

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

NÚM. 10



MINISTERIO
DE JUSTICIA

2002

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

Director

JESÚS CARDENAL FERNÁNDEZ

Vocales

JOSÉ MARÍA LUZÓN CUESTA

JUAN JOSÉ MARTÍNEZ ZATO

FERNANDO HERRERO-TEJEDOR ALGAR

MANUEL VILLÉN NAVAJAS

JOAQUÍN ANTONIO SÁNCHEZ-COVISA VILLA

TERESA COMPTE MASSANCH

JAIME MORENO VERDEJO

MANUEL MARCHENA GÓMEZ

Secretario

JESÚS JOSÉ TIRADO ESTRADA

© 2010 La Revista del Ministerio Fiscal no se identifica necesariamente con las opiniones de los autores de esta Revista.

**REVISTA
DEL
MINISTERIO FISCAL**

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

Periodicidad: Semestral

Precios del número:

España: 8,67 €

Extranjero: 11,56 €

Estos precios no incluyen IVA.

Redacción:

C/. Fortuny, 4 - 28010 Madrid.

Distribución, suscripciones y venta:

C/. San Bernardo, 62 - 28015 Madrid.

Tels.: 91 390 44 29/82/97 Fax: 91 390 20 92/83

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

NÚM. 10



2002

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

NIPO: 051-02-025-6

ISSN: 1135-0628

Depósito Legal: M. 5500/1995

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

SUMARIO

Págs.

I. ESTUDIOS

LUIS CARLOS DíEZ LIRIO: <i>Delitos contra la ordenación del territorio. El artículo 319 del Código Penal</i>	9
CARLOS DE CUETO NOGUERAS y JAVIER JORDÁN ENAMORADO: <i>Análisis y causas del terrorismo islamista</i>	47
LUIS MARÍA URIARTE VALIENTE: <i>El recurso de apelación en los procedimientos de separación y divorcio contenciosos: su compatibilidad con la previsión contenida en el artículo 770.5.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil</i>	73
FERNANDO IRURZUN MONTORO: <i>Últimos avances y propuestas de la Unión Europea en la cooperación judicial penal</i>	111

II. NOTAS Y COMENTARIOS

PALOMA ABAD ARROYO: <i>El artículo 578 del Código Penal y su relación con la Ley 9/1983</i>	129
LUIS LAFONT NICUESA: <i>Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2001 y del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 16 de enero de 2001: el uso del uniforme en el ámbito de la empresa</i>	141

	<u>Págs.</u>
JOSÉ VICENTE GUILLAMÓN SENENT: <i>El concepto de tratamiento médico y quirúrgico en el delito y la falta de lesiones</i>	161
AUGUSTO SANTALÓ RÍOS: <i>El delito de estafa en el ámbito de las Administraciones Públicas</i>	181

III. DOCUMENTACIÓN

<i>Informe de la Fiscalía General del Estado acerca del Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo</i>	197
--	-----

**REVISTA
DEL
MINISTERIO FISCAL
I. ESTUDIOS**

**DELITOS CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO.
EL ARTÍCULO 319 DEL CÓDIGO PENAL
(ESPECIAL REFERENCIA A LA NORMATIVA
URBANÍSTICA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA)**

LUIS CARLOS DíEZ LIRIO

*Fiscal de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia
de la Comunidad Valenciana*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.—
III. ANÁLISIS DE LOS DELITOS CONTRA LA ORDENACIÓN
DEL TERRITORIO: A) Sujetos activos.—La conducta
típica: Introducción.—BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las novedades más significativas del llamado Código Penal del 95, ha sido la introducción en el catálogo de tipos de los llamados «delitos sobre la ordenación del territorio», por lo que por primera vez se quiebra el monopolio que hasta entonces existía en favor del Derecho Administrativo sancionador y en consecuencia se concede al Derecho Penal competencias para la represión de ciertas conductas que inciden en la ordenación del territorio.

Sin embargo, con anterioridad a dicho texto legal, son varios los proyectos y anteproyectos que contemplaron en su texto articulado la tipificación de ciertos abusos contra la ordenación urbanística del suelo, y así en el Proyecto de Código Penal de 1980, dentro del título VIII, que hacía referencia a los delitos contra el orden socio-económico (capítulo X), los artículos 382 a 385 sancionaban ciertas conductas llevadas a cabo por los promotores, empresarios y técnicos directores de una edificación, cuando ésta se realizaba en suelo no urbanizable especialmente protegido o bien destinado en el planeamiento para centros de especial interés o bien cuando el suelo estuviese destinado a viales, zonas verdes o espacios libres (art. 382); cuando éstos levantasen edificios excediéndose notoriamente en las alturas o volúmenes autorizados (art. 383), así como a los funcionarios facultativos que hubiesen informado favorablemente proyectos de edificación o concesión de licencias notoriamente contrarios a las normas urbanísticas vigentes, extendiéndose el ámbito de punición a los miembros del organismo otorgante que hubieran votado su concesión a sabiendas de su ilegalidad (art. 384), previniéndose especialmente la imposición de la

medida de prohibición de realizar las actividades de construcción de edificios cuando estos delitos fueran cometidos a través de sociedades o empresas (art. 385).

También la Propuesta de Anteproyecto de 1983, con una sistemática mucho más conciliable con la exhibida por el vigente Código, dentro del Título XIII, que hacía alusión a «De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el medio ambiente», establecía lo siguiente:

«Artículo 307

1. Los promotores, empresarios, técnicos o directores de obras que, actuando sin licencia dañaren gravemente los intereses protegidos por el ordenamiento urbanístico, levantando alguna construcción en suelo inedificable, o destinado por el planeamiento a equipamientos públicos o de interés comunitario, serán castigados con las penas...

2. Se impondrán las penas en su mitad superior si la obra se levantara en suelo destinado a viales, zonas verdes, áreas docentes, espacios libres o lugares de considerable valor paisajístico o cultural.

3. En cualquier caso, el Tribunal motivadamente podrá ordenar a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

Artículo 308

1. Se impondrán las mismas penas establecidas en el artículo anterior en sus respectivos casos a los empresarios, promotores, técnicos o directores que contraviniendo gravemente las normas urbanísticas realizaren parcelaciones o levanten edificios, excediéndose en la altura o volumen autorizados en las Ordenanzas, planes de urbanismo o en la licencia que les hubiera sido otorgada.

2. Para valorar la desproporción de las alturas o volúmenes, el Tribunal tendrá en cuenta, no sólo la legislación general o especial aplicable al caso, sino también las alturas y volúmenes corrientes en la zona, y el daño causado al entorno natural o artístico.

3. En su caso será de aplicación lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo anterior.

Artículo 309

Cuando los delitos definidos en los dos artículos anteriores fueren cometidos a través de sociedades o empresas, se podrá imponer a éstas la medida de prohibición de realizar la actividad de construcción o promoción de edificios por tiempo de uno a tres años.

En el caso de habitualidad, tal prohibición podrá imponerse con carácter definitivo.»

Sin perjuicio de volver a hacer referencia comparativa a dichos artículos en otras partes de este trabajo, paso a incidir en un aspecto que ha suscitado cierta polémica en la doctrina, y que hace referencia a la oportunidad y acierto de trasvasar ciertas conductas que afectaban a la ordenación urbanística, y que hasta ahora sólo eran constitutivas de sanción administrativa, al ámbito penal.

Carmona Salgado, mantiene una postura sustancialmente contraria a dicha actuación y pone de manifiesto la abrumadora invasión que el legislador ha operado en ámbitos jurídicos que hasta el presente estaban reservados a sectores distintos del ordenamiento penal, incidiendo en el hecho de que se recurra a una técnica de dudosa aceptación, con formulación de tipos abiertos integrados por normas penales en blanco, desprendiéndose de ello una voluntad del legislador de incriminar comportamientos que ya ostentan el carácter de ilícitos administrativos, lo cual conduce a una indeseable yuxtaposición de injustos, así como una exagerada expansión del Derecho Penal hacia la protección de bienes jurídicos ya tutelados de forma inmediata por el Derecho Administrativo, llegando a afirmar que por ello se vulnera el principio de intervención mínima.

Boix y Juanatey, destacan como obstáculo para la incriminación de estas conductas la naturaleza de «última ratio» inherente al Derecho Penal, y el correlato principio de intervención mínima, así como el inevitable recurso a la técnica de la Ley Penal en blanco, que en este caso resulta agravado por la ingente y prolija normativa administrativa, y la necesidad de acudir a normas autonómicas y municipales, cuyo contenido puede variar de una parte a otra del territorio con posible vulneración del principio de igualdad.

Por contra, otro sector de la doctrina, ha considerado acertada la inclusión en el Código Penal de esta clase de delitos, y así García Planas, señala que los mismos obedecen a una necesidad de política criminal que es necesaria para acabar con los abusos a que ha conducido una disparatada especulación del suelo, ante lo cual el Derecho Penal no podía permanecer al margen. Morales Prats y Tamarit Sumalla entienden que es el fracaso de la legislación administrativa el punto de partida de cualquier intento de justificar la necesidad de acudir a la tutela penal.

Narváez, de modo elocuente, manifiesta que en los últimos años se ha producido en nuestra geografía nacional numerosos fenómenos de naturaleza especulativa, que han llevado, no sólo a un encarecimiento más que desproporcionado del suelo urbano, sino lo que es más grave, ha dado lugar al surgimiento de verdaderas aberraciones urbanísticas, cometidas al amparo de conductas claramente defraudatorias de la normativa administrativa, cuando no con el aprovechamiento de vacíos legislativos.

También señala dicho autor, tal y como se ha podido constatar, la existencia de una administración urbanística carente o insuficientemente dotada para hacer frente a tales desmanes.

En mi opinión, los bienes jurídicos que deben ser objeto de protección penal, no permanecen intangibles e inalterables con el devenir del tiempo, ya que al igual que la realidad social es cambiante, también el Derecho Penal debe mutar cuando las circunstancias así lo aconsejen. Ello supone que no debe lamentarse la incorporación de nuevas figuras delictivas, siempre y cuando dicha incorporación sea compatible con el principio de intervención mínima que en todo momento debe presidir la finalidad de este ordenamiento, y con el carácter fragmentario que ostenta el Derecho Penal, cuando sanciona conductas que hacen referencia a bienes jurídicos que igualmente encuentran protección en otros sectores del ordenamiento.

Por ello, para valorar si ese principio de intervención mínima ha sido respetado, tal y como señalaba Mayer, habrá que comprobar si el bien jurídico pertenece a aquellos que en la conciencia colectiva se considera que tienen un contenido de valor positivo para la comunidad, si ese bien jurídico necesita de la tutela penal por cuanto la protección que obtiene de otras ramas del ordenamiento es insuficiente, y en consecuencia al fracasar las barreras jurídicas inferiores, ha de entrar en juego la máxima sanción jurídica, y si en todo caso la protección penal va a ser efectiva y no resultará inútil.

Aplicando lo anterior al caso que nos ocupa, es evidente que la ordenación del territorio, ha adquirido en los últimos tiempos una significación cada vez más importante dentro de la conciencia colectiva, ya que la sociedad, al igual que sucede con el medio ambiente, o el patrimonio histórico, es cada vez mas consciente de la importancia que para la calidad de vida representa una adecuada organización física del espacio, y asimismo cada vez más sensible frente a las agresiones realizadas contra dicha ordenación. Por ello entendemos que esa conciencia social mayoritaria que en todo caso, en un estado social, democrático, y de derecho como el nuestro debe avalar la aplicación del Derecho Penal, existe con relación a este tipo de agresiones.

En lo que respecta a la insuficiencia del ordenamiento administrativo sancionador como justificación de la intervención del Derecho Penal, he de decir al respecto que entiendo que ésta es una razón perfectamente invocable, siempre y cuando el fracaso del Derecho Administrativo se deba a la insuficiente capacidad de coerción de las sanciones que este ordenamiento prevé, pero no sería de recibo aducir dicho fracaso, si la causa de dicha insuficiencia deviene de la falta de voluntad política por parte de los poderes públicos a la hora de ejercitar con todo el rigor y contundencia que las

leyes permiten, las medidas sancionadoras y preventivas que el ordenamiento urbanístico pone a su disposición, creándose ámbitos de tolerancia, cuando no de complacencia frente a ciertas conductas contrarias al planeamiento urbanístico, lo cual quizás podría explicarse por la importancia y trascendencia económica que el sector de la construcción detenta en nuestro país. La solución al problema en ese caso no sería acudir al Derecho Penal, sino emplear con el suficiente grado de decisión los recursos que ofrece el ordenamiento administrativo, ya que si no se corre el riesgo de pervertir la verdadera función que el Derecho Penal está llamado a desempeñar, la cual no es la de suplir la ineficacia administrativa, so pena en ese caso de trastocar el siempre difícil equilibrio que debe presidir el reparto de funciones sancionadoras entre los poderes públicos en función de la gravedad de las conductas dignas de reprensión y la proporcionalidad de la punición. En este sentido debe destacarse la opinión de Tirado Estrada que considera que la indisciplina a que hemos hecho alusión, más que por la insuficiencia de remedios, se ha debido fundamentalmente a la indolencia y tolerancia de las Administraciones a la hora de la puesta en práctica y aplicación de las sanciones administrativas, cuando no de un cierto ambiente de cesión de los organismos competentes a las presiones generadas en el ámbito inmobiliario.

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Tal y como recoge el propio Código Penal, el bien jurídico protegido no puede ser otro que la ordenación del territorio o si se quiere, la reglamentación de la ordenación del territorio. Entendemos que para establecer qué debe entenderse por ordenación del territorio, ha de tomarse como referencia ineludible el contenido de la Carta Europea de la Ordenación del Territorio, acordada por los Ministros responsables de dicha materia en el marco de su sexta sesión organizada bajo el patrocinio del Consejo de Europa, y así en su artículo 8.º se define a la ordenación del territorio como la expresión espacial de la política económica, social, cultural y ecológica de toda una sociedad cuyo objetivo tal y como se indica en el artículo 9, es el desarrollo equilibrado de las regiones y la organización física del espacio según un concepto rector, fijándose como objetivos fundamentales que paralelamente se persiguen, el desarrollo socio-económico equilibrado de las regiones (art. 14), la mejora de la calidad de vida (art. 15), la gestión responsable de los recursos naturales, y la protección del medio ambiente (art. 16), así como la utilización racional del territorio, que debe acompa-

ñarse necesariamente de una política de suelo con el fin de hacer posible la realización de objetivos de interés general (art. 17).

Vercher, alude a que el bien jurídico protegido es el medio ambiente, si bien en su concepción amplia que integraría además la protección de la estética urbana y el patrimonio histórico.

A mi entender, el legislador ha procedido con acierto al regular en capítulos separados los delitos que afectan a la ordenación del territorio, de aquellos otros que afectan al medio ambiente o al patrimonio histórico, ya que si bien, entre estas tres especies delictivas, existen evidentes puntos de conexión, no es menos cierto que las especificidades de cada una las hace merecedoras de una regulación separada.

A diferencia de lo que sucede con el medio ambiente, y el patrimonio histórico, artístico y cultural, la Constitución no prevé específicamente la sanción penal para los que atenten contra la ordenación del territorio, lo cual no nos debe hacer pensar que ello es una razón que aboga en favor de la no incriminación de las conductas contrarias a dicha ordenación, ya que si bien el mandato expreso en ese sentido del Constituyente obliga al legislador a actuar de conformidad con lo ordenado, el hecho de que se silencie este extremo en el texto constitucional no autoriza a deducir lo contrario, ya que existen otros derechos constitucionalmente reconocidos, respecto a los cuales nada se dice en el orden a la protección penal de los mismos, y sin embargo el Código Penal les brinda la oportuna protección.

Aun cuando el texto constitucional no hace mención expresa a la ordenación del territorio dentro del apartado de los principios rectores de la política económica y social, no por ello puede decirse que no existan referencias al mismo, así el artículo 45.2 exhorta a los poderes públicos a velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida, y el artículo 47, tras reconocer el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, atribuye a los poderes públicos la obligación de regular la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación, añadiendo que la comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.

Además de los artículos citados, en mi opinión existe otro artículo recogido en la Constitución, que si bien no alude directamente a la ordenación del territorio incide directamente sobre el patrimonio inmobiliario y éste no es otro que el artículo 33, el cual tras reconocer el derecho a la propiedad privada, y a la herencia, en el apartado 2.º, establece que la función social delimitará su contenido de acuerdo con las leyes. Asimismo, el artículo 38 reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, estando obligados los poderes públicos a garantizar y proteger su

ejercicio, de acuerdo con las exigencias de la economía general, y en su caso de la planificación.

Estos dos artículos son consecuencia directa de la definición que del Estado se contiene en el artículo 1.º-1, en el cual se dice que España se constituye en un Estado social, democrático y de Derecho. Es precisamente ese carácter social, que respecto del Estado se predica, el que subordina la propiedad del suelo a los intereses generales, y en consecuencia delimita su contenido y límites en función del superior interés social.

No obstante, pese a entender que la ordenación del territorio presenta un grado de amplitud que según Tirado Estrada supera el ámbito urbanístico, lo cierto es que tal y como sostiene el indicado autor, la naturaleza jurídica de los delitos enumerados en los artículos 319 y 320 del Código Penal presenta un marcado carácter urbanístico, ya que según se desprende de su contenido, especialmente en lo que hace referencia al artículo 319, lo que se trata es de proteger es la integridad de la ordenación urbanística frente a conductas no conciliables con la misma, siempre y cuando incidan sobre ciertos suelos de especiales características.

III. ANÁLISIS DE LOS DELITOS CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

El artículo 319 del Código Penal de 1995, queda redactado en los siguientes términos:

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

2. Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para la profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en suelo no urbanizable.

3. En cualquier caso, los jueces o tribunales motivadamente, podrán ordenar a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas de buena fe.

A) Sujetos activos

Autores como García Planas, Boix-Juanatey, Morales Prats y Tamarit Sumalla y Barrientos Pacho también inciden en la idea de que nos encontramos ante delitos especiales propios en la medida en que sólo pueden ser cometidos por aquellas personas que ostenten la cualidad o condición que el tipo indica, si bien entienden que el alcance que debe darse a los términos constructor y promotor, no difieren de la acepción que les es propia en el lenguaje común, y así promotor sería la persona que impulsa, dirige y organiza la construcción, mientras que constructor sería la persona que ejecuta la obra responsabilizándose del modo de ejecución y de la calidad de los materiales. Para Alcalé Sánchez estos delitos que el artículo 319, son infracciones especiales propias en lo que respecto al técnico director, pero simples delitos comunes de subjetividad restringida en lo referente a las actuaciones llevadas a cabo por el promotor y el constructor, ya que entiende que promotor o constructor puede serlo cualquier persona que de facto realice las funciones propias de promoción jurídica o de construcción material de la obra.

Dejando a un lado, por el momento, el análisis del alcance del concepto técnico-director, vamos a centrarnos en el estudio de las dos figuras restantes, tema que como es bien sabido, ha desatado una viva polémica no sólo en el ámbito doctrinal, sino también en sede judicial sirviendo de ejemplo el sentido de las sentencias que a continuación se detallan:

La sentencia de siete de mayo de mil novecientos noventa y ocho del Juzgado de lo Penal número 3 de Jerez de la Frontera, señala en su fundamentación jurídica, donde analiza con detalle la problemática que hace alusión a los sujetos activos del delito, y tras definir lo que debe entenderse por promotor y constructor, que no difiere de la significación usualmente atribuida en el lenguaje común, lleva a cabo una delimitación del alcance de dichos conceptos a efectos penales, en cuya virtud exige, que los eventuales autores se dediquen principalmente a la construcción de manera profesional, sustentando dicho razonamiento en el hecho de que, para el caso contrario, la imposición de la pena de inhabilitación especial para la profesión u oficio carecería de sentido para quienes sólo se dedican a ese menester de forma esporádica.

En la misma dirección, la sentencia de 1 de diciembre de 1998, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valladolid (Pte. Sr. Miñambres Flores) incide en la idea de que «estos delitos son especiales propios que no pueden ser cometidos por otras personas excepto las que enumera el tipo. La expresión constructor ha de ponerse con relación a los preceptos de la Ley del Suelo que declara la responsabilidad de las obras que se eje-

cutan sin licencia a los promotores, empresarios y técnicos directores. El término constructor ha sido entendido en el sentido de que se refiere tan sólo a quienes se dedican profesionalmente a actividades de construcción, responsabilizándose, del modo de ejecución y de la calidad de los materiales. Una interpretación amplia del término comprensiva de toda persona que realice una edificación aun no profesionalmente, haría que careciera de sentido la imposición de la pena de inhabilitación especial para la profesión u oficio».

También la sentencia de 15 de diciembre de 1998, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba (Ponente Sr. Palacios Luque), tras admitir que en principio aun siendo el delito de los llamados especiales propios, ello no impide, de conformidad con la lectura del tipo que pueda incluirse a los particulares como responsables del delito en cuestión, finalmente concluye que el mismo sólo es aplicable cuando el sujeto activo es un profesional de la construcción, dado que estos delitos llevan aparejadas la pena de inhabilitación especial y que la finalidad del precepto, no es otra que castigar aquellas conductas objetivamente más graves.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cádiz, en sentencia de fecha 31 de mayo de 1995, tras recoger en su fundamentación jurídica la existencia de dos corrientes doctrinales en relación a la extensión que debe conferirse a los sujetos activos del delito, participa del criterio respectivo de las anteriores sentencias, y aduce en pro de dicha toma de postura el principio de intervención mínima propio del derecho penal, la finalidad del precepto de referencia, que no es otra que castigar las conductas que perjudican gravemente la idónea regulación del suelo con efectos perturbadores y nocivos para la naturaleza, lo cual difícilmente podrá ser realizado por la acción aislada de una persona no profesional de la construcción, añadiendo por último el hecho de la existencia de la pena de inhabilitación especial.

Por último, dentro del bloque de sentencias que preconizan el requisito de la profesionalidad para ser sujeto activo de este delito, merece especial mención la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de fecha 9 de septiembre de 1999, la cual tras poner de manifiesto las posiciones doctrinales de Casquero Subias y De la Cuesta, en relación con este tema, argumenta en pro de la necesidad de profesionalidad «la propia redacción del precepto, toda vez que al referirse a los promotores, constructores o técnicos directores en lugar de como suele hacerse» «a los que promuevan, construyan o dirijan»..., «parece recalcar más aún en ese carácter de profesional, y no a la generalidad de la gente, que con sus propios medios, pudiera construir una vivienda en lugar no adecuado».

Asimismo alude a la interpretación restrictiva, que siempre ha de reinar en materia penal, y a los consabidos principios de intervención mínima y

subsidiariedad que inspiran este sector del ordenamiento jurídico, siendo por ello que el recurso a la sanción penal sólo ha de emplearse cuando no existe posibilidad de articular otros instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden conculcado.

Por último la calendada sentencia añade lo siguiente «no deja de reconocer, pese a todo lo anterior, el hecho de que existan opiniones doctrinales y jurisprudenciales distintas a las aquí expuestas, acaso más acertadas. Pero entiende la Sala que dado que existe una duda en la interpretación del precepto legal examinado, la única solución jurídica ponderada y razonable, es adoptar la libre absolución del acusado recurrente».

En sentido distinto, deben destacarse las sentencias de la Audiencia Provincial de Palencia de fechas diecisiete de marzo, trece de julio y treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, en las cuales sustancialmente se sostiene que no existe razón alguna para entender especial este delito en relación con la figura del promotor y del constructor, ya que tal condición la ostenta quien de hecho financia o promueve o quien ejecuta construcciones o edificaciones, con lo cual no es necesario detentar una especial cualificación o condición especial, salvo disponer de dinero o financiación y conocer las habilidades propias de la promoción o construcción.

El hecho de que este tipo de delitos lleve aparejada la pena de inhabilitación especial, no supone tal y como recoge la sentencia de treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y ocho inconveniente alguno para la extensión del precepto penal a los simples particulares, y así con relación a este extremo dice: «tal pena también la prevé el Código Penal como principal para otros delitos que resulta obvio, no son especiales (así el aborto del art. 144, las lesiones al feto del art. 157 y con relación a los delitos sobre el patrimonio histórico del art. 321).

También señala la aludida resolución, que el hecho de adoptar una interpretación contraria (como la que proponía el recurrente), esto «lleva a la consecuencia de dejar sin protección penal, en contra de lo querido por el legislador, el bien jurídico de la ordenación del territorio en los supuestos que contempla el precepto citado, cuando los atentados contra el mismo los cometan quienes no sean constructores profesionales, sino particulares que construyan sus propias viviendas, supuestos que la experiencia demuestra, son los más frecuentes».

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cádiz en sentencia de fecha 11 de septiembre de 1998, en cuya virtud resolvía el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada por el Juzgado número Tres de lo Penal de Jerez de la Frontera, aboga por la tesis ofrecida por la Audiencia Provincial de Palencia consignando en favor de dicha postura en el fundamento jurídico primero los siguientes

extremos: «sin embargo es de notar que no es cierto que el derecho no haya proporcionado una determinada caracterización del concepto de promotor, sino más bien lo ha ofrecido en forma descriptiva y exhaustiva en diversas normas, tales como el Texto Refundido de la Legislación de Viviendas de Protección Oficial, en cuyo artículo 6.º a) se califica de promotores, a los particulares que individualmente o agrupados, constituyan para sí o para cederlas en arrendamiento o para venderlas... diferenciando este promotor individual, de los que se examinan en los demás apartados del propio artículo y en los que sí puede hallarse la nota de especialidad que algunos sí que entienden esencial al concepto de promotor de viviendas». También cita esta sentencia el Reglamento de Viviendas de Protección Oficial, el Real Decreto sobre medidas de financiación de actuaciones protegibles en materia de vivienda y otras disposiciones donde se alude a este concepto de promotor privado no profesional que tiende a conseguir la edificación de una vivienda habitual para sí o para destinarla al arrendamiento o venta. No parece pues, con puridad hermenéutica que no exista un concepto de promotor de edificaciones en nuestro Derecho, ni que pueda excluirse del mandato legal comentado a un determinado tipo de promotor no profesional, entendiéndose que el particular que asume tal función de promoción, asume también la obligación de cumplir por sí la normativa civil, administrativa general, fiscal y urbanística que las leyes le imponen.

Como se observa, las diferentes resoluciones de las Audiencias Provinciales revelan la división de opiniones existente en esta materia, lo cual hasta cierto punto contribuye a crear en los destinatarios de las normas una sensación de inseguridad jurídica que se nos antoja inevitable, ya que parece difícil, que el Tribunal Supremo pueda llegar a conocer y en consecuencia establecer, doctrina alguna al respecto en materia de ordenación de territorio, salvo que, por razón de conexidad éstos fueran enjuiciados conjuntamente con infracciones más graves.

A modo de resumen los partidarios de considerar sujetos activos de este delito a los que habitualmente, de manera profesional se dediquen a estos menesteres, sustentan básicamente su postura en los siguientes extremos:

a) Los términos utilizados por el Código son los de promotor y constructor, y no por contra, «los que promuevan o construyan», lo cual parece remarcar el carácter profesional de estas personas.

b) No existe en el ordenamiento jurídico una definición auténtica de dichas figuras, por lo cual resulta aconsejable realizar una interpretación restrictiva de ambos conceptos, y en consecuencia no extender su alcance a los que de forma esporádica u ocasional realicen las labores que el Código Penal enuncia.

c) El principio de intervención mínima que es inherente al Derecho Penal, determina que solamente se sancionen aquellos comportamientos que puedan comprometer gravemente el bien jurídico protegido, lo cual sólo se produce cuando la construcción o edificación es llevada a cabo por profesionales, dada la magnitud y alcance que habitualmente suele tener la misma.

d) La inclusión de la pena de inhabilitación especial para la profesión u oficio, pone bien a las claras que la intención del legislador, ha sido castigar aquellos comportamientos llevados a cabo por sujetos cuya profesión guarda relación directa con el delito cometido.

Como anticipo de la postura que mantengo sobre este particular, he de indicar que ninguno de los argumentos arriba expuestos resulta convincente, y por ello, a modo de refutación, paso a exponer a continuación cuáles son las razones por las que entiendo que la restricción del círculo de sujetos activos del delito que se propone carece de justificación.

En primer lugar, simplemente con acudir al diccionario se comprueba que promotor y constructor no son términos que signifiquen algo distinto «del que promueva o construya», sino precisamente todo lo contrario, ya que promotor en su primera acepción es quien promueve y constructor quien construye, por ello tratar de encontrar en la terminología utilizada por el Código algún resquicio que justifique la necesidad de profesionalidad, se halla huérfana de apoyo.

En segundo lugar, tal y como señala la calendada sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, efectivamente no puede decirse taxativamente, que en nuestro Derecho, no exista incluso con anterioridad a la publicación de la Ley de Ordenación de las Edificaciones de 5 de noviembre de 1999, una definición de lo que deba entenderse dentro del ámbito de la construcción por promotor y constructor. Así sin perjuicio de las referencias que dicha sentencia ofrece en relación con las viviendas de Protección Oficial, quiero significar que la Sala Primera del Tribunal Supremo, concretamente al analizar las diferentes situaciones que pudieran derivarse del contrato de arrendamiento de obra que contempla el Código Civil, y especialmente en lo que atañe a la responsabilidad por vicio ruinógenos prevista en el artículo 1.591 de dicho Texto Legal, recoge como uno de los intervinientes en el proceso constructivo al promotor, y ello pese a que el Código Civil, omite cualquier tipo de referencia a esta figura. Señala López Reyes, que las precisiones que el Tribunal Supremo ha realizado en torno al concepto de promotor, parecen estar referidas a los sujetos o entidades que realizan dicha actividad con ánimo de lucro o en otras palabras como desarrollo de su actividad profesional, debiendo quedar excluido el mero

particular que construye en su propio beneficio, y posteriormente decide poner en venta su piso o chalé, concluyendo que este sujeto no se puede equiparar en su tratamiento al promotor en el sentido de incluirlo dentro del ámbito de eventuales responsables solidarios que prevé el artículo 1.591, indicando a su vez que también podrían quedar excluidos aquellas cooperativas de viviendas que lleven a cabo la venta de inmuebles para sus socios, tras haber promocionado su construcción.

Aun cuando es cierto que las resoluciones jurisprudenciales a que alude la citada autora contemplan un supuesto fáctico que no guarda relación con el que regula el artículo 319 del Código Penal, puesto que desde la vertiente civil el promotor y el constructor son contemplados como sujetos de derechos y obligaciones frente a terceros por razón de la realización de una obra, lo cierto es que el Tribunal Supremo, en algunas de sus resoluciones, no se ha limitado a definir al promotor como aquel que además de ejercer esa función, se dedique profesionalmente a la misma, y así en la sentencia de 6 de marzo de 1990 se equipara al promotor-constructor al contratista, como persona sujeta a la responsabilidad decenal que deriva del artículo 1.591 definiendo aquel en términos similares a como lo hacía la sentencia de 13 de junio de 1984, indicando que «promotor es aquel que por su cuenta y en su beneficio encarga la realización de una obra a un tercero».

En igual sentido, la sentencia de 21 de junio de 1999 expone «que se puede entender la figura del promotor dentro del aspecto de los sujetos o agentes de la edificación como aquella persona física o jurídica que ordena, programa y busca los medios financieros para realizar una determinada construcción», añadiendo que dicha figura no está reconocida expresamente en el artículo 1.591 y su creación se debe a la doctrina jurisprudencial y científica.

Desde este punto de vista, resulta significativo el contenido de la sentencia de 3 de marzo de 1997 que alude al promotor «como la persona física o jurídica que disponiendo del solar por el título que fuere para construir sobre él, acomete la empresa para determinar las edificaciones, bien para uso propio o para el arrendamiento, pero fundamentalmente para la cesión de la misma.

Adviértase, que en el inciso final de la definición acotada, se destaca la finalidad fundamental de la promoción de viviendas que en la mayoría de los casos es la ulterior enajenación a terceros, pero pese a ello, no se descarta la figura del promotor que destina la vivienda a un uso o fin propio.

En lo que respecta a la invocación del principio de intervención mínima, nos remitimos a lo dicho al inicio de la exposición con relación a las características de este principio. En opinión de quien suscribe, no existe razón alguna que autorice a pensar, en base a dicho principio que el círculo

de posibles sujetos activos, quede circunscrito a los profesionales de la construcción, ya que partiendo de la idea de que los delitos que contempla el artículo 319 son delitos de resultado en tanto que existe una efectiva mutación o transformación del mundo exterior, siendo suficiente para que dicho resultado se produzca que la edificación o construcción de que se trate se verifique en suelo con las características a que alude el referido artículo, sin necesidad, en consecuencia, de que se produzca una mayor lesividad añadida, no se entiende bien la necesidad de buscar un resultado más grave que el que el propio artículo prevé, y mucho menos presumir que ese resultado ulterior obedezca a la condición de profesional del sujeto activo del delito, ya que si ante dos conductas sustancialmente equivalentes desde la perspectiva propia del delito contra la ordenación del territorio, una de ellas se considera digna de represión penal por concurrir la cualidad de profesional en el autor, y otra por contra ha de quedar impune, dado que este último se limita a realizar esporádicamente una edificación o construcción, se quebraría el principio de igualdad ante la ley penal en virtud, no de una expresa disposición de la ley en tal sentido, sino por voluntad del intérprete.

A ello debe añadirse en segundo lugar, que la realidad nos demuestra que la indisciplina urbanística generalizada a la que algunos autores hacen referencia, no sólo es consecuencia de la actividad de las empresas promotoras y constructoras de viviendas, sino que en buena medida también resulta de la acción aislada, pero coincidente con la de otros, que ha dado lugar a la aparición de numerosas construcciones de viviendas que «de facto» han configurado un sinfín de urbanizaciones ilegales, que en numerosas ocasiones se han llevado a cabo en terrenos o parajes de especial significación paisajística o forestal, lo cual incide negativamente en la ordenación del territorio, de modo en absoluto desdeñable.

Queda por analizar, si el hecho de que el artículo 319 contemple además de la pena privativa de libertad y multa la imposición de la inhabilitación especial para la profesión u oficio, resulta ser un elemento determinante en favor de la exigencia de profesionalidad a los fines de que el autor de la construcción o edificación pueda ser reputado autor de dicho delito. Como punto de partida, hemos de indicar que la imposición de dicha pena tiene carácter principal, por lo que, para conocer el contenido y alcance de la misma ha de acudirse a lo dispuesto en el artículo 45 del Código Penal, que expresamente dice «la inhabilitación especial para la profesión u oficio, industria o comercio, que ha de concretarse, expresa y motivadamente en sentencia, priva al condenado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de condena».

Por ello la imposición de dicha pena, determina que el condenado, durante el tiempo de duración de la misma, se halla impedido para ejercer la profesión o el oficio de que se trate.

El artículo 56, regula la imposición de la pena en cuestión cuando ésta tiene carácter accesorio, y del contenido del mismo se desprende que ésta modalidad de sanción, sólo puede ser aplicable en la medida en que la profesión o el oficio hubieran tenido relación directa con el delito cometido, criterio éste que a todas luces resulta perfectamente conciliable con una política criminal acertada, en la medida en que sólo se priva al sujeto de optar libremente por ejercer el trabajo que desee, cuando la actividad de que se trate haya sido determinante, o al menos relevante en la ejecución del delito.

Podría discutirse desde una perspectiva político criminal, si lo conveniente hubiera sido incluir la pena de inhabilitación sólo cuando la actividad profesional del sujeto guarde relación con el delito cometido, pero lo cierto es que el Código Penal nos ofrece suficientes ejemplos en que ello no sucede así, sirviendo como muestra el contenido de los artículos 144, 145, 157, 363 y 436, heredero del derogado artículo 399, en los cuales la pena de inhabilitación, se impone con independencia del cargo o profesión del sujeto.

Por ello, deducir que la existencia de la pena de inhabilitación especial para la profesión u oficio en un tipo penal concreto, determina a la postre quién o quiénes pueden ser considerados sujetos activos del delito, es un razonamiento del que no participa la sistemática utilizada por el Código Penal, lo cual de modo diáfano se desprende del contenido de los artículos 527 y 604 del Código Penal, que establecen respectivamente las penas de inhabilitación especial para desempeñar cualquier empleo o cargo público respecto de quienes incumplieren el deber de cumplir el servicio militar o la prestación social sustitutoria, y no por ello ha de pensarse que el tipo sólo resulta aplicable a quienes previamente desempeñasen funciones públicas. En mi opinión, cuando la pena de inhabilitación especial se impone con carácter accesorio al amparo del artículo 56, se pretende tanto sancionar con mayor contundencia al culpable, privándole del cargo, oficio o función que hasta ahora ejercía, como prevenir especialmente la reiteración de conductas delictivas de cara al futuro. Por el contrario cuando esta pena se impone con carácter principal, si el sujeto activo no venía ejerciendo con anterioridad la profesión u oficio para el cual es inhabilitado, no por ello la pena pierde sentido o razón de ser, ya que en ese caso lo que se trataría de conseguir fundamentalmente es una mayor prevención especial con miras al futuro, evitando así que el penado pueda dedicarse a las actividades profesionales que en concreto tengan que ver con el delito cometido, lo cual

no impide que pueda seguir dedicándose a ejercer su profesión habitual, puesto que ésta no ha tenido relación alguna con el hecho punible.

Una situación similar a la que se aprecia en el artículo 319 del Código Penal, se pone de manifiesto en el artículo 363 de dicho Texto Legal, el cual castiga con la pena de inhabilitación especial, para la profesión, oficio, industria o comercio, a los productores distribuidores o comerciantes que pongan en peligro la salud de los consumidores realizando las conductas que se contemplan en los números uno a cuatro de dicho artículo. En este caso, también podría plantearse el dilema de si por productor o distribuidor ha de entenderse cualquier persona capaz de producir en un momento dado alimentos o distribuirlos a terceras personas o por el contrario, sólo engloba a los que profesionalmente se dediquen a realizar tal labor. Pues bien, si en este caso se adoptase la interpretación restrictiva que algunos autores propugnan para el artículo 319 del Código Penal, se daría la paradoja de privar de protección a la salud de los consumidores, pese a que la conducta del simple particular, haya originado un evidente riesgo para su salud, con la consiguiente vulneración del bien jurídico protegido, debiéndose añadir como refuerzo de esta toma de postura que el artículo 364, sí excluye a los particulares que ocasionalmente cometieren las conductas descritas, puesto que sólo prevé la pena de inhabilitación especial para la profesión, oficio, industria o comercio, cuando el autor fuere propietario o responsable de una fábrica de productos alimenticios.

En atención a todo lo expuesto, tal y como sostiene Alcalá Sánchez, decir que sólo pueden ser promotores o constructores a efectos penales, quienes se dediquen principal o exclusivamente a promocionar la construcción de viviendas y ocupen su actividad profesional o empresarial en menesteres propios de la actividad urbanística, supone una configuración de estas figuras, en la que el intérprete realiza una restricción de la letra de la ley que el legislador no ha previsto, ignorando incluso que el actual texto legal se ha hecho eco de las críticas que suscitaron en ciertos sectores doctrinales los proyectos de 1980 y 1983 por la indefinición del concepto empresario de las obras, siendo en consecuencia sustituido este término por el de constructor, todo ello con la finalidad, entre otras, de acabar con las llamadas urbanizaciones piratas.

Pero si lo ya expuesto no fuera suficiente para zanjar la polémica reinante sobre este tema, la publicación de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, conocida como Ley de la Ordenación de la Edificación, cuya entrada en vigor está prevista para el 5 de mayo de 2000, excepción hecha de lo dispuesto en materia de expropiación forzosa, disposición derogatoria segunda y disposición final tercera, que entrarán en vigor al día siguiente

de su publicación, deja bien a las claras el alcance que debe darse a las figuras del promotor, constructor y técnicos directores, cumpliendo así una de las finalidades enunciadas en la propia exposición de motivos, la cual se manifiesta que el objetivo prioritario de dicha Ley, es regular el proceso de la edificación, actualizando y contemplando la configuración legal de los agentes que intervienen en la misma.

Por ello, el artículo noveno de dicha Ley define al promotor, como «cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia con recursos propios o ajenos las obras de edificación, para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título».

Asimismo, el artículo 11 define al constructor como el agente que asume contractualmente ante el promotor el compromiso de ejecutar con medios materiales y humanos, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato.

Los términos empleados para describir dichas figuras, no aluden en ningún momento al carácter profesional, siendo en consecuencia suficiente para ser promotor o constructor, realizar, aunque sea de forma esporádica, las funciones y actividades que allí se indican.

En este apartado debe destacarse el contenido de las sentencias de 7 de marzo y de 29 de mayo del año 2000 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de La Coruña y de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Jaén, las cuales tras decantarse sobre la innecesariedad del requisito de la profesionalidad, invocan precisamente la Ley de la Ordenación de la Edificación como texto positivo que define el concepto y alcance de los sujetos activos del delito. Por contra, en el ámbito doctrinal, para Vicente Magro, pese a reconocer que el contenido del artículo 9 de la mentada Ley, ofrece una definición amplia del concepto de promotor, considera no obstante que el delito sólo puede ser cometido por profesionales, reproduciendo en apoyo de esta tesis los argumentos recogidos por las resoluciones judiciales ya reseñadas en ese sentido, si bien contempla el aspecto preocupante derivado de la distancia interpretativa que mantienen las diferentes Audiencias Provinciales, y en aras a favorecer la seguridad jurídica, reclama soluciones legislativas

En el apartado correspondiente a los técnicos directores, también se han suscitado dudas respecto a quiénes quedan incluidos en tal categoría. Para Boix y Juanatey, no cabe duda que el precepto engloba a los arquitectos e ingenieros superiores, puesto que es a ellos a quienes corresponde la dirección de la obra y la vigilancia de los trabajos. Respecto si cabe entender también incluidos a los arquitectos e ingenieros técnicos, para dichos autores, es un problema que no resulta sencillo resolver, puesto que la con-

creción de sus competencias frente a los primeros es desde siempre una cuestión controvertida, y que ha motivado pronunciamientos jurisprudenciales dispares.

Barrientos Pacho, considera que tanto arquitectos como ingenieros técnicos están incluidos en el tipo, bien sea cuando intervienen exclusivamente en la dirección de la obra, como cuando intervienen conjuntamente con arquitectos e ingenieros superiores, puesto que ambos participan de la dirección técnica y han de conocer la existencia y el alcance de la licencia que ampare la edificación.

Para Narváez, el círculo de sujetos activos, sería igualmente aplicable a los titulados medios antes aludidos, que hubieren dirigido las obras dentro del ámbito de sus competencias.

La Jurisprudencia civil, al analizar cuál es el ámbito objetivo de la responsabilidad que por vicio ruinógenos afecta a los intervinientes en el proceso constructivo, en sentencia de 5 de octubre de 1990, puso de manifiesto con meridiana claridad, que el aparejador (en la actualidad arquitecto técnico), participa de la dirección técnica de las obras y como técnico que es debe conocer las normas tecnológicas de la edificación.

Por su parte, la sentencia de 2 de noviembre de 1989, indica igualmente que los aparejadores, por su cometido profesional, juntamente con el arquitecto, asumen o deben hacerlo, labores de auténtica dirección de obras, y por tanto siguiendo una constante línea jurisprudencial, afectos a la responsabilidad que contempla el artículo 1.591 del Código Civil.

A la vista de lo expuesto, no parece que exista inconveniente alguno en incluir, como eventuales sujetos activos del delito, a estos profesionales conjuntamente con los arquitectos e ingenieros superiores, criterio éste que a nuestro entender, queda corroborado por la Ley 38/1999, ya citada, la cual contempla al arquitecto e ingeniero técnico como agentes capaces, tanto de realizar funciones propias de dirección de la ejecución de la obra, asumiendo las obligaciones que se enumeran en el artículo 13 de dicha Ley, y que esencialmente inciden en la ejecución material de la misma, y en el control cuantitativo y cualitativo de la construcción, pero también ejerciendo funciones de estricta dirección de la edificación, cuando el objeto de la misma sea la materialización de edificaciones que se indican en los grupos *b)* y *c)* del apartado 1 del artículo 2 y en los apartados 2 *b)* y 2 *c)* de dicho artículo de la ya referida Ley 38/1999.

Es por ello, por lo que, cuando el arquitecto o ingeniero técnico realice las funciones de dirección de obra, o bien de la dirección de la ejecución de la obra deberá ser considerado sujeto activo ya que en el primero de los supuestos, cumple una función perfectamente equiparable a la usualmente atribuida a los arquitectos e ingenieros superiores, y aun cuando en el

segundo de los casos, su función se halla vinculada al control y vigilancia de la ejecución, no por ello debe excluirse la existencia de auténtica dirección, y por tal razón considerarlos ajenos al tipo penal, entre otras razones, porque también se halla incluido dentro del ámbito penal, la conducta del constructor, persona que por excelencia se limita a materializar con aportación de trabajo y materiales la edificación promovida por unos y dirigida por otros.

En principio, parece más dudoso considerar, que el proyectista, pueda ser sujeto activo de este delito. Esta figura, se encuentra expresamente mencionada en el artículo 10 de la Ley 38/1999, y en el artículo 9.º queda definido como el agente que por encargo del promotor, y con sujeción a la normativa técnica y urbanística correspondiente, redacta el proyecto, que a su vez, tal y como lo define el artículo 4 de dicha Ley, es el conjunto de documentos mediante los cuales se definen, y determinan las exigencias técnicas de las obras a que se aluden en el artículo 2.º

En nuestro entender, en la medida en que dicho proyecto mediatiza la labor del constructor, así como la del director de la obra, y del director de la ejecución de la obra a la actuación del proyectista, no sólo presupone el inicio de una labor propia de dirección técnica de la edificación, sino que además determina la actuación del resto de los agentes de la edificación que deben sujetar sus actuaciones en él contenidas, y por ello, dicha función adquiere una especial significación cualitativa que no le hace ajeno a las previsiones del tipo, máxime, si se tiene en cuenta que el artículo 10-1 expresamente establece que el proyectista debe sujetarse en la redacción del proyecto a la normativa urbanística correspondiente.

