de la responsabilidad civil, en los supuestos de sobreseimiento por exención de responsabilidad penal conforme a los números 1.^o, 3.^o, 7.^o y 10 del artículo 8 del Código Penal (en la actualidad, habrá que entender números 1.^o, 2.^o, 3.^o, 5.^o y 6.^o del artículo 20 del Código Penal), por lo que entendemos debe interpretarse *a contrario* que el sobreseimiento libre basado en la apreciación

(9) La Ley de Contrato de Seguro, de 8 de octubre de 1980, estableció un nuevo género de responsabilidad, directa (solidaria por tanto y no subsidiaria), de las compañías aseguradoras en los supuestos de daños a terceros por parte del asegurado. Este nuevo género de responsabilidad civil tiene ahora además un reconocimiento expreso en el artículo 117 del Código Penal, cuya dicción literal es la siguiente: «Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda.»

(10) Cfr. CÓRDOBA RODA: *Comentarios al Código Penal*, tomo II, 1972, pág. 595; en el mismo sentido, MANZANARES SAMANIEGO y ALBÁCAR LÓPEZ: *Código Penal (Comentarios y jurisprudencia)*, 1990, pág. 499.

(11) Este artículo reproduce sustancialmente el contenido del antiguo artículo 564 del Código Penal, si bien el ámbito de la excusa absolutoria tiene ahora mayor limitación entre los cónyuges (no es aplicable si están separados legalmente o de hecho) y mayor amplitud para los hermanos (no es preciso que vivan juntos).

(12) Cfr. CÓRDOBA RODA: *Op. cit.*, pág. 596, quien, en apoyo de esta tesis, cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1948. En el mismo sentido se pronuncia, entre otros, VÁZQUEZ IRUZUBIETA en *Doctrina y jurisprudencia del Código Penal*, 1988, pág. 460.

de la excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal impide ejercitar exclusivamente la acción civil contra la persona amparada por ella, sin perjuicio, en el caso de ser varios los responsables, del derecho de repetición que contra él asistiría en la vía civil a los que resultasen efectivamente condenados.

Por el contrario, si se ejercitan conjuntamente la acción civil y la penal contra un acusado, y posteriormente la apreciación de la excusa es determinante del pronunciamiento absolutorio, la jurisprudencia más reciente es partidaria de que sea el propio Juez o Tribunal penal quien condene al acusado absuelto al pago de las responsabilidades civiles. Como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1992, recogiendo argumentos que ya estaban expuestos en las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1972 y 10 de mayo de 1988: «Ejercitada la acción penal, conjuntamente con la civil... no hay obstáculo alguno para que el tribunal del orden penal, junto con el pronunciamiento absolutorio del acusado del delito imputado, por juego de la excusa, determine la pertinente responsabilidad civil y fije la correspondiente indemnización, si existen datos suficientes para su concreción, pues resultaría ilógico y contrario a la economía procesal remitir a los interesados a un ulterior juicio civil.»

De forma congruente con el criterio anteriormente mencionado, el actual artículo 119 del Código Penal, determina que, en los casos en que el Juez o Tribunal dicte sentencia absolutoria por estimar la concurrencia de alguna de las causas de exención previstas en los números 1.^º, 2.^º, 3.^º, 5.^º ó 6.^º del artículo 20 del Código Penal, «procederá a fijar las responsabilidades civiles salvo que se haya hecho expresa reserva de las acciones para reclamarlas en la vía que corresponda». En cualquier caso, determinada la cuota de responsabilidad civil del penalmente irresponsable, no le serán de aplicación las reglas particulares de solidaridad y subsidiariedad previstas en el artículo 116 del Código Penal, y no responderá en tales conceptos respecto de las cuotas de las restantes personas penal y civilmente responsables. Para armonizar este criterio con la necesaria protección de la víctima, principio inspirador de toda la regulación legal en esta materia, habrá que considerar que, por el contrario, sí responden solidaria o subsidiariamente (según los casos) con el irresponsable penal respecto de su cuota los responsables penales, ya que, de otro modo, en caso de insolvencia del irresponsable penal, la declaración con expresión concreta de una cuota de la responsabilidad civil de éste, salvo que se fijase como subsidiaria de la de los responsables penales, no sólo no beneficiaría, sino que perjudicaría a la víctima.

B) *Un mismo hecho delictivo*

Aunque la literalidad del precepto se refiere al delito o falta, la identidad se debe predicar del hecho en que han intervenido los diversos partícipes,

siendo irrelevante la dispar calificación jurídica que el hecho pueda tener para los distintos responsables, por integrar diversos tipos penales. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1960 habla claramente de «*hecho* constitutivo de delito o falta», resolviendo un supuesto en el que el hecho era calificado de distinto modo para los partícipes, como homicidio o parricidio, en función del parentesco que éstos tenían o no con la víctima (13).

El delito o falta puede ser tanto de los tipificados en el Código Penal como de los contemplados en una ley especial.

Especial interés presenta el capítulo de las infracciones culposas o imprudentes. Aquí hay que distinguir aquellas en que cabe hablar de una «acorde voluntad de descuido», de aquellas otras en que no existe tal concierto previo. En opinión de Córdoba Roda, sólo en las primeras se podría aplicar en puridad el artículo 116 del Código Penal, e ilustra el supuesto con el ejemplo del arquitecto y el contratista que se ponen de acuerdo para emplear materiales defectuosos en la construcción (14). En los restantes casos, las acciones imprudentes coincidirían en la realización del delito o falta, pero serían hechos distintos, imputable cada uno de ellos a su respectivo autor.