Por último, destacar la existencia en la Ley 38/1999 de otros sujetos que en nuestra opinión deberían quedar excluidos de la aplicación del artículo 319, sin perjuicio de los supuestos de la participación del «extra-neus» en los delitos especiales. Entre ellos figuran el simple propietario del terreno, cuando su actividad no sea reconducible a la de promoción para la cual no se requiere expresamente ser titular dominical del solar, sino simplemente ostentar un título que permita edificar. Tampoco deberá incluirse a los obreros u operarios que trabajen por cuenta del constructor, pues aun cuando se constituyen en ejecutores materiales de la construcción o de la edificación, carecen de capacidad de decisión alguna sobre la realización de la misma, y su sujeción a la legalidad, hecho éste igualmente predicable con relación a los suministradores de productos, a los que se menciona en el artículo 15 de dicha Ley, así como a los ulteriores adquirentes o usuarios de la construcción o edificación de que se trate.

LA CONDUCTA TÍPICA

INTRODUCCIÓN

La redacción dada por el legislador al artículo 319, hace que el mismo merezca ser considerado como un típico ejemplo de norma o ley penal en blanco, puesto que para apreciar los elementos que configuran la infracción penal, no basta con acudir a la propia dicción del tipo, sino que se hace necesario completar el mismo con normas de naturaleza extra penal. Esta técnica es utilizada generalmente por el Derecho Penal, para aquellos supuestos en que este sector del ordenamiento desempeña un papel fragmentario frente a otros ámbitos sancionadores. Son numerosos autores los que han cuestionado esta forma de actuación, y así para Carmona Salgado, la técnica que ella denomina de yuxtaposición de ilícitos, lo cual plantea graves problemas de constitucionalidad relativos a la eventual lesión del principio «non bis in idem», incrementándose por la múltiple y variada normativa administrativa existente sobre la materia.

Para Boix y Juanatey se destaca además de los espinosos problemas de constitucionalidad que plantean las leyes penales en blanco, la necesidad de acudir a normas administrativas estatales, autonómicas y municipales, cuyo contenido puede hacer variar la calificación penal de las conductas de una a otra parte del territorio vulnerando el principio de igualdad.

No obstante, ambas cuestiones han sido tratadas por nuestro Tribunal Constitucional, que en sentencias de fechas 14 de julio de 1987, y sobre todo la de 5 de julio de 1990, admitió expresamente la constitucionalidad de este tipo de leyes, siempre y cuando, la remisión a las disposiciones de naturaleza extrapenal, esté justificado por razón del bien jurídico, y siempre y cuando, la descripción típica contenga en todo caso «el núcleo esencial de la infracción», y en consecuencia de la conducta prohibida normativamente, quedando así salvaguardado el principio de «lex certa».

Tampoco el hecho de que la normativa extrapenal que complete el tipo sea diferente en una u otra parte del territorio, es obstáculo que impida la operatividad de esta técnica de remisión, puesto que, la división territorial de poderes que consagra el texto constitucional, hace inevitable esa disparidad legislativa, no sólo en el ámbito autonómico, sino que en una materia tan estrechamente vinculada con el urbanismo, también la normativa municipal e incluso los diferentes planeamientos van a incidir en la aplicación de la norma penal. A este respecto, también he de indicar que la sentencia de 18 de noviembre de 1991, se pronunció sin ambages en favor de la posi-

bilidad de que la norma penal (art. 343 bis) fuera completada por una disposición autonómica.

Con relación al empleo de las leyes penales en blanco, pese a las críticas que despierta en ciertos sectores doctrinales, entiendo que es un recurso legítimo empleado por el legislador, ya que, en aquellos temas, en que el derecho penal desempeña un claro papel fragmentario, quizás no queda otro remedio, que acudir a esta técnica, principalmente porque el derecho administrativo ha contemplado previamente un cúmulo de conductas anti-jurídicas entre las que se encuentran las que el legislador quiere trasvasar al ámbito penal, pero también porque ello opera como una garantía frente al destinatario de la norma, ya que las conductas que pueden ser constitutivas de infracción penal, al menos, ya han sido recogidas como antijurídicas por otros ordenamientos, si bien la razón de esta doble tipificación, obedece a la necesidad de proteger la legalidad, con respuestas tan enérgicas como las que brinda el ordenamiento penal.

No obstante, considero que la mera yuxtaposición de infracciones ya contempladas en el ámbito administrativo, tal y como sucede con las conductas descritas en el artículo 319, permite, al menos aparentemente, poner en tela de juicio, el carácter fragmentario, al hacerse coincidir las infracciones penales con las contempladas en la legislación administrativa, sin añadir ningún plus de gravedad adicional, a diferencia, por ejemplo, de lo que sucede con el artículo 325 o el 321.

Al objeto de garantizar en todo caso la preeminencia del proceso penal sobre el procedimiento administrativo sancionador y evitar la duplicidad de sanciones en supuestos en los que como el presente, se aprecia identidad de sujeto, hecho y fundamento, el artículo 274 del Real Decreto Legislativo 1/1992, por el que se aprobó la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, declarado vigente por la Ley 6/1998, sobre régimen del suelo y valoraciones, cuando con ocasión de los expedientes administrativos que se instruyan por infracción urbanística, aparezcan indicios racionales de delito o falta, del propio hecho que motivó su incoación, el órgano competente para imponer la sanción deberá ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos de exigencia de las responsabilidades, que en el orden penal procedan, absteniéndose aquel de proseguir el procedimiento sancionador hasta que la autoridad judicial no se haya pronunciado. Más adelante, se indica que la sanción penal excluirá la imposición de la sanción administrativa, sin perjuicio de la adopción de medidas de reposición a la situación anterior a la comisión de la infracción.

De lo expuesto se desprende, que una vez se aprecien por la autoridad administrativa que las conductas de los particulares intervinientes en una edificación o construcción pueda ser constitutivo de infracción penal, debe-

rán abstenerse de incoar procedimiento sancionador o, en su caso, paralizar el procedimiento incoado, el cual no se podrá reanudar hasta que no exista resolución definitiva por parte del órgano de enjuiciamiento, la cual, como se dispone en el artículo 7 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, en lo que afecta a los hechos probados, vincula a los órganos administrativos, respecto de los procedimientos sancionadores que se sustancian. Dado que una sentencia penal condenatoria impediría la imposición de una sanción administrativa por los mismos hechos, la única posibilidad de reapertura del procedimiento sancionador, sería la sentencia absolutoria o resolución equivalente.

Aun cuando para un sector importante de la doctrina, este tipo de delitos, son considerados como de mera actividad, en mi opinión, tal y como sostiene Narváez, estos delitos son de verdadero resultado, puesto que, tal y como describe el tipo penal, se produce una verdadera alteración del mundo exterior. Por tanto, para entender consumada la infracción penal, es necesario que el resultado llevado a cabo por el sujeto activo se materialice en una construcción o edificación, y por tanto se den todos las características inherentes a estas dos figuras, que a continuación se estudian. Es por ello, que en la medida en que se haya producido una iniciación de las obras, pero no se haya culminado la realización efectiva de algo que pueda reputarse como construcción o edificación, no permitirá entender consumado el delito, sino simplemente intentado, siendo en consecuencia perfectamente posible apreciar las formas imperfectas de ejecución y sancionar dicha conducta de conformidad con las previsiones del artículo 62 del Código Penal. Ahora bien, consumación no significa que el autor o autores hayan culminado el proyecto que en su día se propusieron llevar a cabo, ya que ello nos llevaría a la llamada fase de agotamiento del delito, siendo por tanto suficiente con que el resultado de la actividad llevada a cabo pueda ser considerada como una construcción o edificación.

ARTÍCULO 319-1.º

La primera cuestión a dilucidar, es el sentido y alcance que deba darse al término construcción, que como se observa, no es el mismo que el legislador utiliza cuando en el párrafo segundo describe la conducta típica.

Construcción y edificación, si bien son conceptos de un contenido similar, no son exactamente coincidentes, ya que etimológicamente construcción tiene una acepción más amplia que la edificación, puesto que esta últi-

ma es la materialización de una obra o fábrica construida para habitación o para usos análogos con materiales sólidos y duraderos.

La Ley 38/1999 define el proceso de edificación, como la acción y el resultado de construir un edificio con carácter permanente, público o privado, cuyo uso esté comprendido en los grupos que más adelante se mencionan.

Para Barrientos Pacho, construcción engloba todo acto que suponga una transformación material de los terrenos o espacios sobre los que se realiza, y al ser examinado dicho concepto junto con el de edificación, que señala el párrafo segundo, concluye que construcción sería el género, mientras que la edificación sería la especie. Boix y Juanetey sostienen un criterio similar, invocando además el contenido del artículo 86 del Reglamento de disciplina urbanística que distingue, como si se tratase de cosas diversas entre sí, las edificaciones, construcciones e instalaciones.

La sentencia de 28 de octubre del año 2000 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería, circunscribe el concepto de edificación recogido en el artículo 319-2.º a las obras de nueva planta, y excluye por tanto del tipo la conducta consistente en construir sobre una edificación preexistente

En mi opinión, la publicación de la Ley 38/1999, al ofrecer una definición auténtica de lo que debe entenderse por edificación, a los efectos del artículo 319-2.º ésta ha de ser tenida en cuenta, con exclusión de cualquier otra significación, que en el lenguaje común pudiera corresponderle, y por tanto sólo podrán ser reputadas como tales los resultados de aquellas obras que respondan a las características propias de un edificio de carácter permanente, público o privado, cuyo uso esté comprendido entre los grupos que contempla el artículo 2.º de la indicada Ley.

A «sensu contrario», del tenor de dicho artículo, se infiere que no quedan incluidos dentro del concepto de edificación, aquellas edificaciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica, siempre que no tengan de forma eventual y permanente un carácter residencial o público, y se desarrollen en una sola planta. Tampoco ostentaran tal carácter, aquellas obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que con carácter parcial alteren la configuración arquitectónica del edificio, siempre que no produzcan una variación esencial del mismo, tanto en su estructura como en su uso característico.

Esto último adquiere especial significación, ya que a tenor de lo expuesto, quedarían fuera del ámbito de aplicación del artículo 319-2.º todas aquellas edificaciones de escasa entidad, como pudiera ser la construcción de casetas de aperos, trasteros, paellers, y otras de similares características, así como aquellas obras de reforma o mejora que no supon-

gan una sustancial o significativa alteración de la edificación previamente realizada, hecho éste de especial relevancia, en aquellos casos en que la edificación primigenia fue realizada ilegalmente, pero con anterioridad a la entrada en vigor del presente Código Penal. No obstante, esta cuestión es dudosa, puesto que soy consciente de que el término «edificación» puede ser interpretado a estos efectos como algo puramente descriptivo y por tanto entender que la definición que ofrece la Ley de Ordenación de la Edificación, no vincula al interprete penal que podría siempre recurrir al concepto estrictamente gramatical.

Sin embargo, como el artículo 319-1.º alude a la construcción, que es un término conceptualmente más extenso, si dichas obras de pequeña entidad se realizaran en algunos de los suelos previstos en el artículo 319-1.º la conducta sí resultaría penalmente relevante, y según opinión de quien suscribe, ello resulta perfectamente adecuado a la finalidad de protección de la norma, puesto que los tipos de suelo que menciona el primer párrafo del artículo 319, son aquellos que se encuentran necesitados de una más férrea protección, en razón del valor que representan.

Otra de las diferencias terminológicas que se detectan en los dos primeros números del artículo 319, afectan a un elemento esencial de la antijuridicidad, y así mientras en el número 1 se alude a construcción no autorizada, en el número 2 se habla de edificación no autorizable.

Para Carmona Salgado, el término «no autorizada» engloba todas aquellas obras realizadas sin la preceptiva licencia, o bien efectuadas al margen de lo establecido en ella, no siendo además susceptibles de ser legalizadas posteriormente tal y como recoge el artículo 39 de la Ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (artículo derogado por la Ley 6/1998).

Boix y Juanetey, coincide con dicho criterio, y considera que es más difícil incluir en el tipo las construcciones realizadas mediante licencia o autorización ilegal.

Para Morales Prats y Tamarit Sumalla, las construcciones realizadas al amparo de una licencia ilegal, no se podrían incardinar dentro del artículo 319-1.º, pero sí quedarían subsumidas dentro del segundo párrafo de dicho artículo.

Narváez, por contra piensa que este tipo de obras, no serían constitutivas de esta infracción penal, ya que no concurren los requisitos de tipicidad previstos en el artículo 319-1.º

En mi opinión, es evidente que la carencia de licencia habilitante, ora sea porque no se haya solicitado, o bien porque ésta se haya denegado, son supuestos que entran de lleno en el ámbito de prohibición de la norma penal, al igual que sucede cuando las construcciones realizadas se desarrollen excediéndose de los límites permitidos, no obstante, coincido con

Narváez cuando indica que el principio de intervención mínima que inspira el derecho penal, aconseja que en todo caso la infracción cometida por el sujeto sea reputada grave por el ordenamiento urbanístico, lo cual obliga a acudir a la normativa autonómica puesto que los artículos de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana que establecían el catálogo de infracciones, han sido derogados por la Ley 6/1998, ya que si dicha infracción no excede de la mera infracción venial, no merece ser tenida en cuenta como relevante a los efectos penales, dado el evidente carácter fragmentario inherente al derecho penal.

También entiendo, que en el supuesto de que la licencia concedida al particular sea ilegal, y así se declare ulteriormente, la construcción realizada al amparo de la misma, no puede ser sancionada penalmente, puesto que el artículo 319-2.º, no ha sido concebido con miras a ejercer una finalidad residual con relación al tipo del número 1.º, sino por el contrario para sancionar conductas de extensión más limitada, ya que el término no autorizable, como más adelante estudiaremos con más detalle, implica que no sea susceptible de ulterior autorización, pero no resultará apreciable cuando dicha autorización exista efectivamente aunque posteriormente se aprecie una causa de nulidad, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad que el particular pueda contraer por su participación en el delito previsto en el artículo 320 del Código Penal. En este sentido Laso Martínez sostiene que aun cuando los números uno y dos del artículo 319 no participan de idéntica estructura gramatical, no por ello parten de un esquema diferente y por ello entiende que el mínimo común de dichas infracciones es la ausencia de licencia o autorización, concluyendo en consecuencia que si se cuenta con licencia, salvo el caso de complicidad en el cohecho o prevaricación, se impide que los hechos sean constitutivos de este delito.

Por último, también considero que en los supuestos en que la construcción o edificación se haya realizado sin licencia, pero la misma sea conforme con la legalidad y el planeamiento urbanístico, tampoco estaríamos ante una conducta constitutiva de infracción penal, puesto que, pese a la literalidad del precepto, tal y como sostiene Narváez, no se ofendería el bien jurídico protegido, que en este caso, no consiste en evitar que los ciudadanos actúen sin licencia, sino garantizar la indemnidad de la ordenación urbanística.

Otro apartado a considerar, es la posibilidad de considerar adquirida la licencia en virtud de silencio positivo. A tal efecto, el artículo 242-6 del texto refundido 1/1992 de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana (vigente según la Ley 6/1998), en ningún caso se entenderán adquiridos por silencio administrativo, licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico. Asimismo, la disposición adicional cuarta de la Ley de Actividades

Urbanísticas de la Comunidad Valenciana de 16 de noviembre de 1994, establece que en ningún caso se entenderán adquiridos por silencio administrativo, facultades en contra de los principios de esta Ley, de los planes, proyectos, programas u ordenanzas en general en términos contrarios, opuestos o disconformes con las previsiones de la ordenación urbanística. Más adelante, dispone dicho artículo que la solicitud de licencia urbanística que no sea resuelta por el Ayuntamiento dentro de los plazos legales, sin perjuicio de las prórrogas que sean procedentes, se entenderá estimada salvo que su contenido sea constitutivo de contravención grave y manifiesta de la ordenación urbanística, en cuyo caso se entenderá desestimada.

Lo dispuesto en estos artículos, se compadece bien con el artículo 43.2 de la Ley 30/1992 sobre el procedimiento administrativo común que asimismo dispone que los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes (regla general), salvo el caso de que una norma con rango de ley o norma de derecho comunitario europeo establezca lo contrario... «in fine».

De todo ello, se desprende que no sería viable entender a los efectos que nos ocupan, la posibilidad de que por silencio administrativo se hubiere obtenido una licencia de edificación con contravención de la normativa o del planeamiento urbanístico, todo ello, sin perjuicio de la incidencia que este aspecto pudiera tener en el ámbito culpabilístico por la existencia de error.

En cuanto a las características del suelo sobre las que debe verificarse la construcción, el artículo 319, establece una serie de categorías que nos permite deducir que dicho suelo puede ser urbano (art. 8 de la Ley 6/1998), urbanizable (art. 10) o no urbanizable (art. 9).

a) El primero de los terrenos a que se alude en dicho tipo, es el destinado a viales. El artículo 14 de la Ley 6/1998 establece como obligación a cargo de los propietarios del suelo urbano, que carezcan de urbanización consolidada, la obligación de ceder obligatoria y gratuitamente a la administración todo el suelo necesario para los viales. Idéntica obligación se establece en el artículo 18 con relación a la transformación del suelo clasificado como urbanizable. Asimismo, la Ley de la Comunidad Valenciana de actividades urbanísticas, establece en el artículo 58-4, que los planes deberán especificar el uso previsto para cada reserva de suelo dotacional, debiendo distinguir entre zonas verdes deportivo-recreativas, educativo-culturales, servicios administrativos, servicio urbano-infraestructuras, red viaria, etc. Junto con el dato que ofrezcan los planes urbanísticos, lo cual nos permitirá conocer que debe entenderse por viales y también zonas verdes, puesto que participan del mismo régimen jurídico en los artículos de

referencia, hemos de tomar en cuenta, también lo dispuesto en la Ley de la Comunidad Valenciana 6/1991, sobre Carreteras; la Ley estatal de Carreteras 25/1988, de 29 de julio, y la Ley de Vías Pecuarias 3/1995, de 23 de marzo.

b) En lo que respecta a los bienes de dominio público, habrá que tomar en consideración como punto de partida lo dispuesto en los artículos 339 a 345 del Código Civil, que considera fundamentalmente bienes de tal naturaleza aquellos que están destinados a un uso público o bien a un servicio público, destacándose especialmente los caminos, los canales, ríos, riberas, playas y puertos, y otros de naturaleza análoga. No obstante, estos artículos citados no nos ofrecen una visión lo suficientemente completa sobre la totalidad de los bienes que merecen esta calificación, y sobre todo sobre el régimen jurídico de los mismos, por lo que se hace absolutamente imprescindible acudir a la legislación sectorial concreta. Tal y como sostiene Narváez, tratándose de este tipo de bienes, las edificaciones o construcciones que en ello se lleven generalmente van a estar sujetas, además de al requisito de la obtención de la licencia urbanística, a otra autorización que deberá ser concedida por el órgano titular del bien demanial de que se trate.

c) La tercera clase de suelos que menciona el artículo 319.1 comprende aquellos que tienen reconocido legal o administrativamente valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico, cultural. En este tercer grupo, dos son las notas características de los suelos donde se va a verificar la construcción:

En primer lugar, han de tener reconocido un valor especial, el cual ha tenido que ser expresamente reconocido legal o administrativamente. Para una correcta interpretación sobre el alcance de la norma, resulta imprescindible acudir a la legislación administrativa sectorial, y así el precepto se completará con las disposiciones emanadas de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, sobre la Conservación de Espacios Naturales Protegidos, modificada por la Ley 40/1997, de 5 de noviembre, así como por lo dispuesto por la Ley de Patrimonio Histórico de 25 de junio de 1985, desarrollada por Real Decreto de 10 de enero de 1986, modificado a su vez por Real Decreto de 21 de enero de 1994.

En el apartado de la normativa autonómica, y concretamente dentro del ámbito de la Comunidad Valenciana, merece mencionarse la Ley 11/1994, de 27 de diciembre, sobre Espacios Naturales Protegidos, que en su artículo 3 establece una clasificación de los diferentes tipos de espacios, y en los artículos 7 a 14 se describe el régimen general de los mismos, así como los usos y actividades admisibles. Llama especialmente la atención la mención que dicha Ley hace a las llamadas zonas húmedas dentro del apartado «pro-

tección de otras áreas», que a efectos de dicha Ley son las marismas, marjales, turberas o aguas rasas, ya sean permanentes o temporales, de aguas estancadas o corrientes, dulces, saladas o salobres, naturales o artificiales, y que según el artículo 15.2, a efectos de procurar la preservación de los terrenos incluidos en las mismas, serán clasificadas, en todo caso, como suelo no urbanizable, sujeto a especial protección, todo ello de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4/1992, de 5 de junio, sobre Suelo no Urbanizable, clasificación que en todo caso se mantendrá aun en el supuesto de la desecación por cualquier causa de la zona.

En lo que hace referencia al patrimonio histórico artístico, la Ley 4/1998, de 11 de junio, sobre Patrimonio Cultural Valenciano, establece en el artículo 1 cuál es el ámbito objeto de actuación, describiéndose en el artículo 2 los diferentes tipos de bienes que integran ese patrimonio cultural. El texto legal mencionado regula específicamente en los artículos 34 a 37 la incidencia que en el planeamiento urbanístico tiene la declaración de un bien como de interés cultural, así como el régimen de autorizaciones de intervención y de concesión de licencias municipales.

A tenor de lo expuesto, dada la redacción del artículo 319.1.º, no resulta suficiente con que los terrenos tengan un especial valor digno de protección, sino que además resulta necesario que haya sido reconocida legal o administrativamente, fundamentalmente por la normativa sectorial de que se trate, si bien ello no es obstáculo para que esa especial protección pueda venir dada por normas de naturaleza urbanística, y así la propia Ley 6/1998, sobre el Régimen de Suelo y Valoraciones, califica de suelo no urbanizable aquel que está sometido a algún régimen de protección incompatible con su transformación, ora sea de conformidad con los planes de ordenación territorial, o bien en virtud de la legislación sectorial (art. 9.1), señalando igualmente que será considerado suelo de tal condición aquel que se considere necesario preservar, por los valores a que se ha hecho referencia en el punto anterior, que en lo sustancial coinciden con los que se mencionan en el artículo 319.1.º, si bien añade algunos otros tipos.

La Ley 4/1992, de la Generalitat Valenciana, de 5 de junio, modificada parcialmente por la Ley 2/1997, de 13 de junio, en su artículo 1 define al suelo no urbanizable, entre otros, como aquellos terrenos sujetos a un régimen específico de protección o mejora, o bien aquellos otros que, sin estar comprendidos en el apartado anterior, reúnan las características que señala el artículo 319.1.º, y por ello se hacen acreedores de esa especial protección. El número 3 de dicho artículo determina que en todo caso se clasificarán como suelo no urbanizable de especial protección, además de los que forman parte del dominio público, marítimo o hidráulico, todos aquellos que el artículo 319.1.º indica expresamente, así como los de uso o aprove-

chamiento forestal, siendo posible también que sean declarados de especial protección los terrenos de aprovechamiento agrícola o ganadero.

No obstante, tanto estos últimos, cuya inclusión es potestativa, como los de uso o aprovechamiento forestal, que en todo caso serán considerados de especial protección, dada la redacción del artículo 319.1.º, la edificación no autorizada verificada en ellos no podría dar lugar a la existencia de este delito, toda vez que no están expresamente incluidos en el tipo, salvo que pudieran ser reconducidos a la categoría de especial protección por su valor paisajístico o ecológico.

En este sentido, la sentencia de 17 de marzo de 1998, de la Audiencia Provincial de Palencia, no consideró aplicable las previsiones de dicho artículo, en un supuesto en el que se llevó a cabo una edificación sin licencia, en suelo no urbanizable de especial protección agropecuaria, ya que el suelo de esas características no se encuentra específicamente contemplado en el artículo 319.1.

ARTÍCULO 319.2

El estudio de esta segunda modalidad delictiva, acaso de más frecuente comisión que la estudiada en primer lugar, presenta una estructura menos compleja, en tanto que los elementos a tener en cuenta para la comprensión de su naturaleza son la edificación, el carácter del suelo y las posibilidades de legalización de aquélla. Dado que con anterioridad hemos realizado un análisis acerca de la problemática de la edificación, vamos a prescindir de realizar cualquier consideración sobre la misma en este apartado, para centrarnos en lo que es el estudio de los otros dos elementos que conforman dicha infracción.

El suelo no urbanizable es un concepto típicamente normativo, y para comprender su alcance y significación resulta imprescindible acudir a la normativa urbanística, y así, de conformidad con el artículo 9 de la Ley 6/1998, que a tenor de la disposición final única tiene carácter de legislación básica, será considerado dicho suelo aquel que presente las siguientes características:

- Estar sometido a algún régimen especial de protección, incompatible con su transformación.
- Poseer valores dignos de preservación.
- Ser inadecuado para un desarrollo urbano.

Junto a estas características positivas, el artículo 8 de dicha Ley ofrece un elemento negativo a tener en cuenta, cual es que el suelo ya esté trans-

formado por contar como mínimo con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica, o por estar consolidados por la edificación en forma y con las características que establezca la legislación urbanística, pues en estos casos el suelo ha de ser considerado como urbano.

En el ámbito de la Comunidad Valenciana, la tantas veces reiterada Ley 4/1992 indica que compete a los planes generales de ordenación urbana, y en su caso las normas complementarias y subsidiarias de planeamiento, clasificar en todo caso como suelo no urbanizable a los terrenos que reúnan las siguientes características:

- Formar parte del dominio público, natural, marítimo o hidráulico.
- Estar sometidos a un régimen específico de protección o mejora.
- Reunir valores que le hagan ser merecedores de especial protección.
- Estar afectos a un uso o aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal, que deba ser mantenido, o bien que en virtud de planes o programas deban ser objeto de ese uso o aprovechamiento.
- Los que en virtud de la estrategia territorial adoptada deban ser excluidos del proceso de urbanización.
- Y, por último, y con carácter residual, aquellos otros que no sean clasificados como urbanos, urbanizables o aptos para la urbanización.

Esta normativa, nos ofrece una delimitación de lo que debe entenderse por suelo no urbanizable, y por ello sólo en la medida en que reúna estas características, y así haya sido considerado por el planeamiento o por las normas aplicables en defecto del mismo, podremos entender que el terreno goza de la condición que prevé el artículo 319.2.

El segundo de los elementos a analizar hace referencia a la viabilidad legal de la edificación en cuestión, y para ello resulta preciso fijar con exactitud cuál es el alcance del término «no autorizable».

La Ley 4/1992, en el título II, que regula el régimen jurídico de dicho suelo, en los capítulos III y IV, hace referencia a los usos o aprovechamientos que están sujetos a autorización. En este sentido, debe destacarse la reforma llevada a cabo por la Ley 2/1997, de 3 de junio, en lo que hace referencia a las viviendas unifamiliares aisladas, ya que la exigencia de que la parcela sobre las que ésta se asiente fuera superior a 1 hectárea quedó difuminada con tal reforma, permitiéndose que fuera el plan el que ordenara este uso, atendiendo a la aptitud del terreno para albergarla, su capacidad y vulnerabilidad, estableciéndose, en todo caso, con carácter imperativo, que la superficie no exceda de un 2 por 100 respecto de la de la finca, y siempre y cuando se mantuviese el resto de ella en explotación agraria

efectiva, o con plantación profusa de arbolado, o bien destinada a usos previstos en el plan.

Como es de ver, la autorización se convierte en un requisito previo para llevar a cabo ciertos usos en este tipo de suelo, y ello constituye el punto de partida inicial, desde el cual se determinará cuál es la significación del término «no autorizable», a los efectos del tipo penal.

Para el común denominador de la doctrina, por no autorizable debe entenderse aquello que no es susceptible de autorización o convalidación posterior a su realización. Es sin embargo Narváez quien analiza con profundidad este tema, y para dicho autor la diferencia sustancial entre el concepto no autorizado que maneja el artículo 319.1.º y el término no autorizable del párrafo segundo radica en que en el primero de los supuestos basta con que la construcción realizada no resulte conforme con el planeamiento o la normativa urbanística, mientras que en el segundo será necesario comprobar que la edificación realizada es de tanta gravedad que no sólo no resulta acomodada a la legalidad, sino irreconciliable con la misma, hasta el punto de que en ningún caso sería legalizable con posterioridad, puesto que estas edificaciones indican una irregularidad tan escandalosa que impide absolutamente su convalidación ulterior, y ello con independencia de que el sujeto hubiese conseguido una licencia a modo de paraguas protector frente a la responsabilidad penal.

En términos parecidos, la Audiencia Provincial de Palencia, en sentencia de 13 de julio de 1998, consideró que el término no autorizable debe entenderse como aquello que en principio no está permitido, y que en el futuro tampoco podrá ser autorizado, y por ello dado el carácter fragmentario del derecho penal y el principio de intervención mínima que lo inspira, sólo podrá predicarse de aquellas infracciones urbanísticas que adolezcan de irregularidades tan graves y escandalosas que ni siquiera quepa la posibilidad de una posterior subsanación, convalidación o autorización.

A mi entender, «no autorizable», efectivamente, es algo cualitativamente distinto de lo simplemente «no autorizado», y si por esto último debemos entender no sólo la edificación para la que se carece de licencia, sino aquella que no resulta conforme con el planeamiento vigente, edificación no autorizable debe reputarse aquella que no siendo conforme con el planeamiento resulta manifiestamente contraria al mismo, hasta tal extremo que no sería susceptible de ser subsanada por causa alguna. Al objeto de perfilar mejor lo expuesto, sobre todo en lo que respecta a la posibilidad de legalización ulterior, deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

a) Para valorar esa eventual compatibilidad con la legislación urbanística deberá estarse al contenido de ésta en el momento en que se consu-

ma el delito, sin que sea lícito realizar especulaciones sobre hipotéticas modificaciones posteriores, puesto que, en el caso contrario, difícilmente se podría considerar conducta alguna como constitutiva de esta infracción, toda vez que las posibilidades de modificación de las normas urbanísticas nunca pueden excluirse de plano, y por ello nunca podría afirmarse categóricamente que lo que hoy es manifiestamente contrario a la ordenación del territorio en tiempos futuros no pueda conciliarse con dicha normativa.

b) Asimismo, entendemos que para realizar este juicio de adecuación a lo normativamente correcto es necesario valorar las condiciones de la edificación, en el momento en que ésta se haya realizado, sin pensar en la posibilidad de que en el futuro el sujeto activo del delito pudiera llevar a cabo una conducta que favoreciera la posible legalización de lo edificado (por ejemplo que el titular de un almacén no vinculado a una explotación agraria en el futuro pueda emplear éste para tal menester por cambiar de profesión y dedicarse a ejercer tales actividades).

c) La cuestión es distinta cuando en el curso de un procedimiento penal, y con anterioridad a que recaiga resolución definitiva, se produzca una modificación de la normativa urbanística, y por mor de esta circunstancia la edificación sea en ese momento susceptible de ser legalizada. En este caso, de conformidad con la doctrina expuesta en la sentencia de 3 de marzo de 1998, que recoge que toda norma que completa una disposición penal pasa a gozar de la naturaleza penal de ésta, y, por ello, tal y como pone de manifiesto una reiterada doctrina jurisprudencial, la retroactividad de la ley penal más benigna se extiende a la normativa extrapenal llamada a integrar el tipo penal en blanco. Así pues, si esta nueva normativa resulta obviamente más favorable, se aplicará con carácter retroactivo e impedirá que la edificación siga siendo considerada no autorizable.

d) Más dudosos son los supuestos en los que durante el curso del procedimiento penal la actividad realizada por el particular a posteriori, ya que si bien en pura técnica penal el delito ya se consumó al realizarse la edificación primigenia, no puede olvidarse que este tipo de supuestos, por razones de política criminal, especialmente aquellas que guardan más estrecha relación con el bien jurídico protegido, desaconsejan su punición.

e) Siempre y cuando las posibilidades de legalización de una edificación, que en principio no se ajuste al planeamiento vengan determinadas no por la existencia de circunstancias objetivas de carácter reglado, sino en función de la voluntad más o menos discrecional de los órganos administrativos; por ejemplo, el supuesto previsto en el artículo 11 de la Ley 4/1992, que prevé que mediante informe favorable del órgano de la Generalitat competente en materia de agricultura fundado en las necesidades de la actividad agraria podrá eximirse en determinados casos del cumplimiento de las limi-

taciones urbanísticas reglamentarias establecidas con carácter general en lo que respecta a la edificación de almacenes vinculados a explotaciones agrícolas, ganaderas o forestales, o en el supuesto del artículo 12, que prevé una situación semejante en el caso de instalaciones necesarias para explotaciones agrícolas, ganaderas, forestales o cinegéticas, deberá entenderse que la edificación no puede tildarse de no autorizable, aun cuando el órgano competente, ejerciendo su facultad discrecional, no autorice la exención aludida, puesto que en estos casos las razones de la falta de autorización derivan de la voluntad del órgano en cuestión, lo cual no puede hacer depender de ello la existencia de infracción penal.

f) Por último, cuando exista duda razonable respecto de las posibilidades de legalización de la obra, se deberá resolver siempre en favor de no considerar la edificación como «no autorizable».

CULPABILIDAD

Ambas infracciones son contempladas por el Código Penal como eminentemente dolosas, al no haberse contemplado la posibilidad de comisión culposa.

Directamente vinculado con este tema se encuentra la figura del error, la cual ya ha sido valorada en diferentes resoluciones judiciales, y así la Audiencia Provincial de Zaragoza, en sentencia de 11 de mayo de 1995, estimó de aplicación al supuesto de hecho concreto, el error vencible de tipo, al considerar «que el empleo de conceptos normativos, en la conducta típica, posibilita la alegación de una situación de error de tipo, tanto en su versión vencible como invencible, de conformidad con el artículo 14.1 del Código Penal, y ante la impunidad de la imprudencia excluiría la responsabilidad criminal. El error puede versar sobre cualquier circunstancia de la recogida en el tipo, a saber, que la edificación es autorizable cuando no lo es, o que el suelo es urbanizable cuando tampoco lo es». Más adelante dicha sentencia expresa «que el dolo presupone el conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo, y en el error de tipo se excluye el dolo, y sin éste no hay culpabilidad, ni consecuentemente punibilidad». A continuación, en favor de la aplicación al caso que le ocupa de la figura en cuestión, entiende que el error no es aplicable al técnico director, constructor o promotor profesional, sin embargo, sí que resulta perfectamente aplicable al propietario que no sea promotor profesional, aun cuando éste sea vencible.

También la sentencia de 31 de mayo de 1999 de la Audiencia Provincial de Cádiz, en sentido contrario estimó el motivo interpuesto por el

Ministerio Fiscal y consideró indebidamente aplicado el artículo 14.2 del Código Penal, ya que entendía que el acusado, al ser sabedor de que su conducta era constitutiva de infracción administrativa, aun cuando no fuese consciente de que también lo era de infracción penal, no podía excluir por esta causa la exigencia de responsabilidad penal.

Dicha sentencia invocó la tradicional tesis jurisprudencial puesta de manifiesto en diferentes sentencias (29 de septiembre de 1997, 29 de noviembre de 1994 y 11 de marzo de 1996), destacando que la apreciación del error vendrá determinada por las circunstancias objetivas del hecho, las subjetivas del autor, tales como sus condiciones psicológicas o culturales, así como las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o acudir a medios que le permitan conocer la trascendencia de su obra, siendo suficiente con que tenga conocimiento de la alta probabilidad de antijuridicidad de su conducta, aunque no tenga la seguridad absoluta, poniendo igualmente énfasis en el hecho de que no cabe invocar error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoria, pública y evidente, al menos en vía administrativa.

Esta última sentencia pone de manifiesto cuál es el tratamiento que debe darse al error en este tipo de infracciones, en las cuales carece de relevancia que el sujeto activo sepa y conozca que su conducta es constitutiva de infracción penal, siendo suficiente a estos efectos que se represente al menos la conciencia de eventual antijuridicidad de su obrar, lo cual no es difícil de inferir con carácter general, en una materia como la urbanística, en la que es sobradamente conocido que los particulares deben obtener generalmente la preceptiva licencia para poder realizar, no sólo obras mayores, sino incluso las llamadas obras menores, todo ello sin perjuicio de descender al supuesto de hecho concreto para valorar si a la vista de las condiciones del sujeto activo, e incluso las circunstancias relacionadas con la edificación, se puede calificar de errónea su conducta, en particular, en casos como los que señala Alcalé Sánchez, en los que ha existido previamente una evidente pasividad de la Administración, con relación a las viviendas previamente edificadas por otras personas en los mismos terrenos.

Otra de las cuestiones a considerar es si tal y como considera la Audiencia Provincial de Zaragoza en estos supuestos el error es de tipo, o, por contra, es de prohibición, cuestión que no resulta baladí, puesto que si error fuera considerado vencible, las consecuencias de aplicar una u otra figura son radicalmente distintas.

En este sentido, coincido con el criterio que se recoge en dicha sentencia, toda vez que el delito del artículo 319 recurre fundamentalmente a conceptos extrapenales de carácter normativo, razón por la cual un conocimiento equivocado de los mismos, en especial sobre la naturaleza del suelo,

las condiciones de protección o las posibilidades de autorización, versan evidentemente sobre elementos del tipo, y aunque también se podría afirmar que ello origina un juicio inexacto sobre la licitud de su actuación, tal y como sostiene la sentencia de 23 de noviembre de 1993, el error debe reputarse como de tipo.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÉ SÁNCHEZ, María: «Primeros pronunciamientos jurisprudenciales en torno a los delitos sobre la ordenación del territorio», publicado en *Actualidad Penal*, Editorial La Ley Actualidad, 1999.
- BARRIENTOS PACHO, Jesús María: «Delitos contra la ordenación del territorio», publicada en *La Ley*, edita La Ley Actualidad, 22 de noviembre de 1996.
- BOIX REIG, Javier, y JUANETÉY DORADO, Carmen: *Derecho Penal*, parte especial, Editorial Tirant lo Blanc, 1996.
- CARMONA SALGADO, Concepción: *Curso de Derecho Penal Español*, parte especial, volumen 2, Editorial Marcial Pons, 1997.
- GARCÍA PLANAS, Gabriel: *El delito urbanístico*, Editorial Tirant lo Blanc, 1997.
- LASO MARTÍNEZ, José Luis: *Urbanismo y Medio Ambiente en el nuevo Código Penal*, «Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A.», Madrid, 1997.
- MAGRO SERVET, Vicente: «Los particulares y la autoría en los delitos de construcción ilegal», *Diario La Ley*, núm. 5223.
- MORALES PRATS y TAMARIT SUMALLA: *Comentarios a la parte especial de Derecho Penal*, Editorial Aranzadi, 1996.
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio: «Los delitos sobre la ordenación del territorio», en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, tomo IV, edita Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, 1997.
- REYES LÓPEZ, María José: *Derecho de Consumo*, Editorial General del Derecho, S. L., 1993.
- TIRADO ESTRADA, Jesús: «Delitos contra la ordenación del territorio», en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, tomo VIII, edita Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1998.
- VERCHER NOGUERA, Antonio: *Código Penal de 1995, Comentarios y Jurisprudencia*, Editorial Coceres, 1998.

ANÁLISIS Y CAUSAS DEL TERRORISMO ISLAMISTA

CARLOS DE CUETO NOGUERAS,

Profesor titular de Ciencias Políticas y Administración

JAVIER JORDÁN ENAMORADO,

Colaborador Doctor de Ciencias Políticas y Administración

Universidad de Granada, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología

SUMARIO: 1. ORÍGENES DEL TERRORISMO ISLAMISTA: 1.1 Motivaciones de carácter religioso. 1.2 Factores sociales, políticos y psicológicos que intervienen en el terrorismo islamista.—2. CLASIFICACIÓN DEL TERRORISMO ISLAMISTA SEGÚN SU ÁREA DE ACTUACIÓN. ANÁLISIS DE LA AMENAZA: 2.1 Grupos terroristas de carácter nacional o regional. 2.2 Grupos terroristas de alcance global.—CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

A pesar de que la coalición internacional, surgida tras los atentados del 11 de septiembre, tiene como adversario el terrorismo –sin más adjetivos–, los hechos y las políticas adoptadas hasta el momento demuestran que el objetivo se centra en el terrorismo de inspiración islamista, y en particular el que guarda relación con la red Al Qaida. El propósito del presente artículo consiste en ofrecer una síntesis sobre el origen, motivación y potencial de dicho tipo de terrorismo, con el fin de facilitar su comprensión, y entender la magnitud de este problema de seguridad.

1. ORÍGENES DEL TERRORISMO ISLAMISTA

1.1 Motivaciones de carácter religioso

Es evidente la importancia que está adquiriendo el terrorismo de inspiración religiosa con respecto a otros tipos de terrorismo motivados por ideologías etnonacionalistas, de extrema izquierda, antisistema, o de extrema derecha. En 1968, ninguno de los 11 grupos terroristas internacionales respondían a motivaciones religiosas; mientras que en 1995, 26 de los 49 grupos designados como terroristas internacionales tenían una inspiración religiosa predominante (Hoffman, 1999: 130-132; Reinares, 1998: 215). A esto se añade además que dicho extremismo religioso se encuentra particularmente presente en el mundo islámico. La relación elaborada el pasado año por el Departamento de Estado norteamericano incluye un total de 33 organizaciones terroristas extranjeras, de las que 17 pueden ser consideradas como terrorismo religioso y, de ellos, 15 son de inspiración islamista

(State Department, 2001). Esto suscita el interrogante sobre la relación entre el islam y el terrorismo, pues aunque las declaraciones políticas se han esforzado acertadamente en desligar ambas realidades, los datos están ahí, y llaman la atención.

A lo largo de la historia han surgido corrientes radicalizadas en el cristianismo, judaísmo, hinduismo e islam, que han justificado con categorías religiosas el empleo de la violencia, y, más concretamente, del terrorismo. Las religiones ofrecen una interpretación global de la vida, y su perversión a través de corrientes minoritarias puede resultar particularmente peligrosa. Una lectura religiosa trastocada proporciona sentimientos, razones y sentido de compromiso suficientes para decantarse por la violencia de manera brutal e implacable (Cameron, 1999: 78-79). Muchas de las limitaciones morales desaparecen, ya que la acción goza de la supuesta aprobación de la divinidad (fuente definitiva de la moralidad) y, además, el premio a los sacrificios no se limita a la obtención de los objetivos temporales del grupo, sino que incluye la recompensa en el más allá. Por las mismas razones trascendentes las consideraciones políticas, sociales y económicas pasan también a un segundo plano. Por otra parte, algunos principios positivos de la religión también pueden ser reinterpretados en clave terrorista, como por ejemplo la idea de la entrega y del sacrificio personal por el bien de los demás, o la aceptación de la muerte como testimonio supremo de las propias creencias, de modo que la militancia en el grupo no sólo no es moralmente reproachable, sino incluso meritoria.

La exégesis violenta y radicalizada es más probable en aquellas religiones que admiten la libre interpretación personal de sus fuentes o que no tienen establecida una autoridad exclusiva al respecto. Si no existe un magisterio que determine la interpretación única y exacta de la revelación divina, como sería por ejemplo el caso de la religión católica, las lecturas potenciales de las enseñanzas y de los textos sagrados admiten un número muy elevado de interpretaciones sobre aspectos esenciales de dicha religión. Esto es especialmente delicado en las cuestiones relacionadas con la moralidad del empleo de la violencia, que suele ampararse en el derecho de legítima defensa y de guerra justa. Si no existe una autoridad religiosa con potestad exclusiva de exégesis, la explicación que se pueda realizar sobre dicha moralidad de la violencia puede ser muy variada. Y en un contexto político y social proclive al radicalismo ese amplio margen de interpretación puede permitir que individuos aislados, o determinadas autoridades religiosas, justifiquen abiertamente las acciones violentas (incluido el terrorismo), basándose en fuentes sagradas, compartidas con otros muchos que condenan dicha violencia.

Éste sería el caso del islam. Sus fuentes son, por un lado, el Corán y la Sunna (las enseñanzas y hechos de Mahoma), y, por otro, los instrumentos intelectuales utilizados para su exégesis: el consenso de los sabios, la analogía, y la interpretación y razonamiento de la ley religiosa (Warda, 1999: 10-11). Esto explica la diversidad de variantes y de escuelas en el islam, y que entre las diversas lecturas existan algunas –minoritarias– que justifican el empleo de la violencia con fines religiosos. Son precisamente estas últimas las que alimentan doctrinalmente al terrorismo islamista. Resulta más adecuado este adjetivo, en lugar de islámico, porque dichos grupos surgen en el entorno del islam político, del islamismo. Sin embargo, tampoco se debe identificar islamismo con terrorismo, pues muchos de los colectivos islamistas son contrarios a la práctica de la violencia ¹.

Algunos de los elementos teóricos del islamismo tienen su origen en las enseñanzas religiosas de Ibn Hanbal (siglo ix) y del wahabismo (siglo xviii). De carácter rigorista, con una interpretación más literal del Corán y preconizando una vuelta a los orígenes, estas doctrinas coinciden con los islamistas en el deseo de revitalizar la fe islámica en la sociedad y comparten con ellos las ideas de que los regímenes políticos que no aplican la sharia carecen de legitimidad islámica, y que los males políticos y sociales son consecuencia de la desviación de las enseñanzas del islam o de la apostasía. A estos principios doctrinales se añaden otros procedentes del salafismo (finales del siglo xix y principios del xx). El desafío que suponía el contacto con la modernidad occidental, especialmente a través del colonialismo, motivó que autores como Jamal al-Din al-Afghani, Muhammad Abdú, Rachid Rida, y Rifat al-Tahtawi llevaran a cabo una reflexión teórica conocida como salafiya. Con ella se pretendía conjugar la modernidad con el respeto a los valores tradicionales y puros del islam. Esto exigía al mismo tiempo una vuelta a los orígenes de la religión con el fin de liberarla de los añadidos y desviaciones que había ido sufriendo a lo largo de la historia. Los salafíes denunciaron la decadencia moral y el abandono de la práctica religiosa en las sociedades musulmanas de su época, y juzgaron oportuna la reinstauración del califato y el desarrollo de una doctrina social islámica.