La cuestión reviste una gran transcendencia, dados los numerosos casos de accidentes de tráfico en que se da una pluralidad de conductas culposas. La jurisprudencia, guiada por lo que se ha venido a denominar una «interpretación objetivo-causalista», aplica la norma del actual artículo 116 del Código Penal a todos los accidentes de tráfico, siempre que, además de dos o más responsables a título de culpa, exista un tercero perjudicado. Es la constante y reiterada jurisprudencia que recoge, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1966 cuando habla de delitos atribuidos a los culpables respectivamente y de delitos que fueron concomitantes a un resultado común, admitiendo, por tanto, que se trata de hechos y delitos distintos. Sin embargo, alguna sentencia más reciente, como la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de septiembre de 1991, habla de unidad de delito al tiempo que sostiene la misma doctrina: «siempre que como consecuencia de la realización de varias acciones culposas no unidas entre sí por una acorde voluntad resulten daños, lesiones o muerte para terceros, la distribución de cuotas se apoya en la atribuibilidad del resultado en cuanto responsables de un mismo delito o falta, entendiendo así la doctrina de esta Sala que las diferentes actuaciones

(13) Cfr. MANZANARES SAMANIEGO y ALBÁCAR LÓPEZ: *Op. cit.*, pág. 499. La misma solución sería aplicable a otros supuestos, como p. ej. y también conforme al antiguo Código Penal, aquél en que el funcionario público cometiese la malversación culposa del artículo 395 del Código Penal, y el particular un delito de hurto del artículo 514 del Código Penal. El problema es poco probable que se suscite desde la entrada en vigor del nuevo Código Penal, en el que han desaparecido tanto el parricidio como la malversación culposa.

(14) Cfr. CÓRDOBA RODA: *Op. cit.*, pág. 597.

han contribuido a la causación de un resultado lesivo por su concomitancia a un común resultado».

Alguna sentencia antigua estimó que el entonces vigente artículo 106 del Código Penal era aplicable siempre que hubiese varias personas civil y criminalmente responsables, y no una sola, siendo indiferente que no existiese un tercero perjudicado, sino tan sólo perjudicados recíprocamente (STS 10-X-1953). No obstante, como ya indicamos *supra*, esta posición viene contradicha por la prácticamente unánime jurisprudencia (15), la cual afirma que en el caso de daños recíprocos, imprudentemente causados, cada responsable asume sus propios daños. Esto, lógicamente, siempre que se aprecie el mismo grado de negligencia en ambos conductores, porque «a negligencias de distinta gradación concurrentes a la producción del daño, deben corresponder cuotas de distinta cantidad en proporción al grado de culpabilidad» (STS 22-XII-1978).

Para este supuesto de daños culposos recíprocamente causados, Gómez de Liaño ofrece cuatro posibles soluciones:

- a) Que cada penado asuma sus propios daños (SSTS 1-XII-1966, 19-I-1967, 3-V-1967).
- b) Que cada uno afronte el daño causado a su adversario.
- c) Que cada uno afronte una fracción del daño graduada a la intensidad culposa de su conducta (SSTS 21-X-1966 y 6-V-1967).
- d) Que los dos contribuyan por mitad a la totalidad del daño.

En opinión del citado autor, la tercera solución tiene la ventaja de ser «en puridad de principios la más adecuada a la estructura general de la responsabilidad culposa, siendo una transposición al plano cuantitativo de la doctrina de la culpabilidad» (16). Efectivamente es, junto con la tesis expuesta en primer lugar (que debe reservarse exclusivamente para los casos de concurrencia de culpas de idéntica intensidad), la que ha sido acogida por nuestra jurisprudencia, relegando las restantes al terreno del debate puramente doctrinal.

Tampoco en los daños culposos causados recíprocamente, cabe establecer una responsabilidad civil subsidiaria, a tenor del artículo 120.5.^º del Código Penal (17) (anteriormente, se fundamentaba en el más genérico art. 22 CP), por parte de los propietarios de los vehículos, sino que «en caso de concurrencia de culpas, e insolvencia de los conductores, cada propietario soporta su

(15) *Vid.*, entre otras, SSTS 3-III-1965, 7-VI-1965 y 11-III-1966.

(16) Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F.: *La responsabilidad en el uso de vehículos a motor*, 1991, pág. 86.

(17) El citado precepto reza: «Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: ... 5.^º Las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos o faltas cometidos en la utilización de aquellos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas.»

propio daño, por no establecerse solidaridad en este caso, ni alcanza la responsabilidad civil subsidiaria a tercera persona» (STS 20-V-1976).

C) *Una obligación divisible*

Para que el Juez o los Tribunales puedan cumplir el mandato que les impone el artículo 116 del Código Penal, parece claro que debe tratarse de una obligación divisible, pues de lo contrario resultaría imposible establecer cuotas.

En una primera observación, resulta que las únicas modalidades de responsabilidad civil que admiten división en cuotas son las de los números 2.^º y 3.^º del artículo 110 del Código Penal (antiguo art. 101 CP): la reparación del daño causado y la indemnización de perjuicios (materiales y morales) (18). A éstas habría que añadir también la restitución (núm. 1.^º del art. 110 CP) cuando de dinero se trate, dado que una numerosa y reciente jurisprudencia admite que la restitución puede ser de cantidades pecuniarias, es decir de dinero o numerario (STS 15-II-1986, entre otras). En estos casos, siendo dos o más los responsables civiles del delito, cuando se trata de restituir una cantidad de dinero, lo relevante, a la hora de establecer las cuotas, debe ser la proporcionalidad con la participación en el lucro o beneficio ilícito (STS 11-III-1988).

La obligación de restituir un cuerpo cierto y determinado, no puede obligar a todos los partícipes por igual, sino obviamente a aquél que lo tenga en su poder (19). En el caso de que la cosa se haya perdido, la obligación ya no será de restituir, sino de reparar o indemnizar, en cuyo caso entrará en juego el artículo 116 del Código Penal, independientemente de que la pérdida se haya producido por culpa exclusiva de uno de los responsables. Esto último es algo que afectaría únicamente al ámbito interno de la relación solidaria, y no a la relación conjunta que se establece frente al perjudicado.