¹ El análisis del islamismo va más allá de nuestro objeto de estudio. Para obtener una visión general sobre dicho fenómeno puede consultarse la siguiente bibliografía en español: AYUBI, Nazih: *El islam político. Teoría, tradición y rupturas*, Edicions Bellaterra, Barcelona, 1996; BURGAT, F.: *El islamismo cara a cara*, Edicions Bellaterra, Barcelona, 1996; KEPEL, G.: *La Yihad. Expansión y declive del islamismo*, Península, Barcelona, 2001; LACOMBA, J.: *Emergencia del islamismo en el Magreb. Las raíces sociopolíticas de los movimientos islamistas*, Los libros de la Catarata, Madrid, 2000; MARTÍN MUÑOZ, G.: *El Estado árabe. Crisis de legitimidad y contestación islamista*, Bellaterra, Barcelona, 1999.

El relevo de los salafíes en la elaboración teórica del pensamiento político islámico fue tomado por los intelectuales islamistas, muchos de ellos pertenecientes a los Hermanos Musulmanes (en Egipto) y Yamaa Islamiya (en India y Paquistán). Su aportación continuó la línea de la tradición anterior, a la que añadieron nuevos elementos extraídos de la experiencia colonial y nacionalista. La subordinación de los valores religiosos al nacionalismo árabe y el posterior fracaso de éste representaron, para los islamistas, una confirmación de la necesidad de establecer el Estado islámico como salvaguarda de la religión y de la justicia social. Posiblemente, el camino hacia la armonía entre la modernidad occidental y el islam se vio truncado por la imposición del secularismo y de los modelos políticos exportados desde Occidente, a los que las élites políticas de la independencia añadieron la idea de un Estado patrimonial y autocrático. Como consecuencia, la actitud prudente, y al mismo tiempo positiva y abierta, de los salafíes frente a los valores modernos y occidentales fue remplazada por otra más desconfiada y hostil en los autores islamistas del siglo xx. Entre ellos destacan Hasan al Banna y Yusuf al-Qardawi en Egipto, Navvab Safavi en Irán y Mawdudi en Paquistán. Todos coinciden en la necesidad de establecer regímenes políticos que garanticen la islamización de la sociedad.

En un primer momento, la teoría política islamista no incluía la lucha armada como medio para establecer el Estado islámico. Fue con el pensamiento de autores como los egipcios Sayyid Qutb, Shukri Mustafa, Abd al-Aziz Bakri, Abd al-Salam Faraj o el paquistaní Mawdudi cuando se añadieron contenidos subversivos, legitimados por la religión (Conrad, 1999: 29; Sivan 1997: 36-37). Sayyid Qutb se unió a los Hermanos Musulmanes en 1953, y fue arrestado con otros líderes del grupo un año más tarde. A causa de su delicada salud, pasó la mayor parte del tiempo en la enfermería, lo que le permitió dedicarse al desarrollo de un pensamiento particularmente radicalizado hasta su ejecución en 1965 (Ayubi, 1996: 195). Su pensamiento gira en torno al concepto de jahiliyya (ignorancia pagana anterior al mensaje del Profeta). Inspirado parcialmente en Ibn Taymiyya (autor musulmán que vivió entre 1263 y 1328, y que justificaba el derrocamiento del gobernante que no respetase el islam o que no aplicase la sharia desde el poder), pero más específicamente en su contemporáneo Mawdudi, Qutb sustrajo este concepto de cualquier contexto histórico o geográfico, dándole una validez universal y refiriéndolo también a las sociedades actuales, incluidas las musulmanas². La esencia de ese nuevo paganismo consiste en

² Qutb lo expresa de la siguiente manera «Hoy en día estamos en una jahiliyya similar a la contemporánea del islam o peor. Todo en nuestro entorno es una jahiliyya: las percepciones y creencias de la gente, sus hábitos y costumbres, las fuentes de su cultura, las artes y literatura, y

sustituir a Dios por el hombre como rector de la sociedad. La importancia del pensamiento de Qutb, desde la óptica de nuestro estudio, es que este autor admite la violencia como instrumento para combatir dicho neopaganismo y lograr el restablecimiento del gobierno de Dios: «No se alcanzará simplemente enseñando y rezando, ya que aquellos que imponen el yugo a los cuellos de la gente y que usurpan la autoridad de Dios en la tierra no cederán en su postura a través de tales explicaciones y sermones» (citado en Ayubi, 1996: 199).

En esta línea de pensamiento Qutb, al igual que Mawdudi, emplea la categoría tradicional del islam denominada yihad. Este concepto se refiere de manera genérica al esfuerzo en el camino del islam, pero se le han atribuido diversas acepciones e interpretaciones. La más común lo ha entendido como la lucha personal del creyente contra sus malas inclinaciones con el fin de mejorar su conducta, pero también ha sido interpretado como guerra santa o violencia justificada por motivos religiosos. En el islam, al igual que en el cristianismo, existe la idea de la guerra justa, pero la idea de la yihad, entendida como guerra santa, va más allá, pues le añade una motivación religiosa (extender y defender la fe) que trasciende al concepto de legítima defensa, propio de la tradición cristiana. Durante siglos, la teoría jurídica procuró establecer qué circunstancias justificaban el recurso a la yihad. En el islam la guerra justa se encuentra relacionada con la idea de paz, y ésta se entiende como la adecuación de las cosas a lo que debe ser (de ahí que la tierra del islam sea de paz –dar al islam– y que la de los infieles –dar al kurf– sea denominada también tierra de guerra –dar al harb–, de desorden). Esta concepción fue adaptada por Qutb a su particular interpretación de la violencia con fines religiosos. Qutb entendió la yihad como una guerra defensiva frente al neopaganismo, una guerra constante contra los no musulmanes (a los que en ocasiones llega a denominar «cruzados», rememorando la antigua agresión al islam) y contra los musulmanes apóstatas³ (Martín, 1987: 60-63; Paz, 2000: 167). Sus ideas encontraron eco en diversos ambientes radicalizados y, concretamente, en los intelectuales del grupo terrorista egipcio Yihad, principalmente en Al Faraj, autor de *La obligación olvidada* (Simon y Benjamin, 2001-2002). Según este pensador, la yihad constituye un mandato que habrían ido descuidando los musulmanes, pero que sin embargo forma parte del núcleo de la religión:

sus leyes y legislación. Incluso la mayoría de lo que pensamos como perteneciente a una cultura islámica, fuentes islámicas o filosofía y pensamiento islámico, de hecho, es la creación de esta jahiliyya» (citado en Ayubi, 1996: 197).

³ Adviértase que estos mismos calificativos también han sido empleados por Osama Bin Laden en su fatua de 1998 y en los vídeos difundidos posteriormente.

En todos los países musulmanes el enemigo tiene las riendas del poder. El enemigo son los actuales gobernantes. Por consiguiente es una obligación imperativa luchar contra esos gobernantes. Esta yihad islámica exige hoy la sangre y el sudor de cada musulmán ⁴.

De este modo, durante la segunda mitad del siglo xx fue tomando cuerpo una corriente doctrinal que justificaba religiosamente el empleo de la violencia contra los considerados como enemigos del islam. Éstos podían encontrarse en las sociedades musulmanas (intelectuales laicos, personas que no guardasen los preceptos religiosos y dirigentes que no promoviesen el cumplimiento de la sharia o que aplicasen políticas contrarias al islam); y en los países no musulmanes, influyendo negativamente sobre las sociedades islámicas (a través de la difusión de valores contrarios a la religión o apoyando a los regímenes apóstatas). Conviene subrayar que en todos los casos se entiende la yihad como una guerra defensiva, de protección de la fe (Ranstorp, 1999: 121). Coinciden con el resto de islamistas en una visión pesimista de la realidad del islam en el mundo. Consideran que está cercado por Occidente y por la secularización que permiten las élites de los propios países musulmanes, y que por tanto han de defenderse. Incluso Osama Bin Laden entiende su lucha como un acto de defensa, al que también están obligados el resto de los musulmanes: «Yo les digo que estos acontecimientos han dividido el mundo en dos campos: el de los fieles y el campo de los infieles. Que Dios nos proteja de ellos. Cada musulmán debe levantarse para defender su religión [...] Cada musulmán debe seguir su religión, perseguir a los oficiales de Estados Unidos de América, empezando por el cabeza de los infieles internacionales, Bush y su equipo» ⁵. Según su modo de ver, los auténticos agresores y los culpables de la muerte de inocentes son Estados Unidos, sus aliados, y los dirigentes musulmanes que les apoyan. Por ello, la obligación de los creyentes es oponerse violentamente a esta situación.

A finales de los setenta, la invasión soviética de Afganistán ofreció una oportunidad para que muchos de los que habían hecho propias las ideas de Qutb y Faraj sobre la yihad las llevasen a la práctica contra las fuerzas ateas que agredían a un país musulmán. Durante los años que duró el conflicto, numerosos grupos islamistas de carácter violento iniciaron también la lucha armada en sus respectivos países. Las acciones de terrorismo islamista se extendieron a través del cinturón musulmán que va desde Marruecos hasta el Sudeste Asiático. La mayor parte de los atentados se llevaron a

⁴ Citado en Sivan, 1997: 35.

⁵ Declaraciones de Osama Bin Laden, emitidas al comienzo de los bombardeos norteamericanos sobre Afganistán, el 7 de octubre de 2001.

cabo en dar al islam y contra personas de esas sociedades. Otros tuvieron como víctimas a individuos o bienes materiales occidentales, especialmente norteamericanos, en países también de mayoría musulmana. Fue en la década de los noventa, sobre todo a partir de su segunda mitad, cuando el escenario de la yihad se amplió al territorio de Europa y Estados Unidos.

1.2 Factores sociales, políticos y psicológicos que intervienen en el terrorismo islamista

El terrorismo de inspiración religiosa y, en concreto, islamista también incluye motivaciones similares a las que animan el terrorismo laico, como son los relacionados con factores de carácter social, político y psicológico. Esto permite encontrar algunas similitudes entre las causas del terrorismo de una y otra tipología.

Entre ellas destaca el recurso a la violencia como resultado de la exclusión del espacio político y, particularmente, de la represión ejercida desde las instituciones estatales. Ni uno solo de los regímenes arabomusulmanes del Norte de África y de Oriente Medio puede ser considerado plenamente democrático. Y con frecuencia la oposición política moderada y no violenta (en muchos casos de carácter islamista) ha sufrido la persecución oficial, la cárcel, o se ha visto forzada al exilio. En semejantes contextos de limitación de las libertades y derechos políticos, no es extraño que los que propugnan la lucha armada dentro de determinados grupos de oposición hayan ganado partidarios, o se hayan escindido, adentrándose en la única vía que, a su juicio, les ofrecía la situación política de sus respectivos países. No es casualidad tampoco que sea precisamente en Oriente Medio, Norte de África, y en los países musulmanes de Asia Central y Sudeste Asiático donde actúan la mayor parte de los grupos terroristas de todo signo. En ellos coinciden numerosos factores de riesgo: limitación de la participación política, represión estatal, disputas territoriales y existencia de grupos de ideologías radicalizadas que pueden justificar el recurso a la violencia (Do Ceu Pinto, 1999: 72-96; State Department, 2001).

Las desigualdades económicas entre diversas regiones del planeta, o dentro de una misma sociedad, también pueden contribuir a la aparición del terrorismo. Sin embargo, este factor ocupa un lugar menos importante de lo que inicialmente puede parecer. El perfil de los integrantes de grupos terroristas de inspiración islamista no permite atribuir a la variable económica un valor destacado, no al menos en la mayor parte de los casos. La procedencia socioeconómica de los militantes es muy variada. En algunos de ellos, como por ejemplo Gamaa al-Islamiya, GIA, o los combatientes de

Al Qaida en Afganistán y Paquistán, sí que se advierte una mayor proporción de personas de estratos sociales desfavorecidos. Pero en otros se trata de individuos de clase media, con un nivel de formación y estudios considerable, y con posibilidades de mantener un estatus económico desahogado. Los pilotos y secuestradores suicidas de los ataques del 11 de septiembre procedían en su mayor parte de dicho estrato social y llevaron un nivel de vida cómodo durante los años de preparación de los atentados. Muchos miembros de la organización egipcia Yihad son de un perfil similar al de Mohamed Atta (Simon y Benjamin, 2001-2002: 7). El terrorista internacional Ramzi Yousef realizó los estudios de técnico electrónico en Gran Bretaña y fue allí donde entró en relación con grupos islamistas. Los compañeros de Yousef en el atentado contra el World Trade Center en 1993 residían en Estados Unidos y se ganaban la vida aceptablemente (Simon, 1999: 110-132). Los miembros de las células de Al Qaida desarticuladas recientemente en Europa y en el Sudeste Asiático también habían sido personas formadas y, en muchos, tenían trabajo estable. Numerosos miembros de Hamas y Hizbollah han realizado estudios de grado medio o superior (Katzman, 2001), y también eran universitarios muchos de los mandos del Ejército Islámico de Salvación en Argelia. Los casos de los líderes de Al Qaida son especialmente llamativos. Bin Laden disponía de una fabulosa fortuna antes de marchar a Afganistán y de poner en funcionamiento la red terrorista, y Zawahiri es médico, de familia de médicos y diplomáticos, y podría haber desarrollado una carrera prestigiosa en Egipto (Bodansky, 2001: 2). Por tanto, las injusticias y las condiciones socioeconómicas desfavorables pueden crear inestabilidad en un país o en una región, y dar también argumentos a los que emplean la violencia terrorista, pero no explican por sí solas la aparición y continuidad de los grupos terroristas de inspiración islamista.

Lo que sí que pueden favorecer tanto la limitación de las libertades políticas, como las desigualdades sociales y económicas, es un lenguaje de confrontación en el que resulte fácil incluir elementos religiosos. Y, por ello, las motivaciones de los grupos islamistas no son exclusivamente teológicas, sino que constituyen un conjunto de causas interdependientes. Esto explica la paradoja de que la formación religiosa de muchos de los militantes de grupos que practican la violencia, e incluso inmolan sus vidas en nombre de Dios, sea muy rudimentaria. Y en este caso no hay que pensar sólo en el combatiente de a pie talibán (instruido por lo demás en muy pocas cosas), sino también en los terroristas que llevaron a cabo los atentados suicidas contra las Torres Gemelas y el Pentágono. Las cartas que se encontraron entre sus pertenencias, y que recogían recomendaciones espirituales e instrucciones para llevar a cabo la operación, están escritas en un

lenguaje propio de personas poco educadas en el islam, cuya instrucción religiosa se limitaba prácticamente a las interpretaciones radicales de los yihadistas (Paz, 2001).

Otro grupo de factores que contribuyen a elegir el terrorismo son de carácter psicológico y biográfico, tanto referidos a los individuos particulares como muy especialmente a los relacionados con la dinámica de grupo. Las ideologías por sí solas no explican el recurso a la violencia, pues incluso en el caso de las visiones islamistas más radicales, diferentes personas pueden compartirlas y sólo algunas decantarse por la práctica del terrorismo (Merkel, 1986: 49-52). En este sentido, experiencias muy intensas de carácter vital pueden llevar a abrazar la lucha armada. Por ejemplo, el deseo de venganza ante determinadas injusticias sufridas personalmente o padecidas por otros, o como respuesta a la represión estatal. Es frecuente que quien ha sufrido la violencia se encuentre después más dispuesto a practicarla él mismo. Esto explicaría por ejemplo que los grupos terroristas Hamas y Yihad Islámica cuenten con importantes reservas de recursos humanos en la juventud de Gaza y Cisjordania, a pesar de que los arrestos, muertes en las calles, ejecuciones extrajudiciales y misiones suicidas les hayan privado de un elevado número de activistas desde el comienzo de la segunda intifada.

En otras ocasiones la opción por el terrorismo se debe al talante personal. Se trata de hombres de acción que buscan resultados rápidos, sin esperar a que se produzca un cambio social que, de producirse, puede requerir décadas. Es el caso de los grupos terroristas Takfir wa al-Hijra, Yihad, Yamaa al Islamiya, y Yihad Islámica, desgajados de los Hermanos Musulmanes de Egipto, y cuyos líderes se consideraban decepcionados por la moderación de los planteamientos y estrategias de dicha organización islamista; o del Movimiento Islámico de Uzbekistán, con respecto al Partido del Renacimiento Islámico en ese país. Este factor también puede aparecer combinado con una interpretación idealista de la realidad. Por ello, no es extraño que la mayor parte de los terroristas se decidan por ese tipo de vida en su juventud, cuando la persona se muestra especialmente dispuesta a entregarse a grandes ideales (Laqueur, 1999: 79-80; Reinares, 2001: 32). En otras ocasiones, algunos individuos pueden unirse a organizaciones terroristas de inspiración religiosa más por vacío de espíritu que por carencias material. La necesidad de principios vitales o la falta de sentido de la vida puede llevarles ahí. También la necesidad de confianza y de liderazgo (Juergensmeyer, 1997: 20-21). Al mismo tiempo, puede influir el deseo de sentirse miembro de una comunidad de escogidos. La pertenencia a un grupo terrorista concede una identidad particular, consecuencia de formar parte de una organización secreta y conocer cosas ocultas al resto de los ciudadanos.

En relación con las convicciones internas de los terroristas, la persona que milita en una de estas organizaciones puede llegar a creer que ejercer la violencia es una obligación. En los casos donde la socialización se ha producido en un entorno de violencia, esa idea es más fácil de asumir (Crenshaw, 1992: 73). También lo es si la educación recibida desde la infancia justifica la lucha por motivos religiosos, como es el caso de la cultura de la yihad que imparten actualmente centenares de madrasas en Pakistán (Stern, 2000). A estos factores se pueden añadir otros motivos biográficos, como la pertenencia previa a grupos radicales, estancia en cárceles, o criminalidad; la percepción de imposibilidad de otras opciones, o el entrar en el ámbito de reclutamiento terrorista (Pearlstein, 1991: 9-10). Este tipo de motivaciones personales coincide con las de integrantes de grupos terroristas, que no tienen que ver nada con el islamismo.

La variable grupo es también muy relevante. El terrorismo es algo propio de colectivos. Los casos de individuos aislados que hayan practicado el terrorismo por su cuenta son muy extraños. La existencia previa de un grupo que no ha optado todavía por la violencia, pero que deriva en su conjunto —o en parte de sus miembros— a la práctica del terrorismo explica en muchas ocasiones la aparición del fenómeno terrorista (Cameron, 1999: 31). La génesis del grupo tiene que ver también con la articulación de una ideología que permita interpretar el descontento de los miembros que lo ponen en marcha y de los que posteriormente se suman a él. En el caso del terrorismo que estamos analizando, dicho relato es una mezcla de ideas provenientes del islamismo y de la teoría de la yihad, y los grupos previos no violentos suelen ser colectivos islamistas.

Una vez creado, es habitual que el grupo terrorista se dote de una identidad muy diferenciada del exterior que dificulte la defección de los que se han unido a él, y que proporcione sentido de pertenencia y valoración personal a los nuevos miembros. La influencia del grupo sobre el individuo es enorme, y la propia organización se esfuerza en reforzar la lealtad de los que la integran. La pertenencia al grupo exige obediencia y reduce la capacidad crítica por el temor a ser considerado traidor o disidente. Además, circunstancias como la organización en pequeñas células por motivos de seguridad favorece el control social de sus miembros (Frieland, 1992: 88). Por otra parte, la pertenencia al grupo libera muchas veces del sentimiento de culpabilidad. Desde la perspectiva que ofrece el relato articulador del grupo, las víctimas pierden muchas veces su humanidad (por ejemplo, en las recomendaciones a los secuestradores suicidas del 11 de septiembre se les señalaba que debían ver a sus víctimas como animales). En el caso además del terrorismo de inspiración islamista —y en general en el terrorismo

religioso— el apoyo social no es un factor clave en la continuidad de los miembros. En el terrorismo etnonacionalista el respaldo de sus respectivas comunidades reviste una particular importancia, pero en determinados grupos islamistas no es así, porque —como ya hemos señalado al comienzo— su audiencia principal es la divinidad (Cameron, 1999: 53-54). No obstante, esta característica no resulta aplicable a todas las organizaciones de terrorismo islamista, pues algunos grupos sí que prestan atención al respaldo social y evitan aquellas acciones que puedan disminuirlo (muerte innecesaria de inocentes y en especial de mujeres y niños). También habría que distinguir aquí a los grupos islamistas de carácter en cierto modo «nacionalista», como por ejemplo Hamas o Hizbollah, que procuran mantener y aumentar el apoyo de sus comunidades étnicas o religiosas.

Muchas veces la mentalidad colectiva que se crea origina un desprecio radical del enemigo, proyectando en él todos los males e idealizando la bondad del grupo. Si además los terroristas tienen que vivir aislados de la sociedad (en términos de relaciones) por motivos de seguridad, la cohesión se ve reforzada. En numerosos casos es precisamente la pertenencia al grupo lo que induce a sus miembros a cometer actos terroristas, pues esto les dota de identidad y explica que la organización siga existiendo (Post, 1987: 311).

Por otra parte, el factor «grupo» también es importante porque ofrece los medios necesarios para reclutar nuevos miembros, entrenarlos, mantenerlos y permitirles llevar a cabo las acciones terroristas. Además de inducir o reforzar la decisión personal, la organización proporciona la infraestructura que hace posible el terrorismo. Por eso Al Qaida constituye una grave amenaza, ya que a través de su presencia en un gran número de países, de sus medios económicos, de sus redes personales y de sus sistemas de entrenamiento puede facilitar los recursos necesarios a todos aquellos que quieran unirse a su guerra global. Las personas suelen apostar además por el caballo ganador, y si en el entorno del islam radicalizado se considera la relación con Al Qaida como algo útil e incluso prestigioso, el número de colaboradores potenciales puede incrementarse en la misma medida en que lo hagan los éxitos de la red terrorista.

Otros factores que explican la aparición y continuidad de grupos terroristas de inspiración islamista tienen que ver con las oportunidades que ofrecen las sociedades donde surgen en cuestión de posibilidades reales de desarrollo de la organización y militancia. Se ha contrastado que los regímenes totalitarios no suelen padecer el terrorismo, mientras que las democracias, y los regímenes autoritarios que admiten ciertos espacios de libertad, tienen mayores probabilidades de sufrir la actuación de grupos terroristas (Reinares, 1998: 48-58). La eficacia del aparato estatal de segu-

ridad, y el mayor o menor control de la sociedad y del territorio resultan determinantes a la hora de explicar el éxito o fracaso de la aparición y consolidación del terrorismo islamista en un determinado país. Arabia Saudí, Libia, Marruecos, Siria y Túnez son ejemplos de Estados que han impedido (a menudo con métodos expeditivos y dudoso respeto de los derechos humanos) la aparición y desarrollo de este tipo de terrorismo, a pesar de que se han dado conatos de ello. Argelia y Egipto son casos de lo contrario, por la falta de control sobre determinados espacios geográficos (zonas montañosas en Argelia, determinados puntos del Valle del Alto Nilo en Egipto) o sobre ciertos ámbitos sociales (mezquitas y barriadas, o zonas deprimidas).

Por último, tiene también relevancia el apoyo exterior que reciba el grupo, bien por parte de países, o bien de organizaciones o personas situadas en el extranjero que respalden las actividades de los grupos terroristas. Algunos Estados pueden ofrecer refugio seguro a los terroristas y convertirse en base de operaciones. Tal sería el caso de Irán; de Sudán durante gran parte de la década de los noventa; de Paquistán en su apoyo a los grupos terroristas que operan en Cachemira; de Afganistán hasta la intervención norteamericana, o de Irak, que actualmente acoge a grupos escasamente activos, como Mujahedin-e-Khalq, Frente para la Liberación de Palestina, Frente Popular para la Liberación de Palestina y el Partido de los Trabajadores Kurdos (State Department, 2001). La ayuda no estatal proveniente del exterior puede consistir en el respaldo de personalidades individuales (muchas de ellas residentes en países del Golfo Pérsico), en el apoyo de organizaciones que recaudan y distribuyen fondos a lo largo del mundo (muchas veces bajo la cobertura de tareas benéficas); en la asistencia que presten ciertos colectivos de nacionales que viven en el extranjero, o en el respaldo de otras organizaciones terroristas, como sería el caso del entramado de Al Qaida.

2. CLASIFICACIÓN DEL TERRORISMO ISLAMISTA SEGÚN SU ÁREA DE ACTUACIÓN. ANÁLISIS DE LA AMENAZA

El estudio de los orígenes del terrorismo islamista, especialmente de las causas relacionadas con el entorno, demuestra que éste no es un fenómeno monolítico, y que existen importantes diferencias entre los grupos, en función de las circunstancias del país, del perfil y origen de sus miembros, y de sus objetivos particulares. Sin embargo, sí que es posible hablar de elementos comunes, especialmente en lo relacionado con la justificación reli-

giosa y el empeño por establecer regímenes islámicos en sus áreas de actuación. En las siguientes páginas vamos a ofrecer una visión general de las organizaciones terroristas, que permita identificar el lugar que ocupa cada una de ellas en la guerra internacional que ha declarado Estados Unidos contra el terrorismo. No pretendemos realizar aquí una descripción detallada, grupo por grupo, que por lo demás puede encontrarse en otros trabajos (Laqueur, 1999: 127-145; Conrad, 1999; State Department, 2001; Katzman, 2001). El propósito de este epígrafe consiste en ofrecer una breve síntesis sobre la realidad de este tipo de terrorismo, que concrete de alguna manera el estudio que estamos realizando sobre las motivaciones y características generales del fenómeno. Con el fin de dar cierto orden a dicha panorámica, los clasificaremos en función del alcance geográfico de sus actuaciones y del carácter de sus objetivos. Sin embargo, adelantamos que se trata de una clasificación sujeta a limitaciones, ya que algunos de ellos han evolucionado con el tiempo, o no encajan del todo en las categorías que vamos a utilizar. Pero al menos facilita la exposición y comprensión del terrorismo islamista.

2.1 Grupos terroristas de carácter nacional o regional

El carácter nacional o regional de estos grupos se refiere al área geográfica donde realizan sus atentados y en la que residen y operan la mayor parte de sus miembros. Al igual que los grupos terroristas de inspiración no religiosa, mantienen numerosas conexiones internacionales en materia de financiación, entrenamiento, suministro de armas, inteligencia, refugio y propaganda; por lo que el adjetivo nacional es relativo. Se utiliza aquí para contraponerlo a los grupos de alcance global, cuyo principal, y en realidad único exponente en el terrorismo islamista, es la red Al Qaida.

Por un lado, se encuentran aquellos grupos que tienen como objetivo afectar a la estructura o a la distribución del poder dentro del Estado o sociedad donde actúan. La motivación política sería similar a la de los grupos terroristas laicos, pero con fines religiosos. Persiguen la islamización desde arriba, pretendiendo hacerse con el poder mediante la lucha armada. Suelen limitar el alcance de sus operaciones al interior de sus países o, en todo caso, actúan en otros Estados que pueden influir sobre el resultado del conflicto de poder en el interior del propio país. Los objetivos de los ataques terroristas son principalmente miembros de las fuerzas de seguridad, líderes políticos, musulmanes que violan algunas de las normas islámicas o que han abandonado la religión, extranjeros, turistas, y —en los casos más extremos— el conjunto de la población. Esta última opción ha sido la practi-

cada por grupos particularmente radicalizados, como Takfir wa al-Hijra ⁶ (Egipto) o el GIA que han ejecutado matanzas indiscriminadas al juzgar como traidora y culpable al conjunto de la sociedad, por no rebelarse contra el Estado apóstata. La eficacia de las medidas policiales, y en algunos casos militares, ha limitado a la larga la capacidad de operativa pero no ha evitado la realización de masacres por parte de estos grupos. En la década de los noventa Al Yihad y Yamaa Islamiya causaron cerca de 2.500 muertes en Egipto, y en Argelia la violencia civil se ha cobrado más de cien mil vidas desde 1992.

Dentro de esta categoría se sitúan organizaciones terroristas como el Grupo Islámico Armado (GIA) y el Grupo Salafista para la Predicación y el Combate en Argelia; Jihad y Yamaa al Islamiya en Egipto (actualmente erradicados de ese país y con algunos de sus antiguos miembros orbitando en el universo de Al Qaida); Grupo Combatiente Tunecino (prácticamente inoperativo en el país, debido al control del régimen, con sus miembros dispersos por Europa Occidental y algunos de ellos vinculados a Al Qaida); Movimiento Islámico de Uzbekistán; Laskar Jihad en Indonesia; Ejército Islámico de Adén en Yemen, y Grupo Islámico y Kumpulan Muyahidin Malasia (KMM), con células y pretensiones en Malaisia, Indonesia y Filipinas.

En la misma categoría de alcance geográfico entrarían aquellos grupos de terrorismo islamista que persiguen la liberación de un determinado territorio, y a los que por tanto se les pueden atribuir motivaciones nacionalistas o independentistas, añadidas a la voluntad de crear un entorno islámico en las zonas bajo su control. Algunos de ellos reciben apoyo de otros Estados con intereses estratégicos en la región, estableciéndose una relación de simbiosis entre dicho gobierno y el grupo terrorista. En este apartado de terrorismo islamista de liberación entrarían grupos como Hamas y Yihad Islámica en los territorios de Gaza y Cisjordania; Hizbollah que luchó por la expulsión de las tropas israelíes en la franja sur del Líbano y que cuenta con el apoyo de Irán y de Siria; El Frente Moro de Liberación Islámica y Abu Sayyaf en Filipinas; Harakat ul-Mujahidin, Lashkar-e-Taiba, y Jaish-e-Muhammad en las zonas bajo control indio de Cachemira, y el Movimiento Aceh Libre en Indonesia.

En términos generales se pueden extraer las siguientes conclusiones sobre la actividad de estos grupos.

⁶ Se trata de un grupo terrorista que actuó en Egipto durante la década de los setenta. Tras la ejecución de su líder, Shukri Mustafa, la organización se disolvió. Sin embargo, algunos de sus militantes se trasladaron a diversos países de Oriente Medio, Magreb y Europa. Allí establecieron lazos con otros grupos terroristas, incluida la red Al Qaida (Avilés, 2002). También ha recibido el nombre de Takfir wa al-Hijra el grupo islamista violento desarticulado en Marruecos en julio de 2002.

Las organizaciones de terrorismo islamista que sólo buscan hacerse con el poder para desde él islamizar la sociedad, acaban distanciándose de la población y además no alcanzan sus objetivos. La lucha contra el aparato estatal suele decantarse a favor de éste por su mayor capacidad y recursos. El fracaso político, la persecución, el rechazo social que se han granjeado, y el distanciamiento de ellos por parte de los grupos islamistas pacíficos que promueven una islamización desde abajo, han tenido como resultado la marginación de este tipo de organizaciones terroristas en los países musulmanes. En algunos casos esto se ha traducido en la declaración del alto el fuego unilateral (como han hecho Yamaa al Islamiya en Egipto o el Ejército Islámico de Salvación en Argelia). En otros, ha provocado la huida del país de la mayor parte de los activistas y, por ello, la mitigación de la violencia terrorista; aunque luego algunos de ellos hayan pasado a establecer vínculos con la red Al Qaida, como sería el caso de Al Yihad, el Grupo Salafista de la Predicación y el Combate, y antiguos miembros de Yamaa al Islamiya. En otras ocasiones los grupos se han mantenido activos, operando desde zonas difícilmente controlables por las fuerzas del Estado como por ejemplo grandes suburbios o regiones poco accesibles geográficamente. En esos casos el distanciamiento creciente de los objetivos políticos iniciales y el escaso apoyo social han terminado reconduciendo su actividad a acciones de bandidaje, y a la conexión con Al Qaida. Esta sería la situación del GIA⁷, del Ejército Islámico de Adén y de Abu Sayyaf.

La repercusión de las actividades de este tipo de grupos terroristas sobre intereses occidentales ha sido relativamente escasa, limitándose la mayor parte de las veces a la realización de atentados contra turistas o residentes occidentales en los países musulmanes. Apenas se han producido ataques terroristas en suelo occidental por parte de dichos grupos. La única campaña que suele citarse es la ola de atentados de Francia en 1995, pero la vinculación de los jóvenes franceses de origen magrebí detenidos con el GIA fue posiblemente más moral que efectiva (Kepel, 2001: 491-496). No obstante, sí que hubo un intento de atentado terrorista por parte de dicha organización, que de consumarse habría adelantado la tragedia del 11 de septiembre, cuando un comando suicida secuestró en diciembre de 1994 un Airbus A300 de *Air France* con el fin de estrellarlo en París. El avión fue asaltado por fuerzas especiales en el aeropuerto de Marsella.

⁷ A pesar de haber contado con el apoyo de Al Qaida, la red terrorista rompió con el Grupo Islámico Armado tras la reivindicación por parte de éste de las masacres contra civiles en 1997. Al Qaida no comparte la visión de dicho grupo radical según la cual la población de los países musulmanes sería culpable de la infidelidad al islam de sus dirigentes y, por ello, objetivo potencial de la violencia.

Con respecto a los grupos de terrorismo islamista con demandas independentistas, tanto el apoyo social, como el grado de éxito en sus objetivos han sido mayores. En estos casos la actitud diferente de la población se explica porque los grupos han hecho suyas las demandas de liberación de amplios sectores de la sociedad, y porque las víctimas de los atentados han sido la mayor parte de las veces las fuerzas de seguridad o la población civil de la entidad estatal que se percibe como represora. Los ejemplos más evidentes son los de Hamas y Yihad Islámica en Gaza y Cisjordania, y el de Hizbollah en el sur del Líbano. En estos casos coincide además con una fuerte implantación social de los movimientos islamistas que los inspiran, en los que los terroristas se encuadran como rama armada del grupo. En ejemplos la violencia terrorista también ha obtenido resultados: el fracaso del proceso de paz y del proyecto de Estado palestino nacido en Oslo, y la retirada total del ejército israelí del sur del Líbano.

En cuanto a la repercusión de este tipo de terrorismo sobre Occidente, las acciones se han limitado por lo general a la región de conflicto. Y en estos casos, contra lo que se ha entendido como injerencia occidental en el área. Algunas de ellas han sido de gran letalidad, como por ejemplo los atentados suicidas contra un cuartel de fuerzas francesas y otro de marines norteamericanos en Beirut en 1982, que provocaron algo más de trescientos muertos y la retirada de la Fuerza Internacional del país. Estos atentados fueron seguidos tres años después por una campaña de ataques terroristas en París contra cafeterías, grandes almacenes y otros objetivos, que causaron más de diez muertes y casi doscientos heridos. Fueron reivindicados por un comité de solidaridad con los presos políticos árabes, que exigía la liberación de varios de ellos, incluido Anis Naccache, detenido en 1980 tras haber matado a dos personas en un atentado contra un ex primer ministro del shah de Irán (Avilés, 2002). En otros casos, las acciones antioccidentales se han practicado contra aquellas personas que residen o se encuentran circunstancialmente en la zona. Por ejemplo los secuestros y asesinatos realizados por Abu Sayyaf o el secuestro de un avión de las líneas indias por Harakat ul-Mujahidin en la Navidad de 1999, en el que viajaban varios turistas españoles. Estados Unidos ha sido la principal víctima de este tipo de acciones en suelo extranjero al ser considerado como baluarte principal del enemigo. Esto explica por ejemplo la oleada de secuestros de norteamericanos en El Líbano a principios de la década de los ochenta, con el fin de obtener la liberación de terroristas encarcelados en Israel y en El Líbano (incluido un vuelo de la TWA en 1985). También los diversos atentados contra instalaciones diplomáticas norteamericanas en Beirut durante las dos últimas décadas.

En algunas ocasiones el terrorismo islamista «de liberación» ha proyectado su violencia a gran distancia del área habitual de actuación, pero la mayor parte de las veces los ataques han tenido como objetivo intereses de la otra parte en conflicto y no propiamente objetivos occidentales. En la mayoría de los casos se ha tratado de acciones contra ciudadanos israelíes o personas de origen judío. Los más letales fueron los perpetrados por Hizbollah en Buenos Aires en 1992 y 1994 contra un Centro Judío y la Embajada de Israel respectivamente, causando más de un centenar de muertos y un gran número de heridos.

2.2 Grupos terroristas de alcance global

En realidad el único grupo de terrorismo islamista que puede incluirse en esta categoría es Al Qaida, y propiamente no es un grupo sino una red de diferentes células que actúan bajo una difusa unidad estratégica y un elevado grado de descentralización táctica⁸. Durante la década de los ochenta y comienzos de los noventa Hizbollah logró una presencia internacional que bien podría llevar a considerarla como organización de escala global. En cierto modo, su estrecha relación con Irán le convirtió en *longa manus* del régimen de Teherán en escenarios como Europa Occidental, América del Sur, Cuerno de Africa, Bosnia y diferentes países de Oriente Medio⁹, al tiempo que mantenía células de apoyo en Estados Unidos y Europa. Sin embargo, en los últimos años las acciones armadas se han limitado al hostigamiento de las fuerzas israelíes en el sur de El Líbano y Golán. Por otra parte, la organización ha profundizado en las dos últimas décadas en su proyecto de convertirse en el principal exponente político y social de la comunidad shií en El Líbano. Cuenta actualmente con varios diputados en el Parlamento y con una red asistencial de escuelas y hospitales. Y además los líderes espirituales del grupo se apresuraron a condenar los atentados del 11 de septiembre. Todas estas razones nos llevan a excluir a Hizbollah de la categoría de grupo terrorista de alcance mundial.

Por su parte, la red Al Qaida cumple todos los requisitos para ser clasificada como terrorismo global y se ajusta también a los parámetros de las

⁸ En esta categoría no incluimos a los grupos terroristas palestinos que actuaron durante la década de los setenta y ochenta en Europa Occidental, al no tratarse de organizaciones de inspiración islamista, sino en la mayor parte de los casos de grupos de extrema izquierda.

⁹ Una descripción detallada de estas conexiones del terrorismo patrocinado por Irán puede encontrarse en MANN, H.: «Iranian Links to International Terrorism. The Khatemi Era», *Policy-Watch*, Number 296 January 28, 1998, The Washington Institute for Near East Policy, en <http://www.washingtoninstitute.org/watch/Policywatch/policywatch1998/296.htm>.

nuevas formas de conflicto y de terrorismo ¹⁰. Sus peculiaridades le convierten en un fenómeno novedoso, de gran interés de estudio, y a la vez en una grave amenaza ¹¹.

En primer lugar, sus objetivos son globales. El propósito principal de Al Qaida coincide con el de los ideólogos islamistas. Se trata de lograr la instauración de regímenes islámicos en los países de mayoría musulmana. Para conseguir la islamización de la sociedad es necesario obtener el control de los respectivos Estados, y Occidente, y en especial los Estados Unidos, representan un grave obstáculo en tal camino. La globalización hace imposible que las sociedades musulmanas puedan permanecer aisladas de la influencia de la cultura secularizada del capitalismo occidental y, además, Occidente utiliza su poder para oprimir a los musulmanes como lo demuestran el apoyo incondicional que presta Estados Unidos a Israel, el embargo a Irak, la presencia militar en la tierra santa de Arabia, o el respaldo a los dirigentes apóstatas de los países de mayoría islámica. Su interpretación de la realidad se corresponde con el choque de civilizaciones. Pero la amplitud de sus objetivos, que explica el alcance global de la organización, constituye al mismo tiempo una debilidad, ya que los grupos terroristas alcanzan sus fines en la medida que estos son concretos y factibles. La guerra «cósmica» que plantea la organización liderada carismáticamente por Bin Laden es demasiado ambiciosa, y la falta de éxitos y avances puede disminuir su fuerza a largo plazo. Se trata de un fin apocalíptico, situado fuera de la política real.

No obstante, el terrorismo de Al Qaida sí que ha logrado algunos objetivos intermedios, como son sembrar el terror y disminuir la sensación de seguridad de que gozaba gran parte del mundo occidental después de la guerra fría. Esto resulta especialmente palpable en la sociedad norteamericana ¹²

¹⁰ Antes del 11 de septiembre ya era abundante la literatura sobre la transformación que se estaba desarrollando en las estructuras organizacionales y de comportamiento de los nuevos grupos terroristas. Nos referimos sobre todo a los trabajos de los investigadores de la RAND Corporation en torno al concepto de guerra red que se encuentra recogido principalmente en dos obras: ARQUILLA, J., y RONFELDT, D. (Ed.): *In Athena's Camp. Preparing for Conflict in the Information Age*, RAND, Santa Monica, 1997, y ARQUILLA, J., y RONFELDT, D. (Ed.): *Networks and Netwars: The Future of Terror, Crime, and Militancy*, RAND, Santa Monica, 2001.

¹¹ Para un análisis más detallado de la organización Al Qaida puede consultarse GUNARATNA, R.: *Inside Al Qaeda: global network of terror*, Hurst, London, 2002; ALEXANDER, Y., y SWETNAM, M. S.: *Usama bin Laden's al-Qaida: Profile of a Terrorist Network*, Transnational Publishers, Ardsley, 2001, así como la información recogida al respecto en el Terrorism Project del Center for Defense Information (<http://www.cdi.org/terrorism/>) y del International Policy Institute of Counter-Terrorism (<http://www.ict.org.il/>).

¹² Se puede encontrar un análisis sobre el tema en Narciso MICHAVILA NÚÑEZ: *La opinión pública ante las cuestiones de seguridad*, Conferencia Internacional «La seguridad europea en el siglo XXI», Universidad de Granada, 5-9 de noviembre de 2001, disponible en <http://www.ugr.es/~ceas/Sociedad%20y%20seguridad/4.pdf>.

y en el incremento de las medidas de seguridad a nivel mundial tras los atentados del 11 de septiembre. Para muchos resentidos o frustrados esta meta puede bastar. Como afirmó el líder islamista marroquí Omar El Hadouchi después de los atentados de Nueva York y Washington, cuando ves a tu adversario derrumbarse psicológicamente tienes todas las razones para estar satisfecho (*El Mundo*, 25 de agosto de 2002).

La estructura de la organización se diferencia de la de los grupos terroristas clásicos, divididos también en células reducidas por motivos de seguridad, pero con una jerarquía más marcada. En el caso de Al Qaida se trata de una red integrada por células semiindependientes y grupos terroristas, que coinciden en los fines estratégicos de la organización pero que actúan de manera autónoma en la planificación, financiación y ejecución de los atentados. La centralidad se da en los fines estratégicos, pero se combina con la descentralización en el nivel táctico. La organización establece redes de contacto, recluta nuevos miembros, realiza tareas de propaganda, proporciona entrenamiento (en los antiguos campos de Afganistán y es posible que en la actualidad en los de Indonesia), presta apoyo económico (pero no siempre total pues algunas de las células obtienen la financiación mediante fraudes y atracos¹³), y facilita armas y especialistas para determinadas operaciones¹⁴. La red integra sus propias células y mantiene lazos y presta apoyos, a otros grupos terroristas, dando lugar así a una red global de terrorismo islamista. Entre esas organizaciones se encuentran el Grupo Salafista para la Predicación y el Combate, Yihad, Harakat ul-Mujahidin, Abu Sayyaf, el Frente Moro Islámico de Liberación, Lashkar-e-Taiba, Jaish-e-Muhammad, el Movimiento Islámico de Uzbekistán, el grupo Al Yihad de Yemen, el Grupo Islámico y Kumpulan Muyahidin Malasia (Alexander y Swetnam, 2001: 30; Gunaratna, 2002). Varios de ellos aparecen como firmantes de la declaración conjunta de guerra contra «los judíos y los cruzados» (Lewis, 1998), pero otros han evitado reconocer públicamente su relación con el fin de no proporcionar información a los servicios

¹³ Por ejemplo las dos células que realizaron los atentados contra las embajadas de Estados Unidos en Kenia y Tanzania se financiaron a sí mismas en la mayor parte de los gastos (Hirschhorn, Gunaratna, Blanche y Leader, 2001). La célula de argelinos en Montreal que iba a atacar contra el aeropuerto de Los Angeles a comienzos de 2000 recibió de Al Qaida 12.000 dólares. El resto tuvieron que procurárselo a través del fraude de tarjetas, atracos a bancos y otros medios ilegales. Esa célula enviaba dinero y documentación falsa a las que operaban en Londres y Alemania. Sin embargo, el atentado del 11 de septiembre recibió una ayuda económica más directa, cercana al medio millón de dólares (Leader, 2002).

¹⁴ Puede encontrarse una interesante descripción del modo de proceder de Al Qaida en ENGEL, Richard, «Inside Al-Qaeda: a window into the world of militant Islam and the Afghani alumni», *Jane's Security*, 28 September 2001, en http://www.janes.com/security/international_security/news/misc/janes010928_1_n.shtml.

de inteligencia y sustraerse de los efectos de la guerra internacional contra el terrorismo. Este entramado tiene como consecuencia una gran dispersión geográfica. Los planes abortados y los ataques perpetrados por células de Al Qaida o grupos vinculados a la red han tenido como escenario países tan lejanos entre sí como Albania, Arabia Saudí, Australia, Bosnia, Cachemira, Estados Unidos, Francia, Filipinas, Gran Bretaña, Italia, Kenia, Paquistán, Singapur, Somalia, Tanzania, Tajikistán, Túnez, Uzbekistán y Yemen (Shay y Schweitzer, 2000; Berry, 2001). La nacionalidad y origen de los que han participado en dichas acciones es también muy variada (saudíes, tunecinos, marroquíes, egipcios, libios, jordanos, palestinos, sirios, argelinos, afganos, pakistaníes, etc.). La presencia de la red Al Qaida se extiende a cerca de sesenta países, incluida España. Al Qaida recluta a muchos de sus miembros en sus naciones de origen (incluidas las comunidades de inmigrantes musulmanes en Europa y Estados Unidos), y al tratarse de personas que ya disponen de trabajo, pasaporte y se desenvuelven con soltura en su sociedad, la red se convierte en una organización experta en la infiltración de sus agentes en territorio «enemigo».

La red financiera de Al Qaida también se encuentra descentralizada. La financiación procede de tres tipos de fuentes: en primer lugar recursos «legales» (empresas de construcción, de exportación de productos agrícolas, de inversiones, transportes, etc.). Producen ingresos y permiten el movimiento de fondos de los operativos de Al Qaida. En segundo lugar, las derivadas de asociaciones benéficas y donaciones procedentes del Golfo Pérsico. Los ingresos se recaudan a través de dichas asociaciones, de mezquitas radicales, o se reciben de parte de los fondos recaudados a través del *zakat* en Arabia Saudí¹⁵. La tercera fuente de ingresos son las actividades criminales, como el tráfico de drogas, especialmente durante el período de Afganistán; la extorsión a determinadas empresas para evitar ataques de Al Qaida en Oriente Medio (sobre todo en Egipto y Jordania); o los pequeños delitos cometidos por células de Al Qaida (atracos, fraude de tarjetas, etc.). Los movimientos de dinero se realizan a través de canales bancarios convencionales, de correos humanos, y también por medio del sistema denominado *hawala*, que deja muy poco rastro de la transferencia. En este últi-

¹⁵ Según un informe realizado con el apoyo de la comunidad de inteligencia francesa, la financiación de Al Qaida tiene entre sus principales fuentes elementos no gubernamentales de Arabia Saudí, pertenecientes al sistema de bancos, organizaciones caritativas y a la propia familia de Bin Laden. El estamento religioso en Arabia Saudí consigue anualmente cerca de diez billones de dólares a través del impuesto del *zakat* (2,5 por 100 de las transacciones oficiales que se realizan en el país). Este dinero se canaliza a través de ONGs y asociaciones de beneficencia con el fin de construir mezquitas y extender el islam por el mundo. Existen sospechas fundadas de que parte de este dinero acaba en manos de radicales (Lewis, 2002: 8-9).

mo caso, el trasvase dinero se realiza a través de personas que se comunican por teléfono o fax, sin tomar nota de quién es el destinatario final. Es utilizado por muchos inmigrantes que no confían o no entienden las agencias habituales de transferencias, y aprovechado también por los terroristas (Roule, Kinsell y Joyce, 2001; Lewis, 2002; Shahar, 2001). Según un informe del panel de Naciones Unidas dedicado al control de las redes financieras de Al Qaida, desde el 11 de septiembre se han congelado 122 millones de dólares pertenecientes a miembros o colaboradores de la organización. Pero se calcula que Al Qaida aún maneja una cantidad mínima de 30 millones (aunque se admite que podría alcanzar los 300) en inversiones repartidas entre el Norte de África, Oriente Medio y Asia, la mayor parte de ellas en empresas y cuentas bancarias de intermediarios desconocidos. Según este mismo informe, las donaciones privadas procuran a la organización unos 16 millones de dólares anuales, sin que haya sido posible impedir las hasta el momento (*The Washington Post*, 29 de agosto de 2002).

Todo este entramado financiero, humano y organizativo, proporciona a la red terrorista una considerable profundidad estratégica, y dificulta enormemente su destrucción, pues los éxitos en la neutralización de determinadas células tienen escasos efectos sobre otras que permanecen operativas en diferentes lugares del planeta.

Por último, otra de las señas distintivas del terrorismo de Al Qaida es su enorme letalidad. Los atentados del 11 de septiembre (que constituyen en sí mismos la acción terrorista que más muertes ha provocado en toda la historia), los ataques contra las embajadas en Kenia y Tanzania (que causaron más de dos centenares de muertos), o el intento de sabotear un reactor nuclear a pocos kilómetros de Sydney durante los Juegos Olímpicos de 2000 (Karmon, 2000), son ejemplos indiscutibles de la voluntad de destrucción del terrorismo de Al Qaida. A esto se añade, las declaraciones de Bin Laden expresando su deseo de hacerse con armas de destrucción masiva, los vídeos que recogen la experimentación de gases letales con perros, y las investigaciones realizadas en Afganistán, tras la caída del régimen talibán, que han sacado a la luz cerca de cuarenta lugares donde Al Qaida experimentaba con el fin de hacerse con armas químicas, biológicas o radiológicas (Leader, 2002).

CONCLUSIONES

Gran parte del análisis se encuentra inserto en las páginas de este artículo y no vamos a redundar en las mismas ideas en estos párrafos finales.

Simplemente aprovecharemos estas últimas líneas para destacar algunas consideraciones sobre el tema tratado.

La primera de ellas tiene se refiere a las causas profundas del fenómeno y, por tanto, a su prevención y solución a largo plazo. El radicalismo tiene que ver sobre todo con la falta de libertades a la hora de poner en práctica el proyecto político de islamización de la sociedad, y con la socialización que reciben muchos jóvenes en un ambiente de exacerbación de ciertas ideas religiosas y de odio a los que se consideran enemigos del islam. Por tanto, las soluciones deben ir en la línea de la liberalización política de los regímenes musulmanes; en el modelo de educación que se imparta en aquellos países, y también en la correcta integración de los inmigrantes musulmanes en el seno de las sociedades occidentales.

La segunda conclusión es que la guerra contra el terrorismo islamista va ser muy prolongada. Por un lado, porque las soluciones y medidas de prevención a largo plazo que acabamos de apuntar son difíciles de llevar a la práctica. Por otro, por el potencial terrorista de Al Qaida. La estructura de red dota de una particular resistencia a la organización, aunque sin embargo, no la hace invulnerable. Al Qaida ha sufrido mucho en Europa y Estados Unidos. Ha perdido las facilidades con que contaba en Afganistán y sus principales líderes se encuentran actualmente con mayores limitaciones, y más preocupados en su propia seguridad que en la planificación de nuevos ataques y en la extensión de la red. Ha visto también desarticuladas varias de sus células en el Sudeste Asiático y en los países árabes. No obstante, cuenta todavía con capacidad de realizar atentados (como los producidos en Pakistán y Túnez, más los abortados en Europa, en los meses transcurridos tras el 11 de septiembre) y con la voluntad de dotarse de armas de destrucción masiva. Y dispone además del apoyo financiero, moral y humano de numerosas personas en el mundo musulmán, asentadas en los cinco continentes, que ven con simpatía la guerra que Osama Bin Laden ha declarado a un Occidente al que, con mayor o menor justificación, odian y temen.

BIBLIOGRAFÍA

- ABU WARDA, N.: «Las relaciones internacionales en la concepción islámica», *Estudios Internacionales de la Complutense*, núm. 1, 1999, pp. 7-52.
- ALEXANDER, Y., y SWETNAM, M. S.: *Usama bin Laden's al-Qaida: Profile of a Terrorist Network*, Transnational Publishers, Ardsley, 2001.
- AYUBI, Nazih.: *El islam político. Teoría, tradición y rupturas*, Edicions Bellaterra, Barcelona, 1996.

- BERRY, N.: «The International Terrorist Islamic Network», September 14, 2001, en *Center for Defense Information*, Terrorism Project <http://www.cdi.org/terrorism/terrorist-network.cfm>.
- BODANSKY, Y.: *Bin Laden. The Man Who Declared War on America*, Prima Publishing, New York, 2001.
- CAMERON, G.: *Nuclear Terrorism. A threat Assessment for the 21st Century*, MacMillan Press, London, 1999.
- CONRAD, J. P.: «Origines et réalités de l'islamisme activiste», CHALIAND, G.: *Les Stratégies du Terrorisme*, Desclée de Brouwer, París, 1999, pp. 19-72.
- CRENSHAW, M.: «How Terrorist Think: What Psychology Can Contribute to Understanding Terrorism», en HOWARD, L.: *Terrorism. Roots, Impact, Responses*, Praeger, New York, 1992, pp. 71-80.
- DO CÉU PINTO, M.: «Some US Concerns Regarding Islamist and Middle Eastern Terrorism», *Terrorism and Political Violence*, vol. 11, núm. 3, 1999, pp. 72-96.
- DONOVAN, M.: «In the Spotlight. Hezbollah (Party of God)», February, 25, 2002, en Center for Defense Information, Terrorism Project <http://www.cdi.org/terrorism/hezbollah.cfm>.
- FRIELAND, N.: «Becoming a Terrorist: Social and Individual Antecedents», en HOWARD, L.: *Terrorism. Roots, Impact, Responses*, Praeger, New York, 1992, pp. 81-93.
- GHALIOUN, B.: *Islam et politique*, Editions La Découverte, París, 1997.
- GUNARATNA, R.: «Al-Qaeda's infrastructure in Asia», *Jane's Intelligence Review*, January 2002, vol. 14, núm. 1, pp. 18-20.
- *Inside Al Qaeda. Global Network of Terror*, Columbia University Press, 2002.
- HIRSCHKORN, P.; GUNARATNA, R.; BLANCHE, E., y LEADER, S.: «Blowback», *Jane's Intelligence Review*, vol. 13, núm. 18, 2001, pp. 42-45.
- HOFFMAN, B.: *A mano armada. Historia del Terrorismo*, Espasa Calpe, Madrid, 1999.
- JUERGENSMEYER, M.: «Terror Mandated by God», *Terrorism and Political Violence*, vol. 9, núm. 2, 1997, pp. 16-23.
- *Terrorismo religioso. El auge global de la violencia religiosa*, Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 2001.
- KARMON, E.: «Olympic Bomb Plot to Blow up Sydney Nuclear Reactor Foiled: How Serious the Threat?», September 3, 2000, The International Policy Institute for Counter-Terrorism, en <http://www.ict.org.il/>.
- KATZMAN, K.: «Terrorism: Near Eastern Groups and State Sponsors, 2001», *CRS Report for Congress*, September 10, 2001.
- KENNEDY, R.: «Is One Person's Terrorist Another's Freedom Fighter? Western and Islamic Approaches to 'Just War' Compared», *Terrorism and Political Violence*, vol. 11, núm. 1, 1999, pp. 1-21.
- KEPEL, G.: *La Yihad. Expansión y declive del islamismo*, Península, Barcelona, 2001.
- LAQUEUR, W.: *The New Terrorism. Fanatism and the Arms of Mass Destruction*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

- LEADER, S.: «Al-Qaeda operatives consider next move», *Jane's Intelligence Review*, January 2002, vol. 14, núm. 1, pp. 2-3.
- LEWIS, J.: «Islamic Terror Groups Get \$US5bn Annually», *Jane's Intelligence Review*, January 2002, vol. 14, núm. 1, pp. 7-9.
- MARTIN, R. C.: «Religious Violence in Islam: Towards an Understanding of the Discourse on Jihad in Modern Egypt», en WILKINSON, P., y STEWART, A. M.: *Contemporary Research on Terrorism*, Aberdeen University Press, Aberdeen, 1987, pp. 55-71.
- MERKL, P. H.: «Approaches to the Study of Political Violence», en MERKL, P. H.: *Political Violence and Terror. Motifs and Motivations*, University of California Press, Berkeley, 1986, pp. 19-59.
- PAZ, R.: «A New Terrorism?», *Survival*, vol. 42, núm. 2, 2000, pp. 166-169.
- «Programmed Terrorists. An Analysis of the Letter left behind by the September 11 Hijackers», December 13, 2001, en <http://www.ict.org.il/articles/articledet.cfm?articleid=419>.
- PEARLSTEIN, R. M.: *The Mind of the Political Terrorist*, Scholarly Resources, Wilmington, 1991.
- POST, J. M.: «Group and Organisational Dynamics of Political Terrorism: Implications for Counterterrorist Policy», en WILKINSON, P., y STEWART, A. M.: *Contemporary Research on Terrorism*, Aberdeen University Press, Aberdeen, 1987, pp. 307-317.
- RANSTORP, M.: «Le terrorisme au nom de la religion», en CHALIAND, G.: *Les Stratégies du Terrorisme*, Desclée de Brouwer, París, 1999, pp. 113-140.
- REINARES, F.: *Terrorismo y Antiterrorismo*, Paidós, Barcelona, 1998.
- *Patriotas de la muerte: quienes han militado en ETA y por qué*, Taurus, Madrid, 2001.
- ROULE, T. J.; KINSELL, J., y JOYCE, B.: «Investigators Seek to Break Up Al-Qaeda's Financial Structure», *Jane's Intelligence Review*, vol. 13, núm. 11, 2001, pp. 8-11.
- SHAHAR, Y.: «Tracing bin Laden's Money: Easier said than done», The International Policy Institute for Counter Terrorism, September 21, 2001, en <http://www.ict.org.il/articles/articledet.cfm?articleid=387>.
- SHAY, S., y SCHWEITZER, Y.: «The Afghan Alumni Terrorism. Islamic Militants againts the Rest of the World», November 6, 2000. En <http://www.ict.org.il/articles/articledet.cfm?articleid=140>.
- SIMON, R.: *The new jackals: Ramzi Yousef, Osama bin Laden and the future of terrorism*, André Deutsch, London, 1999.
- SIMON, S., y BENJAMIN, D.: «The Terror», *Survival*, vol. 43, núm. 4, 2001/2002, pp. 5-18.
- SIVAN, E.: *El islam radical. Teología medieval y política moderna*, Edicions Bellaterra, Barcelona, 1997.
- STATE DEPARTMENT, *Patterns of Global Terrorism*, 2001, en <http://www.state.gov/s/ct/rls/pgtrpt/>.
- STERN, J.: «Pakistan's Jihad Culture», *Foreign Affairs*, November-December 2000, pp. 115-126.

EL RECURSO DE APELACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO CONTENCIOSOS: SU COMPATIBILIDAD CON LA PREVISIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 770.5.^a DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

LUIS MARÍA URIARTE VALIENTE

Fiscal de la Audiencia Provincial de Pontevedra

SUMARIO: I. OBJETO DEL ESTUDIO.—II. NATURALEZA DEL RECURSO DE CASACIÓN Y DE LA SEGUNDA INSTANCIA.—III. INCOMPATIBILIDAD DEL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO CON LA PREVISIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 770.5 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: 1. La delimitación del objeto de la segunda instancia a las cuestiones planteadas en el recurso. 2. La prohibición de la *reformatio in peius*. 3. El principio «pendente appellatione nihil innovetur». 4. El problema de la competencia funcional. 5. El recurso de apelación en los procedimientos de separación o divorcio de mutuo acuerdo (art. 777.8 de la LEC).—IV. COMPATIBILIDAD DEL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO CON LA PREVISIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 770.5 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: 1. La transacción en la segunda instancia. 2. Devolución de las actuaciones al Juzgado de Primera Instancia.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. OBJETO DEL ESTUDIO

La regulación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, trasladó casi literalmente a su articulado la normativa que para los procedimientos de nulidad, separación y divorcio había establecido la Ley 30/1981, de 7 de julio, recogiendo en la misma para la tramitación de los referidos procedimientos, básicamente dos procesos distintos, según que la separación o el divorcio se instara por ambos cónyuges de mutuo acuerdo o por uno de ellos con el consentimiento del otro, o por el contrario, se promoviera el procedimiento sólo por uno de los esposos con la oposición, silencio o discrepancia del otro.

Efectivamente, mientras que para la tramitación de las separaciones y divorcios contenciosos, el artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se remite a la regulación del juicio verbal, con determinadas especialidades, el procedimiento para las separaciones o divorcios solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, aparece regulado específicamente en el artículo 777 de la Ley Procesal Civil y se caracteriza por la simplicidad de su tramitación.

Sentado lo anterior, no parece difícil comprender que la determinación del procedimiento a seguir dependerá, en todo caso, de la voluntad de las partes, quienes podrán optar por el procedimiento descrito en el artículo 777, cuando no mantengan discrepancias en torno a las condiciones que deberán regir en el futuro sus relaciones recíprocas y con los hijos, en el supuesto en que existan, o por el contrario, deberán acudir al procedimiento previsto en el artículo 770, cuando no exista conformidad entre ellos en cuanto al contenido del convenio regulador cuyos

términos debería recoger la sentencia, imponiéndose la celebración de un juicio contradictorio para debatir, en la generalidad de las ocasiones, precisamente esas cláusulas que regularán las relaciones familiares después de dictarse sentencia. Y al depender esta determinación del procedimiento de la voluntad de las partes, y no siendo extraño que la misma varíe durante la tramitación de aquel, la regulación de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil ha establecido, como ya lo hiciera la Ley 30/1981, de 7 de julio, una previsión para obviar los graves inconvenientes que podrían derivarse de la inamovilidad del procedimiento contencioso una vez iniciado, cuando los litigantes llegan a un acuerdo amistoso, al prever el artículo 770.5 que *«En cualquier momento del proceso, concurriendo los requisitos señalados en el artículo 777, las partes podrán solicitar que continúe el procedimiento por los tramites que se establecen en dicho artículo»*, posibilidad ésta, que frecuentemente es utilizada en la práctica, pues no es despreciable el número de procedimientos matrimoniales contenciosos que acaban reconducidos al de mutuo acuerdo.

El problema que puede plantearse, y cuyo estudio pretende ser objeto de desarrollo en este trabajo, viene constituido por la posibilidad de que las partes soliciten –al amparo del referido artículo 770.5– la continuación del procedimiento por los trámites del artículo 777, cuando éste se encuentra ya en segunda instancia, es decir, dictada sentencia por el Juez de Primera Instancia en el procedimiento desarrollado por los trámites previstos en el artículo 770, e interpuesto recurso de apelación contra la misma.

Teóricamente, la cuestión planteada es perfectamente posible, pues pendiente el recurso de apelación, nos encontramos todavía en el mismo proceso, y según el tenor literal del repetido artículo 770.5, el cambio de procedimiento es una posibilidad que todavía se deja a la voluntad de las partes, pero sin embargo, los problemas prácticos que se plantean abren un amplio elenco de posibilidades que caen en el silencio normativo, y cuya solución obliga a plantearse cuestiones tan trascendentes como la naturaleza misma de la segunda instancia o del recurso de apelación, y todo ello sin perjuicio de buscar, además, soluciones prácticas a la cuestión planteada.

Los dos protagonistas de la situación planteada –recurso de apelación y escrito solicitando el cambio de procedimiento–, se encuentran en una situación de interdependencia tal, que la sola presencia del contrario altera radicalmente la situación del otro. Y esto es así, toda vez que si desaparece el recurso de apelación interpuesto, la solicitud de cambio de procedimiento es extemporánea y estéril, al no estar ya pendiente el procedimiento, como exige el artículo 770.5, pues recordemos que desapa-

recido el recurso, gana firmeza la sentencia que puso fin al procedimiento; de otro lado, si suprimimos el escrito solicitando el cambio de procedimiento, se elevarán las actuaciones al Tribunal *ad quem* para que resuelva la apelación interpuesta, como en cualquier otro supuesto, no surgiendo esta situación extraña y confusa cuyo estudio se pretende abordar.

Como se ve, estamos ante dos actos de impulso procesal que aparentemente no pueden prosperar ambos simultáneamente, y respecto de los cuales, la crisis de uno de ellos, repercute decisivamente en el otro.

Se pretende analizar, por consiguiente, en el presente trabajo, tanto los problemas puramente teóricos que pudieran derivarse de la solicitud por las partes en un procedimiento matrimonial contencioso, de la reconducción del mismo a que se refiere el artículo 770.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como las posibles soluciones prácticas, o cauces a través de los cuales los litigantes podrían ver satisfechas sus pretensiones, con independencia de las limitaciones que pudieran derivarse del estrecho corsé formalista que, en algunas ocasiones, parece suponer el derecho procesal sobre las soluciones que el sentido común parece dictar.

II. NATURALEZA DEL RECURSO DE APELACIÓN Y DE LA SEGUNDA INSTANCIA

La apelación es un recurso devolutivo y ordinario que supone la revisión de la cuestión objeto de la resolución impugnada por un órgano judicial superior, atribuyendo a éste el pleno conocimiento de la misma.

Es por ello necesario, en primer lugar, delimitar el concepto de apelación, dentro del concepto de recurso, que para Montero Aroca¹ sería «el instrumento legal puesto a disposición de las partes y destinado a atacar una resolución judicial, para provocar su reforma o su anulación o declaración de nulidad».

Pero decíamos además, que la apelación es un recurso devolutivo y ordinario, lo que supone, de un lado, que el conocimiento y resolución de la misma viene atribuida a un órgano jurisdiccional superior a aquel que dictó la resolución recurrida, y de otro, que la motivación o fundamento de la misma, no tiene que circunscribirse a un catálogo predeterminado de motivos tasados por la ley.

¹ MONTERO AROCA, ORTELLS RAMOS, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN REDONDO: *Derecho Jurisdiccional*, 7.ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, vol. II, p. 315.

En este sentido, en la obra de Cortés Domínguez² «Derecho Jurisdiccional» se define amplia y descriptivamente el recurso de apelación diciéndose que es

«un recurso ordinario, devolutivo, contra sentencias o resoluciones equiparadas, en cuyo caso tiene generalmente carácter suspensivo, y de otras resoluciones, en cuyo caso generalmente no tiene carácter suspensivo, gravosas para las partes que lo utilizan que se plantea ante el mismo órgano judicial que las dictó (órgano a quo) para ante el órgano judicial superior inmediato (órgano ad quem) que resuelve, una vez recibidas las actuaciones o testimonio suficiente, previos los trámites legales, mediante nueva sentencia que revoca o confirma, total o parcialmente, o anula la anterior.»

o también puede ser mediante Auto, dependiendo de la forma de la resolución recurrida, definición que viene a recoger acertadamente y de manera exhaustiva todos los caracteres de nuestro recurso de apelación y que es fruto, como añaden

«de una yuxtaposición histórica que refunde dos recursos diferenciados: el recurso de apelación, en su recto sentido y el recurso de nulidad.»

Tradicionalmente, viene identificándose el concepto de apelación con el de segunda instancia, que sin embargo, no son coincidentes, y cuya distinción vendrá dada por la naturaleza de las resoluciones recurribles, pues si bien es cierto que al ser la segunda instancia una nueva fase del proceso que se desarrolla ante un órgano jurisdiccional distinto y superior jerárquicamente de aquel que dictó la resolución recurrida, la apelación de una sentencia determinará necesariamente el comienzo de esa segunda instancia, pero no así la apelación de otras resoluciones distintas de la sentencia, es decir, de las resoluciones interlocutorias que, lejos de abrir la segunda instancia, suponen incidentes que se suscitan en la primera y para cuya resolución se invoca la intervención del órgano jurisdiccional superior.

Es por ello por lo que, a pesar de tratarse de conceptos distintos, la apelación de sentencias va a suponer en todo caso la apertura de una segunda instancia, y por ello, el sistema de recursos en general y el de apelación en particular, requiere de una jerarquía de instancias o existencia de un doble grado de órganos jurisdiccionales, tendente a abrir un nuevo proceso o fase para revisar la anterior resolución; pero el establecimiento de una doble instancia no ha obedecido a través de los tiempos a una misma inspiración o fundamento, y así en el Derecho Romano lo fue para, en palabras de

² CORTÉS DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA, MORENO CATENA y ALMAGRO NOSETTE: *Derecho Procesal*, 6.^a ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, tomo I, vol. II, p. 31.

Ulpiano, «*enmendar la injusticia o impericia de los jueces*», en el Derecho Medieval, junto al recurso de apelación, encaminado a reformar los errores *in iudicando*, se arbitraba la *querella nullitatis*, como medio de corrección de los errores *in procedendo*, en el Derecho Canónico, como reflejo de la soberanía del Pontífice, en el Derecho Francés Prerrevolucionario, de freno al poder absoluto y, tras la Revolución, de defensa de los nuevos poderes que surgieron; modernamente y aparte razones extrajurídicas, la doble instancia está fundada en exigencias de la Justicia, y en las mayores garantías para tratar de evitar posibles errores.

Las ventajas de la doble instancia son las derivadas de sus propios fundamentos, a las que debe añadirse la pretensión de dar satisfacción a la parte que se considera perjudicada y la de garantizar una mayor eficacia, en cuanto que el control superior obliga al inferior a ser más diligente en sus resoluciones y lo estimula contra su ligereza o debilidad; mas al lado de estas ventajas, tiene también sus inconvenientes, más o menos reales; y así los detractores de la doble instancia, la combaten aduciendo el aumento de los gastos procesales, el retraso en la solución de los litigios, y la quiebra del principio de inmediación, inconvenientes éstos que efectivamente son reales, pero con menor peso e importancia que el de las ventajas, e incluso alguno, como el de la tardanza, sería evitable aumentando el número de órganos jurisdiccionales o el de los componentes de cada Sala, no pudiendo calificarse de inconvenientes otros, como el de que por igual razón, cabría una tercera o cuarta instancia, al ser principio general la limitación de los recursos, y demostrar la práctica, que sobrepasar las dos instancias va contra la seguridad jurídica y supone una carga económica imposible de soportar por la generalidad de los litigantes; por ultimo, tampoco puede incluirse en el catálogo de inconvenientes, el de que si la decisión que prevalece es la del Tribunal superior, bastaría con suprimir el inferior, porque, aparte que la capacitación y experiencia se obtiene en esos escalones inferiores, no sería posible que un reducido número de tribunales pudiera conocer tantos procedimientos y, además, se requeriría un funcionamiento y organización diferente a la actual.

Nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, se inspira en el sistema de la doble instancia, pero esta segunda instancia, no puede calificarse de nuevo proceso, sino de una continuación o segunda fase de la seguida en la primera.

Desde una perspectiva constitucional, el Tribunal Constitucional tiene resuelto que el artículo 24 de la Constitución Española, que proclama como fundamental el principio de tutela judicial efectiva y el de proscripción de la indefensión, no comprende de manera general la existencia de una doble instancia en materia civil, mas no ocurre lo mismo respecto a los recursos,

porque de toda la doctrina de aquel, claramente se deduce que el derecho a los recursos tiene rango de derecho fundamental (sentencias de 18 de febrero de 1984, 4, 5 y 17 de diciembre de 1986, 29 de enero y 12 de julio de 1987 y 14 de noviembre de 1988), si bien ese derecho sólo se refiere a los recursos que las leyes procesales tengan establecidos contra las resoluciones judiciales, por lo que, so pretexto de esta doctrina, no es posible crear o inventarse nuevos recursos o alterar la regulación procesal de los existentes, porque dicho derecho sólo garantiza que la utilización de los establecidos por dichas leyes no le sea impedido a nadie que tenga derecho a ellos (sentencias de 21 de abril de 1982, 11 de junio de 1984 y 2 de julio de 1987, así como auto de 14 de enero de 1987) y de ahí que, en relación con las formalidades para la interposición de los recursos, haya sentado la doctrina de que deben interpretarse en el sentido más favorable para la efectividad de dicho derecho, e inspirarse en criterios de proporcionalidad, teniendo en cuenta la finalidad de aquéllas (sentencias de 26 de julio de 1983, 8 de mayo y 12 de noviembre de 1984).

La regulación que del recurso de apelación contenía la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, fue objeto de críticas que se planteaban fundamentalmente en una doble dirección. Por un lado se censuraba la falta de sistemática en su regulación, dispersa a lo largo, no ya del articulado de la misma, sino también en otras leyes distintas, pues no en vano podíamos encontrar preceptos comprensivos de esta regulación tanto en el libro I como en el II de la misma, y a su vez, dentro de este libro II, en diversos capítulos del título II, así como en los títulos IV y XVII; pero además, y fuera de la propia Ley, el Decreto de 21 de noviembre de 1952, regulaba el recurso de apelación contra las sentencias dictadas en juicio de cognición. La segunda fuente de críticas que emergieron acerca de esta regulación, se concentraban en la existencia de tantas y diferentes tramitaciones para una misma clase de recursos, que sólo daba lugar a un tremendo confusionismo, sin que existiera razón aparente para ello.

Ambos aspectos fueron afrontados en la nueva regulación recogida en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y bien pudiéramos afirmar que con éxito, pues efectivamente se contiene en la misma, una regulación concentrada y única del recurso de apelación, que termina de esta manera con los inconvenientes y dificultades que en su día planteó la legislación derogada.

Por lo que se refiere a la naturaleza del recurso de apelación, en el plano doctrinal tres son las teorías o posturas que se vienen adoptando, y que se reflejan en las distintas legislaciones que las siguen; de un lado, la que entiende la apelación como un nuevo proceso en el que no sólo se discute la pretensión de primera instancia, sino que cabe a las partes deducir nue-

vas pretensiones y oponer otras excepciones, aunque lógicamente relacionadas con las cuestiones ya debatidas y decididas en la instancia; de otro, la que estima que la apelación se limita a la revisión o control de la sentencia recurrida a fin de determinar si es ajustada a derecho y partiendo sólo del material probatorio obrante en autos; por último, la que considera la apelación como una continuación de la primera instancia y siendo su objeto el mismo de ésta, aunque restringido a la pretensión impugnatoria y en la que el Tribunal Superior no se limita a la sola revisión, sino que examina de nuevo la cuestión litigiosa por completo y decide teniendo en cuenta las pruebas practicadas en la instancia y excepcionalmente también la pedida y practicada en la segunda.

Nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil se inspira en la última de las teorías o posturas expuestas, configurando la segunda instancia y el recurso de apelación como continuación de la primera, y en la que no cabe la alegación de nuevos hechos (*ius novorum*) ni de pruebas nuevas, salvo los restringidos y excepcionales supuestos que recoge el artículo 460 con carácter general, y los artículos 759.3 y 761.3 específicamente, para los procedimientos sobre capacidad de las personas, y, por otro lado, el recurso de apelación se encuentra limitado por la pretensión impugnatoria que viene recogida en el clásico principio *tantum appellatum quantum devolutum*, del que es lógica consecuencia la prohibición de la *reformatio in peius* y que implica que el Tribunal Superior no puede agravar o hacer más gravosa la sentencia que dicte en perjuicio del apelante, cuando no ha apelado también la otra parte o se ha adherido después a la apelación.

III. INCOMPATIBILIDAD DEL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO CON LA PREVISIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 770.5.^a DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

La posibilidad de que interpuesto y pendiente un recurso de apelación contra la sentencia dictada en un procedimiento de separación o divorcio contencioso, las partes soliciten, de conformidad con la previsión contenida en el artículo 770.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la continuación del procedimiento por los trámites comprendidos en el artículo 777 de la misma Ley, plantea una situación que, en principio o *prima facie*, debería ser resuelta por el Tribunal *ad quem*, dado que el Juez de Primera Instancia perdió la competencia sobre el asunto al dictar sentencia.

Ahora bien, podrían sostenerse varios argumentos en contra de que el Tribunal de alzada entre a conocer la petición deducida de mutuo acuerdo por las partes, es decir, que extienda su competencia a resolver algo distinto de lo planteado por las partes en el recurso de apelación interpuesto, y ello, al menos, desde un punto de vista estrictamente procesal, es decir, sin perder de vista el planteamiento al que me refería al principio de este trabajo: que la solicitud de cambio de procedimiento sólo es procedente en tanto esté pendiente el recurso de apelación, que es el que hace que todavía esté vivo el procedimiento, y por lo tanto, debe ser considerada subsidiaria o condicionada al propio recurso.

Si se remite al Tribunal *ad quem*, el escrito de recurso interpuesto, junto con la solicitud de cambio de procedimiento presentada, o si se presenta la solicitud de cambio de procedimiento a que se refiere el artículo 770.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil estando ya las actuaciones a disposición de este Tribunal, podrían señalarse como hipotéticos inconvenientes para que el mismo entrase a conocer la referida solicitud, los siguientes:

1. La delimitación del objeto de la segunda instancia a las cuestiones planteadas en el recurso

Del mismo modo que la demanda delimita el objeto del proceso en la primera instancia —sin perjuicio de la posible ampliación del mismo conforme a lo previsto en la Ley—, el apelante, vuelve a delimitar a su vez, con su escrito de recurso, la materia sobre la que va a versar el proceso en la segunda instancia, de tal modo que, como señala Cortés Domínguez³, «*el objeto del proceso sigue siendo uno y mismo, en la primera y en la segunda instancia, pero el grado de aceptación o de impugnación de la sentencia recurrida indica la contenciosidad que subsiste y delimita los poderes del órgano ad quem para resolver congruentemente con lo solicitado en el recurso*».

Es reiterada y consolidada la doctrina jurisprudencial que establece que, si bien el recurso de apelación, al tener carácter general, legitima al Tribunal *ad quem* para entrar a conocer en profundidad y en toda su extensión la cuestión debatida con la misma amplitud con que lo hizo el Juzgador de Instancia, ello es sólo dentro de los límites en que aparece planteado el recurso interpuesto, de tal suerte que las cuestiones resueltas en la sentencia que no hayan sido objeto de recurso, deben entenderse consentidas

³ CORTÉS DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA, MORENO CATENA y ALMAGRO NOSETTE: *Derecho Procesal*, 6.^a ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, tomo I, vol. II, p. 42.

por ambas partes, con autoridad de cosa juzgada, y excluidas del examen de la cuestión que realice el Tribunal de Apelación, toda vez que así como la demanda es el acto de impulso procesal que delimita el objeto de debate en la instancia, el recurso de apelación vuelve a delimitar dicho objeto, restringiéndolo estrictamente a los términos en el mismo planteados, por ser este nuevo acto de impulso procesal, manifestación del principio dispositivo que preside el proceso civil.

Lo anteriormente expuesto, manifestación del principio *tantum devolutum quantum appellatum*, hace que incurra en incongruencia la sentencia de apelación que extienda su juicio a aquellos aspectos que, a pesar de haber sido planteados en la demanda inicialmente interpuesta, no hayan sido reiterados en el escrito de recurso, y ello porque la parte se conforme con la solución dada sobre los mismos en la sentencia de instancia, o simple y llanamente, porque renuncie a un nuevo pronunciamiento judicial en este extremo, sea cual fuere la solución dada, o no, en la instancia, pues en ello se concreta el anteriormente indicado principio dispositivo que gobierna el proceso civil, y todo ello sin perjuicio de que la otra parte procesal, el apelado, al formular escrito de impugnación de la apelación interpuesta (antes llamado de adhesión), pueda a su vez ampliar los términos del debate en la segunda instancia, introduciendo a su vez nuevas cuestiones litigiosas con cuya solución en la sentencia dictada no está conforme.

Así, señala la sentencia del Tribunal Constitucional 3/1996, de 15 de enero que

«en nuestro sistema procesal, la segunda instancia se configura, con algunas salvedades, en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos (arts. 862 y 863 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), como una revisión prioris instantiae, en la que el Tribunal Superior u órgano ad quem tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (quaestio facti) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas (quaestio iuris), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales o sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la reformatio in peius y la imposibilidad de entrar a conocer aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación (tantum devolutum quantum appellatum).»

En este mismo sentido, las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1994, o de 21 de abril de 1993.

Partiendo de esta premisa, no es difícil imaginar que uno de los primeros obstáculos con los que se puede encontrar la solicitud de los litigantes de continuar el procedimiento por los trámites del artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es el de que el objeto del convenio que con dicha

solicitud habrán de acompañar, conforme a lo preceptuado en el artículo 777.2, exceda del ámbito en que aparece planteada la apelación, resultando incongruente, según lo anterior, la sentencia de alzada que sobre estos extremos se pronunciara, por infracción del principio *tantum devolutum quantum appellatum* al que antes se aludía, o incluso aún sin ir tan lejos, situándonos en un momento anterior al de la sentencia de apelación, podría tacharse de incongruente la intervención del Tribunal de alzada que simplemente entrara a conocer aspectos que excedieran de los términos en que la segunda instancia se plantea, conforme al contenido del recurso de apelación interpuesto, puesto que, como se verá más adelante, el conflicto surgido y cuyo estudio estamos abordando, puede encontrar soluciones diversas que no tienen por qué suponer la resolución, por medio de sentencia, del recurso de apelación interpuesto.

Efectivamente, si uno de los litigantes, conforme con el fallo de instancia que acuerda la separación o divorcio de los cónyuges, interpone recurso de apelación contra el mismo por no estar conforme, en su integridad, con el contenido de las medidas adoptadas en relación con los cónyuges, nada se opondría a que el Tribunal *ad quem*, entrara a conocer la totalidad de los aspectos regulados en dichas medidas, y por lo tanto, aunque sólo sea en un plano puramente teórico, el conocimiento del convenio que de mutuo acuerdo presenten los cónyuges, no caería fuera de su competencia, no existiendo peligro de que su actuación o la sentencia que dictara, pudiera ser tachada de incongruente.

Otro tanto ocurriría en el caso de que, a pesar de que el apelante sólo impugne en su recurso algunos extremos de los comprendidos en la relación de medidas fijadas en el fallo de la sentencia, el apelado, impugne a su vez la apelación, ampliando el objeto de la segunda instancia a la totalidad de los extremos que se regularon en el fallo, ya que aquí, de nuevo, la congruencia de la de la actuación del Tribunal y de la sentencia de alzada, queda a salvo si entra a conocer el convenio presentado mutuamente por ambos litigantes.

Pero sin embargo, no ocurre lo mismo si el recurso de apelación interpuesto se limita a impugnar uno sólo de los aspectos que se recogen en las medidas que regule el fallo, sin que este objeto procesal, delimitado por el recurso, sea ampliado por alguna otra de las partes litigantes (piénsese que en estos procedimientos es posible la intervención del Ministerio Fiscal). Efectivamente, el recurso de apelación que consintiera la separación o el divorcio decretado en la sentencia de instancia, así como el régimen de tutela, guarda y custodia al que deberían quedar sometidos los hijos comunes, y el régimen de visitas de los mismos, impugnando sin embargo la pensión alimenticia que para los hijos fijase la sentencia y la pensión com-

pensatoria del otro cónyuge, estaría delimitando el objeto de la segunda instancia, a solamente las pretensiones deducidas, debiendo considerarse firme, con efectos de cosa juzgada, la parte de la sentencia de instancia que resolviera aquellos extremos que no fueron objeto de apelación. Por lo tanto, y partiendo de lo anterior, el examen del convenio regulador que los litigantes presentaran de mutuo acuerdo junto con su solicitud de cambio de procedimiento, al amparo del artículo 770.5 de la Ley, quedaría fuera de la competencia del Tribunal de alzada, en todo lo que excediera de lo planteado en el recurso de apelación, es decir, en el ejemplo anterior, en todo lo que no fuera pensión alimenticia de los hijos y compensatoria del cónyuge.

Esta circunstancia es recogida por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de marzo de 1992, cuando dice que

«La referida Ley 30/1981 posibilita que las partes soliciten que el proceso de separación y divorcio, continúe por el trámite previsto en la disposición adicional sexta para las peticiones efectuadas de común acuerdo, pese a iniciarse por el establecido en la disposición adicional quinta, según señala el apartado K) de esta última, pero ello sólo es posible en la primera instancia. (La razón que abona esta conclusión es) que la apelación es un juicio meramente revisorio, donde lo que se discute y analiza por la Audiencia Provincial es la procedencia de la separación concedida o denegada por el Juez a quo y de las medidas correspondientes;»

Y es preciso recordar nuevamente aquí, que si bien el recurso de apelación puede existir con independencia de la solicitud de cambio de procedimiento que regula el artículo 770.5, siendo su tramitación la ordinaria señalada con carácter general en la Ley de Enjuiciamiento Civil, la solicitud de cambio de procedimiento, en ningún caso puede subsistir sin el recurso de apelación –siempre que se presente, claro está, y a ello aquí nos referimos, después de dictada sentencia–, puesto que dicha solicitud procede, según el repetido artículo 770.5, en cualquier estado del procedimiento, y en el caso al que nos referimos, el procedimiento sigue subsistiendo gracias al recurso de apelación interpuesto, quedando firme la sentencia y concluido el procedimiento, desde que desaparezca el recurso.

Por lo tanto, y según lo expuesto, uno de los primeros obstáculos que se podrían aducir en contra de que el Tribunal de Apelación entrara a conocer el convenio presentado de mutuo acuerdo por ambos cónyuges, pendiente la apelación, sería el de tachar su actitud de incongruente, por rebasar los límites del objeto del proceso, según los términos en que aparecieran perfilados en la apelación.

2. La prohibición de la *reformatio in peius*

Otro de los obstáculos o inconvenientes que pueden aparecer en contra de la compatibilidad de la apelación y la solicitud recogida en el artículo 770.5, puede venir dado por la prohibición de la *reformatio in peius* que inspira la segunda instancia.

Dentro de la gran amplitud de facultades que tiene el Tribunal de Apelación, para entrar a conocer a fondo la cuestión litigiosa planteada en la alzada, con la posibilidad de valorar plenamente las pruebas practicadas con la misma extensión con que lo hizo el Juzgado de Instancia, se encuentra sin embargo con importantes limitaciones, pues esta transferencia de jurisdicción del órgano inferior al superior, no es absoluta e incondicionada, limitaciones éstas, que inciden fundamentalmente en dos aspectos; el primero de ellos, era el que abordamos en el apartado anterior, el de la prohibición de que la sentencia de apelación se extendiera a resolver cuestiones distintas de las planteadas en el recurso interpuesto, y el segundo, viene constituido por la prohibición de la *reformatio in peius*, que veda al Tribunal de Alzada hacer pronunciamientos que graven la situación que para el apelante resulta de la sentencia de primera instancia, y que se traduce en que, con relación a un pronunciamiento apelado (que, lógicamente, el apelante sólo lo recurre en la parte en que al mismo le perjudica, pero no en la que le beneficia), y respecto del cual la otra parte no haya impugnado la apelación, ampliando el objeto de la misma, el Tribunal no puede hacer un pronunciamiento que, para el apelante, sea más gravoso y perjudicial que ya lo era el recurrido.

De este modo define Montero Aroca⁴ la prohibición de la *reformatio in peius* como «la prohibición de que la resolución del recurso empeore la posición en que dejó al recurrente la resolución impugnada» añadiendo que «si la resolución no puede ser modificada más que en la medida de lo pretendido por el recurrente, y si el recurrente no puede pretender admisiblemente una reforma que empeore su situación, porque faltaría el gravamen, la resolución que, de oficio, introdujera una reforma peyorativa incurriría obviamente en incongruencia».

Este mismo criterio ha sido recogido reiteradamente por la jurisprudencia, y así, entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1997, cuando dice que

«El principio de *reformatio in peius* significa, en definitiva, la prohibición de dictar contra el apelante, siendo único, un pronunciamiento que le

⁴ MONTERO AROCA, ORTELLS RAMOS, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN REDONDO: *Derecho Jurisdiccional*, 7.ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, vol. II, p. 321.

sea más perjudicial que el contenido en la sentencia apelada, por ello, resulta ineludible la certeza y seguridad de que de la comparación entre los respectivos fallos de las sentencias se desprenda de manera inequívoca una situación agravada en la condena primeramente impuesta.»

El reflejo que este principio tiene en la cuestión cuyo estudio abordamos, se traduce, como en el supuesto anterior, en que no parece posible, a la luz del mismo, que el Tribunal de Apelación pueda entrar a conocer y resolver la solicitud de cambio de procedimiento planteada por los litigantes, cuando ello venga a suponer un empeoramiento en la situación que el apelante tenía en la sentencia dictada en la instancia, lo que se produciría en la práctica con relativa frecuencia, si tenemos en cuenta que el convenio regulador que constituye la esencia de la tramitación regulada en el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es fruto de la libre negociación de las partes, y por tanto, como en toda negociación, se producirán concesiones recíprocas que con toda probabilidad vendrán a suponer un empeoramiento en la situación de cada uno de los negociadores, en relación con su postura inicial.

Y si bien es cierto que el principio de la *reformatio in peius* se refiere tan sólo al contenido de la sentencia de apelación, es decir, a la prohibición dirigida al Tribunal de Alzada de resolver, en dicha sentencia, en términos que perjudiquen o empeoren la posición que el apelante tenía en la sentencia dictada en la instancia, entiendo que debe extenderse también a la propia competencia objetiva de dicho Tribunal, es decir, que le queda vedado el conocimiento de cualquier cuestión que menoscabe la posición del apelante sin que ello haya sido pretendido por ninguna otra parte procesal, independientemente de que la solución que finalmente se adopte tras ese conocimiento, sea plasmada en una sentencia o en cualquier otra resolución o actitud del Tribunal.

3. El principio *pendente appellatione nihil innovetur*

Siguiendo con los posibles argumentos que pueden esgrimirse en contra de la compatibilidad entre el recurso de apelación y la solicitud de cambio de procedimiento que permite el artículo 770.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es obligado referirse a la imposibilidad de plantear en la segunda instancia cuestiones no suscitadas en la demanda principal que dio origen al pleito.

El objeto del proceso viene constituido por la pretensión o pretensiones que se someten a la decisión del órgano jurisdiccional, lo que se traduce en que el proceso no puede tener un contenido mayor, menor o distinto del de

la pretensión que lo origina. Los límites de la pretensión, vienen a ser así, los límites del proceso mismo, de tal modo que, la decisión judicial que recaiga no puede exceder a la pretensión, ni puede omitir una parte de ésta, ni alterarla, haciendo que el fallo que hiciera algo de ésto, adoleciera de un vicio de incongruencia, que daría lugar a su nulidad.