Tampoco serán de aplicación las reglas del artículo 116 del Código Penal cuando el obligado a restituir haya sido un tercero que adquirió la cosa por un medio legal. El párrafo primero del artículo 111 del Código Penal (20) habla en este caso de «repetición contra quien corresponda», por lo que la responsa-

(18) Cfr. CÓRDOBA RODA: *Op. cit.*, pág. 597. La nueva redacción del artículo 112 especifica: «La reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por el mismo o ejecutadas a su costa.» Sobre la divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones de hacer o de no hacer, *vid.* artículo 1.151 del Código Civil.

(19) Cfr. CUELLO CALÓN: *Op. cit.*, págs. 764-765.

(20) El nuevo precepto introduce, frente al antiguo artículo 102 del Código Penal, la exigencia de buena fe en la adquisición por tercero no responsable, y le reconoce expresamente, junto con el derecho de repetición, «en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito o falta».

bilidad civil deberá fijarse en función de la particular relación existente entre el tercero desposeído y el responsable o responsables que le transmitieron la cosa. Incluso cuando se trate de tercero que adquirió a título lucrativo, si se perdió la cosa, queda obligado al resarcimiento hasta la cuantía de su participación (art. 122 CP). Consideramos que esta obligación debe entenderse como solidaria en relación con la de los responsables penales (21), sin que se deba deducir la cantidad en que se benefició el tercer adquirente para calcular la cantidad sobre las que se deben establecer las cuotas de los culpables (22). Este criterio es acorde con el que, como veremos *infra*, se mantiene respecto al receptor (no en vano a la figura del antiguo artículo 108 del Código Penal y del vigente artículo 122 del Código Penal se le denomina *receptor civil*).

III. PRESUNCIÓN DE IGUALDAD DE CUOTAS

Vistos los presupuestos fácticos necesarios para la aplicación del artículo 116 del Código Penal, vamos a detenernos ahora en el análisis del mandato que contempla. Dice textualmente: «... los Jueces o Tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno». Ahora bien, ¿cuál es la consecuencia de la omisión por parte del Juzgador de tal obligación? La jurisprudencia coincide en afirmar que en tal caso las cuotas se deben presumir iguales si es el mismo el delito (idéntico título de imputación) e idéntico o semejante el grado de participación. Las sentencias pronunciadas en este sentido son numerosísimas. El hecho de fijar el Juez o Tribunal de instancia una cantidad única, no tiene más trascendencia que la de entender atribuida la responsabilidad civil por partes iguales.

Si hay distintos delitos, cada uno de los cuales lleva aparejada su propia responsabilidad civil, no es posible aplicar las reglas del artículo 116 del Código Penal. Otro caso es el que existe cuando los delitos son diferentes entre sí, pero todos ellos han contribuido al daño que ha de ser reparado, como ocurre en el caso de malversación unida a un conjunto delictivo de falsedad y estafa

(21) QUINTANO RIPOLLÉS (*Curso de Derecho Penal*, tomo I, pág. 562), la denomina responsabilidad concurrente solidaria directa, y aclara que es sólo relativamente solidaria, en el sentido de limitada la solidaridad del partícipe a título lucrativo por la cuantía de su participación en el beneficio económico.

(22) En caso contrario se llegaría al absurdo que señala ANTÓN ONECA (*Derecho Penal*, 1986, pág. 658) de hacer soportar al perjudicado las consecuencias de la insolvencia del partícipe inculpable. Por ello afirma que hubiese sido mejor que la responsabilidad del artículo 108 (hoy artículo 122) del Código Penal hubiera tenido carácter subsidiario en relación con la principal de los culpables. Manteniendo la tesis de la solidaridad hasta el límite de la participación (de modo similar a como se establece la responsabilidad de las compañías aseguradoras hasta el límite de cobertura del seguro) se evita tal absurdo y se refuerza más la posición de la víctima.

que causan un perjuicio patrimonial al Estado. «En estos casos, en primer término han de señalarse las cuotas de responsabilidad civil correspondientes a cada hecho delictivo, con arreglo a criterios que tratarán de establecerse en el supuesto concreto (incidencia causal de cada hecho delictivo en el resultado a indemnizar, mayor o menor antijuricidad de cada uno de ellos, reprochabilidad de los comportamientos punibles, si el delito fue doloso o culposo, si hubo o no enriquecimiento), que el Tribunal, como siempre habrá de razonar. Y luego, dentro de cada delito, si hay varios copartícipes, habrán de señalarse nuevamente otras cuotas para distribuir entre éstos. Todo ello sin perjuicio de las normas que para la subsidiariedad y la solidaridad dispone el artículo 107 (en la actualidad habrá que interpretar 116.2) del Código Penal» (STS 4-IX-1991).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1982 justifica la imperatividad del artículo 116 del Código Penal en la responsabilidad solidaria de los deudores, ya que al poder resultar que uno solo de los partícipes tenga que satisfacer la cuota de los insolventes, es indispensable conocer el importe de sus cuotas, dado que el partícipe que paga se reserva el derecho de repetición. En el mismo sentido se pronuncian las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1956, 30 de septiembre de 1958, 1 de abril de 1965, 26 de septiembre de 1968 y 29 de octubre de 1971.

Una razón argumentada para explicar la presunción de igualdad es la analogía con el criterio seguido para el pago de las costas. Del mismo modo que si, siendo dos los autores y nada se dice acerca de las costas, éstas se entienden asignadas por mitad a cada uno de ellos, la responsabilidad civil se reparte igualmente entre ellos por mitad (STS 30-VI-1977). Y la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1982 sienta el mismo criterio: reparto al 50 por 100 al igual que las costas (23).