La determinación del objeto del proceso corresponde, en principio, al actor, que al deducir sus pretensiones fija inicialmente dicho objeto, pero no definitivamente, ya que el demandado puede completarlo, introduciendo nuevos elementos, al personarse en las actuaciones, vinculando dicho objeto, así constituido, al órgano jurisdiccional en el momento de dictar sus resoluciones. Así pues, la demanda, la contestación a la misma, y en su caso, la reconvencción, identifican subjetiva y objetivamente la materia sobre la que va a versar el proceso, y por ello, una vez deducidas, no se admiten modificaciones que puedan alterar lo que constituye esencialmente su objeto, como así establece el artículo 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prevé como única excepción las alegaciones complementarias que regula el artículo 426 de la misma, y que habrán de plantearse en la audiencia previa al juicio ordinario y en los términos previstos en el mencionado precepto.

Es consecuencia lógica de lo anteriormente expuesto, que el recurso de apelación no pueda exceder los límites objetivos que quedaron determinados en aquel momento inicial del proceso, siendo incongruente la decisión del Tribunal *ad quem* que acogiera alguna pretensión introducida *ex novo* en esta fase del proceso, y que por lo tanto, no hubiera sido debatida en primera instancia, ni objeto de decisión por el juez. Así lo recoge el artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que exige que las pretensiones que se deduzcan en la segunda instancia, estén amparadas por los fundamentos de hecho y de derecho que se introdujeron en la primera, y que no es sino consecuencia lógica, de la doctrina jurisprudencial al efecto sentada, y de la que es claro exponente la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1992, cuando dice que

«en relación con el principio de congruencia que han de respetar las sentencias y los límites del recurso de apelación, es doctrina reiterada de esta Sala, de la que son manifestación, entre otras las Sentencias de 28 noviembre y 2 diciembre 1983, 6 de marzo de 1984, 20 de mayo y 7 de julio de 1986 y 19 de julio de 1989, la de que no pueden tenerse en cuenta, a fin de decidir sobre ellas, las pretensiones formuladas en el acto de la vista del recurso de apelación, al ser trámite no procedente a tal propósito, pues el recurso de apelación aunque permite al Tribunal de segundo grado conocer en su integridad del proceso, no constituye un nuevo juicio ni autoriza a resolver problemas o cuestiones distintos de los planteados en la primera instancia, dado que a

ello se opone el principio general de derecho pendente appellatione, nihil innovetur.»

Partiendo del planteamiento anterior, puede deducirse claramente que no existe ningún inconveniente que vulnere este principio, para pronunciarnos a favor de la compatibilidad del recurso de apelación interpuesto, con la solicitud de cambio de procedimiento a la que nos estamos refiriendo, siempre que dicha solicitud y el convenio que la acompañe, aparezcan planteados dentro de los límites del debate que inicialmente quedó determinado con los escritos de demanda, contestación y en su caso reconvenición, pero no ocurrirá lo mismo, lógicamente, cuando se alteren esos presupuestos fácticos y jurídicos inicialmente sentados.

Efectivamente, aunque no es extraño que entre la solicitud de separación o divorcio de mutuo acuerdo y la demanda y contestación del procedimiento contencioso en que aquélla se presenta, el único elemento sustancial que varíe sea, precisamente, esa prestación de consentimiento, amen de ciertas concesiones sobre aspectos que en principio los litigantes discutían, y a la postre sientan amistosamente en un convenio, pero en cualquier caso, sin introducir nuevas o distintas pretensiones, no es descartable que la solicitud y convenio que pudieran plantearse después de dictada sentencia y pendiente el recurso de apelación, introdujeran una causa de separación o divorcio diferente de la pretendida en los escritos de demanda y contestación (seguramente más acorde con el carácter amistoso que se supone al convenio), o, sin ir más lejos, que se entrara a regular en el convenio algún aspecto que exceda de los inicialmente planteados, y en este sentido, recogiendo expresamente este postulado, el auto de 15 de octubre de 1996, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante, se pronuncia en contra de la referida compatibilidad, al señalar que

«Como se decía en Auto de este Tribunal de 10 abril 1996 no resulta procedente ni ajustado a Derecho que la Sala, en el presente trámite de alzada, altere por decisión de las partes la naturaleza del procedimiento contencioso de divorcio seguido ante el órgano judicial a quo, y lo transforme en consensuado al amparo de la disposición adicional quinta k) de la Ley 30/1981, de 7 julio, puesto que tal facultad queda fuera del ámbito de enjuiciamiento propio de esta segunda instancia, limitado a la revisión de la sentencia objeto de apelación, en virtud del principio pendente appellatione, nihil innovetur; sin que a ello obste la dicción literal utilizada por el legislador en la redacción de la referida disposición, ya que aunque haya empleado la expresión “en cualquier momento del proceso” lógicamente habrá de entenderse referido al primer grado jurisdiccional.»

Por ello cabe concluir que no puede afirmarse, con carácter general, que la solicitud de cambio de procedimiento presentada en esta fase del proceso —dictada sentencia firme y pendiente el recurso de apelación— sea plenamente compatible con la naturaleza y esencia del recurso de apelación, precisamente por esa falta de congruencia en que podría incurrir el Tribunal si entrara a resolver cuestiones que excedieran de los términos en que hubiese sido planteado el objeto del litigio en los escritos de demanda y contestación, y, eventualmente, reconvención, y que hubieran aparecido *ex novo*, en o con el escrito de apelación presentado.

4. El problema de la competencia funcional

La competencia funcional es aquella que determina el grado de Tribunal al que corresponde conocer de cada acto, etapa o fase del proceso, debiendo entenderse como tales una primera fase de declaración o cognición que se inicia con la demanda y termina con la sentencia, una fase de recurso que pretende obtener una nueva sentencia y, por último, una fase de ejecución encaminada al cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia.

La Ley Orgánica del Poder Judicial, al delimitar las competencias de las Audiencias Provinciales, señala, en el número 4 del artículo 82, que *«En el orden civil conocerán las Audiencias Provinciales de los recursos que establezca la Ley contra resoluciones dictadas en primera instancia por los Juzgados de Primera Instancia de la provincia»*. Así pues, la Ley atribuye competencias a las Audiencias Provinciales, atendiendo únicamente a un criterio funcional, es decir, puede afirmarse que sólo en materia de recurso tienen competencia las audiencias, sin perjuicio de otras secundarias, como el conocimiento de las cuestiones de competencia, o de las recusaciones de sus magistrados, en los términos previstos en la propia Ley.

De lo anteriormente expuesto, se deduce lógicamente, que las funciones propias de la primera fase o etapa a la que antes me refería, la fase de declaración o cognición, que legalmente vienen atribuidas a los Juzgados de Primera Instancia —o de Paz en su caso—, están vedadas, por virtud de los principios rectores que legalmente definen la competencia funcional, a las Audiencias Provinciales. Y de ello, como puede fácilmente adivinarse, se deriva otro de los argumentos que, en contra de la compatibilidad entre la solicitud de cambio de procedimiento a que se refiere el artículo 770.5 y el recurso de apelación, pueden defenderse.

Efectivamente, la solicitud a que se refiere el artículo 770.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no hace otra cosa que iniciar un nuevo procedimiento, el regulado en el artículo 777 de la misma Ley, y este nuevo pro-

cedimiento, lógicamente, se inicia por la fase que antes llamábamos de declaración o cognición, por lo que funcionalmente el conocimiento del mismo corresponde al Juzgado de Primera Instancia, que, sin embargo, vio extinguida su competencia al dictar sentencia, lo que no puede servir de excusa para habilitar al órgano superior, a la Audiencia Provincial, para entrar a conocer del mismo, pues, como antes veíamos, a ello se oponen las normas que determinan la competencia.

No es posible plantear la solicitud de cambio de procedimiento, según este argumento, ante la Audiencia Provincial —única competente para estar conociendo del proceso tras la sentencia de instancia e interposición de un recurso— porque la misma no tiene competencia para conocer del procedimiento regulado en el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y así lo recoge, entre otras resoluciones, el auto de 15 de febrero de 1995, de la Audiencia Provincial de Barcelona, al señalar que

«... si bien el extremo k) de la disposición adicional quinta de la Ley 30/1981 autoriza que el proceso matrimonial ya iniciado conforme a las reglas que en la misma se establece se continúe, en cualquier momento del proceso, por los trámites previstos en su disposición adicional sexta para las peticiones de separación o divorcio formuladas de común acuerdo por ambos cónyuges, una interpretación sistemática y finalista de ambas disposiciones legales lleva a la conclusión de que la citada locución legal no se refiere a todos los grados jurisdiccionales, sino tan sólo a la primera instancia del proceso.»

En consecuencia, y según este argumento, no cabe plantear la solicitud después de dictada sentencia por el Juez de Primera Instancia, y no es posible ninguna solución procesal al problema, que haga compatibles ambas posibilidades, la solicitud de cambio de procedimiento y el recurso de apelación interpuesto.

5. El recurso de apelación en los procedimientos de separación o divorcio de mutuo acuerdo (art. 777.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)

El artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dedicado a la regulación del procedimiento de separación o divorcio de mutuo acuerdo, contiene, en su número 8.º, una regulación específica del recurso de apelación para este procedimiento, o quizá, más propiamente, una regulación específica de los supuestos en los que cabe apelación y de aquellos otros en los que no se admite, siendo luego la tramitación del recurso la ordinaria, establecida con carácter general en la Ley; y así, puede decirse, que están exceptuadas de recurso aquellas resoluciones judiciales que acojan íntegramente

la propuesta de separación o divorcio consensuada por ambos litigantes, y se admitirá, sin embargo, contra aquellas que se aparten en algún extremo de la proposición presentada, siendo competencia la resolución del recurso de apelación interpuesto, como en cualquier otro supuesto, de la Audiencia Provincial respectiva.

Esta regulación contenida en el artículo 777.8, entiende Verdugo García⁵, viene a suponer un obstáculo más en contra de que la Audiencia Provincial pudiera conocer del procedimiento de separación o divorcio de mutuo acuerdo que regula el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el supuesto de que se presentara la solicitud de cambio de procedimiento después de dictada sentencia en primera instancia, y pendiente el recurso de apelación, y ello porque admitir dicha posibilidad supondría dejar vacío de contenido el artículo 777.8 al que me estoy refiriendo.

En este mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de marzo de 1992, señala que

«La referida Ley 30/1981 posibilita que las partes soliciten el proceso de separación y divorcio, continúe el trámite previsto en la disposición adicional sexta para las peticiones efectuadas de común acuerdo, pese a iniciarse por el establecido en la disposición adicional quinta, según señala el apartado K) de esta última, pero ello sólo es posible en la primera instancia. (Una de las razones que abonan esta conclusión es que) de admitirse el cambio de trámite durante la sustanciación de la apelación se imposibilitaría el recurso que la propia disposición adicional sexta prevé en el su apartado siete, y esa privación del derecho al recurso previsto en la Ley implicaría una alteración de las reglas de competencia funcional que hacen inadecuado el procedimiento de la segunda instancia para plantear en él la separación o divorcio de mutuo acuerdo como una cuestión nueva.»

Efectivamente, si es el Tribunal de alzada quien conoce del procedimiento en primera instancia, que es lo que ocurriría en el supuesto al que me estoy refiriendo, no sería posible articular el régimen de recursos que para este procedimiento regula el precitado artículo 777.8 y, por lo tanto, las resoluciones que el Tribunal dictara, apartándose del convenio presentado por las partes, serían irrecurribles, con el consiguiente perjuicio y vulneración de derechos para los litigantes.

Este inconveniente que ahora se aborda no es más que consecuencia de las reglas que determinan la competencia funcional a las que anteriormente se aludía, pero en el fondo sólo constituye un obstáculo para que las Audien-

⁵ VERDUGO GARCÍA y otros: *125 preguntas y respuestas sobre la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, página Web Usus Fori, p.18.

cias Provinciales puedan conocer del procedimiento de separación o divorcio regulado en el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no tiene por qué suponer un obstáculo a la compatibilidad entre el recurso de apelación y la solicitud de cambio de procedimiento prevista en el artículo 770.5, pues la solución de que la Audiencia tramite el procedimiento consensual sería sólo una de las posibles que permitirían la referida compatibilidad, pero no la única, como pasamos a analizar a continuación.

IV. COMPATIBILIDAD DEL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO, CON LA PREVISIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 770.5 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Son posibles diversas soluciones prácticas para obviar los inconvenientes que se analizaban en el anterior apartado, y que inciden directamente en la forma de resolver el problema material planteado de dar solución a las pretensiones de los litigantes, partiendo todas ellas de burlar el conflicto procesal suscitado por la coexistencia en el proceso de dos instituciones que han sido pensadas para supuestos distintos del que aquí se planteaba.

Efectivamente, el recurso de apelación tiene su razón de ser en una situación de conflicto entre las partes, en una controversia que ha sido resuelta judicialmente en términos que perjudican los intereses de una parte, satisfaciendo los de la otra, por lo que toda su regulación, su naturaleza y la doctrina jurisprudencial construida en torno al mismo adopta como punto de partida ese desacuerdo entre las partes, que no debe perderse de vista para poder entender las circunstancias a las que me refería en el anterior apartado, como la prohibición de reformar la sentencia en perjuicio de las pretensiones del único apelante —prohibición de la *reformatio in peius*—, o la limitación del objeto de la segunda instancia, con exclusión de aquellos aspectos de la sentencia no recurridos o consentidos.

El procedimiento de separación o divorcio de mutuo acuerdo que regula el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil parte, sin embargo, de un planteamiento radicalmente opuesto al del recurso de apelación, pues es su esencia y lo que permite su existencia, precisamente el acuerdo de las partes, la inexistencia de conflicto, que hace que Montero Aroca⁶ señale que «*el juez en la separación jurídica de mutuo acuerdo no ejerce función*

⁶ MONTERO AROCA, J., y otros: *Los procesos matrimoniales (Comentarios, jurisprudencia y formularios)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 179.

jurisdiccional, sino jurisdicción voluntaria, función que consiste en comprobar si se dan los requisitos legales necesarios para alcanzar la separación; si así fuera, el juez convierte en jurídica (a través de su homologación) la separación de mutuo acuerdo». Todo ello se traduce en que toda la literatura existente en torno al recurso resulte inaplicable en esencia y por principio a este procedimiento, precisamente por la ausencia de posturas enfrentadas, y es por ello por lo que en principio pudieran parecer improcedentes las objeciones que se hacían en el apartado anterior a la incompatibilidad entre ambas figuras jurídicas.

Partiendo de esa heterogeneidad entre ambas instituciones, es posible encontrar, al margen del problema procesal suscitado, diversas soluciones que pudieran colmar las pretensiones de los litigantes, y que pasan todas ellas por deshacer la controversia jurídica planteada, y así, sin más, si demandante y demandado llegan a un acuerdo con posterioridad a la sentencia dictada en el procedimiento, siendo dicho acuerdo distinto de lo recogido en el fallo dictado, bastaría recoger dicho acuerdo en el recurso de apelación interpuesto por uno de ellos, allanándose el otro al recurso. También sería posible una transacción en la segunda instancia, regulada ésta *ex novo* en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, para que así se recogiera en el auto transaccional el convenio al que llegaron los litigantes.

Pero todas estas soluciones no dejan de ser posibles respuestas a la pretensión de fondo cuya solución interesa a las partes, y que no en todos los supuestos tendrían fácil aplicación, y en realidad, como hemos visto, todas ellas pasan por obviar el problema procesal que se suscitaba como objeto de este trabajo, es decir, eliminando la coexistencia del recurso de apelación planteado con la solicitud de cambio de procedimiento deducida al amparo del artículo 770.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con lo que quedaría sin respuesta la cuestión al inicio planteada, la de si procesalmente, y al amparo de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, es posible la solicitud de cambio de procedimiento que prevé el artículo 770.5, estando pendiente un recurso de apelación.

Cabe, sin embargo, una solución al problema planteado, que permitiría sostener la compatibilidad entre el recurso de apelación y la solicitud de cambio de procedimiento, que colmaría las expectativas de las partes, siendo a su vez absolutamente respetuosa con la situación procesal creada al presentar el mencionado escrito estando pendiente el recurso de apelación, y que no es otra que la devolución de las actuaciones al Juzgado de Primera Instancia, dejando sin efecto la sentencia dictada, para que, ante éste, se desarrolle el procedimiento previsto y regulado en el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por otro lado, es preciso también hacer una breve referencia a la solución que anteriormente se apuntaba, consistente en ter-

minar el procedimiento iniciado mediante una transacción en la segunda instancia que, a pesar de que como dije, no soluciona la situación procesal creada, sí viene a ser una respuesta al problema de fondo suscitado, y que a la vista de la novedosa regulación contenida en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, merece ser abordada.

1. La transacción en la segunda instancia

La transacción supone el acuerdo de las partes sobre lo que constituye el objeto del litigio, dando término de este modo a la controversia suscitada, y así aparece definida en el artículo 1809 del Código Civil, como *«el contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo, cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que habían comenzado»*. Como nota característica que acompaña a la transacción, es preciso recordar que, así como la renuncia y el allanamiento ponen término al proceso mediante una sentencia condenatoria o absolutoria, la transacción supone la terminación del litigio sin sentencia, y ello porque mientras que las dos primeras son actos procesales que determinan el contenido de la sentencia, la transacción no determina el contenido de la sentencia, sino que hace desaparecer el objeto del litigio, y por lo tanto la sentencia. Como consecuencia de lo expuesto, es posible afirmar que, a pesar de lo dispuesto en el artículo 1816 del Código Civil, la transacción no produce efectos de cosa juzgada, toda vez que al tratarse de un negocio jurídico, que como tal estaría sujeto a la acción de nulidad, conforme a lo previsto en el artículo 1817 del mismo Código Civil, su eficacia se circunscribe a las relaciones interpartes, eficacia que nada tiene que ver con la cosa juzgada.

Como requisitos o presupuestos necesarios para que proceda la transacción podemos señalar, de un lado los subjetivos, que las partes intervinientes tengan capacidad para realizar actos de disposición, de otro los objetivos, que la materia sobre la que recaiga no esté excluida de la libre disposición de las partes, y por último los formales, que la transacción incorporada al procedimiento sea acogida por el órgano jurisdiccional en la forma prescrita en la Ley.

El principal problema que puede encontrar la transacción en los procedimientos matrimoniales viene dado precisamente por la indisponibilidad del objeto de los mismos, señalando el artículo 1814 del Código Civil que *«no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros»*, a lo que añade el artículo 751.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que *«en los procesos a que se refiere este título –procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio*

y menores— *no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción*». Sin embargo, la anterior normativa se complementa con lo previsto en el artículo 751.3 de la misma Ley de Enjuiciamiento Civil, que prevé que, *«no obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, las pretensiones que se formulen en los procesos a que se refiere este Título y que tengan por objeto materias sobre las que las partes puedan disponer libremente, según la legislación civil aplicable, podrán ser objeto de renuncia, allanamiento, transacción o desistimiento, conforme a lo previsto en el capítulo IV del Título I del Libro I de esta Ley»*. La interpretación conjunta de toda esta normativa debe llevar a admitir la transacción en todo aquello que no afecte al estado civil de las personas, lo que se traduce, en el concreto supuesto que estamos analizando, en que no se podrá transigir sobre la existencia o no de causa de separación o divorcio y en lo relativo a los hijos menores del matrimonio, si los hubiese, pero sí en lo que concierne a las cuestiones económicas que se comprendan en el convenio que ha de regular la posterior relación entre los cónyuges. En este sentido, señala Montero Aroca⁷ que *«el convenio regulador, aun siendo un documento formalmente único, no puede tener una única naturaleza jurídica; si, por un lado, es un contrato, bilateral, recíproco, de tracto continuo, conmutativo causal y atípico en lo que se refiere a las cuestiones económicas entre los cónyuges, por otro, respecto de las cuestiones atinentes a los hijos, no puede ser un verdadero contrato, sino que se resuelve en un acuerdo, de los teóricamente más interesados en fijar lo mejor para los hijos, sobre el que el juez tiene que decidir lo que para éstos es más beneficioso»*. Éste parece ser también el criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que, en sentencia de 31 de enero de 1985, en un supuesto en que se había firmado entre las partes una escritura de capitulaciones matrimoniales y un documento privado de separación de hecho, se pide por la parte recurrente su ineficacia por infracción del artículo 1814 del Código Civil, al entender que estos pactos encubren una transacción, prohibida por el referido artículo, señala que

«... no puede afirmarse que tales convenios impliquen una transacción, contrato que tiene por fin, según esta Sala —Sentencias, entre otras, de 3 de mayo de 1958—, poner fin a la incertidumbre sobre una relación jurídica derivada de la contradicción de juicio de las partes, presuponiendo la concurrencia de opuestas e inconciliables pretensiones, la existencia de una incertidumbre jurídica creada en torno a las posiciones y pretensiones de las partes; en el caso debatido, sin incertidumbre acerca del matrimonio de los litigantes ni de

⁷ MONTERO AROCA, J. y otros: *Los procesos matrimoniales (Comentarios, jurisprudencia y formularios)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 369 y 360.

cuestión alguna que hubiera de regular, otorgaron una escritura de capitulaciones y un documento privado sobre separación de hecho y atribución de los hijos; pero aunque hubiera habido esa incertidumbre, no cabe incluir lo acordado en la prohibición del artículo 1814 del Código Civil, cuando ello se refirió a la situación económica del matrimonio y no afectó para nada a la sustancia del vínculo, ni a los derechos de filiación que son indisponibles.»

En cuanto a los requisitos formales de la transacción, éstos aparecen regulados por primera vez en la nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, frente al silencio que al respecto guardaba la anterior legislación procesal, lo que, sin embargo, nunca fue obstáculo para su efectiva aplicación. El artículo 19 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil recoge la situación que de hecho se venía aplicando, estableciendo la posibilidad de transigir *«en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de la sentencia»*, añadiendo el artículo 22 que el Tribunal decretará mediante auto la terminación del proceso, auto que tendrá los mismos efectos que una sentencia firme absolutoria.

Desde un punto de vista eminentemente práctico, parece lógico que la transacción sea la solución más acorde al problema que aquí estamos abordando, pues, efectivamente, el acuerdo al que llegan las partes para continuar el procedimiento de separación o divorcio por los trámites prescritos en el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es sino un auténtico acto de voluntad que recoge un negocio jurídico en el que las partes acuerdan suspender o disolver su vínculo matrimonial, estableciendo las condiciones que han de regir en el futuro su convivencia, y, por lo tanto, participa plenamente de la esencia de la transacción a la que anteriormente me refería: las partes, dando, prometiendo o reteniendo, cada una alguna cosa, ponen término al pleito que habían comenzado; y partiendo de que efectivamente exista causa de separación o divorcio y de que sus acuerdos sobre aquellos extremos que puedan afectar a los hijos menores del matrimonio —materias todas ellas que, según lo antes dicho, quedan excluidas de la transacción— sean aprobados en su dictamen por el Ministerio Fiscal, sería lo lógico que la transacción fuera el cauce más apropiado para resolver el dilema suscitado al presentarse la solicitud a que se refiere el artículo 770.5 en la segunda instancia, y en este sentido señala Pérez Martín⁸ que *«si tuviésemos en cuenta sólo el carácter procesal de la actuación de los cónyuges en estos supuestos, podríamos indicar que el convenio regulador es una transacción entre las partes, ya que conforme indica el artículo 1809*

⁸ PÉREZ MARTÍN: *Derecho de Familia-Divorcio y separación de mutuo acuerdo-El procedimiento de modificación de medidas*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1996, p. 65.

del Código Civil la transacción es un contrato por el que las partes, dando, prometiendo o reteniendo, cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que habían comenzado».

Ésta parece ser la solución dada por la sentencia de 15 de julio de 1996 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Tarragona cuando señala que

«La disposición adicional quinta de la Ley 30/1981, de 7 julio, en su apartado K), establece que la solicitud de transformación del procedimiento por los trámites de la disposición adicional sexta se podrá presentar en cualquier momento del proceso, si bien no contiene previsión alguna para el caso de que dicha petición se formule en el trámite de apelación de la sentencia contenciosa, como es el caso que nos ocupa.

Sin desconocer la existencia de interpretaciones discrepantes al respecto, esta Sala entiende que, atendida la especial naturaleza de los procedimientos matrimoniales y la celeridad que, de ordinario, requiere la resolución de los intereses que en ellos se debaten, el cauce adecuado para solventar sin dilaciones innecesarias situaciones como la que nos ocupa será, una vez ratificado el Convenio por los interesados, la prosecución del recurso de apelación hasta el acto de la vista, en el cual las partes personadas podrán solicitar su aprobación por el Tribunal, que lo asumirá cuando la propuesta no sea perjudicial para uno de los cónyuges o los hijos, si los hubiere, dando así primacía al acuerdo de las partes conforme establece el art. 91 del CC (en idéntico sentido las sentencias de la Audiencia Provincial de Girona de 19 mayo de 1996 y de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Primera, de 16 de marzo de 1996).

En el supuesto enjuiciado los interesados ratificaron por separado el Convenio Regulador previamente presentado y, celebrada la vista, las representaciones de las partes solicitaron su aprobación por el Tribunal, que ha podido comprobar que las estipulaciones del mismo se ajustan a lo establecido en el artículo 90, en relación con los artículos 1255 y siguientes del Código Civil, sin que resulten perjudiciales para alguno de los cónyuges; razón por la cual procederá revocar parcialmente la sentencia apelada, en el sentido de que los efectos del divorcio quedarán sustituidos por las medidas voluntariamente pactadas por las partes en Convenio Regulador de fecha 15 de marzo de 1996, aportado al rollo; sin que proceda hacer expresa imposición de costas.»

Y quizá más expresiva, la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 19 de mayo de 1996, citada en la anterior, señala que

«Existen diversas interpretaciones respecto a la forma de proceder en esta segunda instancia cuando, existiendo la sentencia definitiva de la primera, se solicita la mutación del procedimiento contencioso por el mutuo acuerdo: desde la que entiende que, una vez presentado y ratificado el Convenio Regulador, debe dictarse sentencia sancionando dicho acuerdo sin

más, a la que entiende que debe desistirse del recurso formulado, adquiriendo firmeza la sentencia definitiva y presentando ante el Juzgado demanda consensual de modificación de medidas en los términos convenidos. (....) Al respecto entiende este Tribunal que, aun no siendo una solución ortodoxa, la que más se acerca a la normativa en vigor estriba en continuar con el trámite del recurso de apelación hasta el acto de la vista, en el cual la parte o partes apelantes pueden exponer su discrepancia respecto a la sentencia de instancia, mostrando la contraparte su conformidad o coincidencia con lo alegado, que podrá ser asumido por la sentencia de la Sala cuando la propuesta no sea perjudicial para los hijos o para uno de los cónyuges, lo que da primacía al acuerdo de las partes conforme al artículo 91 del CC.»

Ahora bien, aunque las citadas sentencias acogen una solución en la que subyace el acuerdo de los litigantes, no pueden considerarse en esencia una transacción, pues, como antes veíamos, la transacción no determina el contenido de la sentencia, sino que hace desaparecer el objeto del litigio y, por lo tanto, la sentencia, estableciendo el artículo 21 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como anteriormente se recogía, que en el caso de la transacción, el proceso termina sin sentencia, mediante auto, en el que se ratifica el acuerdo de las partes. Pero aunque procesalmente el acuerdo de los litigantes es recogido en estos casos en una forma distinta a la que prescribe la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, no deja de ser una auténtica transacción a la que se da cabida en el litigio, al amparo de la libertad de forma que permitía la anterior legislación procesal.

La transacción, como al principio de este apartado se ponía de manifiesto, puede ser una posible solución al problema que se suscita cuando en la segunda instancia los litigantes presentan la solicitud de cambio de procedimiento que regula el artículo 770.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero ello supone, repito, dejar sin respuesta la cuestión planteada acerca de la compatibilidad entre la mencionada solicitud de cambio de procedimiento y el recurso de apelación, pues efectivamente lo que en esta solución se hace es sustituir la solicitud que regula el artículo 770.5 por un acuerdo transaccional, sustituyendo al mismo tiempo la naturaleza jurídica y el tratamiento procesal de la misma, por la naturaleza y regulación procesal de la transacción, quedando el problema suscitado en este trabajo sin respuesta.

Pero es que además, en el supuesto de la transacción, podrían objetarse alguno de los inconvenientes que en el apartado anterior se analizaban acerca de la compatibilidad entre la solicitud de cambio de procedimiento y el recurso de apelación, fundamentalmente la irrecurribilidad de la resolución que de este modo se alcanzara, con lo que quedaría vacío de contenido el artículo 777.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se privaría a la solución

dada del necesario control del Ministerio Fiscal sobre los intereses de los menores, hijos del matrimonio.

Precisamente para salvar este inconveniente, y como una posición intermedia entre los que consideran que la solución al problema planteado tiene que venir dada por la vía transaccional, con admisión de todo posible matiz, y la solución que en este trabajo se propone, y que inmediatamente pasamos a analizar, entiende Montero Aroca⁹ que debe merecer distinto tratamiento el supuesto en el que la Audiencia estime que el convenio debe aprobarse por resultar beneficioso para los hijos menores, en cuyo caso deberá, sin más, proceder a su aprobación, y aquel otro en que considere que el convenio, por sus previsiones en relación a los hijos, no puede ser aprobado, en que deberá devolver las actuaciones al Juzgado de Instancia, precisamente con fundamento en la finalidad de evitar que las partes pudieran verse privadas de su derecho al recurso si la Audiencia no aprueba algún extremo relativo al recurso.

Como crítica a este planteamiento, podría decirse que en el supuesto de aprobación del convenio por la Audiencia concurren todas las causas de incompatibilidad que en el apartado anterior se analizaban, y así, por ejemplo, estaría extendiendo su competencia a la tramitación de un procedimiento para el que funcionalmente no la tiene —piénsese, por ejemplo, que en la tramitación de éste debería dar traslado al Ministerio Fiscal para que se pronuncie sobre los extremos del convenio que afecten a los hijos menores del matrimonio, si los hubiese—, estaría extendiendo su jurisdicción a cuestiones no planteadas en el recurso de apelación que determinó su competencia, e incluso podría ocurrir que en el convenio que se sometiera a su aprobación se recogieran estipulaciones no planteadas ni siquiera en la demanda inicial del procedimiento que quedaría juzgado con su sentencia; podría dictar una sentencia —la que recogiera el convenio presentado por las partes— que supusiera un empeoramiento de la posición que tenía el apelante al interponer el recurso y, en definitiva, tampoco alcanzaría la finalidad con la que se propuso esta solución, pues si la atribución a la Audiencia de competencia para la aprobación del convenio presentado se fundamentaba en la irrecurribilidad de la sentencia que pudiera dictarse, esta solución choca con la previsión contenida en el artículo 777.8 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, que legitima al Ministerio Fiscal para interponer recurso contra la misma, incluso en los supuestos en los que la resolución judicial recoja íntegramente el convenio presentado, cuando estime que la misma es perjudicial para los hijos menores del matrimonio.

⁹ MONTERO AROCA, J., y otros: *Los procesos matrimoniales (Comentarios, jurisprudencia y formularios)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 372.

Por otro lado, y continuando con la crítica a la solución apuntada, no parece muy congruente reconocer la legitimidad de la posible devolución del procedimiento al Juez de Primera Instancia que dictó la sentencia, para después sustraerle de dicha devolución determinados supuestos, ya que si se entiende que la devolución es posible dentro de nuestra ordenación procesal, no tiene ningún fundamento la resolución por parte de la Audiencia de algún supuesto en el que la devolución fuera posible.

2. Devolución de las actuaciones al Juzgado de Primera Instancia

Como ya se recogía en otro apartado de este trabajo, la demanda es el acto de impulso procesal de la parte, que inicia el proceso, incorporando al mismo una pretensión. De ello se desprende que son dos los efectos fundamentales de la misma; de un lado, promover la acción de la justicia, iniciando un proceso, y de otro, incorporar al mismo la controversia cuya solución se pide, estando dividida la doctrina en cuanto a la verdadera naturaleza o esencia de la demanda, ya que mientras para algunos, como Gómez Orbaneja, lo importante de la demanda es hacer valer la pretensión litigiosa, sin perjuicio de que de ello se derive la iniciación de un proceso, aunque no el que el litigante quiera, sino el que venga determinado por la Ley para la pretensión que se deduce, otros, como Guasp, consideran que lo esencial de la demanda es representar el acto de iniciación procesal, al que habitualmente acompaña la pretensión, aunque entiende que ello no es requisito indispensable de la misma, y así cita, a título de ejemplo, el juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en el que la demanda iniciaba el proceso pero no incorporaba pretensión, el proceso contencioso-administrativo que se inicia con un escrito que no incorpora pretensión, o el proceso penal, en el que la querella tiene sólo una función de iniciación, y la pretensión de condena se formula después, en el escrito de conclusiones.

Pero la demanda no sólo supone un acto de iniciación del proceso que incorpora al mismo una pretensión, sino que también representa un acto de impulso procesal de la parte, que en un proceso como el civil español, regido por el principio dispositivo, tiene una trascendencia enorme en orden a determinar la naturaleza y efectos de la misma, pues no en vano, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el proceso penal, regido por el principio de impulsión de oficio, en el que, iniciado un proceso, por ejemplo, por denuncia de un particular, éste se va desenvolviendo en sus sucesivos trámites independientemente de la actitud de quien inicialmente interpuso la denuncia, siempre, claro está, y como consecuencia del sistema acusatorio formal que rige este proceso, que exista una acusación pública o privada

que ejercite la acción, en el proceso civil, la inactividad de las partes aboca en la paralización del procedimiento, pues es a ellas a quienes se encomienda la labor de promover la actividad jurisdiccional en las diversas fases del proceso.

Por último, y como elemento también determinante, a los fines que aquí interesa, de la naturaleza y efectos de la demanda, es preciso recordar, como ya se apuntaba en un momento anterior de este trabajo, que la demanda delimita objetiva y subjetivamente la materia sobre la que va a versar el proceso, de tal modo que la decisión judicial que en definitiva recaiga, y que constituye el fin perseguido por las partes al promover la actividad jurisdiccional, no podrá exceder de los términos en que fue planteado el proceso, bien entendido que el objeto del mismo, aunque viene determinado *ab initio* por la demanda, puede ser complementado por el demandado al contestarla.

Como efectos fundamentales de estos elementos constitutivos de la demanda, podemos referirnos a la llamada *perpetuatio jurisdictionis*, que significa, en palabras de Cortés Domínguez¹⁰, «*que las condiciones personales, objetivas y territoriales del objeto procesal determinan la jurisdicción del órgano, inicialmente competente, hasta el momento de dictar sentencia, aun cuando en el transcurso del procedimiento aquéllas puedan cambiar*», la llamada prohibición de *mutatio libelis*, que, aun con algunas matizaciones, supone la imposibilidad de cambiar, una vez interpuesta, el contenido de la demanda, es decir, el contenido de lo que se pide y de la razón por la que se pide, y, finalmente, la llamada *litispendencia en sentido estricto*, lo que se traduce en la imposibilidad de iniciar otro procedimiento distinto entre los mismos sujetos, y que se refiera al mismo objeto, mientras esté pendiente el anterior.

La exposición de todo lo anterior en esta sede tiene su razón de ser en la necesidad de comprender adecuadamente la naturaleza y esencia de la solicitud a que se refiere el artículo 770.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la que los litigantes ponen fin al proceso de separación o divorcio iniciado, y lo reconducen al que regula el artículo 777 de la misma Ley, para aquellos supuestos en los que los cónyuges solicitan esa misma separación o divorcio, pero estando de acuerdo en todos los pormenores que hubieren de decidirse en la sentencia y, sobre todo, para poder analizar la trascendencia procesal que tiene la mencionada solicitud, y ello porque, aunque el artículo 770.5 utiliza la expresión «*las partes podrán solicitar que continúe el procedimiento por los trámites que se establecen en dicho*

¹⁰ CORTÉS DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA y MORENO CATENA: *Derecho Procesal. Proceso Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 134.

*artículo (777)», como acertadamente señala Montero Aroca*¹¹, lo que en realidad puede pedir la Ley es que se termine con el proceso y se inicie el procedimiento de mutuo acuerdo, pues no existe una verdadera «continuación» procedimental.

La solicitud en cuestión a la que me estoy refiriendo supone un acto procesal de la parte que, por ministerio de la Ley, paraliza el trámite procesal iniciado, independientemente del estado en que se encuentre el proceso, con lo que contrarresta el efecto iniciador del mismo que, según veíamos, es de esencia a la demanda, aunque en puridad el proceso continúa siendo el mismo que se inició con la presentación de aquélla; elimina la pretensión deducida a través de la demanda, suprimiendo como objeto del proceso aquella controversia, que dejará ya de tener vigencia en orden a delimitar los extremos que habrán de ser resueltos en la sentencia, condicionando su congruencia; suspenderá la eficacia del impulso procesal inicialmente existente, hasta tal punto que los sucesivos actos de impulso vendrán determinados por la normativa que regula el nuevo procedimiento, perdiendo su actualidad los que se preveían para el procedimiento inicialmente planteado; y, en definitiva, el proceso, por virtud de aquella solicitud, dejará de estar determinado subjetiva y objetivamente por los términos de la demanda inicialmente presentada.

Todo este conjunto de efectos que acompañan a la solicitud que regula el artículo 770.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil suponen una situación extraordinaria en el ámbito general de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y se producen, en gran medida, por la circunstancia de poder ser considerada aquélla una nueva demanda, pues, no en vano, acompañan a dicha solicitud todos los efectos que antes veíamos, son connaturales a la demanda. Efectivamente, la solicitud de cambio de procedimiento supone un acto procesal de la parte que da vida al proceso, o quizá, más exactamente, que da vida a un nuevo proceso, dentro del procedimiento iniciado; incorpora al mismo una pretensión distinta a la que se había suscitado en un principio a través de la demanda, revistiendo esta nueva pretensión toda la autoridad necesaria para condicionar la congruencia de la sentencia; supone un nuevo acto de impulso procesal que va a condicionar en adelante el proceso, de tal modo que éste quedará paralizado si las partes no realizan los nuevos actos de impulso que son consecuencia del cambio de procedimiento operado, como sería, por ejemplo, la ratificación de las mismas en el convenio presentado; y delimita nuevamente, y en términos distintos a los que propuso la demanda, la materia subjetiva y objetiva sobre la que va a versar el pro-

¹¹ MONTERO AROCA, J., y otros: *Los procesos matrimoniales (Comentarios, jurisprudencia y formularios)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 371.

ceso. En el mismo sentido de considerar esta solicitud una auténtica demanda, se pronuncia Pérez Martín¹² cuando señala que si bien parte de la doctrina a querido ver en la expresión «petición» utilizada en el apartado 1.º de la disposición adicional sexta de la Ley 30/1981, de 7 de julio (y hoy en toda la regulación que de este procedimiento hace el art. 777 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil), un elemento que permite incluir a este procedimiento dentro de la jurisdicción voluntaria, es lo cierto que el escrito que inicia el procedimiento de separación o divorcio de mutuo acuerdo es una auténtica demanda, y así el propio legislador lo denomina como tal en diversos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico, como, por ejemplo, el artículo 81.1 del Código Civil, «*Deberá acompañarse a la demanda la propuesta del Convenio Regulador...*», el artículo 86, último párrafo del propio Código Civil, «*... deberá necesariamente acompañarse a la demanda o al escrito inicial...*», o la disposición adicional 5.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio: «*Las demandas de separación y divorcio, salvo las previstas en la disposición adicional sexta...*».

Pero lo que en realidad supone una innovación o especialidad dentro de la regulación general de la Ley de Enjuiciamiento Civil es la relación de compatibilidad que existe entre ambas «demandas», no produciéndose los efectos propios derivados de la primitiva demanda, y que impedirían la segunda, y a los que antes me refería, como son concretamente, la *mutatio libelis* y la *litispendencia en sentido estricto*, que, con carácter general, se establecen en la Ley procesal civil para aquellos supuestos similares al que nos ocupa, en los que, presentada una demanda entre los mismos sujetos y sobre el mismo objeto que los existentes en otra demanda anteriormente presentada y admitida, se producen una serie de efectos totalmente dispares a los que aquí se dan.

Por todo lo expuesto, podemos concluir que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece un régimen y una regulación específica para la solicitud de cambio de procedimiento que regula el artículo 770.5, que la hace plenamente compatible con la demanda anteriormente presentada, produciendo el efecto de dejar, por ministerio de la Ley, sin eficacia alguna el acto inicial de impulso procesal deducido, la demanda, así como las resoluciones judiciales que en el proceso en cuestión en que se suscite se hubieren dictado (piénsese, por ejemplo, que el recurso interpuesto contra alguna resolución interlocutoria del Juez de Primera Instancia se considerará no puesto, y sin efecto la resolución dictada, desde el momento en el que las partes presentan su solicitud de continuar el procedimiento por los trámites del art. 777).

¹² PÉREZ MARTÍN: *Derecho de Familia-Divorcio y separación de mutuo acuerdo-El procedimiento de modificación de medidas*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1996, pp. 313 y 314.

Pues bien, esa misma especial relación que se da entre la demanda y la solicitud de cambio de procedimiento que regula el artículo 770.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con los extraordinarios y particulares efectos que se derivan de la misma, es perfectamente trasvasable a la hipotética relación que puede surgir entre el recurso de apelación interpuesto y la posterior solicitud de cambio de procedimiento deducida por las partes al amparo del precepto anteriormente referido.

Esto es así porque el recurso de apelación viene a ser un nuevo acto de impulso procesal, que da vida a una nueva fase del proceso e incorpora al mismo una nueva pretensión que, aunque deberá estar contenida en la primitiva petición recogida en la demanda, vuelve a delimitar objetivamente el objeto del proceso con decisiva trascendencia a los efectos de determinar la congruencia de la sentencia que recaiga en la segunda instancia.

Por todo ello, entiendo que no existe obstáculo alguno para que, presentada la solicitud de cambio de procedimiento que regula el artículo 770.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil durante la segunda instancia, se produzcan todos y dada uno de los efectos que, con carácter general, según antes veíamos, se producen cuando dicho escrito es presentado durante la primera instancia, es decir:

- Que se paralice el trámite procesal iniciado –en este caso la segunda instancia– al contrarrestar el efecto iniciador que la interposición del recurso supuso, del mismo modo que su presentación en la primera instancia supone la paralización del procedimiento, dejando sin efecto el impulso inicial de la demanda.

- Que se sustituya la pretensión inicialmente suscitada con el recurso por la nueva pretensión que incorpora el escrito solicitando la continuación del procedimiento por los trámites previstos para la separación o divorcio de mutuo acuerdo, delimitando así nuevamente el contenido objetivo del proceso, al que deberá atenderse ahora en lugar de la pretensión deducida en el recurso para determinar la congruencia de la sentencia, y ello del mismo modo que la presentación de la solicitud a la que nos referimos en primera instancia, elimina la pretensión deducida a través de la demanda, suprimiendo como objeto del proceso la controversia que ésta incorpora, que dejará ya de tener vigencia en orden a delimitar los extremos que habrían de ser resueltos en la sentencia, condicionando con ello su congruencia.

- Que se paralice el impulso procesal que representó la interposición del recurso de apelación, reconduciendo la tramitación de la nueva situación creada, a los trámites previstos en el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con remisión de las actuaciones al Juez de Primera Ins-

tancia, como así sucede cuando esta situación se produce ante el Juez de Primera Instancia, en que la demanda presentada deja de tener protagonismo en aras a la determinación del procedimiento aplicable, reconduciéndose el mismo a las normas previstas para la separación y divorcio de mutuo acuerdo.

Con este planteamiento se salvan todos y cada uno de los obstáculos que anteriormente se señalaban acerca de la compatibilidad del recurso de apelación y la solicitud de cambio de procedimiento del artículo 770.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundamentalmente como consecuencia de la solución de delimitar la competencia del Tribunal *ad quem* a la admisión del escrito deducido por las partes al amparo del artículo 770.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, solicitando el cambio de procedimiento, atribuyendo al Juez de Primera Instancia, Tribunal *a quo*, la competencia para conocer del procedimiento previsto en el artículo 777, que habrá de desarrollarse como consecuencia de la admisión del anterior escrito.

Efectivamente, conforme a la solución dada, el Tribunal *ad quem* será respetuoso con el principio *tantum devolutum quantum appellatum*, puesto que no llega a pronunciarse sobre la cuestión litigiosa planteada en el recurso y, en consecuencia, no dictará sentencia que pudiera tacharse de incongruente por traspasar los límites en los que se planteó el debate en la alzada.

No incurre tampoco la solución dada por el Tribunal en la prohibición de la *reformatio in peius*, por la misma razón que la aducida en el anterior supuesto, porque, al no pronunciarse sobre el fondo de la cuestión litigiosa suscitada en el recurso de apelación, no existe pronunciamiento que pueda ser considerado perjudicial para el apelante, en los términos a que se refiere la mencionada prohibición.

Se salva, asimismo, el problema de la competencia funcional de las Audiencias Provinciales para el conocimiento del procedimiento previsto en el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que como anteriormente se ha señalado se está proponiendo una absoluta separación de funciones entre las Audiencias y los Juzgados, correspondiendo a estos últimos el desarrollo del ulterior procedimiento de separación o divorcio consensual, y limitando exclusivamente el cometido de las Audiencias a la admisión del escrito por el que se pide el cambio de procedimiento, del mismo modo y por idéntica razón que se salva el contenido del artículo 777.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al subsistir el derecho de las partes del procedimiento consensual a la segunda instancia, por haber dictado la sentencia de instancia el Juez de la Primera.

Finalmente, y aunque no por las mismas razones de devolver el conocimiento del procedimiento consensual al Juez de Primera Instancia, también se salva otro de los inconvenientes a los que me refería, como era el de la incompatibilidad del supuesto que estamos estudiando con el principio general del derecho de *pendente apellatione nihil innovetur*, y ello porque, como antes dije, si bien es cierto que la solicitud de cambio de procedimiento que regula el artículo 770.5 supone una cierta innovación en el objeto del proceso en relación con el propuesto en la demanda, y, en consecuencia, su admisión estaría vedada en cualquier procedimiento, no ocurre lo mismo en el procedimiento de separación o divorcio que regula el artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que, por ministerio de la Ley, se admite dicha posibilidad, y por lo tanto y en consecuencia, admitida la excepción a la regla general para este procedimiento por virtud de una previsión legal específica, la excepción tiene que admitirse en cualquier estado del procedimiento, como así señala también el precepto.

Dentro de este planteamiento al que me estoy refiriendo resta únicamente por determinar la solución aplicable al problema que podría plantearse en cuanto a la forma en que el Tribunal *ad quem* debería resolver, desde un punto de vista estrictamente procesal, la situación planteada.

La solicitud de las partes para que el procedimiento continúe por los trámites previstos en el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil podrá presentarse bien ante el Juez de Primera Instancia mientras éste tenga el procedimiento en su poder, es decir, después de interpuesto el escrito de recurso y antes de que el juez haya ordenado la remisión de autos a que se refiere el artículo 463 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al Tribunal *ad quem*, o ante la propia Audiencia en cualquier momento anterior a que ésta dicte sentencia.

Recibidos los autos junto con la solicitud a que se refiere el artículo 770.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la Audiencia, o tan pronto como ésta tenga conocimiento de la presentación de dicha solicitud, si esto se hace estando ya los autos en su poder, deberá el Tribunal dictar auto por el que acuerde la terminación del procedimiento contencioso de separación o divorcio en curso, con revocación de la sentencia dictada en la instancia, y la remisión de los autos al Juez de Primera Instancia competente para que éste continúe el procedimiento por los trámites previstos en el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y ello porque, conforme a todo lo anteriormente expuesto, la solicitud del artículo 770.5 pone término al procedimiento de separación o divorcio contencioso sin necesidad de sentencia –y por lo tanto deberá acordarse en un auto– e inicia un nuevo proceso, el de separación o divorcio consensual, correspondiendo la competencia para la tramitación de éste, según la regulación general de la Ley de Enjuiciamien-

to Civil, al Juez de Primera Instancia, porque como acertadamente señala Montero Aroca ¹³ «*el procedimiento incidental deja de tramitarse cuando exista acuerdo entre los cónyuges, pues en este caso se transforma en un acto de jurisdicción voluntaria y se aplican las normas de la disposición adicional 5.ª k) de la Ley 30/1981. Formalmente implica ello que se pone fin mediante resolución judicial a un procedimiento (el contencioso), abriendo la puerta para el inicio del otro (el de mutuo acuerdo)*».

Las posibles dudas que pudieran surgir acerca de la posibilidad de que la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia pudiera ser revocada y dejada sin efecto por medio de un auto de la Audiencia quedan despejadas si aplicamos toda la literatura existente acerca de supuestos idénticos, en que una sentencia es revocada por un auto del Tribunal superior, como pudieran ser los casos de transacción judicial o los de reconciliación de los cónyuges en los procesos matrimoniales aun no terminados por sentencia firme, refiriéndose a estos últimos Montero Aroca ¹⁴ considerando a esa reconciliación como una figura semejante a una transacción extrajudicial, que permitiría, por voluntad expresa del legislador, que se ponga fin al proceso pendiente sin pronunciarse sobre la separación o divorcio que constituye el fondo del asunto.

Toda la postura argumentada que en este trabajo se comprende aparece plenamente recogida en el auto de fecha 20 de febrero de 1998, dictado por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, cuando en sus razonamientos jurídicos y parte dispositiva establece que

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero. La disposición adicional 4.ª –debe entenderse quinta– k) de la Ley 30/1981, 7 de julio, dispone que «en cualquier momento del proceso, concurriendo los requisitos señalados en la disposición adicional 6.ª, las partes podrán solicitar que continúe el procedimiento por los trámites que en la misma se establecen».

Segundo. De la literalidad de la norma citada se desprende que la continuación del procedimiento por los trámites de la disposición adicional 6.ª puede interesarse en cualquier momento de procedimiento, o lo que es igual, que puede solicitarse siempre que no haya recaído sentencia firme resolutoria del procedimiento iniciado al amparo de la disposición adicional 5.ª, por lo que la petición de la continuación del procedimiento de mutuo acuerdo fue efectuada por ambas partes litigantes en momento oportuno.

¹³ MONTERO AROCA, J., y otros: *Los procesos matrimoniales (Comentarios, jurisprudencia y formularios)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 901.

¹⁴ MONTERO AROCA, J., y otros: *Los procesos matrimoniales (Comentarios, jurisprudencia y formularios)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 256.

Tercero. No aclara la norma ya citada qué órgano judicial es competente para la continuación del procedimiento por las normas establecidas para la separación o divorcio de mutuo acuerdo cuando el procedimiento pende de la resolución de recurso de apelación y los autos ya han sido remitidos a la Audiencia. Una interpretación integradora de las normas reguladoras de los procedimientos de nulidad, separación y divorcio conducen a sostener que, en estos casos, y ante la petición formulada por ambos cónyuges de que la sustanciación del procedimiento se continúe de mutuo acuerdo, la Sala debe acordar el archivo del recurso y la remisión de los autos originales, junto con el Convenio Regulador aportado, al Juzgado de instancia al objeto de que continúe la tramitación por las normas de la disposición adicional 6.^a hasta sentencia. Entender que la competencia para la continuación del procedimiento corresponde a la Audiencia sería tanto como privar a las partes de la doble instancia y, por ende, del recurso de apelación que la citada norma les otorga en sus apartados 5 (contra el auto del juez de instancia acordando la inadmisión a trámite de la solicitud) y 7 (contra la sentencia que recaiga en su día o contra el auto ratificador del Convenio Regulador) y atribuirle competencias que corresponden claramente al Juzgado de Primera Instancia, modificando así las normas de competencia de este órgano jurisdiccional que, como es sabido, son de orden público y no pueden extenderse más que a los casos en que le venga atribuida por la Ley (art. 9.1 LOPJ).

PARTE DISPOSITIVA

Se accede a lo solicitado por ambas partes litigantes en su escrito de fecha 9 de los corrientes, en que interesan la continuación del procedimiento por las normas de la disposición adicional 6.^a de la Ley 30/1981, de 7 de julio, y, en su consecuencia, se acuerda el archivo de este recurso sin más trámites.

Notifíquese esta resolución a las partes litigantes y, una vez firme, expídase testimonio literal del mismo para su remisión, junto con los autos y el Convenio Regulador aportado por dichas partes, al Juzgado de instancia, tomando las oportunas notas en los libros registro de esta sección.

Déjese unido al rollo testimonio literal del Convenio Regulador.

Por todo lo expuesto, considero que la cuestión que se planteaba como objeto de este trabajo, la posibilidad de que las partes de un procedimiento contencioso de separación o divorcio pudieran solicitar el cambio de procedimiento a que se refiere el artículo 770.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en segunda instancia, después de dictada sentencia por el Tribunal *a quo* y estando pendiente el recurso de apelación, debe responderse en sentido afirmativo, siendo la solución más acorde con la regulación de nuestra vigente Ley de Enjuiciamiento Civil la terminación del procedimiento contencioso planteado mediante auto dictado por la Audiencia Pro-

vincial y la remisión de las actuaciones al Juez de Primera Instancia, para que, ante él, se tramite el procedimiento regulado en el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

V. BIBLIOGRAFÍA

- CORTÉS DOMÍNGUEZ y otros: *Derecho Procesal*, 6.^a ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- *Derecho Procesal. Proceso Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- MONTERO AROCA y otros: *Derecho Jurisdiccional*, 7.^a ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- *Los procesos matrimoniales (Comentarios, jurisprudencia y formularios)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- PÉREZ MARTÍN, A. J.: *Derecho de Familia-Divorcio y separación de mutuo acuerdo-El procedimiento de modificación de medidas*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1996.
- VERDUGO GARCÍA y otros: *125 preguntas y respuestas sobre la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, página Web Usus Fori.

ÚLTIMOS AVANCES Y PROPUESTAS DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL

FERNANDO IRURZUN MONTORO

Abogado del Estado. Consejero de Justicia en la Representación Permanente de España ante la Unión Europea

SUMARIO: CUÁL ES EL MÓVIL DE ESTE OBJETIVO.—EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO COMO PIEDRA ANGULAR DEL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO.—LOS INSTRUMENTOS YA ADOPTADOS FORMALMENTE O APROBADOS.—LOS INSTRUMENTOS ACTUALMENTE EN DISCUSIÓN: 1. Reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias. 2. Decomiso de bienes.—LOS PRÓXIMOS PASOS EN EL PROGRAMA DE RECONOCIMIENTO MUTUO.—CARACTERES BÁSICOS DE ESTOS INSTRUMENTOS COMO ELEMENTO DEFINIDOR DEL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO.—A MODO DE CONCLUSIÓN.

La Escuela de Verano de la Fiscalía General del Estado me da la oportunidad de compartir, con profesionales con mucha mayor experiencia en la Justicia penal, una reflexión sobre los trabajos que se desarrollan en la Unión Europea en lo que se ha venido en denominar construcción del Espacio Judicial Europeo.

Me parecía que un tributo adecuado a la confianza demostrada al invitarme me exigía un esfuerzo adicional por intentar no sólo informarles de las iniciativas legislativas en curso en el marco de la Unión Europea, sino, sobre todo, intentar transmitir alguna dosis del entusiasmo –no sé si justificado y no tiene por qué ser necesariamente compartido– con él se está afrontando, al menos desde la perspectiva española, la tarea que se desarrolla en el Consejo de la Unión Europea en aras de la creación de ese Espacio Judicial Europeo.

CUÁL ES EL MÓVIL DE ESTE OBJETIVO

Antes de adentrarme en el objeto concreto de mi ponencia, me gustaría traer al caso algunas reflexiones de principio.

¿Cuál es el móvil que guía este objetivo? Porque habrá quien legítimamente se pregunte qué tiene que decir Europa de nuestra forma de ejercer una de las más genuinas e intensas representaciones de la intervención de los Poderes públicos en la vida de los ciudadanos, cual es el ejercicio del *ius punendi* y de la jurisdicción penal.

Esta suerte de «europeización» de nuestros sistemas penales obedece, a mi juicio, en términos objetivos o de necesidad, a un problema de inadecuación de los sistemas penales nacionales a un mundo distinto. Una sociedad más relacionada entre los diferentes territorios y con unas posibilida-

des de comunicación insospechadas hace tan sólo tres décadas. Fenómeno que, si se quiere, se vive de modo más intenso en la Unión Europea en cuanto que su grado de integración regional es probablemente el mayor conocido en el mundo. Por expresarlo de modo sencillo, aunque ya suene a tópico: la delincuencia organizada circula libremente por nuestro territorio una vez eliminadas las fronteras y se demandan respuestas nuevas.

Pero si ésta es la causa objetiva o la realidad que demanda instrumentos originales, lo realmente relevante es la forma que adoptan estas respuestas:

La apuesta por una verdadera respuesta conjunta europea, por ese Espacio Judicial Europeo, una manifestación más de las realizaciones concretas sobre las que se construiría Europa según vaticinaba la Declaración de 9 de mayo de 1950¹.

A partir de este principio, se podrá cuestionar la forma y la calidad técnica de las disposiciones, el déficit democrático de las instituciones en términos de principio de legalidad y otras tantas imperfecciones de no poca importancia sobre las que se debería reflexionar. Pero lo relevante en términos políticos es ese ideal del Espacio Judicial. Sin esta premisa será posible una explicación técnica de las nuevas normas e instrumentos, pero será difícil comprender su razón última y más difícil aún será coadyuvar a su desarrollado.

Pues bien, ese Espacio se construye, a partir del Tratado de Amsterdam, básicamente sobre la base de dos elementos diferenciados: de un lado, la aproximación del derecho penal sustantivo y, de otro, la creación de unos instrumentos procesales que permitan y refuercen la cooperación judicial entre los Estados miembros.

EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO COMO PIEDRA ANGULAR DEL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

Me ceñiré, por tanto, al objeto de mi intervención centrada en los últimos trabajos en materia de cooperación judicial penal o si se quiere de la creación de esos instrumentos procesales.

Lo que significa tanto como hablar, sino exclusivamente, sí esencialmente del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea, principio que el Consejo Europeo de Tampere en octubre de 1999 acuñó como la piedra angular del Espacio Europeo de Justicia.

¹ «La paz mundial no puede ser salvaguardada sin esfuerzos creadores a la medida de los peligros que la amenazan... Europa no se hará de repente, ni en una construcción de conjunto: se hará por realizaciones concretas, creando antes una solidaridad de hecho...»

Es verdad que aún hemos asistido en el último año a alguna realización en el ámbito del auxilio o cooperación judicial internacional en su forma tradicional, es el caso del Protocolo al Convenio de 2000 de Cooperación Judicial entre los Estados Miembros de la Unión Europea, de extraordinario interés en la mejora de la cooperación respecto de los aspectos financieros de la investigación penal. Sin embargo, hay que reconocer que los inconvenientes puestos de manifiesto con la técnica de la cooperación tradicional y, desde otra perspectiva, por los instrumentos típicamente intergubernamentales, como los convenios, anuncian un abandono futuro de estas técnicas.

Decía que hablar de los últimos avances en la cooperación judicial en la Unión Europea equivalía a hablar de reconocimiento mutuo.

Aunque su consagración como principio cuasi fundacional del Espacio Judicial Europeo se realice en el Consejo Europeo de Tampere, la introducción del concepto en el ámbito judicial se retrotrae al Consejo de Cardiff, en junio de 1998, se reitera en el Plan de Acción del Consejo y de la Comisión, adoptado en Viena el 3 de diciembre de 1998, y sigue siendo alentado en presidencia alemana, sobre todo con el impulso político del Reino Unido y España².

Es éste, además —conviene subrayarlo—, un principio heredado de otros ámbitos del Derecho comunitario y, por tanto, no exento de polémica en cuanto a su significado.

Mas también es un principio con alguna resonancia entre nosotros, bien es verdad que sólo conceptual y de más amplio alcance. Estoy aludiendo a la doctrina del Tribunal Supremo sobre la validez de las pruebas practicadas por autoridad judicial extranjera profusamente recogida en la contribución de la Fiscalía General del Estado al Libro Verde sobre el Fiscal Europeo de Protección de los Intereses Financieros de la Comunidad Europea.

Permítanme que al analizar este programa comience por describir lo realizado y en realización, para posteriormente detenerme en el análisis de su contenido.

LOS INSTRUMENTOS YA ADOPTADOS FORMALMENTE O APROBADOS

El programa de medidas de reconocimiento mutuo en materia penal fue adoptado por el Consejo de Ministros de la Unión Europea a finales del año 2000 y publicado en enero de 2001. Han transcurrido ya casi dos años

² De interés especial es la carta que el Ministro británico de Asuntos de Interior, Jack Straw, dirigió a su homóloga alemana.

desde que se inició la ejecución del programa y los resultados son apreciables aunque modestos en número.

En este tiempo se ha adoptado formalmente sólo un instrumento, la Decisión marco sobre la orden europea de detención y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea, de la que tuvieron ocasión de ocuparse en la jornada de ayer y, por ello, me excuso de hacer ninguna otra mención.

Se ha alcanzado, además, un acuerdo político sobre una segunda Decisión marco, la referida a la inmovilización o embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas. Su aprobación formal queda a la espera del levantamiento de ciertas reservas parlamentarias nacionales, mientras se sigue trabajando estos meses en la confección del certificado que deberá acompañar a la resolución judicial de inmovilización, con el fin de permitir su ejecución en otro Estado miembro.

Hemos cubierto, por tanto, el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales referidas a la situación del sujeto pasivo del procedimiento penal en todas las fases del procedimiento. Esto es, la ejecución de las sentencias condenatorias, y también las que conciernen a la situación presentencial de la persona acusada de un delito cuando se pretenda ejercer la acción penal.

En segundo lugar, se ha conseguido introducir un procedimiento de ejecución en todos los Estados miembros de las decisiones judiciales previas a la sentencia o a su ejecución, que pretendan asegurar los bienes que pueden ser objeto de decomiso tras la sentencia o las pruebas necesarias para la persecución de un delito y su enjuiciamiento.

Me detendré algo más en esta segunda Decisión marco con el fin de aclarar su ámbito de aplicación, pues el título pudiera inducir a error.

La Decisión marco se limita a permitir la ejecución de la decisión judicial que tiene por finalidad «inmovilizar» el bien o el elemento de prueba, pero no cubre la segunda fase de la actividad judicial. Es decir, la que consistiría en el traslado del bien o el elemento de prueba al Estado miembro que ha emitido la petición de ejecución o, en caso de medidas destinadas a practicar posteriormente el decomiso, la fase de realización o adjudicación del bien inmovilizado.

Para esta segunda fase de la actividad judicial tendremos que seguir haciendo uso de los mecanismos tradicionales de cooperación judicial, al menos, hasta que se completen otros instrumentos del programa de medidas de reconocimiento mutuo, aunque, al menos, se ha conseguido limitar los motivos de denegación de la ejecución posterior de la comisión rogatoria para el traslado de la prueba.

Otro elemento a tener en cuenta es el referido al ámbito funcional de la medida de inmovilización. Pues, pese a que en su objetivo inicial la Deci-

sión marco parecía comprender únicamente las decisiones previas a la sentencia —así incluso lo indica el considerando segundo— un análisis más detallado de su articulado, en concreto del artículo 10, permite concluir que también es posible recurrir a este mecanismo con el fin de inmovilizar los bienes para garantizar su realización una vez dictada sentencia. En definitiva, se trataría de reconocer no sólo las medidas conservativas dictadas en fase de instrucción, sino también las dictadas eventualmente en fase de ejecución de sentencia.

LOS INSTRUMENTOS ACTUALMENTE EN DISCUSIÓN

¿En qué fase del programa de reconocimiento mutuo nos encontramos?

Actualmente, los trabajos en materia de reconocimiento mutuo están centrados en dos nuevos instrumentos jurídicos: la Decisión marco sobre reconocimiento mutuo de las sanciones de carácter pecuniario; y la Decisión marco sobre reconocimiento mutuo de órdenes de decomiso de bienes que sean producto o instrumento del delito.

1. Reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias

Por lo que se refiere a la primera de las Decisiones marco referidas, su ámbito de aplicación terminará de perfilarse probablemente en el próximo Consejo de Ministros de Justicia y Asuntos de Interior, a celebrar el 14 y 15 de octubre en Luxemburgo.

Dos han sido las cuestiones más problemáticas en relación con dicho ámbito de aplicación: de un lado, la referida a la inclusión o no de las sanciones administrativas; de otro, la posible extensión del concepto de sanción económica a las cantidades objeto de condena y cuya finalidad es, bien reparar a la víctima concreta del delito cuando ésta no puede ser parte civil en un proceso (*Compensation orders*, en la tradición anglosajona), bien nutrir fondos públicos de asistencia o reparación a las víctimas, de creciente actualidad e importación a otros ordenamientos jurídicos.

Frente a una posición defensora de la simplicidad —mantenida entre otros Estados por España— en aras a facilitar en un primer estadio la mejor aplicación del instrumento, consistente en restringir el ámbito de aplicación a las multas estrictamente penales, lo cierto es que muy probablemente nos encontremos con un ámbito de aplicación amplio. Puede que por esta vía las sanciones administrativas queden incluidas, con la exigencia añadida, eso sí, de que su revisión judicial esté residenciada ante un tribu-

nal con competencias, en particular, en materia penal. No oculto las dificultades interpretativas y aplicativas de este inciso —que tiene sus antecedentes en el Acuerdo de Aplicación del Convenio de Schengen y en el Convenio de Cooperación Judicial Penal del año 2000.

2. Decomiso de bienes

En segundo lugar aludí al decomiso o confiscación. La Presidencia danesa en ejercicio nos ha brindado una extraordinaria oportunidad —que no sé si seremos capaces de aprovechar— en relación con la regulación en ámbito de la Unión Europea del decomiso. Porque en este momento se está trabajando simultáneamente sobre dos Decisiones marco que versan sobre el decomiso pero desde perspectivas complementarias: la armonización o aproximación de la legislación penal sustantiva y desde el prisma del reconocimiento mutuo.

Por la primera, se trataría de determinar en qué casos, con qué extensión, los Estados miembros deben prever en su legislación como consecuencia accesoria de la condena penal el decomiso de bienes.

En virtud de la segunda, se trataría de establecer un procedimiento judicial, basado en el reconocimiento mutuo, que permita la ejecución en todos los Estados miembros de las decisiones de decomiso dictadas por cualquier autoridad judicial de la Unión Europea.

Como se podrá imaginar los problemas no son de menor importancia, porque partimos de tradiciones y sistemas jurídicos diversos, con arraigados principios dispares y porque también son diversas las ambiciones o la forma de afrontar la lucha contra la delincuencia. Alguno de estos problemas son de todas formas también viejos conocidos nuestros.

Citaré algunos ejemplos: incautación del producto del delito, de sus transformaciones, pero ¿también del valor equivalente cuando el bien no es posible ya incautarlo o, incluso, de la suma en que directamente se transforma por el juez sentenciador el enriquecimiento derivado del delito cometido?; incautación del producto del delito, de los instrumentos del delito, pero ¿y también de otros bienes del patrimonio del delincuente aunque no sean directo producto del delito objeto de la condena?; ¿extensión también del objeto de la incautación, mediante presunciones legales, respecto del patrimonio del delincuente o sus familiares?

Me temo que todas estas cuestiones sobrepasan nuestra disponibilidad de hoy así que las dejo aquí apuntadas a sabiendas que estarán sobre la mesa en los próximos meses.

La segunda de las iniciativas, la que tiene por finalidad el reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales de decomiso, que vendría a completar, respecto del producto o los instrumentos del delito, la segunda fase de la actividad judicial a la que antes me refería al aludir a la Decisión marco sobre inmovilización de bienes y aseguramiento de pruebas.

Aún reconociendo su menor envergadura jurídica y de política criminal también aquí se avecinan algunas complicaciones pues, aunque la iniciativa en discusión no lo prevea todavía o en otros casos opte por soluciones informales, me temo que será inevitable afrontar la cuestión de la preferencia entre las órdenes de decomiso o el destino y posible reparto de los bienes.

Un último comentario al hilo de estas dos iniciativas normativas, aunque extrapolable a otros instrumentos. Convendría detenerse un instante en la paradoja que se puede producir, si no se está ya produciendo, cuando se apuesta por mantener un seguimiento lineal de cada una de nuestras tradiciones, con el fin de no otorgar poderes nuevos a nuestros tribunales respecto de nuestros ciudadanos –léase en materia de decomiso del valor equivalente u otros poderes aún más amplios de confiscación–. Mientras que, en vía de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales de otros Estados miembros de distinta tradición, nuestros ciudadanos se verán sometidos a esos poderes «extraños» de los que sí gozan otros Tribunales.

LOS PRÓXIMOS PASOS EN EL PROGRAMA DE RECONOCIMIENTO MUTUO

Antes de pasar a un análisis conceptual de lo que estos instrumentos han aportado o aportarán en términos de reconocimiento mutuo, una breve referencia al porvenir inmediato.

El Programa de medidas preveía un conjunto de ámbitos en los que debería centrarse la actividad de la Unión Europea en el futuro más próximo, aunque me temo que no todos van a ser abordados en plazo.

Lo más probable es que antes de final de año se presente una iniciativa para lograr el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales sobre diligencias de prueba, que sería la llamada a completar la segunda fase antes aludida. La ambición de esta disposición sería establecer un sistema completo de «circulación» de los medios de prueba entre los Estados miembros, que asegure su validez en todos los tribunales del Espacio Judicial Europeo.

Teniendo en cuenta los trabajos previos llevados a cabo por la Comisión, en cuestión también de breve plazo se analizará la cuestión de la

armonización de las «garantías procedimentales básicas del proceso penal». Proyecto que ha sido lanzado mediante un cuestionario y un estudio de la Comisión.

Sin menospreciar la importancia de otras medidas incluidas en el Programa de reconocimiento mutuo, hay dos elementos del mismo sobre los que merece la pena llamar la atención, no por lo que se ha hecho, sino precisamente por lo que no acaba de desarrollarse.

Uno es el intercambio de antecedentes penales de las personas objeto de enjuiciamiento, como medida para una mejor aplicación de la reincidencia y de lucha contra la delincuencia organizada y transfronteriza.

En este punto, una primera y tímida iniciativa danesa consistente en la mera creación de puntos de contacto que faciliten la obtención de información sobre condenas de inhabilitación profesional está teniendo serias dificultades de aceptación por los Estados miembros.

Otro asunto en espera es la delimitación rigurosa de criterios de competencia jurisdiccional que evite, tanto la huida del delincuente hacía territorios exentos de jurisdicción –si es que tal práctica es real–, como el concurso o lucha entre los tribunales para la persecución de un delito.

Ha de reconocerse que este último es un objetivo ambicioso, de enorme dificultad técnica y gran trascendencia política. De modo que se sigue apostando por las soluciones informales (contacto entre autoridades que ya están conociendo de una investigación penal, recurso a Eurojust que puede sugerir a un Estado miembro que se aparte del caso...). Pero éstas son un mero espejismo –sobre todo, mientras convivan sistemas de persecución penal basados en el principio de legalidad con otros en los que el principio de oportunidad juega un papel no residual– y, mientras esto ocurre, son cada vez más las normas jurídicas que incluyen reglas de jurisdicción extra-territorial no debidamente coordinadas. Recordaré para cerrar esta llamada de atención que éste es además un objetivo ya contenido en el Tratado de la Unión Europea, cuando el artículo 31.d) se refiere a la «prevención de conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros», dentro de la acción común sobre cooperación judicial en materia penal.

CARACTERES BÁSICOS DE ESTOS INSTRUMENTOS COMO ELEMENTO DEFINIDOR DEL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO

Después de esta descripción, parece oportuna una evaluación, aunque sea somera, de estos instrumentos jurídicos desde la perspectiva del reconocimiento mutuo.

La difícil delimitación del concepto de reconocimiento mutuo

Cuando uno se interroga por el concepto de reconocimiento mutuo, al instante se ofrecen algunas pistas que comienzan a convertirse en lugares comunes: «la libre circulación de resoluciones judiciales de los Estados miembros por la Unión Europea», «la ejecución basada en la confianza mutua», «la posibilidad de que el juez de Burdeos trate la resolución del juez de A Coruña como si hubiera sido dictada por un juez de Nantes», «el reconocimiento y ejecución casi automático de la resolución judicial».

Pero todos estos elementos, sin duda dotados de un alto contenido político y que son útiles para hacer llegar al ciudadano una clara idea de lo que sus representantes están intentando crear, no son suficientes cuando trasladamos la reflexión a la perspectiva estrictamente jurídica.

Aquí la cosa se complica ciertamente porque lo definitorio son otros elementos: quién reconoce y ejecuta, qué trámite previo a la ejecución puede realizar la autoridad del Estado de ejecución, qué límites se imponen al reconocimiento y ejecución, qué motivos de denegación sigue conservando el Estado de ejecución.

De la forma en que se respondan a estos factores dependerá nuestro concepto. De su contenido dependerá que nos hallemos más próximos a una simplificación de los tradicionales procedimientos de cooperación judicial internacional o que verdaderamente configuremos el territorio de la Unión Europea como un Espacio Europeo de Justicia, aun cuando sea plural y con ciertas diversidades.

Los textos jurídicos iniciales no nos ayudarán mucho. Así el Programa de medidas de reconocimiento mutuo señala en su preámbulo que la «aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal supone una confianza recíproca de los Estados miembros en sus respectivos sistemas de justicia penal. Dicha confianza se basa, en particular, en el fundamento común que constituye su adhesión a los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho».

Con cierta dosis de temeridad cabría ensayar una definición del principio: las resoluciones dictadas por la autoridad judicial de un Estado miembro serán válidas conforme a lo previsto en su legislación nacional y serán eficaces y ejecutables en todos los Estados miembros sin control o con un control restringido de las autoridades judiciales del Estado en que se ejecutan.

Más fácil resulta una aproximación de carácter descriptivo. Al repasar, con motivo de la preparación de mi exposición, los documentos que se encuentran en la génesis de este proceso se observa que aparecen siempre

una serie de elementos que se reputan esenciales del principio de reconocimiento mutuo:

- La eliminación de la intervención de las autoridades gubernativas en el proceso de reconocimiento y ejecución, más allá de tareas administrativas auxiliares. El contacto directo entre autoridades se configura así no como un fin en sí mismo, sino como principio básico del funcionamiento del Espacio Judicial Europeo.

- Reducción al máximo de los trámites intermedios de reconocimiento y ejecución, con ejecución inmediata de las resoluciones. Con reserva al juez que dicta la resolución del poder de decisión sobre el «fondo» del asunto.

- Limitación de los motivos de oposición y singularmente de la excepción de orden público.

- Aunque vinculado con el anterior, pero con sustantividad propia, la supresión del requisito de la doble incriminación.

Las soluciones que se han dado a cada uno de estos elementos en las normas adoptadas o en discusión

1. EL CONTACTO DIRECTO ENTRE AUTORIDADES JUDICIALES

La Decisión marco sobre embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas dispone en su artículo 4 que «las resoluciones judiciales serán transmitidas por la autoridad judicial que las haya dictado directamente a la autoridad judicial competente para su ejecución». Así pues, contacto directo entre las autoridades judiciales competentes³.

El anterior principio, heredado de los últimos instrumentos de cooperación judicial clásica (Convenio de Aplicación de Schengen y Convenio de Cooperación Judicial del año 2000), no aparece con la misma claridad en las Decisiones marco sobre sanciones pecuniarias y sobre órdenes de decomiso, donde se alude tan sólo a las autoridades competentes, que deberán ser designadas por los Estados miembros, pero sin precisar su naturaleza. Es verdad que la existencia de referencias específicas al carácter excepcional de la designación de Autoridades centrales por el Reino Unido e Irlanda podrían facilitar una interpretación restrictiva de la facultad de designación de los demás Estados, pero queda ya abierto un espacio a la interpretación y la duda.

³ Principio que también consagra la Decisión marco sobre la orden europea de detención y entrega que, en términos generales, reserva a las Autoridades centrales, de existencia facultativa, el papel de auxiliar a las autoridades competentes y ser correo administrativo de documentos.

2. ELIMINACIÓN DE LOS TRÁMITES DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN INMEDIATA

En este apartado el objetivo evidente era eliminar radicalmente, o de forma paulatina, una suerte de trámite de validación de la resolución judicial y hacer posible su ejecución directa por las autoridades competentes, de modo análogo a cómo éstas lo harían con una resolución judicial similar dictada en el Estado de ejecución.

Aquí se ha conseguido acuñar una fórmula según la cual «las autoridades competentes del Estado de ejecución reconocerán sin más trámite la resolución judicial y adoptarán de inmediato todas las medidas necesarias para su ejecución», aunque se añade «salvo que se decida observar alguno de los motivos de no reconocimiento o no ejecución previstos en la propia Decisión marco» (art. 3 de la Decisión marco sobre embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas).

Por lo que respecta a las cuestiones de procedimiento, es relevante la fórmula utilizada para disponer que la autoridad judicial del Estado de emisión «despache» la ejecución en el otro Estado. Conviven aquí dos sistemas: uno, el seguido en la orden europea de detención y entrega, más avanzado; dos, el sistema de remitir la sentencia acompañada de un certificado que es el título que sirve para dotarla de poder ejecutivo en el otro Estado.

Con la orden europea de detención se ha pretendido crear un verdadero título judicial ejecutivo, homologado en todo el Espacio Judicial Europeo, y que será el que directamente deban emitir los jueces europeos –por cierto en la lengua del Estado de ejecución– cuando pretendan la detención y entrega de una persona que se halla fuera del territorio nacional del juez que dicta la orden.

La segunda fórmula es ya intangible en el caso de la Decisión marco de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas y en las sanciones pecuniarias, pero sería bueno que se siguiera explorando la fórmula de las «órdenes europeas», y una buena oportunidad sería la creación de la orden europea de decomiso.

Un último aspecto a destacar en este punto es la aplicación de la ley del lugar de ejecución, respecto al modo en que ésta se lleva a cabo. Aunque pudiera parecer un paso atrás en relación con el Convenio de Cooperación Judicial del año 2000, no debe olvidarse que el principio de confianza mutua, en que se funda el reconocimiento mutuo, ha de tener proyección tanto en la dirección del juez de emisión como en la del juez de ejecución. Sólo cuando resulta justificado –ha sido el caso de la forma en que se aprehenden las pruebas en la Decisión marco sobre embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas– se ha llamado a la aplicación de los requisitos formales exigidos por la ley del Estado de emisión.

El círculo se cierra con un principio de no discriminación, o trato equivalente al que se da a las resoluciones judiciales nacionales, respecto de las dictadas por otros Estados miembros.

3. MOTIVOS DE OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN

Siendo importantes los elementos anteriores, quizás la vara de medir la intensidad del reconocimiento mutuo haya que situarla en la limitación de los motivos de denegación del reconocimiento o la ejecución. Como se hará mención específica al problema de la doble incriminación veamos ahora las demás causas de oposición.

Aquí el objetivo es reducir su número, en particular eliminar aquellos motivos basados en la desconfianza política o jurídica respecto del Estado emisor de la resolución judicial.

Un buen ejemplo es la Decisión marco de embargo de bienes y aseguramiento de pruebas que se limita a incluir el principio «*nen bis in idem*» y las inmunidades y privilegios que hagan el bien no susceptible de ejecución.

Su número es mayor, lógicamente, cuando se analiza la Decisión marco sobre sanciones pecuniarias, porque nos hallamos ante una verdadera ejecución definitiva de la sentencia. Lo que ha dado lugar a que a las anteriores causas se añada la minoría de edad penal, el que la sentencia se haya dictado en rebeldía, un umbral mínimo de cuantía, la amnistía e indulto, la prescripción y la doble incriminación, pero éstas dos últimas sólo cuando la infracción no fue cometida en el territorio del Estado de emisión⁴.

En materia de órdenes de decomiso, el texto aún no ha sido objeto de análisis en profundidad, si bien la propuesta danesa va, quizás demasiado lejos, pues añade a las recién referidas el sobreseimiento, una aplicación más amplia de la prescripción y la existencia de un tercero con derechos sobre los bienes. Propuesta ciertamente criticable cuando el mandato del Programa de medidas de reconocimiento mutuo en este caso era, precisamente, reducir las causas de denegación de la ejecución contenidas en el Convenio.

No obstante, hay que señalar que los textos aprobados permiten la doble velocidad de la cooperación, por cuanto que algunas de estas causas son de aplicación optativa por los Estados que pueden decidir no incluirlas en sus normas de transposición de las Decisiones marco.

⁴ De modo análogo en la orden europea de detención y entrega, véanse artículos 3 y 4 de la Decisión marco.

4. EL PROBLEMA DE LA DOBLE INCRIMINACIÓN

Por su propia esencia, la doble incriminación constituye uno de los escollos principales al reconocimiento mutuo, en la medida en que entraña, no tanto desconfianza, como una reserva nacional del poder de definición de las conductas por las que merecen ser sancionados los propios nacionales.

La orden europea de detención y entrega ha constituido ciertamente un hito, en el que aunque no se haya alcanzado una abolición del principio, sí se ha alcanzado una importante superación del mismo, por vía pragmática. De una parte, se ha establecido una lista amplia de categorías delictuales para las que no cabe aplicar la exigencia de doble tipicidad. De otro lado, pero lo más relevante, es el juez de emisión quien procede a la calificación y encuadramiento de la conducta delictiva en alguna de esas categorías. Finalmente, incluso allí donde persiste su exigencia prevalece la calificación material de los hechos sobre la meramente formal⁵.

Partiendo de este importante logro, se ha seguido la misma pauta en materia de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas. Está por ver aún qué fórmula se alcanza en las dos Decisiones en discusión (sanciones pecuniarias y decomiso).

A MODO DE CONCLUSIÓN

Es pronto para hacer un balance definitivo de los logros alcanzados en los instrumentos negociados respecto de cada uno de los parámetros referidos pero, como avance de esa evaluación futura, cabría apuntar:

- Que en cuanto al contacto directo entre autoridades judiciales, después de un prometedor inicio, asoman dudas y obstáculos.
- Podemos sentirnos razonablemente satisfechos en cuanto a los aspectos procedimentales, aunque sería bueno seguir y profundizar la vía de la «orden» frente a la del «certificado».
- En cuanto a otros motivos de oposición al reconocimiento o la ejecución quizá se hayan defraudado algunas expectativas.
- La superación de la doble incriminación es un objetivo en el que se ha dado un paso transcendental, sobre todo si se considera como tal, es decir, como un primer estadio.

⁵ Ha de interpretarse el último inciso del artículo 2.4 sobre el modo de aplicación de la doble tipicidad: «con independencia de los elementos constitutivos o la calificación del mismo».

Definitivamente todo depende de cuales fueran las ambiciones iniciales de cada uno. Para los más ambiciosos se habrá dado recorrido un camino muy corto, pero habrá que recordarles que hemos heredado del acervo comunitario no sólo el concepto de reconocimiento mutuo, sino también la técnica de los pequeños pasos.

Para quienes ven en todo este proceso una imperdonable cesión o restricción de nuestra soberanía nacional, convendrá reconocerles que, en efecto, la soberanía nacional resulta afectada. Pero –apropiándome de una expresión que no me pertenece– habría que recordarles que lo que nuestra soberanía se ha puesto en común con la de los demás Estados miembros, que participan de la nuestra tanto como nosotros de la suya. No de otro modo puede entenderse que las sentencias de nuestros jueces se hagan efectivas en Inglaterra o Alemania, que amplían de este modo el campo de acción de su jurisdicción.

Así pues –a salvo el juicio de los matemáticos al que me someto– el resultado, aún no siéndolo, está más cerca de la suma que de la resta.

**REVISTA
DEL
MINISTERIO FISCAL
II. NOTAS Y COMENTARIOS**

EL ARTÍCULO 578 DEL CÓDIGO PENAL Y SU RELACIÓN CON LA LEY 9/1983

PALOMA ABAD ARROYO

Fiscal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

La Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre («BOE» núm. 307, del 23), otorgó una nueva redacción al artículo 578 del Código Penal: «el enaltecimiento o justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 del Código Penal, o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigarán con la pena de prisión de uno o dos años».

En la Exposición de Motivos de la Ley se puede leer, en su apartado III, «la introducción de un nuevo tipo penal de exaltación del terrorismo en el nuevo artículo 578 se dirige a sancionar a quienes enaltecen o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o difusión los delitos de terrorismo o a quienes participen en su ejecución... Las acciones que aquí se penalizan, con independencia de lo dispuesto en el artículo 18 del propio Código, constituyen no sólo un refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas, sino también otra manifestación muy notoria de cómo por vías diversas generar el terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas. No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejan o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad. Por el contrario, se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional o de los autores de estos delitos...».

Tal precepto penal ha dado lugar a cuatro sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco al colisionar con

el derecho reconocido por el artículo 21 CE y con la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio de 1983, reguladora del derecho de Reunión (sentencias de 21 de febrero de 2001; dos sentencias de fecha 30 de marzo de 2001 y otra de 20 de abril de 2001).

Varias han sido las cuestiones que, en relación a este tema, se le han planteado a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco.

Por una parte, manifestaciones que se venían celebrando desde muchos años antes, en recuerdo de diversas personas relacionadas con el grupo terrorista ETA (conforme se deducía de los distintos procedimientos penales seguidos ante la Audiencia Nacional), al entrar en vigor la precitada modificación del artículo 578, el día 24 de diciembre de 2000 (al día siguiente de su publicación en el «BOE»), a partir de tal fecha, comenzaron a ser prohibidas por la Consejería de Interior del Gobierno Vasco al entender ésta que las mismas podrían ser constitutivas de un delito previsto y penado en el artículo 578 del Código Penal.

Tales resoluciones han sido objeto del respectivo recurso contencioso-administrativo.

Varias han sido las cuestiones que se han planteado en dichos recursos y, por otra parte, importantes matizaciones se han ido efectuando por la Sala en la resolución de los mismos:

La primera sentencia que viene a resolver sobre esta materia es la sentencia número 210/01, de 21 de febrero de 2001 (recurso núm. 386/01), contra Resolución del Director de Seguridad Ciudadana del Gobierno Vasco por la que se prohíbe la manifestación convocada por el recurrente «en atención al texto de las pancartas, lemas y eslóganes anunciados, constituyendo un acto de enaltecimiento de una persona que ha participado en la comisión de actos terroristas, y constituye una conducta prevista y penada en el artículo 578 del Código Penal».

Ante la falta de jurisprudencia sobre esta concreta materia, tanto en su vertiente penal, en relación con el artículo 578 del Código Penal, como en lo referente a la coexistencia del mencionado tipo penal con el derecho fundamental de reunión y manifestación, el planteamiento inicial fue, atendida la redacción del artículo 578 del Código Penal, acudir al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, donde encontramos que «enaltecer» es sinónimo de «ensalzar», vocablo, éste, que significa «engrandecer, exaltar, alabar, elogiar». Por otra parte, y según el mismo Diccionario, «homenaje» significa «sumisión, veneración, respeto hacia una persona. Acto en honor de una persona».

En cuanto a la consideración del ejercicio del Derecho de Manifestación como posible medio de expresión pública o difusión, el TC en senten-

cias, entre otras, 66/95, en su FJ 3.º, ha entendido que el derecho de reunión, cuando se ejercita en lugares de tránsito público, es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria de personas que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, de la defensa de intereses o de la publicidad de problemas o reivindicaciones constituyendo, por tanto, un cauce relevante del principio democrático participativo, cuyos elementos configuradores son el subjetivo (agrupación de personas), el temporal (duración transitoria), el finalista (licitud de la finalidad) y el real u objetivo (lugar de celebración).

Por otra parte, procedía analizar el «historial» de la persona a la cual se pretendía homenajear y que, en los distintos supuestos, aparecía condenada por delitos de los comprendidos en los artículos 571 a 577 del Código Penal o, en algunos casos, relacionada con tales procedimientos aunque no hubiera sido condenada por diversos motivos, como, por ejemplo, fallecer durante la operación policial que determinó la detención de personas que, posteriormente, sí fueron condenadas como autores de tales delitos (supuesto, este último, que se daba en el caso concreto analizado por la sentencia de 21 de febrero de 2001).

En atención a tales consideraciones, las mismas, se entendió, sí servirían de base razonable a la resolución administrativa que impedía el ejercicio del derecho de manifestación tal y como se pretendía por los convocantes de las mismas.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco, en la primera de sus sentencias, la número 210/01, de 21 de febrero de 2001, en su FJ 4.º, entendió que, aun hallándose acreditado en autos (a la vista de la convocatoria y de los elementos probatorios incorporados a las actuaciones: testimonios de sentencias y atestados policiales aportados por la Fiscalía) que la convocatoria podía incidir en el delito de exaltación del terrorismo, estableció que habrá de partirse de la necesaria incoación de actuaciones penales por tales hechos (arts. 262 y 271 L.E.Crim.), en el seno de las cuales se podrán adoptar por el orden jurisdiccional penal las medidas cautelares, o a prevención, necesarias, pero, aun cuando no se hubiera incoado todavía, ello no autoriza un conocimiento prejudicial del supuesto hecho delictivo por esta Sala, toda vez que la prejudicialidad penal se halla expresamente prohibida por el artículo 4.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de igual forma que la Ley 9/1983 no prevé en su artículo 10 la prohibición basada en una apreciación de la autoridad gubernativa de que se esté ante el anuncio y/o la comisión de un ilícito penal. Por ello, concluye, la resolución es disconforme a derecho en la medida en que carece de habilitación legal en el artículo 10 de la Ley 9/1983... sin perjuicio de

que la autoridad gubernativa deberá proceder conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983. En consecuencia, el Fallo de la referida sentencia declara disconforme a Derecho el acto recurrido, por lo que lo anula, revocando la prohibición de la manifestación en los términos que se deducen de su FJ 4.º

Tal decisión motivó que, notificada la referida sentencia, por la Policía Autónoma Vasca se instruyera el correspondiente atestado como consecuencia de la comunicación de celebración de la mentada manifestación, dándose traslado, de todo ello, al Juzgado Central de Guardia de la Audiencia Nacional, procediéndose, posteriormente a la suspensión de la misma, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5.a) de la Ley Orgánica 9/1983 por considerarse ilícita en relación con el artículo 578 del Código Penal, actuación administrativa, ésta, que no fue objeto de recurso alguno.