Otra razón expresamente citada por el Tribunal Supremo para justificar la presunción de igualdad es la aplicación analógica del artículo 1.138 del Código Civil. Así lo hace, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1987, con una referencia expresa, junto al anterior, al artículo 4.3 del Código Civil.

Las cuotas se presumen iguales siempre que los copartícipes sean encuadrables en una misma categoría de las mencionadas en el artículo 27 del Código Penal (24) [autores o cómplices (25)], independientemente, en el caso de los autores, de que el título de su participación corresponda al de autor en sen-

(23) Sin embargo, la solidaridad del artículo 116.2 del Código Penal no se extiende a las costas (STS 9-V-1985).

(24) La diferencia con el antiguo artículo 12 del Código Penal es la desaparición de los encubridores como personas responsables criminalmente de los delitos o faltas.

(25) En sede de complicidad, el nuevo artículo 29 del Código Penal reproduce literalmente el contenido del derogado artículo 16 del Código Penal.

tido estricto [párr. primero del art. 28 CP, que también introduce expresamente la coautoría y la figura del autor mediato (26)] u otro de los equiparados a la autoría [letras *a*) y *b*) del citado art. 28 CP (27), que definen respectivamente al inductor y al cooperador necesario] (28).

El problema puede plantearse cuando el grado de participación es distinto, esto es, concurren con el autor o autores, uno o varios cómplices. Existe una vía que permite solucionar estos casos: el recurso de casación por infracción de ley previsto en el artículo 849.1.^º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1963 admite que «si bien es cierto que la cuantía de la indemnización fijada por razón del delito no es materia de casación, puede serlo la fijación de las cuotas de cada partícipe con arreglo a lo dispuesto en el artículo 106 (hoy art. 116)». Y la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1979 establece que la no fijación es susceptible de subsanarse a través del recurso de casación (29), pero cuando los partícipes lo sean en idéntico grado, el señalamiento global ha de entenderse por partes iguales, dado el carácter de solidaridad que entre ellos tiene la responsabilidad civil. Lo mismo afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1981, y más recientemente la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1993. Sin embargo, en alguna resolución aislada, como la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1985, estimando el recurso de casación interpuesto, dictó nueva sentencia en la que se estableció como cuota assignable a cada uno de los dos coautores (que debían satisfacer conjuntamente una indemnización de 11.100 pesetas) la de 5.550 pesetas para cada uno. En este caso, como se puede ver, en nada habría variado la decisión del Tribunal si hubiese entendido, como en tantas otras ocasiones, que las cuotas debían presumirse iguales.

En una aplicación concreta de la doctrina señalada en líneas anteriores, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1993, tras dejar senta-

(26) Según el actual artículo 28 del Código Penal: «Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.»

(27) En la definición de los inductores se omite con buena lógica el término «fuerzan» del anterior artículo 14.2.^º del Código Penal, que se interpretaba como supuesto de autoría mediata. La definición del cooperador necesario coincide sustancialmente con la del anterior artículo 14.3.^º del Código Penal.

(28) La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1984 reconoce idénticas cuotas, por terceras partes, para el inductor y los dos autores materiales. La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1988 asigna idéntica cuota al cooperador necesario que al autor material.

(29) En los procedimientos fallados en primera instancia por el Juez de lo Penal, que no admiten recurso de casación, la solución es aún más sencilla, al poder someter la cuestión a la Audiencia Provincial cuando resuelve la apelación.

do que «si no se considera un idéntico grado de participación de los acusados, es ineludible el dar expreso cumplimiento a los artículos 106 y 107 (hoy art. 116) del Código Penal», reparte las cuotas entre autor y cómplice en la siguiente proporción: dos terceras partes para el autor y una para el cómplice, al margen de la responsabilidad subsidiaria que se establece entre ambos por aplicación del artículo 107 (hoy 116.2) del Código Penal.

El Tribunal Supremo admitió la casación sin presumir la igualdad en un caso de lesiones dolosas en el que, pese a ser coautores los dos condenados, había existido una desigual forma de participación material que había llevado a la fijación de penas diferentes para cada uno de ellos (STS 14-II-1985) (30). *A fortiori* será recurrible en casación la sentencia que no fije las cuotas de responsabilidad y existan condenados por diverso grado de participación. La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1995, por ejemplo, reparte la responsabilidad entre un autor y dos cómplices del siguiente modo: mitad al autor y mitad a los cómplices (sobre esta cantidad, mitad a su vez para cada uno de ellos en régimen de solidaridad). La existencia de circunstancias modificativas, sin embargo, no destruye la presunción de igualdad (STS 7-V-1994).

Una última cuestión es la de si los Tribunales deben seguir algún criterio a la hora de establecer las diversas cuotas. Gómez Orbaneja, comentando el antiguo Código, sostuvo que el precepto penal no exigía que la cuota del cómplice o del encubridor no pudiese ser mayor que la del autor, aunque en la práctica los Tribunales tuviesen en cuenta el grado de participación, y normalmente reflejasen también el juicio de culpabilidad en la sanción reparadora (31), asignando, por tanto, cuota mayor al autor que al cómplice, y a éste mayor que al encubridor. Resulta clarificadora al respecto la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1993.

Los supuestos excepcionales en que, habiendo varios condenados por un mismo delito en idéntico concepto, el Juzgador les atribuya cuotas desiguales, debe motivar expresamente su decisión por imperativo del artículo 120.3 de la Constitución (STS 7-V-1991).

(30) Un criterio semejante estableció la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1982, en un supuesto en el que habían concurrido a la causación del resultado una imprudencia simple y otra temeraria: «dados el diferente rango de la imprudencia en que incurrieron uno y otro acusado y la distinta incidencia de sus comportamientos en la resultancia dañosa, será preciso jerarquizarlos en orden a la responsabilidad civil».

(31) Así lo aconsejan también algunos tratadistas como Pacheco, Groizard, Sánchez Tejerina, citados en ANTÓN ONECA: *Op. cit.*, pág. 657, núm. 19.

IV. SOLIDARIDAD Y SUBSIDIARIEDAD: EL ARTÍCULO 116.2 DEL CÓDIGO PENAL (32)

Como ya hemos dicho anteriormente, la responsabilidad de los copartícipes en el delito es un tradicional ejemplo de solidaridad legal, no sólo en el Derecho romano, sino también en las legislaciones modernas (33).

La solidaridad tiene, en primer lugar, una finalidad de garantía para el acreedor, facilitándole el cobro de su crédito al poder dirigirse indistintamente a cualquiera de los partícipes para exigirle el total de la deuda. En segundo lugar tiene cierta naturaleza de sanción civil, añadida a la penal, pues pueden, el responsable o responsables que sean solventes, verse obligados a satisfacer al perjudicado una cantidad superior al lucro que hubieran podido obtener por el delito.

No obstante, esta regla general de la solidaridad presenta en nuestro Derecho particularidades notables.

La responsabilidad de cada partícipe es solidaria tan sólo en relación a los de su respectiva clase, y subsidiaria por las cuotas correspondientes a los de la otra clase. Es decir, una vez atribuida su cuota a cada uno de los autores y cómplices, la suma de las cuotas atribuidas a todos los autores constituye un único crédito solidario que el perjudicado puede reclamar en su integridad a cualquiera de los autores o simultáneamente a todos (art. 1.144 CC); y lo mismo es predictable respecto de las cuotas de los cómplices. Pero los cómplices no responden solidariamente con los autores, ni éstos con aquéllos. Es aquí donde entra en juego la responsabilidad subsidiaria.

Si alguno de los autores no satisface su cuota por ser insolvente, el perjudicado puede exigirle de cualquiera de los coautores (en virtud del vínculo que crea la solidaridad) o de los cómplices en virtud de la responsabilidad subsidiaria.

De la obligación de los cómplices responden subsidiariamente los autores.

(32) Este precepto reproduce en esencia el antiguo artículo 107 del Código Penal, con la sola diferencia de que ha suprimido toda mención de los encubridores. El resultado ha sido un párrafo segundo superfluo y carente de todo sentido, que dice: «La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, en los bienes de los autores, y después, en los de los cómplices.» Establecer un orden en la responsabilidad subsidiaria tenía sentido cuando había tres grupos de deudores subsidiarios y, por tanto, de las deudas de cada uno de ellos respondían los otros dos (por el orden fijado: primero cómplices y luego encubridores, en el caso de los autores; primero autores y luego encubridores, en el caso de los cómplices; y primero autores y después cómplices, en el caso de los encubridores). En la regulación actual, de las deudas de los autores responden subsidiariamente sólo los cómplices, y de las de éstos sólo aquéllos.

(33) Un ejemplo es el párrafo segundo del artículo 187 del Código Penal italiano: «Los condenados por un mismo delito se obligan solidariamente al resarcimiento del daño patrimonial o no patrimonial». La originalidad del Código español consiste, como veremos, en establecer un sistema de responsabilidad escalonada o en cascada y, en su antigua configuración, *circular* (el término lo emplea MANZANARES, en *op. cit.*, pág. 506).

Hasta aquí nadie duda que es así como se debe interpretar el contenido del artículo 116.2 del Código Penal. Lo verdaderamente problemático es la posición de los responsables civiles subsidiarios, tanto de los que lo son en virtud del citado artículo como de los que lo son por aplicación de las reglas de los artículos 118.4.^a, 120 y 121 del Código Penal. ¿Responden solidariamente también o se limita la responsabilidad de éstos a la cuota del responsable insolvente? La jurisprudencia ha sido vacilante al respecto. En algunos casos ha determinado que su responsabilidad se limita a la cuota asignada al principal (SSTS 23-XII-1967 y 30-III-1989); en otras (SSTS 29-III-1946, 24-XII-1964 y 26-III-1966) se ha inclinado por la solidaridad de los responsables subsidiarios junto con los responsables directos no insolventes.

Como ejemplo de las primeras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1967 dice: «La solidaridad impuesta en el artículo 107 (hoy art. 116.2) del Código Penal no puede ser extendida a los responsables civiles subsidiarios por insolvencia de los responsables directos».

También la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1989, tras reconocer la vacilante línea jurisprudencial, en un *obiter dictum*, señala que «la singularización de las cuotas de cada uno de los condenados debe conducir —por ser la hipótesis más favorable a los condenados— al régimen de mancomunidad simple del artículo 1.137 del Código Civil, sin que pueda reconocerse legitimación al responsable civil subsidiario para sustituirle por el de solidaridad», y añade que le parece ser ésta la solución mejor fundada.

Ciertamente esta opinión cuenta con dos poderosos argumentos a su favor: el principio general de interpretación restrictiva de las leyes desfavorables (*odiosa sunt restringenda*) y la presunción de mancomunidad de las obligaciones que establece el artículo 1.137 del Código Civil.

En contra, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1946 dice: «Declarada en la sentencia la responsabilidad civil subsidiaria de tercera persona conforme a los artículos 21 y 22 (del Código anterior), les alcanza por igual la solidaridad y subsidiariedad legal del responsable principal insolvente». Y la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1966 argumenta, en el mismo sentido, que el responsable civil subsidiario de uno de ellos (responsables criminal y civilmente) asume su responsabilidad (civil) en la misma cuantía y en el mismo concepto de solidaridad.