Contra la anterior sentencia, por la Fiscalía se interpuso recurso de casación en interés de Ley al entender que la misma estimó el recurso, básicamente, no porque la autoridad gubernativa no hubiera explicitado razonadamente que del carácter delictivo de la manifestación era de derivarse alteración del orden público, a lo que poco o nada habría que objetar, sino en que, aceptada la posibilidad delictiva, la autoridad ha de abstenerse de cualquier actuación. Entiende la Fiscalía en su recurso que, ante tal criterio, ha de recordarse que la autoridad gubernativa, ante quien se presenta la comunicación de la celebración de la reunión en lugar público, está facultada por ley para su prohibición si considera que existen razones fundadas para temer alteraciones de orden público con peligro para personas o bienes (art. 10)... Nada impide pues que se sitúen en la existencia posible de un delito, que supone por definición la ruptura del orden social, del *minimun* ético que es necesario imponer para una convivencia ordenada, esto es, en orden... La autoridad gubernativa es llamada en primer término por la ley para valorar las posibles derivaciones que afectan al orden público de una manifestación pública y para obrar en consecuencia. La autoridad judicial revisa o controla la resolución que se dicte, pero no contempla que actúe de primer intento. Y tampoco el juez penal puede intervenir preventivamente ante la eventualidad de un ilícito penal... la autoridad puede prohibir no por ser un hecho delictivo sin más, sino por las consecuencias normalmente previsibles de alteración del orden público de una manifestación que homenaja a quien, según general aceptación, ha cometido hechos terroristas, justo la figura delictiva del artículo 578. Lo que se pretende con dicho recurso es rechazar una doctrina legal establecida con carácter general, cual es la declarada imposibilidad legal de prohibir una manifestación pública por parte de la autoridad gubernativa si estimase que la misma

puede ser constitutiva de un ilícito penal, al que se anude una creíble alteración del orden público. La revisión en sede contencioso-administrativo de tal resolución gubernativa tampoco supondrá adentrarse en territorio jurisdiccional penal. El juez administrativo tiene que valorar la razonabilidad de la causa de prohibición expuesta por la autoridad, no pronunciándose sobre la existencia o no de un delito. Finalmente, el mencionado recurso propone como doctrina legal la siguiente: que en aplicación del artículo 10 de la Ley Orgánica 9/1983, reguladora del derecho de reunión, la autoridad gubernativa está habilitada para la prohibición de una manifestación si estima razonadamente que puede ser constitutiva de delito y, como tal, potencialmente generadora de alteración del orden público con peligro para las personas y cosas. Se considera que la tesis que se combate conduciría a las fuerzas de orden público a vigilar la manifestación y, en su momento, llegado el caso, acordar su suspensión o disolución (art. 5 de la Ley Orgánica 9/1983), con el incremento de la conflictividad social que de ordinario, si no en todos casos, acompaña a actuaciones de esta suerte. Justo lo que la Ley Orgánica de 1983 trata de evitar otorgando a la autoridad administrativa una potestad de prohibición que en todo momento debe razonar. El mencionado recurso en interés de Ley se encuentra pendiente de resolución.

Pero la Sala tiene ocasión de volver sobre la misma cuestión en sendas sentencias de 30 de marzo de 2001 (recursos núms. 708/01 y 712/01), si bien, en estas ocasiones se introduce una cuestión nueva por parte de la Administración recurrida como consecuencia de plantear la representación del Gobierno Vasco, al pie de la doctrina sentada por la Sala en su sentencia de 21 de febrero de 2001: que, pese a que la Resolución recurrida (en esos supuestos concretos) apoya la prohibición en el artículo 10 de la Ley 9/1983, en realidad debe tenerse por efectuada con referencia al artículo 5 del mismo texto legal y, además, en atención a ello, se alega la inadecuación de procedimiento ya que el procedimiento especialísimo del artículo 122 está pensado para los supuestos de aplicación del artículo 10, artículo que no prevé, entre las causas de prohibición, la posible ilicitud de la manifestación comunicada.

Como puede apreciarse, el criterio mantenido por la Administración recurrida, difiere del mantenido por la Fiscalía en su recurso, que propugna la posibilidad de prohibir tales manifestaciones con apoyo en el artículo 10 de la Ley Orgánica 9/1983; la Administración, con apoyo en el artículo 5, pasa a «suspender» la manifestación de forma anticipada (no creemos que cupiese una «disolución» anticipada) y, en consecuencia, plantea a la Sala una cuestión nueva: el recurso debe tramitarse conforme a lo dispuesto en los artículos 114 y siguientes LJCA.

La Sala, en las sentencias referenciadas, comienza por señalar que los supuestos previstos en el artículo 5 son distintos de los contemplados en el artículo 10 y que en ambos preceptos se identifican potestades diferentes, lo que se explica porque el elemento de la licitud de la reunión funciona como condición legitimadora del ejercicio del derecho, procediendo a señalar, expresamente, que el artículo 10 no prevé la prohibición basada en una apreciación de la autoridad gubernativa de que se está ante el anuncio de y/o la comisión de un ilícito penal, en cuyo caso deberá proceder conforme al artículo 5. Manteniendo que a la Sala le está vedado el examen prejudicial penal, pasa a precisar que no toda resolución prohibiendo una manifestación por considerarla ilícito penal está exenta de control por el orden contencioso, pero el ámbito de cognición de esta jurisdicción deberá ceñirse, sustancialmente, a los aspectos de la actuación sujetos al Derecho Administrativo. En consecuencia, la impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso habría de seguir los cauces del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, pero no el especialísimo del artículo 122, acogiendo, por tanto, la opinión, en cuanto a normas de procedimiento, expresada por la Administración. No obstante ello, la Sala entiende que la inadecuación del procedimiento ha de ser objeto de aplicación reducida, a fin de hacerla coincidir con los principios de justicia material y de tutela judicial efectiva, ciñéndose su apreciación a los supuestos en que pueda producirse una eventual lesión al derecho a la tutela judicial efectiva o bien porque se afecte a la competencia objetiva o funcional del órgano judicial. En supuestos como el presente, entiende la Sala, no se advierte que se hayan mermado las garantías respecto del procedimiento que debió seguirse, y mucho menos que se haya producido indefensión, sino más bien al contrario. Por otra parte, la adopción de la decisión más correcta técnicamente, dilataría el pronunciamiento, originando, en la práctica, la pérdida del interés litigioso. En atención a todo ello se procedió a conocer sobre la cuestión de fondo.

No obstante el criterio, mayoritario en la Sala, sobre tal cuestión, en la sentencia relativa al recurso número 708/01, se formuló un «Voto Particular» entendiendo que la impugnación jurisdiccional en estos casos ha de seguir el cauce del artículo 122 de la Ley 29/1998 por los siguientes motivos:

- Porque el artículo 122 alude a los supuestos de prohibición o propuestas de modificación sin limitarlos a los supuestos del artículo 10 de la Ley Orgánica 9/1983.

- Porque al reconocer a la Autoridad gubernativa la posibilidad de hacer uso de las facultades del artículo 5 de forma anticipada, la suspen-

sión que puede adoptarse equivale a una prohibición pues implica la imposibilidad de celebración con carácter previo a su desarrollo, con lo que en realidad estamos ante un supuesto de prohibición en los términos de los apartados 1 y 3 del artículo 122.

– Porque de acudir al procedimiento del artículo 114 y siguientes, nos veríamos en la necesidad de abrir un incidente de medidas cautelares urgentes que abocaría en la rápida celebración de una vista tras la que aquellas se decidirían y, posteriormente, habría de proseguirse todo el procedimiento carente de objeto material.

Habida cuenta de que el artículo 122 hace que, tras una vista urgente en la que se respetan los principios de contradicción y prueba, se decide de forma definitiva y a través de sentencia el conflicto planteado, resulta ser el trámite procesal más adecuado para dilucidar estas cuestiones. El criterio contenido en este Voto Particular no se recoge en la otra de las sentencias de 30 de marzo de 2001, recurso número 712/01.

Entrando ya, por tanto, en el fondo de la cuestión planteada, la parte recurrente alegó la incompetencia de la autoridad gubernativa para prohibir la manifestación, puesto que dicha competencia correspondería a la jurisdicción penal.

En estas sentencias, la Sala no reproduce, textualmente, los argumentos expuestos en el FJ 4.º de su sentencia de 21 de febrero de 2001, a los que ya he hecho referencia. No obstante recogerse en el FJ 5.º de la sentencia de 30 de marzo de 2001 (recurso núm. 708/01), el mencionado FJ 4.º viene a matizarlo en el sentido de que, tal regla general de exclusividad jurisdiccional para la afectación de derechos, en el caso del derecho de manifestación que interinamente pudiera ser constitutiva de delito, se ve matizada cuando existe urgencia en actuar, por ello, el artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983 faculta a la Administración para la suspensión, y en su caso a su disolución, entre otros supuestos, cuando se consideren ilícitas de conformidad con las leyes penales. Considera la Sala que no resulta difícil reconocer en el artículo 5 la existencia de la potestad, si se quiere implícita, que soportaría la decisión adoptada en la resolución impugnada, anticipándose temporalmente al momento de la celebración del acto anunciado. Otra cosa es que con esta resolución a prevención, que constituye una excepción al principio de exclusividad jurisdiccional, se cierre definitivamente la cuestión, y mucho menos que quede sustraída del control jurisdiccional; habrá que convenir que el titular de la competencia jurisdiccional podrá revisar, tanto de oficio, como a instancia de parte, los actos realizados a prevención para reconocerles eficacia jurídica o para denegársela. Concluye «no se incurre aquí en vulneración alguna del principio de

prejudicialidad penal ni por la Administración ni por esta Sala al decidir del recurso contencioso-administrativo, ya que lo que se valora, no es la comisión de un delito, sino la existencia de indicios de ello y si éstos son racionales, pues el objeto de la convocatoria puede tener encaje en el ámbito del artículo 578 del Código Penal, indiciariamente y sin perjuicio de lo que pueda decidirse por la jurisdicción penal».

Estos mismos criterios se exponen en la sentencia de 30 de marzo de 2001 (recurso núm. 712/01).

Como consecuencia de todo ello, en ambos casos el Fallo vino a desestimar el respectivo recurso al apreciarse el ejercicio por la Administración demandada de potestades contenidas en el artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983, llegándose, en consecuencia, a una conclusión que manteniendo los criterios expuestos en la sentencia de 21 de febrero de 2001 y, en concreto, la no aplicación del artículo 10 de la Ley Orgánica 9/1983, es contraria a la allí obtenida en cuanto que en estas sentencias se desestiman los respectivos recursos y, en definitiva, propician la imposibilidad de celebración de la manifestación o, como ya he señalado anteriormente, su «suspensión» anticipada.

Finalmente, la sentencia número 492/01, de 20 de abril de 2001 (recurso núm. 862/01) es, hasta el momento, la última que ha tenido ocasión de adentrarse en esta materia. Siguiéndose el recurso por los trámites del artículo 122 LJCA, el recurrente alegaba que se había producido una modificación del lema de la convocatoria prohibida y que, en consecuencia, los presupuestos de la resolución para dar apoyo a la denegación (suspensión) habían sido desmantelados por la nueva convocatoria y por la desconvocatoria de la anterior.

La Sala, tras recoger, resumidamente, la doctrina sentada en sus tres sentencias anteriores, fundamentalmente las recogidas en las dos de 30 de marzo de 2001, señala que sólo un supuesto error manifiesto de la Administración al ejercer la potestad permitiría enmarcar este asunto en el ámbito del conocimiento de este orden jurisdiccional contencioso-administrativo, porque con ello se incidiría en la medida de la capacidad del órgano habilitado para ejercer las potestades en los supuestos contemplados por el ordenamiento jurídico y, esa cuestión, relativa a la existencia de la competencia, podría residenciarse en el valladar del orden contencioso-administrativo. La Sala no comparte que la Administración haya actuado por error, dicho en términos de razonabilidad. Como la Administración ha actuado una potestad ex artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983 por considerar que el objeto de la convocatoria la constituía el enaltecimiento de personas que han participado en actuaciones terroristas, cuya conducta se encuentra tipificada en el Código Penal, el recurso no puede prosperar por lo que el Fallo

viene a desestimarlo al apreciarse el ejercicio por la Administración de potestades contenidas en el artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983.

El recurso en interés de Ley (núm. 2079/2001) a que he hecho ya mención, ha sido resuelto por sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, de fecha 4 de marzo de 2002 (Ponente: Excmo. Sr D. Manuel Goded Miranda), cuyo Fallo declara «haber lugar al recurso de casación en interés de Ley interpuesto por el Ministerio Fiscal contra sentencia dictada el 21 de febrero de 2001 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso número 386/01 y, respetando la situación jurídica particular derivada de la referida sentencia, debemos fijar como doctrina legal la siguiente: En aplicación conjunta de los artículos 5.a) y 10 de la Ley Orgánica 9/1983, reguladora del derecho de reunión, la autoridad gubernativa tiene la facultad de prohibir una manifestación si estima razonadamente que concurren indicios de que pueda ser constitutiva de delito y, como tal, potencialmente generadora de alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes».

Entiende el Tribunal Supremo (FD 4.º) que «el artículo 5.a) de la Ley Orgánica 9/1983 permite a la autoridad gubernativa suspender o disolver las manifestaciones que se consideren ilícitas de conformidad con las Leyes penales, no siendo lógico que se atribuya a la autoridad una facultad de suspensión, que ha de ser previa, pues, según establece el último párrafo del citado artículo 5, ha de comunicarse “previamente” a los concurrentes, y no se le conceda potestad para prohibir la manifestación con el mismo carácter previo, por aplicación del artículo 10 de la Ley Orgánica 9/1983, si es razonablemente previsible que al celebrarse la manifestación pueda tener lugar una alteración del orden público. Debe destacarse que la prohibición no produce efectos esencialmente distintos que la suspensión previa, efectos que consisten en que la manifestación no pueda celebrarse legalmente». Como termina por señalar la citada Sentencia «No olvidemos que la doctrina legal que se solicita no consiste en declarar que la autoridad gubernativa puede prohibir, sin más, en virtud del artículo 10 de la Ley Orgánica 9/1983, una manifestación que se considere ilícita de conformidad con las Leyes penales, sino que a esta consideración ha de unirse la de que, potencialmente, esto es, con posibilidad razonable, la manifestación, por las circunstancias concurrentes, es susceptible de generar alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes.

COMENTARIO A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE ENERO DE 2001 Y DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO DE 16 DE ENERO DE 2001: EL USO DEL UNIFORME EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

LUIS LAFONT NICUESA

Abogado-Fiscal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA SENTENCIA DE LA SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE ENERO DE 2001: EL CASO AVE: 1. *Antecedentes y pretensión.* 2. *Sobre la lesión de los derechos a la intimidad, propia imagen y al honor del artículo 18 CE.* 3. *Sobre la vulneración del derecho a la igualdad y a un trato no discriminatorio del artículo 14 CE.*—III. LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO DE 16 DE ENERO DE 2001: 1. *Antecedentes y consideraciones generales.* 2. *El concepto de uniforme.* 3. *Sobre la existencia de un trato discriminatorio: justificación y proporcionalidad.*

I. INTRODUCCIÓN

La proyección en la esfera de la relación laboral de la exigencia de un uniforme obligatorio ha entrado en colisión, de un lado, con una práctica social que flexibiliza el uso de las prendas de vestir e iguala, salvo excepciones puntuales, al hombre y a la mujer en las concretas ropas a usar, y de otro, en un marco estrictamente jurídico, ha generado un conflicto entre el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo del artículo 14 de la Constitución Española (CE) y diversos intereses empresariales dignos de protección, como la imagen y la identificación del personal perteneciente a la empresa.

En el ámbito específico del Derecho laboral, al no existir un tratamiento normativo que regule de forma completa el contenido y las peculiaridades de los derechos fundamentales, la jurisprudencia y las resoluciones de los jueces y tribunales en general, tienen un protagonismo esencial a la hora de perfilar las exigencias y facultades de estos derechos tal y como resultan tras su colisión con el interés empresarial. Desde esta perspectiva el objeto de este trabajo es examinar dos resoluciones judiciales que resumen los distintos problemas que la exigencia de un uniforme obligatorio dentro de la empresa puede producir desde la perspectiva de la adecuación al principio de igualdad. De un lado, la Sentencia de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2001 analiza el posible carácter discriminatorio de la imposición del uso de falda a las trabajadoras del AVE, de otro, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 16 de enero de 2001 examina el supuesto de la uniformidad obli-

gatoria del personal femenino y masculino de unos grandes almacenes de Bilbao.

II. LA SENTENCIA DE LA SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE ENERO DE 2001. EL CASO AVE

1. Antecedentes y pretensión

El procedimiento se inicia cuando el Sindicato Federal Ferroviario de la Confederación General del Trabajo (SFF-CGT) plantea, ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (AN), demanda de conflicto colectivo interesando que se declaren nulas las órdenes de la empresa Renfe por las que obliga a las trabajadoras adscritas a la unidad de negocio de AVE a utilizar como prenda de uniforme la falda, declarándose el derecho que asiste a dichas trabajadoras de optar entre la falda o el pantalón.

El 30 de septiembre de 1999 la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional desestima la demanda interpuesta, que es recurrida en casación.

El recurso se caracteriza por la falta de argumentación, limitándose a enunciar una serie de preceptos constitucionales y de legalidad ordinaria que se entienden vulnerados sin fundar suficientemente las concretas razones por las que considera que esos preceptos se han infringido. Esta circunstancia que debiera determinar por sí sola, como señala el Ministerio Fiscal, la inadmisión del recurso, ya que no corresponde al Tribunal la construcción «ex officio» del recurso, dificulta la labor del Tribunal a la hora de valorar las concretas infracciones denunciadas por el recurrente, debiendo desestimarse alguna de las reclamaciones por la sola evidencia de los hechos, debiendo interpretarse ante el déficit de motivación como la conducta imputada a la empresa ha podido vulnerar los preceptos señalados en el recurso.

Así, el recurrente interpreta que se han vulnerado dos preceptos constitucionales; el artículo 14 de la CE, que establece el derecho de igualdad y la proscripción de la discriminación, y el artículo 18 de la CE, que reconoce el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, construyendo básicamente su argumentación sobre una actitud de la empresa contraria al uso social, consistente en el uso de la falda por la mujer, que presuntamente vulneraría los artículos 1.3 y 3.1 del Código Civil.

No se realiza por el recurrente una conexión expresa entre dicha actitud de la empresa contraria a las reglas sociales y los derechos fundamentales que se consideran lesionados, no apreciándose ninguna relación entre la

conducta empresarial y una posible vulneración del artículo 18 de la CE, salvo en la referencia que la Ley Orgánica 17/1982, de 5 de mayo, de protección de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, efectúa a la delimitación de estos derechos por las leyes y usos sociales, pareciendo algo más clara la relación con el artículo 14 de la CE sobre la base de que la infracción en que incurriría la omisión deliberada del uso social sería o una discriminación por razón del sexo o una discriminación por razón de una circunstancia social consistente en el rechazo de la regla social que admite tanto el uso de la falda o el pantalón por el sexo femenino.

Analizaremos las infracciones constitucionales señaladas.

2. Sobre la lesión de los derechos a la intimidad, propia imagen y al honor del artículo 18 de la CE

Al hilo de lo señalado, el Tribunal desestima la pretensión de la actora «Ni el recurrente concreta, ni la Sala colige, en qué forma y manera la normativa laboral de Renfe sobre la uniformidad del AVE ha podido violar el artículo 18.1 de la CE, que tutela como derechos fundamentales “el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen”; derechos que según la Ley Orgánica 17/1982, de 5 de mayo, de su protección “queda delimitada por las leyes y usos sociales”. No se puede afirmar, en el contexto y circunstancias laborales en que ha sido tomada la medida empresarial, que el uso de una falda de medida dos centímetros por encima de la rótula, exigida a las empleadas de Renfe, que no alcanza a su vida privada, al limitarse la imposición al ámbito exclusivo de su actividad laboral de trato con la clientela, viole los derechos citados» (FJ 4.º).

En el ámbito de la relación laboral la figura del uniforme implica que el derecho a la propia imagen que incluye el sentimiento individual de cada trabajador sobre la propia estética y la facultad de usar los signos distintivos que estime pertinentes y que en el ámbito de la cuestión suscitada incluiría el derecho de las trabajadoras a utilizar la ropa que desee, sería desplazado temporalmente durante el tiempo efectivo de la jornada laboral por el derecho a la imagen de la empresa y el interés legítimo de ésta a proyectar dicha imagen sobre sus trabajadores a través del uniforme, proyección que se integra en la facultad legal de dirección atribuida al empresario en el artículo 20 del ET.

No obstante estimamos que en sentido estricto más que ante una colisión de derechos sustancialmente distintos que se resuelve en la primacía de la imagen de la empresa sobre la individual del trabajador, nos encontramos ante el ejercicio de derechos básicamente iguales aunque con titulares

distintos que se ejercen en esferas distintas extendiéndose cada uno al ámbito que le es propia: la imagen personal al marco de la vida privada y la imagen de la empresa al seno de la relación de trabajo.

En este contexto resulta claro que el uniforme que no se impone por la empresa en la vida privada no plantea ninguna colisión o sospecha de estar lesionando el derecho a la propia imagen.

La misma restricción del uso del uniforme a la actividad laboral relacionada con el trato al público supone la exclusión de una posible vulneración del derecho a la intimidad ya que la utilización del uniforme no supone ninguna intromisión directa o indirecta en la vida privada de las trabajadoras.

Con respecto a una posible lesión del derecho a la dignidad o al honor de la persona cabe afirmar que sólo una vestimenta grotesca, extravagante o atentatoria a la moral de la trabajadora lesionaría estos derechos, circunstancias que no concurren de forma evidente en la decisión empresarial cuestionada. Así, el uniforme de las trabajadoras del AVE ni por la clase de prenda utilizada –la falda– su forma, extensión –dos centímetros por encima de la rotula– o cualquier otra circunstancia supone una forma de vejación moral lesiva del artículo 18 de la CE.

La opción por la empresa de una prenda adecuada más clásica o menos cómoda que otras también correctas no revisten la entidad suficiente para entender vulnerado el derecho fundamental como al honor.

3. Sobre la vulneración del derecho a la igualdad y a un trato no discriminatorio del artículo 14 de la CE

En primer lugar debe señalarse que toda posible lesión del derecho de igualdad debe partir de una identidad de situaciones sobre las que verificar la existencia de un posible trato desigual discriminatorio. En este sentido, en la especificidad del ámbito laboral, el marco para comprobar dicha igualdad vendrá normalmente determinado por la existencia de una relación laboral o semejante entre los sujetos objeto del trato desigual y, con frecuencia, por el concreto contenido de cada puesto de trabajo dentro de la empresa, existiendo claras dificultades a la hora de proyectar una identidad de situaciones entre ámbito de la relación laboral y el de la vida social ordinaria sustraída a la esfera rectora y de dirección del empresario.

No obstante la amplitud de la que debe partirse en la apreciación de la homogeneidad de situaciones sobre las que fundar un posible trato desigual, el primer problema al que debe enfrentarse el recurrente es la inidoneidad de las situaciones comparadas, al deducirse de la motivación

principal del recurso una comparación tácita entre situaciones radicalmente distintas: el uso social de la vida cotidiana, con el que debe regir dentro de la empresa. En este caso, el termino natural de comparación sería entre aquellos trabajadores que dentro de la empresa desempeñan labores de atención al público, de forma que si unos trabajadores pueden elegir la ropa que integra su uniforme y otros no, existiría un trato desigual que en caso de no estar justificado determinaría una lesión del artículo 14 de la CE. Tal trato desigual no se produce de forma evidente. De un lado no existe desigualdad con los trabajadores masculinos que atienden al público, ya que a éstos también se les impone el uso de uniforme, careciendo éstos de cualquier capacidad de opción sobre las precisas prendas que deben formar dicho uniforme. De otro lado, entre las trabajadoras femeninas no existe ninguna excepción con relación al uniforme, no teniendo ninguna de ellas la posibilidad de elegir el uso del pantalón en lugar de la falda.

En consecuencia el recurso, al fundar la discriminación en una voluntad empresarial contraria al uso social que faculta en la mujer el uso indistinto del pantalón o de la falda, proyecta a nuestro juicio la identidad de situaciones sobre términos heterogéneos. De un lado, el ámbito de la relación laboral en que los derechos fundamentales encuentran unos límites específicos en el interés empresarial y el poder de dirección del empresario, y de otro, la esfera social en que dichos límites empresariales a las facultades de ejercicio de los derechos fundamentales no existen, por lo que el contenido del derecho a la igualdad varía su contenido en una esfera y en otra, y ambas situaciones no resultan comparables para examinar un trato discriminatorio.

El Ministerio Fiscal incide en la diversidad de situaciones al señalar «no se rompe el principio constitucional de igualdad por cuanto se regula de manera distinta situaciones diferentes. Que el uso social haya admitido en la actualidad la utilización indistinta por parte de la mujer de la falda o del pantalón, no supone que en atención de un servicio laboral de naturaleza determinada, no puede imponerse un determinado uniforme o unas normas mínimas de vestuario que impongan una determinada igualdad en cuanto al mismo. Máxime cuando tales exigencias, como la presente, responden a trabajo de un determinado nivel en la empresa, que han de efectuarse cara al público».

Aun cuando bajo un criterio muy amplio se estimara que las situaciones comparadas son homogéneas, debe señalarse que la conducta empresarial denunciada no es discriminatoria por injustificada o desproporcionada.

Con carácter previo debe valorarse en este caso que la empresa demandada ha suscrito diversos convenios a favor de la igualdad de oportunidades entre el hombre y la mujer en el ámbito laboral. Tal circunstancia care-

cería de importancia si tuviera un mero valor formal, pero es relevante como indicio de la voluntad empresarial cuando se confiere al convenio un carácter vinculante para la empresa y se adoptan las medidas necesarias para garantizar la efectividad y el cumplimiento de su contenido, denunciando las posibles infracciones del mismo que se produzcan dentro de la empresa. Este es el caso. Como la Sentencia señala, «La práctica empresarial debatida de exigencia de falda en los uniformes de cierto personal del AVE se produce en el seno de una empresa pública que se ha distinguido por la suscripción de Convenios y Protocolos relativos a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y por la creación de organismos internos —como fue la Comisión Mixta instaurada en el año 1996— para la plena integración de la mujer» (FJ 4.º).

De esta afirmación del Tribunal no cabe establecer una presunción de no discriminación de cualquier conducta de Renfe ni exime el valorar cada concreta conducta en que Renfe pueda haber lesionado el derecho a la igualdad pero sí cabe deducir:

a) Como indicio positivo, la existencia de un compromiso efectivo y no meramente formal de la empresa en pro de la igualdad entre los sexos, ya que a la suscripción de los Convenios se une la creación de un órgano específico integrados por representantes de los empresarios y los trabajadores encargado de velar por la aplicación de dichos Protocolos y la no vulneración de la igualdad en las decisiones adoptadas por la empresa.

b) Como indicio negativo debe valorarse la actitud omisiva del sindicato recurrente, que no agotó los mecanismos internos previstos en la empresa para fiscalizar el cumplimiento en su seno de las exigencias del derecho a la igualdad de oportunidades, ya que el sindicato, no obstante imputar tácitamente a la empresa la vulneración en este caso de dichos Protocolos, no formuló ante la Comisión Mixta de la empresa denuncia alguna con relación al uniforme de las trabajadoras del AVE.

Sobre la base de estos indicios, el Tribunal descende a un examen individualizado de la conducta empresarial, concluyendo, como hemos señalado, que no existe una discriminación por razón del sexo.

El conflicto constitucional que subyace en este caso deriva de una colisión entre un interés empresarial, articulado a través de la facultad de dirección del empresario, y el derecho a la libertad de opción y a la no discriminación de las trabajadoras a las que se les ha impuesto el uso de la falda. En un sentido estricto no puede hablarse de una primacía de la facultad empresarial sobre la igualdad o viceversa, ni exigirse un vencedor absoluto siendo preciso armonizar los intereses legítimos en colisión, mediante cesiones recíprocas que en el caso de los derechos fundamentales a la igualdad y a

la libertad de opción determinan su limitación, previo cumplimiento de dos requisitos:

- a) *Existencia de una causa vinculada a otro derecho constitucional o interés público relevante de entidad bastante para limitar el derecho fundamental, que excluya cualquier sospecha de un propósito específico de lesionar el derecho fundamental limitado, en este caso la imagen*

El interés empresarial vinculado a la organización, a la imagen y/o a cualquier otro factor que contribuya a la consecución de los fines de la empresa debe estimarse como un interés de entidad suficiente para limitar el derecho fundamental a la igualdad en el marco específico de la relación laboral.

Sobre este interés el Tribunal señala: «b) Se desprende de los autos que el uso de la repetida vestimenta obedece no a un problema sexista o de aprovechamiento singular del sexo en beneficio de la empresa y detrimento de la mujer, sino a consideraciones organizativas empresariales, ajenas a aquellos motivos, adoptados también, como ocurre en otros sectores laborales, con la finalidad de dar a la clientela una buena imagen de la empresa a través de una adecuada uniformidad en el vestir» (FJ 4.º).

Así la Sentencia estima la existencia de un interés legítimo apto para limitar el derecho fundamental de igualdad como es la consideración organizativa empresarial consistente en dar una buena imagen mediante la uniformidad en el vestir.

En este supuesto concurre de forma reforzada la razón empresarial de la imagen atendido el ámbito específico en que las trabajadoras desempeñan sus funciones. El tren de alta velocidad AVE, erigido en buque insignia de la modernidad y ejemplo del progreso del sistema español de transporte de personas por ferrocarril.

Así, señala la Sentencia «la obligación de uniformidad parece razonable en una empresa pública, que, con la instauración de un novedoso y moderno medio de comunicación como es el AVE, trata de “uniformar” a quien de manera constante y habitual proyectan sobre los clientes la imagen de la compañía en condiciones de igualdad con otras empresas dedicadas a idéntica o semejante actividad, por lo que existe una justificación objetiva y razonable que priva a la “uniformidad” de la empleada de carácter discriminatorio» (FJ 1.º).

Desde esta perspectiva cabe afirmar que el fin de la empresa demandada no sólo es la obtención de un lucro económico, sino también y de forma principal proyectar una imagen positiva de la empresa sobre los pasajeros

que utilizan el tren. La imagen se convierte así en un interés esencial de la actividad empresarial de la demandada apto para limitar derechos fundamentales de los trabajadores con las debidas garantías de proporcionalidad.

En este contexto el uniforme forma parte de dicha imagen, ya que la uniformidad a las trabajadoras que están en contacto con los viajeros refleja en los mismos, valores como la armonía, elegancia o el orden que se integran, entre otros aspectos, dentro de la imagen que la empresa pretende transmitir.

La satisfacción del interés empresarial es compatible tanto con el uso exclusivo de la falda como con el del pantalón, pero no con la facultad individual de cada trabajadora de elegir entre una u otra prenda.

La parte recurrente señala que estando socialmente aceptado en España que la mujer vista indistintamente con falda o pantalón, la decisión de la empresa no puede ser contraria a la costumbre social, vinculando así la imposibilidad de elegir entre una prenda u otra a un ánimo empresarial hostil a este uso social. Por el contrario entendemos que la imposibilidad de elegir es una consecuencia lógica de las características particulares y la intensidad con la que el interés empresarial concurre en este caso. La falta de elección de una prenda u otra se adecua de forma más fiel al interés empresarial.

Así, la identidad en las prendas no es un elemento esencial pero sí normal de un uniforme, con lo que cabe estimar que en un ámbito empresarial caracterizado por una específica rigidez en la creación de una imagen, esta ausencia de flexibilidad se proyecte también en la ausencia de la posibilidad de elegir entre una prenda u otra.

Desde esta perspectiva resulta desproporcionado atribuir la elección de la falda a un ánimo deliberado de la empresa de discriminar a sus trabajadoras por razón de sexo, siendo más verosímil imputar la ausencia de la posibilidad de elegir impuesta a la trabajadora a la rigidez del propio interés empresarial que legitima la actuación, ya que satisface de forma más plena la exigencia de uniforme porque asegura la identidad en las concretas prendas, el imponer una ropa determinada antes que dejar elegir a cada trabajadora entre una prenda y otra.

En consecuencia resulta indiferente que la empresa opte por imponer la falda o el pantalón, lo relevante es que impuesta una prenda u otra, ésta deba utilizarse obligatoriamente por las trabajadoras no pudiendo optar por una o por otra y que la falta de elección es adecuada a la satisfacción del concreto interés empresarial que legitima la limitación del derecho a la igualdad y a la libertad de opción, no existiendo indicios para sospechar de la existencia de un propósito específico de lesionar un derecho fundamental.

Del dato de que la empresa se haya inclinado por la utilización de la falda por sus trabajadoras en lugar del pantalón, tampoco cabe deducir como tal una voluntad de la empresa contraria al uso social de la utilización por la mujer del pantalón. Es indudable que en esta decisión subyace una convicción tácita empresarial sobre una mayor elegancia de la falda sobre el pantalón, pero de ello no cabe deducir una voluntad contraria a la costumbre social de la utilización del pantalón por la mujer, ya que la decisión de Renfe basada en un criterio de una mayor elegancia es compatible con la consideración de ambas prendas como correctas y con la ausencia de animadversión hacia la prenda no escogida, el pantalón, para uniformar a sus trabajadoras.

Asimismo, la supuesta voluntad empresarial contraria al uso del pantalón en la mujer no resulta acreditada por algún indicio derivado de una voluntad hostil de la empresa a la utilización del pantalón por sus trabajadoras, como pudiera ser la omisión o incumplimiento de la obligación de entablar un proceso de negociación entre la empresa y los representantes de los trabajadores sobre el uniforme a imponer, o la percepción por cualquier forma de una voluntad empresarial contraria a la utilización de una determinada prenda en la empresa, como pudiera ser no atender la reivindicación mayoritaria de las trabajadoras en la empresa o la contravención de la reglamentación o los Acuerdos o Protocolos suscritos sobre uniformidad vigentes en la empresa.

Sobre la ausencia de estos indicios debe señalarse que no existía una obligación empresarial impuesta por Convenio Colectivo de desplegar un proceso negociador, ya que como señala la Sentencia analizada: «es de señalar, que el citado artículo 287 (*sic*) del X Convenio Colectivo de Renfe, en lo relativo a la formación de un Reglamento de Uniformidad, participando en dicha adecuación la representación del Personal, se suscribió en junio de 1993, es decir, con posterioridad a la implantación del uniforme del AVE por la dirección de la empresa». Tampoco, al margen de la inexistencia de la obligación formal empresarial de negociar, las trabajadoras afectadas por la medida empresarial pusieron en conocimiento de la empresa su oposición o voluntad contraria a la exclusión del pantalón en el uniforme, ya que, como hemos señalado, ninguna denuncia fue formulada ante la Comisión Mixta de la empresa con relación a cualquier medida adoptada por la empresa respecto al uniforme de las trabajadoras. Por otro, ningún Acuerdo o Protocolo suscrito por Renfe¹ incluye específicamente

¹ En particular, el «Acuerdo de Participación», firmado en febrero de 1996, así como el Protocolo de Colaboración, firmado en junio de 1998, en el marco de la iniciativa comunitaria NOW sobre acciones positivas para la igualdad de oportunidades de las mujeres en el empleo.

como deber vinculado a la tutela de la igualdad, bien la proscripción de uso del uniforme, en general, bien el garantizar un derecho de opción de las trabajadoras sobre las concretas prendas a utilizar en el uniforme.

b) *Exigencia de proporcionalidad y adecuación de la medida restrictiva del derecho fundamental a la satisfacción de interés que origina dicha limitación*

Como referentes de proporcionalidad que garantizan la correcta armonización de los derechos limitados y la salvaguarda de su contenido esencial cabe señalar:

b.1) El uniforme sólo es exigible a aquellas trabajadoras que entren en contacto con el público.

Así, la imagen que configura el interés empresarial tiene un destinatario específico constituido por los pasajeros del tren, de ahí que queden excluidos de dicha obligación aquellos trabajadoras que, no obstante estar adscritas al servicio y funcionamiento del tren, por razón de su oficio no desempeñen labores de atención o trato con el público, ya que en la actividad de estos trabajadores priman otros valores ajenos a la imagen de la empresa, que se traducen o bien en la no exigencia de uniforme o bien en la concesión de una facultad de opción. Así, se señala en la Sentencia: «en otros múltiples servicios de Renfe... no existe ningún otro tipo de obstáculos para la utilización de falda o pantalón como prenda de uniformidad por el personal femenino. (Así, ocurre respecto al personal femenino de circulación, a las que se señala la falda-pantalón como prenda de uniformidad; asignación que, sin duda, guarda relación con la primacía de la seguridad sobre la imagen de la empresa.)» (FJ 4.º2).

b.2) El uniforme no puede lesionar la dignidad o el honor de las trabajadoras.

Esta circunstancia se erige simultáneamente en el contenido del derecho autónomo al honor del artículo 18 de la CE y en un requisito de proporcionalidad exigido al trato desigual para estimarse no discriminatorio.

A este respecto, como hemos señalado, la concreta vestimenta no debe herir la sensibilidad moral o ética de la trabajadora con formas manifiestamente grotescas o ridículas que revelen un odio específico o un ánimo de manipulación sexual de la imagen femenina u otro tipo de utilización ilegítima de la imagen del concreto colectivo al que se le impone la medida del uniforme, lo que, de forma evidente, no concurre en este supuesto.

III. LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO DE 16 DE ENERO DE 2001

1. Antecedentes y consideraciones generales

En unos grandes almacenes de la ciudad de Bilbao, PCV prestaba sus servicios en la actividad de venta al público.

La empresa exigía a los trabajadores una especial buena presencia en la actividad que realizaran de contacto con el público. Sobre esta base la empresa proporcionaba al personal femenino diversas prendas al año (dos blusas, un jersey y dos faldas). Los empleados masculinos no recibían directamente la ropa de la empresa, debiendo adquirirla por su cuenta, percibiendo unas ayudas económicas de la empresa consistente en el pago de 36.500 pesetas al año o en un descuento del 35 por 100 del precio de compra. El actor, integrado dentro del personal masculino de la empresa, interpretó que ello le obligaba a realizar unos importantes desembolsos económicos al año, por lo que entendía vulnerado el derecho a la igualdad del artículo 14 de la CE considerando ser víctima de una clara discriminación sin justificación objetiva o razonable alguna.

El Juzgado de lo Social número 2 de Bilbao, en Sentencia de 5 de mayo de 2000, desestimó la demanda interpuesta al estimar que existía una desigualdad ante situaciones desiguales justificada por ciertas ventajas pero no ante una discriminación ya que el actor «perteneciendo al colectivo de empleados que prestan servicios mercantiles en contacto con el público, los empleados masculinos no tiene obligación de uniforme, pero si un correcto estilo de vestir que la Dirección de la empresa concreta en corbata, chaqueta, pantalón, camisa y zapatos, percibiendo una indemnización para su adquisición que no alcanza la totalidad de su coste; mientras que las mujeres, que si tienen obligación de llevar uniforme, les es proporcionado gratuitamente sin tener que hacer desembolso económico» (FJ 3.º).

Ello implica para la Sentencia que siendo más económico y cómodo que la empresa suministre la ropa de trabajo, se elimina la capacidad de opción de determinar su indumentaria concreta.

Interpuesto recurso de suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, en su Sentencia de 16 de enero de 2001, confirma el criterio del Juzgado de lo Social. Para la Sala «No puede dudarse que la situación de los empleados de unos grandes almacenes en el supuesto debatido, a los que no se exige el uso de uniforme, pero sí el vestir con cierto estilo, además de comportarles un determinado plus de gastos goza tam-

bién de determinadas características que pudieran resultar ventajosas con respecto a la situación del personal femenino, obligado este último a uniformarse. En concreto, cabe aludir a la facultad de elección del propio vestuario —colores, comodidad de formas, adaptación a las propias conveniencias físicas o estéticas— a la apariencia ante el público y a la posibilidad de utilizar dichas prendas fuera del ámbito laboral... De todas esas facultades o ventajas carece evidentemente el personal que es obligado a vestirse con el mismo traje entregado por la empresa y sobre el que no tiene posibilidad alguna de elegir».

Sin perjuicio de reconocer el valor jurídico de los argumentos empleados por la Sala, expondremos aquellos aspectos de la misma con los que discrepamos.

La igualdad de situaciones planteada es clara al desempeñar los trabajadores afectados por el trato desigual las mismas funciones de trato al público en el seno de la empresa, procediendo en consecuencia determinar si el trato desigual producido tiene una justificación bastante para no ser discriminatorio.

2. El concepto de uniforme

A nuestro juicio en la decisión judicial se parte de una definición tácita de uniforme que incide en un aspecto no esencial de su concepto, ya que la característica principal del mismo no es la precisa identidad de las prendas.

Así, el concepto de uniforme se estructura en los siguientes elementos:

a) El uso obligatorio de unas determinadas prendas de ropa, lo que se traduce en la imposibilidad del trabajador de elegir la ropa que estime conveniente, la que impone la concreta restricción que se impone al derecho a la igualdad del actor.

b) La igualdad en las prendas principales entre los trabajadores del mismo sexo siempre que sean adecuadas.

Desde esta perspectiva no se integran en el concepto de uniforme:

a) *Las concretas prendas que deba llevar cada trabajador siempre que coincidan básicamente con las de los trabajadores de su sexo*

Así, el que las mujeres en contacto con el público vistieran falda y blusa y los hombres corbata y chaqueta no introduce un elemento diferenciador sustancial desde la perspectiva del uniforme, ya que no afecta al aspecto esencial que reside en el uso obligatorio de la ropa, siendo, como se ha señalado, el origen imperativo y la privación de la facultad de que el traba-

jador elija otra ropa, la que informa el concepto de uniforme en el seno de la relación de trabajo con independencia de las precisas prendas que la empresa imponga a los trabajadores de cada sexo, siempre que las mismas sean adecuadas y se exijan por razones interpretativas de la empresa sobre el criterio empresarial de la correcta imagen de la empresa que ésta quiere proyectar, siempre que se mueva en un margen razonable que respete plenamente la dignidad y el honor del trabajador.

La facultad de elección del color del traje por parte del personal masculino no excluye el que deban llevar la ropa de forma obligatoria.

b) *El origen de las prendas*

Es asimismo indiferente para caracterizar el uniforme, el que las mujeres reciban directamente de la empresa las prendas, mientras que los hombres deban adquirir la ropa por su cuenta, bien en la empresa o fuera de la misma, ya que también la ropa no suministrada por la empresa es impuesta obligatoriamente por ésta en sus aspectos esenciales.

c) *El destino del uniforme y su posible utilización fuera del trabajo*

Ello puede representar una compensación adicional, pero no aporta nada al concepto de uniforme.

Por tanto, discrepamos de la convicción asentada en la resolución judicial analizada al estimar que sólo a las mujeres se les ha impuesto el uso del uniforme y que en cambio a los hombres se les exige vestir adecuadamente, pero no un uniforme. Cabe señalar que existe una obligación universal para todo el colectivo de trabajadores que dependen de la empresa y realizan una actividad determinada, de llevar uniforme al imponer la empresa el uso obligatorio de una ropa a los trabajadores de ambos sexos que desarrollan su actividad en contacto con el público, estableciendo una identidad sustancial entre las prendas a utilizar, que sólo varía en aspectos secundarios como la elección del color por parte de los hombres y las prendas que se utilizan atendiendo al sexo del trabajador, así, el uso de la falda en las mujeres, elección derivada de un criterio empresarial sobre la imagen que no resulta desproporcionada o lesiva de derechos fundamentales.

Por otro lado, asumir la interpretación de que sólo las mujeres llevan uniforme supondría admitir inicialmente una desigualdad injustificada y por tanto discriminatoria, ya que concurriendo una razón empresarial para imponer un uniforme y exigiendo la misma que tal obligación se extienda a todos los trabajadores que, con independencia de su sexo, estén en contacto con el público, no concurre ninguna razón justificada para imponer a los

trabajadores de un sexo una ropa obligatoria y a los del otro sexo, en cambio, exigirles unos criterios genéricos sobre una forma de vestir adecuada que respete la capacidad de elección del trabajador.

En este caso, por lo expuesto, la obligación de llevar uniforme es común, ya que las únicas distinciones se proyectan sobre aspectos muy puntuales, como la elección del color o de la forma del traje, en el caso del personal masculino, ya que dicha capacidad de elección, como veremos, es compatible con la satisfacción del interés empresarial al que obedece la imposición del uniforme sin que esté revestida de la entidad bastante para entender que el uso de dicha ropa no representa un uniforme teniendo en cuenta que las prendas principales consistentes en el uso de la corbata y chaqueta son impuestas por la empresa sin que dicho personal pueda optar por otras.

3. Sobre la existencia de un trato discriminatorio: justificación y proporcionalidad

Partiendo por tanto del dato de que los trabajadores de uno y otro sexo están obligados a llevar uniforme, debe establecerse si la conducta consistente en exigir que los trabajadores masculinos se paguen en parte su uniforme mientras que a las trabajadoras se les abone íntegramente el suyo puede estimarse una distinción injustificada y por tanto lesiva del artículo 14 de la CE.

A tal efecto es preciso, en primer lugar, determinar las razones que justifican el trato desigual consistente en la imposición a los trabajadores de un uniforme, debiendo diferenciarse entre:

a) La obligación general de llevar uniforme, en el sentido de la utilización obligatoria de una ropa

Como proyección de la imagen de la empresa y de una serie de valores concretos que normalmente se vinculan al uniforme, como el orden o la armonía, se exige a los trabajadores que realicen su actividad en contacto con el público una buena presencia, concretada en el uso del uniforme.

b) El concreto uniforme que deben utilizar los trabajadores, distintos en los hombres y las mujeres trabajadoras

Esta diferencia en las concretas prendas a utilizar según el sexo de los trabajadores, también está justificada. Así, en este caso la finalidad empresarial está vinculada a la intención de proporcionar a los clientes un crite-

rio, el vestuario, para identificar de manera rápida a aquellas personas que puedan atenderle. Dicha finalidad se consigue en el caso de los hombres con la exigencia de un traje, que a priori garantiza su posible identificación por los clientes. En el caso de las mujeres se plantean más problemas en cuanto que el mero uso de una ropa clásica, como una falda y una blusa, no es suficiente para asegurar su distinción con un cliente y su reconocimiento como empleada de la empresa, por lo que para garantizar la finalidad empresarial enunciada se establece sobre las trabajadoras una obligación suplementaria, como es el aceptar de la empresa unas ropas exactamente iguales lo que asegura una identidad completa de vestuario entre las trabajadoras, evitándose así cualquier problema de identificación a los clientes, satisfaciéndose el fin de la empresa.

En consecuencia, una exigencia más rigurosa en el uso del uniforme a las mujeres al privarles de cualquier capacidad de opción, supone un trato desigual con respecto a los hombres que, en la misma posición y con la obligación de llevar uniforme, sí tienen una cierta capacidad de elección. Este trato desigual es autónomo y distinto al de la obligación de llevar uniforme y, resulta también justificado por una razón distinta ya que es la necesidad de identificar de forma clara a los dependientes, y no la imagen de la empresa, la causa que determina este trato desigual.