Córdoba Roda se adhiere a esta segunda postura, al entender que debe existir una dependencia y subordinación absoluta de la obligación del responsable subsidiario a la del principal, ya que cualquier distinción entre lo principal y subsidiario pugnaría abiertamente con el mismo concepto de responsabilidad subsidiaria, además de no hallarse autorizado por norma positiva alguna (34).

(34) Cfr. CÓRDOBA RODA: *Op. cit.*, pág. 600.

Ciertamente, y pese a las ventajas y razones aludidas para mantener la postura contraria, desde un punto de vista exclusivamente técnico, nos parece ésta la solución más acertada al problema planteado.

Hay una reciente resolución jurisprudencial que ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión y lo ha hecho en el sentido anterior. Se trata de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1993: «La responsabilidad civil subsidiaria surge en defecto y en caso de que el responsable criminal resulte insolvente. Y como éste responde solidariamente con los demás acusados en sus relaciones con los perjudicados acreedores, esta solidaridad igualmente alcanzará, en su caso, al responsable civil subsidiario. Todo ello, sin perjuicio de que quede a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno, como dispone el párrafo tercero del artículo 107 (actualmente art. 116.2) del Código Penal.»

La anterior doctrina es, por otra parte, acorde con el criterio, también jurisprudencial, de considerar que es igualmente solidaria la responsabilidad civil de dos (o más) responsables subsidiarios de un único responsable principal (35).

En cuanto a la extinción de la obligación, la solidaridad va más allá de los límites de la participación criminal, puesto que se transmite a los herederos del responsable. Es obvio, no obstante, que para que tenga lugar la transmisión es preciso que el pronunciamiento (sentencia condenatoria) haya tenido lugar en vida del responsable penal, ya que la muerte es causa de extinción de la responsabilidad criminal (art. 130.1.º CP) (36).

V. POSICIÓN DEL ENCUBRIDOR Y DEL RECEPTADOR

El presente estudio estaría incompleto si no abordase el problema de la responsabilidad civil de encubridores y receptadores (característica común a ambos es la intervención con posterioridad a la comisión del delito), y la forma de armonizar dicha responsabilidad con la de los autores y cómplices en los supuestos en que una y otra resulten, en todo o en parte, concurrentes.

En el anterior Código Penal, el encubridor era una de las personas responsables criminalmente de los delitos o faltas (art. 12.3.º), y en consecuencia responsable civil del delito o falta (art. 19). Como tal, entraba plenamente en el sistema circular de responsabilidad en cascada, junto a autores y cómplices: solidaridad entre encubridores (de cuyas cuotas eran responsables subsidiarios autores y cómplices, por este orden), y subsidiariedad (en último lugar) respecto de las cuotas de autores y cómplices. Por otra parte, en el terreno prácti-

(35) *Vid.*, por ejemplo, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1993.

(36) Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS: *Op. cit.*, págs. 561-562.

co, no era fácil a veces la distinción entre el encubridor en su modalidad de *favorecedor real* (art. 17.1.^o) y el receptor [art. 546 bis *a*] CP] (37).

El nuevo Código ha trasladado el encubrimiento a la parte especial, como delito contra la Administración de Justicia, y ha definido como una de sus modalidades, reproduciendo y al mismo tiempo delimitando con mayor precisión el anterior artículo 17.1.^o, el intervenir, con posterioridad a la ejecución del delito, «auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, *sin ánimo de lucro propio*» (art. 451.1.^o). Por el contrario, el tipo básico de la recepción (art. 298.1 CP) castiga al que «*con ánimo de lucro* y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiera u oculte tales efectos». La existencia o no de ánimo de lucro separa ahora, por tanto, con mayor nitidez las figuras del encubridor y el receptor.

El encubridor, por lo general, al obrar sin ánimo de lucro, quedará al margen de los pronunciamientos relativos a la responsabilidad civil, salvo que de su conducta «se derivaren daños y perjuicios», lo que puede suceder p. ej. cuando actúe alterando o inutilizando los efectos del delito para impedir su descubrimiento (núm. 2.^o del art. 451 CP). Otro supuesto que habrá que considerar es aquél en que, pese a actuar el encubridor movido exclusivamente por el *animus adiuvandi* y sin ánimo de lucro, el lucro se produzca efectivamente. En el primer caso, el encubridor responderá civilmente de la cuantía del daño por él causado. En el segundo, por aplicación analógica del artículo 122 del Código Penal, responderá hasta el límite del lucro por él obtenido. En ambos supuestos, y como ya expusimos *supra* al hablar de la responsabilidad del *receptor civil*, dicha responsabilidad habrá que considerarla como solidaria con la de los partícipes en el delito base en la cantidad en que resulte ser concurrente con la de éstos, ya que de otra forma se propiciaría el enriquecimiento injusto de la víctima (p. ej., si recibiese del autor la indemnización por el valor global de los efectos sustraídos, y del encubridor la correspondiente al concreto objeto que hizo desaparecer, o la restitución del objeto que guardó oculto para evitar el descubrimiento del delito) (38).

(37) La jurisprudencia del Tribunal Supremo ya venía señalando la distinción entre el encubridor del artículo 17.1.^o y el receptor del artículo 546 bis *a*) atendiendo al carácter preponderante que en su actuación jugase el *animus adiuvandi* o el *animus lucrandi*, respectivamente.

(38) Respecto del encubridor, debemos plantearnos la interesante cuestión acerca de la eficacia retroactiva o no de las normas del nuevo Código Penal relativas a la responsabilidad civil, teniendo en cuenta que civilmente su posición es *a priori* más favorable conforme al nuevo Código, por cuanto se ha suprimido en todo caso la responsabilidad subsidiaria respecto de las cuotas de autores y cómplices. Concretamente, ¿qué normas le serán aplicables al encubridor que haya sido, o deba ser —atendida la fecha de comisión de los hechos y por resultar la pena del Código

En cuanto al receptor, la solución es análoga a la apuntada en las líneas precedentes, y cuenta además con la existencia de abundantes pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales que afrontan la cuestión, los cuales son perfectamente aplicables a la actual regulación de la materia, ya que el tipo del delito de receptación no se ha visto alterado en lo sustancial.

La primera jurisprudencia fue fluctuante acerca de la aplicabilidad al receptor de los antiguos artículos 106 y 107 del Código Penal. Así, mientras unas sentencias, como la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1961, acogieron la tesis restrictiva, entendiendo que el régimen de los viejos artículos 106 y 107 del Código Penal sólo era aplicable a los encubridores del anterior artículo 17 del Código Penal, otras, como las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1960 o 21 de septiembre de 1964, se inclinaron por la tesis extensiva, incluyendo al receptor.

Por la primera opinión se ha inclinado parte de la doctrina, argumentando que el receptor tiene su propia responsabilidad civil derivada de su específica infracción (39). Otra razón a favor de esta postura es el ya citado principio general de interpretación restrictiva de las leyes desfavorables (*odiosa sunt restringenda*).

Esta fue también la opinión dominante en el Tribunal Supremo, recogida en múltiples sentencias, si bien ha introducido un importante factor de corrección y de acercamiento entre ambas posturas (40). La Sentencia del Tribunal

Penal derogado más favorable que la del nuevo Código Penal— condenado como partícipe del artículo 17 en virtud del texto derogado: los artículos 106 y 107 del viejo Código, o los artículos 116 del Código Penal (*a contrario*) y 122 (por analogía) del Código Penal?

Nada prevén expresamente las disposiciones transitorias de la Ley Orgánica 10/1995. Se podría argumentar que el artículo 2.2 del Código Penal establece: «... tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo...» y, dado que las leyes sobre responsabilidad civil no son propiamente leyes penales, se debería aplicar en consecuencia la norma general, que es la contenida en el artículo 2.3 del Código Civil: «Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario». Sin embargo, la disposición transitoria primera emplea el término más genérico de disposiciones: «... Una vez que entre en vigor el presente Código, si las disposiciones del mismo son más favorables para el reo, se aplicarán éstas».

Por congruencia con el carácter accesorio de la responsabilidad civil *ex delicto*, nos parece que la solución más correcta será aplicar las normas sobre responsabilidad civil del cuerpo legal con arreglo al cual se establezca la condena penal de cada inculpado. Esta tesis tiene además su apoyo legal en la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 10/1995: «Para la determinación de cual sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho con la aplicación de las normas completas de uno u otro Código». Este es además el criterio que se puede inferir de la lectura de la Circular 1/1996, de la FGE, sobre régimen transitorio del Código Penal de 1995.

(39) Cfr. CÓRDOBA RODA: *op. cit.*, pág. 600.

(40) *Vid.*, entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1967, 24 de octubre de 1975, 18 de abril de 1978, 20 de marzo de 1982, 14 de febrero de 1983, 2 de enero de 1984, 18 de enero de 1984, 12 de abril de 1984, 28 de diciembre de 1984, 9 de mayo de 1985 y 9 de diciembre de 1985.

Supremo de 7 de marzo de 1980 traza del siguiente modo el esquema básico para determinar la responsabilidad del receptor:

1.º El receptor responde exclusivamente hasta el límite del propio y directo lucro por él obtenido (STS 24-X-1975 y 13-IV-1978).

2.º La cuota es igual a la cuantía del beneficio obtenido por él, y en ésta medida entra en juego la solidaridad del artículo 107 (hoy 116) del Código Penal.

3.º Cuando se recupera lo adquirido por el receptor íntegramente, queda cubierta su responsabilidad civil total, puesto que la responsabilidad civil ha sido satisfecha por la restitución y además a tenor del artículo 108 (hoy 122) del Código Penal por analogía con el mismo (STS 24-II-1978).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1988 ha confirmado el criterio tradicional con la matización anteriormente apuntada: responsabilidad del receptor hasta el límite representado por su propio y directo lucro. De este modo se impide tanto el posible enriquecimiento ilícito de la víctima, que se daría si se siguiese la aplicación indiscriminada al receptor de las reglas de solidaridad y subsidiariedad, como la merma de la garantía de su crédito que sufriría el perjudicado si se separasen absolutamente la responsabilidad del partícipe del delito base y la del receptor, negando cualquier vínculo de solidaridad, postura ésta resucitada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1986 y expresamente reprobada por la jurisprudencia posterior (entre otras, SSTS 10-IV-1989 y 8-V-1989). La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1991, siguiendo el mismo criterio, matiza que el receptor «responde en cuanto al importe de lo sustraído del que él se ha lucrado y que no haya sido objeto de restitución o recuperación (pues respecto a este último, incluso le liberaría de responsabilidad tanto solidaria como subsidiaria)».

VI. DERECHO DE REPETICIÓN

El reconocimiento de un derecho de repetición a favor del que pagó por sí y por otro, es una consecuencia necesaria del régimen de la solidaridad. Aunque no lo reconociese expresamente el párrafo último del artículo 116 del Código Penal, devendría aplicable en virtud del artículo 1.145 del Código Civil y en los términos que éste establece. El mismo derecho que asiste al deudor solidario es el que tiene el deudor subsidiario. El derecho de repetición sólo se podrá ejercitar, en buena lógica, entre los partícipes de un mismo grupo (el autor frente a los restantes autores, etc.), si bien en el caso de haberse hecho efectiva la responsabilidad subsidiaria, podrá ejercitarse contra los que debien-

do pagar no lo hicieron por ser insolventes si con posterioridad mejoran de fortuna.

Otra modalidad de ejercicio del derecho de repetición es la que surge en los supuestos en que los partícipes son condenados en distintas sentencias (41).

La regla general, admitida por la jurisprudencia, es que en caso de partícipes desconocidos o que, por cualquier motivo (p. ej. rebeldía) no han podido ser juzgados, el reparto de cuotas debe establecerse únicamente entre los responsables juzgados y condenados. Como establece, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1980, la existencia de un tercer autor no identificado no obsta a que las cuotas se repartan por mitad a los dos identificados, salvo el derecho de repetición *ex artículo 1.158 del Código Civil* en caso de ulterior condena del tercero responsable. Es éste el criterio sostenido por la jurisprudencia mayoritaria. Así, por ejemplo, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1996 afirma que «legalmente es inviable establecer cuotas de responsabilidad sobre inculpados que, aun habiendo intervenido en el hecho, no han sido ahora juzgados» (42). Sin embargo, alguna resolución, como la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de mayo de 1983, mantiene un criterio dispar, al entender que, puesto que en los «hechos probados» se afirma que el acusado fue autor en compañía de otra persona que no ha podido ser juzgada, al único condenado se le debe asignar como cuota la mitad de las responsabilidades civiles, sin perjuicio de la obligación de responder solidariamente de la cuota del otro procesado. Esta situación, que acoge alguna otra sentencia aislada, siempre con carácter minoritario, es muy problemática, porque no se puede declarar probada en la sentencia la participación del acusado rebelde, o de quien ni siquiera ha sido imputado en el procedimiento, sin vulnerar su derecho a un juicio con todas las garantías, y en particular su derecho de defensa.

A ello añade Gómez Orbaneja las graves dificultades prácticas que entraña la posibilidad de que la estimación del daño resarcible varíe de una a otra condena. Por ello se inclina por la tesis de que cada una de las sentencias debe distribuir toda la cantidad del daño entre los declarados responsables en ella. Si el perjudicado ya fue indemnizado en el primer proceso, ejercitada la acción civil en el segundo, podrá oponerse la extinción de la obligación por el pago, al tiempo que el que pagó podrá repetir del segundo condenado. En caso contra-

(41) Esta situación es fácil que se prodigue actualmente, en vista de la facultad que, en el ámbito del procedimiento abreviado, confiere al Juzgador la regla 7.^a del artículo 784 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(42) La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1994, por ejemplo, condenó a quien había sido declarado cómplice del delito a la totalidad de las responsabilidades civiles, por ser la única persona que había sido enjuiciada en el procedimiento, ello sin perjuicio, como la propia resolución expresamente recoge, de su derecho de repetición contra los restantes responsables que más adelante pudieran ser condenados por ese mismo delito.

rio, si permanece el crédito sin satisfacer, la acción sigue viva (art. 1.144 CC) aunque ya se haya dirigido previamente contra el otro condenado (43).

En todo caso el problema se plantea cuando se condenó a un partícipe al pago total de la indemnización, y con posterioridad es condenado otro de los responsables. También a éste se le deberá condenar al pago total de la indemnización, «sin perjuicio de que si con la circunstancia de una anterior condena alguno de los procesados hubiera satisfecho la totalidad pudiera repetir contra el que no la satisfizo y ejercitar las acciones oportunas de resarcimiento frente al otro coimputado o frente al perjudicado para evitar el enriquecimiento injusto» (STS 8-II-1989).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1989 admite, en el supuesto de que ambas sentencias hayan sido dictadas en un mismo juicio, que la sala de instancia pueda, en trámite de ejecución, fijar la cuota de que deba responder el condenado con posterioridad solidariamente con los otros, en el supuesto de que éstos hayan sido declarados también responsables civiles y criminales del hecho justificable.

El plazo de prescripción de esta acción de repetición será, al igual que sucede con la propia acción que nace de la responsabilidad civil *ex delicto*, y a diferencia de lo establecido para la responsabilidad civil art. 1.902 del Código Civil —plazo de un año, desde que lo supo el agraviado (art. 1.968. 2.º CC)—, el fijado con carácter general para las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, esto es, de quince años (art. 1.964 CC). El *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de repetición vendrá determinado también por la regla general establecida en el artículo 1.969 del Código Civil: «se contará desde el día en que pudo ejercitarse», es decir, desde que tuvo lugar el pago que generó el derecho de repetición. En el caso de que el correo sea condenado en una sentencia posterior y ya se haya efectuado el pago íntegro por otro, no se iniciará el cómputo del plazo hasta la firmeza de la sentencia, puesto que hasta ese momento no nace el derecho de repetición. Esta postura es por otro lado acorde con la regla del artículo 1.971 del Código Civil, que determina el *dies a quo* para exigir la responsabilidad civil por delito: «El tiempo de la prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento de obligaciones declaradas por sentencia, comienza desde que la sentencia quedó firme».

(43) Cfr. GÓMEZ ORBANEJA: *Comentarios*, tomo II, vol. I, pág. 426, citado en ANTÓN ONECA: *Op. cit.*, pág. 658.

NOTA

LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS EN INTERNET

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha ampliado recientemente el contenido de su espacio Internet, inaugurado en octubre del pasado año, incorporando dos nuevas páginas, que contribuirán notablemente a mejorar el acceso de los ciudadanos a la información judicial.

La primera de ellas contiene el **Calendario** semanal de sentencias, conclusiones y vistas y se halla disponible en todas las lenguas comunitarias. La segunda constituye un notable avance en la difusión rápida de la jurisprudencia, ya que en ella figura el **texto íntegro de las sentencias dictadas** por el Tribunal de Justicia, *desde el mismo día de su pronunciamiento*. Los textos de dichas sentencias podrán ser consultados *en todas las lenguas comunitarias* y permanecerán en Internet durante un período de doce meses.

La dirección Internet del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es: <http://europa.eu.int//cj/index.htm>.