Expone la Sentencia analizada «Es notorio, y es ociosa cualquier explicación, que una mujer sin uniforme es difícil o prácticamente imposible de identificar a primera vista como empleada en unos grandes almacenes. No así sucede con los hombres que, vestidos con un estilo determinado, tienen un reconocimiento a priori más rápido, toda vez que pocos hombres se encuentran en esas condiciones de vestuario comprando en los grandes almacenes».

En sentido estricto no es la razón de identificación la que justifica el uso del uniforme. Partiendo de que usar de forma obligatoria una ropa es el elemento esencial del concepto de uniforme y que por tanto, en este supuesto, tanto hombres y mujeres llevan uniforme, es el criterio de imagen de la empresa el que convalida la utilización del uniforme y el de la identificación el que justifica de forma adecuada que la exigencia del uniforme sea algo más flexible en el hombre que en la mujer, confiriéndoles al primero una capacidad limitada de elección relativa al color y a la forma del traje.

Además de la existencia de un interés suficiente es asimismo preciso que los concretos límites que se impongan al derecho de igualdad sean proporcionados, necesarios y adecuados a la satisfacción del fin o interés que lo limitan.

Es claro que en este supuesto el trato desigual consistente en la exigencia del uso del uniforme por los empleados destinados a tratar con el públi-

co en su horario de trabajo, satisface los intereses de imagen de la empresa sin menoscabar la dignidad, el honor o la intimidad de los trabajadores sobre los que se impone.

Con relación al trato diferencial consistente en que los hombres puedan elegir determinadas características de su uniforme, debe señalarse que tal capacidad de elección es una exigencia necesaria para satisfacer el requisito de proporcionalidad en la limitación del derecho de igualdad.

Efectivamente para convalidar constitucionalmente un trato distinto es preciso, desde una perspectiva de proporcionalidad, que el concreto límite o gravamen impuesto sea el mínimo e imprescindible para satisfacer la razón empresarial que justifica tal conducta desigual. En consecuencia, sí por las circunstancias actuales que concurren en los cánones de la moda entre el hombre y la mujer, en este caso concreto, el interés empresarial y de imagen de la empresa quedan satisfechos reconociendo al hombre una posibilidad de elegir y, por el contrario, se frustra, reconociendo a la mujer el mismo derecho de opción, no es desproporcionado por injustificado que el hombre pueda elegir y la mujer no, por cuanto tal diferencia no lesiona la dignidad, el honor ni es una desigualdad discriminatoria. Lo contrario sería introducir en la esfera de derechos de parte del colectivo afectado por la desigualdad, en este caso el de los hombres dependientes de la empresa, un gravamen innecesario para satisfacer el interés empresarial de identificación que justifica la limitación. Es decir, siendo compatible que el hombre pueda elegir aspectos concretos de su uniforme con que se le identifique por el público como dependiente y con los criterios de imagen de la empresa, resulta innecesario que se le despoje de su capacidad de optar dentro del concreto marco que lo permita el interés empresarial de identificación y de imagen. En consecuencia la facultad de elección del hombre no tiene en sentido estricto el carácter de compensación de un perjuicio, sino el resultado de aplicar un criterio de proporcionalidad que debe informar la limitación del derecho de igualdad.

En este contexto surge nuestra discrepancia principal con la Sentencia al señalar ésta: «ambos sexos obtienen ventajas e inconvenientes en lo relativo a la imposición de prendas de vestir, ya sean económicas o de otra índole, lo que impide constatar la discriminación al costo que por el recurrente se denuncia».

La Sentencia enumera esencialmente tres ventajas:

a) *La apariencia ante el público*

Tal ventaja tiene por sí un valor relativo para configurar un trato desigual justificado ya que también la apariencia del personal femenino que usa las ropas cedidas por la empresa es adecuada (lo que es una exigencia

de la limitación del derecho a la imagen) y, de otro, porque la limitada capacidad de opción del personal masculino, referido sólo a características muy concretas como el color o la forma, es demasiado restringida para poder afirmar que el personal masculino puede proyectar sobre el público del establecimiento su derecho a la propia imagen, circunstancia que sólo podría defenderse si dicho personal pudiera elegir el tipo de ropa a usar.

b) *La posibilidad de utilizar dichas prendas fuera del ámbito laboral*

Tal beneficio tiene igualmente una eficacia muy limitada. Así, la razón empresarial que justifica un uniforme compatible con una cierta capacidad de opción, es que el tipo de ropa que se usa es identificado por los clientes como una ropa que sólo usa quien está trabajando y es claro que en el uso social vigente el traje es una ropa integrada fundamentalmente en la actividad laboral, careciendo de utilidad fuera de la misma, salvo para actos solemnes puntuales. El ámbito laboral es el propio para utilizar el traje. Desde esta perspectiva la posibilidad de usar el traje fuera de su ámbito propio carece a nuestro juicio de relevancia bastante para justificar el trato desigual.

c) *La capacidad de elección*

Al respecto cabe señalar que, cuando como en este caso, tras la aplicación de las reglas de proporcionalidad en el trato, un colectivo sufra esta desigualdad de modo más intenso y con efectos más gravosos, estando este mayor perjuicio justificado por razones de adecuación al interés empresarial, es una opción empresarial válida compensar al colectivo afectado con ventajas retributivas o en sus condiciones de trabajo, pero no es admisible producir unos perjuicios en el colectivo «beneficiado» o que menos limitaciones sufre. Desde esta perspectiva, un perjuicio que supuestamente trate de compensar una menor gravosidad en la limitación tendría un déficit de motivación, constituyendo un trato discriminatorio por injustificado, lesivo del artículo 14 de la CE.

En este supuesto, la aplicación de un criterio de proporcionalidad da como resultado que el personal masculino tenga efectivamente alguna ventaja, o, más bien, un perjuicio menor, con relación al femenino, al poder elegir su traje. Tal diferencia, por las razones que hemos expuesto, está justificada. Para resolver la desigualdad no discriminatoria generada entre el personal masculino y femenino, la empresa podría optar entre:

a) Entregar también un traje predeterminado a los hombres sin dejarles elegir por razones más rigurosas de imagen. En cuyo caso el interés

empresarial de garantizar la identificación de sus empleados masculinos no justificaría la intensidad de la limitación, pero sí lo haría una razón empresarial de imagen que estime más adecuada o armónica la plena identidad de las prendas del uniforme.

b) Otorgar un plus retributivo u otro beneficio laboral al personal femenino, lo que sí traduciría de forma adecuada las exigencias de equidad y resultaría fiel al contenido de la compensación porque todo perjuicio para ser compensatorio debe producir de forma directa o indirecta algún beneficio en la situación que trata de compensar, no percibiéndose en que favorece al personal femenino el que sus compañeros masculinos deban pagarse en parte el traje.

Existen por tanto fórmulas que resuelven la desigualdad no discriminatoria creada, aportando soluciones que no restringen o perjudican ningún derecho ni introducen, como la decisión empresarial que se adoptó en dicho supuesto, desigualdades carentes de motivación.

Es claro que en la decisión empresarial de exigir un pago parcial del traje no existía, de un lado, un interés de compensar perjuicios ni, de otro, un ánimo deliberado de discriminar a sus empleados masculinos por razón del sexo. El origen de tal conducta se encontraba en un interés económico de la empresa dirigido a recortar costes, un fin que en sí mismo es legítimo, pero que no tiene entidad suficiente para limitar un derecho fundamental.

EL CONCEPTO DE TRATAMIENTO MÉDICO Y QUIRÚRGICO EN EL DELITO Y LA FALTA DE LESIONES

JOSÉ VICENTE GUILLAMÓN SENENT

*Abogado Fiscal de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia
de la Comunidad Valenciana*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONCEPTO DE ASISTENCIA FAL-
CULTATIVA.—III. EL CONCEPTO DE TRATAMIENTO MÉ-
DICO.—IV. EL TRATAMIENTO QUIRÚRGICO.—V. LA PRUE-
BA PERICIAL MÉDICA EN LAS LESIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Históricamente nuestro derecho penal regulaba los delitos de lesiones como delitos que la doctrina llamó delitos determinados por el resultado¹, y ello por que la regulación de nuestro Código Penal a partir de la comprobación de un dolo genérico de lesionar y la causación material de un resultado lesivo optaba por asignar uno u otro tipo penal en función de los días que necesitaban las lesiones para su curación. En concreto, era la necesidad de invertir más o menos de quince días en la curación el límite objetivo entre el delito y la falta. Este sistema llamado por toda la doctrina de «tarifas de sangre», tenía su origen histórico en *Las Partidas* y era criticado unánimemente por ser desconocedor del principio de culpabilidad, dado que el dolo no abarcaba el aspecto objetivo del tipo, sino que éste venía determinado por la mera y pura relación de causalidad². Además en la práctica y debido a la indeterminación que el término curación comportaba, quedaba en manos de los peritos forenses la calificación jurídica del hecho³. En aras a paliar esa agresión al principio de culpabilidad la doctrina exigía que el dolo genérico de lesionar no se limitara a la figura de lesiones, sino a la clase de las mismas —graves, menos graves, etc.— que preveían los diferentes preceptos.

El proyecto de Código Penal de 1980 abordó el tema estableciendo como criterio delimitador básico ocho o más días de asistencia médica

¹ COBO DEL ROSAL, Manuel, y CARBONELL MATEU, Juan Carlos: *Derecho Penal*, Parte Especial, 3.^a ed, Tirant lo Blanc, Valencia, 1990.

² COBO DEL ROSAL, Manuel, y CARBONELL MATEU, Juan Carlos: *Ob. cit.*, p. 591.

³ SÁNCHEZ JUNCÓ, Javier: *Comentarios al Código Penal de 1995*, Ed. Comares, Granada, 1999, p. 975.

para la sanidad o de inutilidad para el trabajo (art. 166, párr. 1.º). Igual opción se siguió en la propuesta de anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983 (art. 149.1). El criterio sostenido en ambos proyectos fue objeto de críticas por parte de la doctrina que veía en los mismos la pervivencia de cierto objetivismo, con quiebra del principio de culpabilidad⁴. Con la regulación que se proponía subsistía el sistema indicador de la responsabilidad penal en función de los días de curación. Frente a ello la doctrina proponía criterios basados en la existencia de un tratamiento médico o quirúrgico o en la comprobación de un efectivo menoscabo para la salud.

La Ley Orgánica 3/1989, de actualización del Código Penal, cambió el sistema de punición de los delitos y faltas de lesiones con la plausible intención de amoldarlo al principio de culpabilidad. La finalidad perseguida por el legislador al regular las lesiones fue la de sustituir el esquema tradicional de las lesiones concebidas penológicamente en relación con el resultado lesivo, por otro sistema en el que la tipicidad delictiva venga determinada, no tanto por el tiempo o sanidad de la lesión, cuanto por los medios o formas de su causación y por su necesidad de tratamiento médico o quirúrgico. Con este fin la reforma introdujo como criterio delimitador entre el delito y la falta de lesiones, la exigencia para los primeros además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La regulación quedó con el siguiente tenor literal:

Art. 582. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro una lesión que no precisare de tratamiento médico o quirúrgico o sólo exigiere la primera asistencia facultativa, será castigado con la pena de arresto menor, salvo que se tratare de alguna de las lesiones del artículo 421.

Art. 420. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado con la pena de prisión menor, siempre que las lesiones requieran para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico.

No obstante, el hecho descrito en el párrafo anterior podrá ser castigado con las penas de arresto mayor o multa de 100.000 a 500.000 pesetas, atendiendo a la naturaleza de la lesión y las demás circunstancias de aquél.

El Código Penal vigente de 1995 vino a respetar esencialmente la regulación de 1989, pasando a tener la siguiente redacción:

⁴ BOIX, J.; ORTS, E., y VIVES, T. S.: *Reforma Penal de 1989*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 1989, p. 103.

Art. 617.1 El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no definida como delito en este Código, será castigado con la pena de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses.

Art. 147.1 El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.

2. No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana o multa de tres a doce meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.

El Código Penal de 1995 apenas introdujo variaciones, salvo la inclusión del término «objetivamente» en el tipo básico del 147.1 y la aclaración de que la simple vigilancia o seguimiento facultativo de curso de la lesión no se considerará tratamiento médico o quirúrgico.

Tras la reforma de 1989 la piedra angular de todo el sistema punitivo de las lesiones se ha erigido en los conceptos de asistencia facultativa, tratamiento médico y tratamiento quirúrgico, pues si sólo hay una asistencia facultativa la infracción será constitutiva de falta y si hay tratamiento médico o quirúrgico la infracción será delito con todas las consecuencias punitivas que ello conlleva. La relevancia del concepto de tratamiento médico o quirúrgico va en la regulación de las lesiones incluso más allá, pues es también elemento determinante de la tipicidad penal de las lesiones causadas por imprudencia leve, al tipificar como falta el artículo 621.3 del Código Penal las lesiones causadas por imprudencia leve, siempre que la lesión sea constitutiva de delito, esto es que para su sanidad precise objetivamente de tratamiento médico o quirúrgico. Siendo tal la importancia de dichos conceptos y habiendo suscitado tras la reforma de 1989 tantos problemas interpretativos en el Código Penal de 1995 se perdió por parte del legislador la oportunidad de haber dado un concepto auténtico de primera asistencia, tratamiento médico y quirúrgico que hubiera acabado con los innumerables problemas interpretativos que se han venido generando desde 1989. Además el criterio introducido por la reforma de 1989 no deja de estar exento de cierto confucionismo legal por la combinación de la asistencia facultativa con el tratamiento médico o quirúrgico.

II. EL CONCEPTO DE ASISTENCIA FACULTATIVA

Los conceptos de asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico que contempla el artículo 147 del Código Penal son conceptos normativos o «standards» jurídicos cuyo sentido y alcance ha de venir determinado por el aplicador de la norma sin que dicho concepto tenga necesariamente que coincidir con su noción científica. Sin duda la elaboración de dicho concepto jurídico debe partir de la base de una acepción científica, pero no identificarse exclusivamente con la misma. Así lo declaró la Fiscalía General del Estado⁵ y el mismo Tribunal Supremo ha declarado, en este sentido, que el concepto de tratamiento médico «es un concepto normativo que, en ausencia de una definición legal, debe ser alcanzado mediante las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales que otorgan al mismo la necesaria seguridad jurídica que la interpretación del tipo requiere» (STS de 18 de febrero de 2000).

El primero de los conceptos a abordar es el de primera asistencia. En principio se entiende por asistencia la atención prestada a un lesionado directamente por un facultativo con fines de diagnóstico o curativos. Ahora bien, lo esencial desde el punto de delimitación del delito o falta de lesiones no es en sí mismo el término de asistencia sino el de «primera» asistencia, por lo que será esencial determinar cuáles son los requisitos que debe reunir una asistencia para considerarla tal y ello sin que rebase su condición de primaria. No debe confundirse primera asistencia con asistencia inmediata, en el sentido de atención médica próxima al hecho causante de la lesión, pues es posible que la primera asistencia se preste algún tiempo después de producirse la lesión, bien porque el lesionado no acude inmediatamente después de la lesión al médico, bien porque la sintomatología de la lesión no aparezca hasta más tarde⁶.

Por primera asistencia podemos entender la atención inicial prestada al lesionado, sea o no contemporánea del hecho causante de la lesión que reúna tres requisitos.

El primero es su necesidad en el sentido de considerar que no puede valorarse como asistencia la prestada sin que lo requiera la objetiva dolencia. El afán simulatorio o la mera hipocondría del supuesto lesionado no puede determinar la calificación del hecho. De cualquier modo la cuestión carece hoy de relevancia, pues el artículo 617 considera falta cualquier

⁵ *Memoria de la Fiscalía General del Estado. Año 1991*. Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1990.

⁶ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal*, Parte Especial, 12.ª ed., Ed Tirant lo Blanc, Valencia, 1999, p. 112.

lesión no definida como delito, no sólo las que para su sanidad requiera la primera asistencia, por lo que si se constata la existencia de una lesión aunque dicha lesión no requiera para su sanidad una primera asistencia, la calificación será igualmente de falta.

El segundo requisito se refiere a la titularidad del profesional que presta la asistencia. El texto legal habla de asistencia facultativa, lo que lleva a la interpretación de que la asistencia ha de ser prestada por una persona en posesión del título de medicina. La Fiscalía General del Estado⁷ exhortó a todos los fiscales para que consideraran falta de lesiones todos aquellos casos en que la asistencia se prestara por otros titulados menores como practicantes o ATS postura ésta de nuevo carente de sentido pues en el texto legal vigente la lesión requiera o no primera asistencia es constitutiva de falta del artículo 617. Si entendemos que la asistencia facultativa es sólo la prestada por un titulado en medicina, en los casos de asistencia prestada por titulados sanitarios menores la calificación sería igualmente la misma de falta con el actual tenor literal del 617.1.

El tercer requisito es el carácter primario de la asistencia, sin que dicho carácter primario se desvirtúe porque la asistencia inicial no tenga carácter único sino múltiple, pues es fácil pensar en que la primera asistencia requiera por su índole la intervención multidisciplinar de varios facultativos, por ejemplo por solicitarse medios de diagnóstico auxiliares. Así la realización al lesionado con fines diagnósticos de análisis clínicos y de un examen radiológico con intervención de diversos facultativos especialistas unida a una inicial cura o desinfección de una herida, no debe llevar a la conclusión de haberse superado la primera asistencia⁸. El carácter primario de la asistencia vendrá expresado en el aspecto inicial de la atención, desvirtuándose cuando la atención suponga un plan que se desarrolle en el tiempo. A la vista de todo ello podemos definir la primera asistencia facultativa como la atención inicial, sea o no contemporánea al hecho causante de la lesión, que se presta al lesionado siempre que sea objetivamente necesaria, sea realizada por un facultativo y tenga el carácter de primaria⁹.

Una vez delimitado el concepto de primera asistencia, la primera conclusión que parece deducirse del texto legal del artículo 147.1 respecto a la delimitación del concepto de tratamiento médico, es que el tratamiento presupone la asistencia y algo más, pues así lo sugiere el adverbio «ade-

⁷ *Memoria de la Fiscalía General del Estado. Año 1991*. Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1990.

⁸ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal*, Parte Especial, 12.ª ed., Ed Tirant lo Blanc, Valencia, 1999, p. 112.

⁹ BERNAL VALLS, Jesús: «Las lesiones. Cuestiones generales y tipos», en *Estudios del Ministerio Fiscal*, tomo V, Madrid, 1999, p. 216.

más». Así lo entendía la Fiscalía General del Estado¹⁰ e inicialmente la Sala Segunda del Tribunal Supremo (STS de 2 de junio de 1994: tratamiento como actividad posterior a la primera asistencia, y de 6 de febrero de 1993: «sólo hay primera asistencia aunque pueda consistir en intervención quirúrgica mediata o inmediata»). No obstante se ha venido imponiendo en los tribunales otra interpretación conforme a la cual el tratamiento médico o quirúrgico puede imponerse en una primera asistencia, supuestos en los que habrá delito y no falta. Así lo ha declarado posteriormente la Sala Segunda del Tribunal Supremo en sentencia de 26 de mayo de 1998. Esta postura, que no ha acabado de acoger la doctrina¹¹, introduce confusión en la delimitación de los conceptos y lleva a adoptar la conclusión que en realidad lo relevante para afirmar la presencia de una primera asistencia facultativa será excluir previamente la presencia de tratamiento médico o quirúrgico, erigiéndose la primera asistencia en categoría residual. Será falta toda lesión que requiera para su sanidad una primera asistencia facultativa siempre que en la misma no se imponga tratamiento médico o quirúrgico o que se imponga posteriormente, pues en estos casos la infracción merecerá la calificación de delito. Así el concepto de tratamiento médico o quirúrgico se erige en el concepto clave de toda la regulación típica de las lesiones¹².

Por otro lado surge la duda tras la regulación de 1989 de que calificación merecen los supuestos en que se constate la necesidad de dos o más asistencias facultativas. En estos casos propuso Rodríguez Devesa¹³ que mientras no existiera tratamiento los hechos debían calificarse como falta y no como delito, planteando el ejemplo de un traumatismo craneal con pequeñas erosiones en la cabeza en las que el lesionado estuviera en observación durante tres semanas sin requerir para su sanidad ningún otro tipo de medida ni intervención. Por otro lado más acertada con el sentido y finalidad de la regulación nos parece la solución propuesta por Orts, Boix y Vives Antón, de calificar como delito toda lesión que requiera dos o más asistencias facultativas para su curación, por cuanto si la lesión requiere dos asistencias facultativas no tendría encaje en el tipo penal de la falta del anterior artículo 582 por cuanto hablaba de que la lesión sólo exigiere la

¹⁰ *Memoria de la Fiscalía General del Estado. Año 1991*. Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1990, p. 501

¹¹ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal*, Parte Especial, 12.ª ed., Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 1999, p. 112.

¹² BOIX, J.; ORTS, E., y VIVES, T. S.: *Reforma Penal de 1989*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 1989, p. 104.

¹³ RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho Penal Español*, Parte Especial, Ed. Dykinson, Madrid, 1989, p. 149.

primera asistencia facultativa¹⁴. Con la regulación de 1995 la solución podría ser distinta por cuanto el artículo 617.1 habla de la lesión que no sea definida como delito y el artículo 147 habla de que la lesión requiera además de la primera asistencia facultativa tratamiento médico o quirúrgico. No obstante el problema se diluye si observamos que la nueva regulación que la simple vigilancia o seguimiento facultativo de la lesión no se considerará tratamiento. Así en la práctica los supuestos a los que aludía Rodríguez Devesa son claramente supuestos de vigilancia por lo que serán en la nueva regulación a todas luces constitutivos de falta. Cuando en el seguimiento sí que haya una actuación médica pautada y no una mera vigilancia, estaremos ante un tratamiento y por tanto ante un delito. En los casos de varias asistencias o habrá un mero seguimiento, en cuyo caso será falta, o habrá una actuación médica constante que reunirá los caracteres del tratamiento médico y será delito, con lo que el problema desaparece en la nueva legislación.

III. EL CONCEPTO DE TRATAMIENTO MÉDICO

Según Sisinio de Castro el tratamiento médico en su acepción científica podría definirse con la actividad del médico sobre el enfermo dirigida a la recuperación de la salud o al alivio de la enfermedad que se concreta en el diagnóstico, pronóstico, terapéutica y se instrumenta mediante recursos higiénicos, dietéticos, farmacológicos, físicos, quirúrgicos y psicológicos adecuados a esos fines¹⁵. Así la actuación finalista, dirigida a la curación o alivio de la enfermedad, instrumentada por cualquier medio, y la intervención de un médico caracterizan esencialmente el concepto de tratamiento siendo las notas que van también a definir el concepto jurídico penal de tratamiento aplicado a las lesiones.

La Fiscalía General del Estado¹⁶ sentó una serie de presupuestos para afirmar la presencia de tratamiento médico. En primer lugar exigía que sea una actividad distinta y ulterior a la primera asistencia, interpretación esta ya superada por la doctrina jurisprudencial.

¹⁴ BOIX, J.; ORTS, E., y VIVES, T. S.: *Reforma Penal de 1989*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 1989, p. 104.

¹⁵ BERNAL VALLS, Jesús: «Las lesiones. Cuestiones generales y tipos», en *Estudios del Ministerio Fiscal*, tomo V, Madrid, 1999.

¹⁶ *Memoria de la Fiscalía General del Estado. Año 1991*. Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1990.

En segundo lugar, que sea necesario, estimando tal necesidad conforme al principio de verdad material que impera en nuestro derecho penal, de manera que será irrelevante el tratamiento aplicado que se demuestre que era innecesario para la curación y si no llegara a aplicarse por desidia de lesionado, negligencia médica o cualquier otro motivo. Este carácter necesario se expresaba en la redacción de 1989 al exigir, artículo 420 que la lesión «requiera» de tratamiento médico, término que permanece en la redacción de 1995. Este requisito lleva a incluir como tratamiento médico toda actuación con finalidad curativa, no solo la puramente medicamentosa (administración de medicamentos por cualquier vía: oral, anal, parenteral o tópica), sino también la imposición de cualquier conducta que tienda a la recuperación de la salud o normal equilibrio psicofísico de la persona (inmovilización, reposo, rehabilitación) o prescripciones dietéticas curativas (régimen, dieta), siempre que la sanidad de la lesión exija dicha actuación pero no las higiénicas o estéticas. Ahora bien, el Código Penal declara que la simple vigilancia o seguimiento facultativo de la lesión no será tratamiento médico, por lo que quedan excluidos los actos médicos destinados a comprobar o vigilar el éxito o adecuación de la primera asistencia o completar ésta como la retirada de vendajes, el examen para comprobar la sanidad de las lesiones ya que ni tienen finalidad curativa ni agregan nada a la sanidad de la lesión iniciada en la primera asistencia.

En tercer lugar, el tratamiento ha de tener finalidad curativa, exigencia ésta también reclamada por la doctrina¹⁷, con lo que se excluyen del mismo las atenciones preventivas, como vacunación, aunque se administren en actos fraccionados y sucesivos que excedan temporalmente de la inicial asistencia. En cuanto a la administración de antibióticos habrá que distinguir su finalidad, si es meramente de prevención de una eventual e inexistente infección no debe considerarse tratamiento; en cambio si se pretende atajar una infección existente e incipiente o desarrollada sí.

En cuarto lugar, se requiere que haya sido prescrito por un titulado en medicina sin que necesariamente tenga que ser aplicado por el mismo pues puede serlo por otros profesionales sanitarios, el propio lesionado, sus familiares e incluso no serlo por dejación del lesionado.

La quinta y última nota sería el carácter prolongado en el tiempo.

A la vista de todo ello debemos entender jurídicopenalmente que tratamiento médico es toda actuación prolongada acordada por un médico, dirigida a sanar la lesión sin que necesariamente tenga que ser aplicada por éste sino que puede serlo por otro tipo de profesionales sanitarios como

¹⁷ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal*, Parte Especial, 12.ª ed., Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 1999, p. 112.

enfermeros, ayudantes técnicos sanitarios etc. y necesaria para la sanidad de la lesión o para paliar sus efectos.

En realidad cuatro son las notas que caracterizarían en nuestra opinión el tratamiento médico o quirúrgico; acordado por un médico o facultativo, necesario para la sanidad, prolongado y una nota finalista dirigido a sanar la lesión o al menos a reducir sus efectos. Con este concepto se suprime cualquier referencia temporal a la sanidad de la lesión, con lo cual se superan los problemas que planteaba la legislación anterior a 1989, no obstante el respeto al principio de culpabilidad siempre exigirá que el dolo del autor alcance la necesidad que la lesión que causa necesite tratamiento médico o quirúrgico, aunque en la práctica y por vía del dolo eventual sea cual sea el resultado producido se inculpa al autor siempre que haya causado un resultado lesivo que exija tratamiento médico y que de su actuar se pueda deducir que se representó como posible dicho resultado y con su actuar lo asumió.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo ha venido definiendo el tratamiento médico sobre las mismas notas esenciales. Así el tratamiento médico sería la actividad planificada de un sistema de curación o esquema médico que con finalidad curativa se prescribe por un titulado en medicina (SSTS de 3 de noviembre de 1992, 2 de junio de 1994, 30 de abril de 1997, 26 de febrero de 1998, 9 de diciembre de 1998). El concepto de tratamiento médico para nuestro alto Tribunal parte de la existencia de un menoscabo a la salud cuya curación o sanidad requiere la intervención médica con planificación de un esquema de recuperación para curar, reducir sus consecuencias o, incluso, una recuperación no dolorosa que sea objetivamente necesaria y que no suponga mero seguimiento facultativo o simples vigilancias, incluyéndose, además, las pruebas necesarias para averiguar el contenido del menoscabo y tratar de ponerlos remedio (2 de julio de 1999, SSTS de 18 de febrero de 2000, 22 de marzo de 2002).

La exigencia de finalidad curativa lleva a negar que sean tratamiento médico las medidas puramente preventivas: como vacunación, antibióticos para precaver eventuales infecciones, los actos encaminados para la exploración o diagnóstico, como análisis, radiografías... pero todo lo que vaya más allá de simples medidas de prevención y formen parte de una actividad curativa que exija reiteración de cuidados es tratamiento médico aunque la materialización de las pautas fijadas por el médico corresponda a otra persona, profesionales sanitarios o no, pues pueden serlo los parientes del propio lesionado o al mismo lesionado (SSTS de 2 de febrero de 1992 y 18 de febrero de 2000). Así se ha afirmado que hay tratamiento médico en el drenaje de heridas o la prescripción de antibióticos para evitar complicaciones frente a una herida (STS de 6 de febrero de 1993); también los regímenes

dietéticos o la rehabilitación en cuanto prescritos por un facultativo y dirigidos a sanar la lesión también se ha considerado tratamiento médico (SSTS de 30 de abril de 1997, 26 de febrero y 9 de diciembre de 1998, 5 de noviembre de 1999); la prescripción de analgésicos y antiinflamatorios también ha sido considerado tratamiento médico (STS de 26 de mayo de 1998); la implantación de un collarín cervical y, en su caso, antiinflamatorios y relajantes musculares con finalidad terapéutica igualmente es considerada como tratamiento médico más allá de la primera asistencia en la jurisprudencia (SSTS de 24 de octubre y 18 de noviembre de 1997, 2 de julio de 1999 y de 25 de abril de 2001, entre otras), habiendo calificado la jurisprudencia como delito la fractura nasal en varias sentencias, como la de fecha 20 de mayo de 1997 («una fractura nasal requiere un tratamiento») y 19 de noviembre de 1997. Incluso en casos de fracturas cuya sanidad exija exclusivamente reposo sin aplicación de férulas, escayola o medios similares se ha reconocido la exigencia de tratamiento médico. Así la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de diciembre de 1999 declaró que «evidentemente una fractura malar, por la zona donde está ubicada, no se puede inmovilizar con escayola. No por ello se debe excluir de tratamiento médico, aunque éste sea mero reposo, con recuperación probablemente dolorosa».

No obstante debe tenerse en cuenta que las medidas a aplicar han de ser necesarias para lograr la sanidad, por ello la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de diciembre de 1999 señaló que: «la mera administración de antiinflamatorios no debe subsumirse dentro del concepto de tratamiento médico al no resultar imprescindible para la curación del paciente. El hecho de que la aplicación de algunos fármacos acelere la sanidad del paciente o contribuya a aminorar las molestias o el dolor, no quiere decir que, a los efectos penales, nos hallemos ante lo que el legislador denomina tratamiento médico, pues, de ser así, se adoptaría un concepto tan amplio y desmesurado del elemento objetivo de la norma punitiva que todas las lesiones habría que enmarcarlas prácticamente dentro del ámbito del delito. Bastaría para ello que se le recetaran al paciente unas aspirinas para aminorar sus molestias postraumáticas. En esa dirección restrictiva de la norma penal se muestra la STS de 9 de marzo de 1999, que excluye la mera aplicación de fármacos del concepto de tratamiento médico».

Esta exigencia de que la medida a aplicar sea necesaria para lograr la sanidad ha dado lugar a diversos pronunciamientos respecto a la inmovilización con collarín cervical o férula, en los cuales se ha considerado el hecho constitutivo de falta por que la aplicación se había hecho con finalidad sintomática y no quedar constancia de que la aplicación era necesaria para lograr la sanidad de la lesión. En este sentido la STS de 28 de abril de

1998. De cualquier modo la doctrina del Tribunal Supremo sobre la aplicación de un collarín cervical o cualquier otro elemento inmovilizador es clara, habiendo declarado en la reciente sentencia de 22 de marzo de 2002 *ratio decidendi* en un hecho que consistió en la colocación de un collarín cervical, prescrito con finalidad curativa que «hay que entender que el porte de un collarín cervical constituye un sistema curativo, o reductor de las consecuencias cuando la lesión no sea totalmente curable, prescrito con tal finalidad curativa por un titulado en medicina y aunque ese tratamiento se encomiende a auxiliares sanitarios o se imponga al mismo paciente, atendiendo para la valoración del tratamiento médico que, como concepto normativo a concretar por el juzgador en la función integradora de las normas, a la doctrina ya fijada en la jurisprudencia de esta Sala. Esta Sala viene considerando este tipo de tratamiento como de carácter curativo en cuanto trata de reparar el daño ocasionado por un traumatismo cervical –sentencias de 2 de julio de 1999, 24 de octubre y 18 de noviembre de 1997, 21 de marzo de 1995 y 23 de febrero y 25 de abril de 2001–».

No obstante, algunas Audiencias Provinciales, como la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Valencia, en una interpretación o bien errónea o bien ajena a la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha establecido en sentencia de 11 de enero de 2002 que «viene siendo ya jurisprudencia reiterada (que no cita) que no constituye tratamiento médico en el sentido legal, la simple prescripción de un collarín cervical inmovilizador o de una faja ortopédica inmovilizadora, como tampoco el reposo ni relativo ni absoluto o la colocación de vendajes, como ningún tipo de método meramente inmovilizador» y ello se afirma tajantemente sin excepción alguna en la resolución de un recurso de apelación sin cita jurisprudencial alguna y sin consideración alguna a la prescripción del collarín con finalidad curativa o preventiva. En el mismo sentido se pronuncia esta sección sentando su particular doctrina en la sentencia de 24 de enero de 2002 donde de nuevo sin fundamento jurisprudencial alguno dice al respecto: «Siendo también doctrina reiterada de esta Sala, en definitiva, que no constituye tratamiento médico en el sentido legal de la expresión, la simple prescripción o el porte por el lesionado de algún método meramente inmovilizador, como pueda ser una férula, que no actúa sobre la lesión, sino que se limita a permitir y facilitar el que ésta sane por sí sola» de nuevo sin valorar si la inmovilización es necesaria o no para la sanidad de la lesión.

Otras audiencias en cambio como la Sección 6.^a de La Coruña si que siguen los criterios marcados por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, así en la sentencia de 24 de octubre de 2001, tras hacer un recorrido por toda la doctrina al respecto del alto Tribunal, se inclina en calificar como falta a pesar de la colocación de una férula por cuanto en el caso concreto

la índole de la lesión (un esguince) hace poner en duda si la inmovilización con férula obedeció a un criterio meramente preventivo o si era una medida objetivamente imprescindible para la eliminación del menoscabo producido, si bien reconoce que en los casos de fracturas óseas la inmovilización con férula sí que sería delito, pues en este tipo de lesiones la inmovilización es una necesidad objetiva del tratamiento mediante evidente para evitar consolidaciones viciosas de la fractura. Esta línea interpretativa es la acorde con el concepto de tratamiento médico antes expuesto y es la seguida por la mayoría de Audiencias Provinciales (Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 8.^a, 26 de julio de 2001; Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 3.^a, 16 de marzo de 2001; Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.^a, 31 de enero de 2001; Audiencia Provincial de Soria, 18 de octubre de 2001; Audiencia Provincial de Teruel, 13 de noviembre de 2000; Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3.^a, 16 de octubre de 2000, entre otras).

El Código Penal de 1995 ha venido a confirmar la posición dominante en la doctrina¹⁸ y la jurisprudencia respecto al carácter objetivo de la exigencia del tratamiento, con lo cual en cada caso se deberá atender no a la actuación médica efectivamente realizada sino al procedimiento curativo convencional de acuerdo con la evolución de la ciencia médica. El Tribunal Supremo había venido insistiendo en que se cumplía el requisito típico tanto si el tratamiento se ha prestado real y efectivamente, cuanto si ha debido serlo dentro de la causalidad eficaz para la sanidad del lesionado; «lo que se precisa determinar a posteriori es si dicha actividad sanitaria, si tal ulterior asistencia, añadida o diferenciada de la primera, era precisa en atención a las lesiones causadas y si debiera estimarse casualmente necesaria para obtener la sanidad, aunque la curación se haya obtenido sin ella (STS de 4 de mayo de 1993; en el mismo sentido SSTs de 28 de febrero y 3 de noviembre de 1992, 6 de febrero de 1993 y 22 de abril de 1994)».

Argumentando en esta dirección la sentencia de 1 de julio de 1992 señalaba: «Piénsese si la víctima tras la primera cura de urgencia, prefiere automedicarse, curarse por sí misma o ponerse en manos de persona carente de titulación alguna (pensemos en un curandero) pues obviamente puede negarse al tratamiento. Ello no puede implicar se pueda olvidar que la lesión “requiere” tratamiento médico o quirúrgico, dato a tener en cuenta por el órgano judicial pues de lo contrario quedaría en manos de la víctima el considerar el hecho delito o falta». Por la misma razón, en supuestos discutidos en que el comportamiento posterior de la víctima o de un tercero contribuye a una agravación de la lesión típicamente relevante (por ejem-

¹⁸ TAMARIT SUMALLA, José María: *Comentarios al nuevo Código Penal*, Quintero Olivares, Gonzalo y otros, Aranzadi, 1996, p. 731.

plo pérdida de la visión o deformidad provocada por la negativa de la víctima a recibir asistencia médica o por un error médico o por atención por persona carente de titulación) el resultado no será imputable objetivamente al causante de la primera lesión, siempre que se den las condiciones para afirmar que el suceso se ha desarrollado de modo exclusivo en la esfera de responsabilidad del sujeto pasivo o del tercero, pues se interrumpiría la relación de causalidad¹⁹.

IV. EL TRATAMIENTO QUIRÚRGICO

El tratamiento quirúrgico es un concepto que ha venido ofreciendo menos dudas al intérprete. Se entiende por tratamiento quirúrgico o con mayor propiedad medico-quirúrgico, la intervención con fines curativos que exija una actuación con instrumentos sobre el cuerpo humano. La Sala Segunda del Tribunal Supremo entiende como tratamiento quirúrgico cualquier acto de cirugía mayor o menor que sea necesario para curar en su sentido más amplio (STS de 3 de noviembre de 1992), así como el tratamiento reparador del cuerpo para restañar o corregir cualquier alteración funcional u orgánica producida como consecuencia de la lesión (SSTS de 28 de febrero de 1992, 17 de noviembre de 1993) o el restaurador del cuerpo para restablecer o corregir, por medio de operaciones naturales o instrumentales, cualquier alteración funcional u orgánica causada por una lesión, en la que se incluye el acto de la costura con que se reúnen los labios de una herida, precisa para restañar el tejido dañado y volverlo al estado que tenía antes de producirse la agresión (sentencias de 6 de febrero, 18 de junio y 13 de julio de 1993 y 2 de marzo y 24 de junio de 1994).

Con el citado concepto jurisprudencial entran dentro, por ser cirugía menor, la aplicación de puntos de sutura para obtener la sanidad de la lesión (STS de 22 de febrero de 2000: «uno de los actos médicos que merecen la consideración de tratamiento quirúrgico es la sutura o costura de tejidos que han quedado abiertos como consecuencia de la herida»). En el mismo sentido SSTS de 18 de octubre de 1999, 26 de febrero de 1998, 23 de febrero de 1998, de 28 de febrero de 1992, 18 de junio de 1993, 13 de julio de 1993, 3 de mayo de 1996, 14 de noviembre de 1996). Inicialmente se discutió si la sutura de heridas era tratamiento quirúrgico cuando se realizaba en la primera asistencia y ello a la luz de algunos pronunciamientos

¹⁹ TAMARIT SUMALLA, José María: *Comentarios al nuevo Código Penal*, Quintero Olivares, Gonzalo y otros, Aranzadi, 1996, p. 731.

jurisprudenciales como la STS de 6 de febrero de 1993 o las sentencias de 18 de junio de 1993 y de 2 de marzo de 1994, que exigían que la sutura se hubiese aplicado después de la primera cura. Hoy se ha consolidado la tesis según la cual el hecho de que la sutura sea necesaria para reparar la herida o para evitar su empeoramiento o complicación basta para estimar que se está ante un acto de cirugía y por tanto ante un delito y no una falta de lesiones (SSTS de 18 de junio de 1993; 9 de mayo, 15 y 27 de noviembre de 1995; 9 de julio de 1997; 9 de diciembre de 1998).

No obstante dentro del mundo judicial se han alzado ya algunas voces discrepantes con la consideración de los puntos de sutura como tratamiento quirúrgico. Así, la Audiencia Provincial de Huelva en sentencia de 16 de febrero de 2000, en su fundamento jurídico 4.º, razonaba diciendo: «Cree-mos que es necesaria una revisión del concepto tratamiento médico en relación con los puntos de sutura, dado que hoy la ciencia médica permite en muchos casos que no sea necesaria la vigilancia del facultativo sobre la evolución de la herida, y en algunos supuestos, ni siquiera es necesario retirar los puntos. Pero esta deseable reforma, que sin duda supondría un avance ciertamente positivo, no nos corresponde a nosotros, sino al legislador. Los jueces hemos de aplicar la ley a la luz de la doctrina jurisprudencial, y hasta la fecha, el Tribunal Supremo sigue manteniendo que los puntos de sutura implican tratamiento médico ulterior (sentencias de 12 de julio de 1995 y de 6 de marzo y 3 de mayo de 1996).»

Y en sentencia de 4 de enero de 2000, esta misma Audiencia declaraba que: «como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de fecha 5 de mayo de 1997, la exigencia legal del tratamiento médico o quirúrgico añadido a la primera asistencia supone, pues, una cierta sucesión temporal de actos médicos, difícilmente conciliables con un acto único aunque sea quirúrgico. El acto curativo no es un acto único, sino que exige una sucesión de actos posteriores, tales como retirada de los puntos, retirada o sustitución de drenaje. Y en el caso de aplicación de los puntos de sutura para curar la herida, habrá de estarse a lo que resulte probado en el caso concreto, porque como reconoce la citada sentencia, hoy no es ni mucho menos notorio que cualquier sutura necesite luego un acto médico posterior, el avance de las técnicas médicas que permiten suturas reabsorbibles e incluso con apósitos no precisan de otra intervención médica que su práctica inicial. Por ello esta Sala, compartiendo el criterio mantenido por esta Sentencia de la que fue Ponente su Presidente señor Carmona Ruano, entiende que deberá estarse a lo que resulte probado en el caso concreto y si de ella no se deduce otra intervención médica más que la cura inicial, aunque ésta consista en una sutura, no podremos sostener que ha existido un tratamiento “además” de la primera asistencia, mientras sí habrá existi-

do si la sutura llevó consigo actos o cuidados posteriores. Reconocido el lesionado por el médico forense, hace constar que sufrió lesiones consistentes en herida incisa contusa en región frontal de aproximadamente cuatro centímetros de longitud, y contusión en el tercio medio del antebrazo derecho, y necesitó para su curación una primera asistencia facultativa consistente en exploración y tratamiento médico quirúrgico consistente en cuatro puntos de sutura para cura de la herida, invirtiendo ocho días en su curación, tiempo durante el que estuvo impedido para sus ocupaciones habituales. Con tales datos no podemos llegar a mantener que haya sido necesario tratamiento posterior a la sutura de las heridas por lo que en atención a lo expuesto procede estimar el recurso y condenar al recurrente, como autor de dos faltas de lesiones del artículo 617.1.º del Código Penal».

No obstante no es el criterio seguido por la mayoría de las audiencias provinciales que siguen inclinándose por el criterio de la Sala Segunda del TS (Audiencia Provincial de Cádiz, sentencias de 10 y 14 de enero de 2000; Audiencia Provincial de Jaén, 12 de diciembre de 2001; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 15.ª, 23 de febrero de 2002; Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1.ª, 22 de febrero de 2002).

V. LA PRUEBA PERICIAL MÉDICA EN LAS LESIONES

Una vez delimitados los conceptos de primera asistencia facultativa y de tratamiento médico o quirúrgico, se observa la relevancia que adquiere en las infracciones de lesiones la prueba pericial médica. Ya en el año 1989 la doctrina²⁰ señaló la importancia que adquiriría en esta clase de delitos el informe pericial y reclamaba un control y rigor en la práctica para esta suerte de informes más aún teniendo en cuenta el ínfimo umbral establecido para estimar la conducta constitutiva de delito y ello por cuanto la reforma vino a aumentar el ámbito del delito en detrimento de la falta. Así en la nueva regulación tras la reforma de 1989 cualquier tratamiento médico dará lugar a la calificación como delito aunque la sanidad se alcanzara en menos de quince días. Lamentablemente la práctica de dichos informes forenses carece del más mínimo rigor y criterio en la mayor parte de las ocasiones, lo que en muchos casos lleva al tribunal a emitir un pronunciamiento condenatorio por falta al no constar datos en el informe como la

²⁰ BOIX, J.; ORTS, E., y VIVES, T. S.: *Reforma Penal de 1989*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 1989, pp. 104 y 105.

finalidad terapéutica o meramente preventiva de alguna de las medidas prescritas por el facultativo.

En primer lugar, la prueba en las infracciones de lesiones requiere tomar como punto de partida los diversos partes médicos y hospitalarios de urgencias, de frecuente aportación en la práctica con la denuncia o atestado policial. Dichos partes nos expresarán la actuación sanitaria efectivamente realizada ante el lesionado, que será un criterio orientador pero no absoluto por cuanto como dijimos con anterioridad el tipo del artículo 147.1 habla de que la lesión exija «objetivamente» para su sanidad tratamiento médico o quirúrgico, por lo tanto no hay que estar a lo aplicado sino a lo que objetivamente requería la sanidad de la lesión. No obstante y como de ordinario se aplican las medidas objetivamente necesarias para obtener la sanidad y de facto se obtiene, es un elemento esencial para probar el tipo de infracción. Sobre la base de dicha documentación así como del reconocimiento posterior del lesionado el médico forense, asesor del juzgado, deberá emitir un informe expresando la lesión sufrida, la actuación sanitaria efectivamente realizada, expresando medios diagnósticos, pautas medicamentosas, actuaciones quirúrgicas y, por último, conforme al tipo de lesión sufrida, cuál es la actuación médica procedente objetivamente para lograr la sanidad o dismuir los efectos de la lesión cuando sea incurable, esto es conforme a la *lex artis*, expresando las pautas correctas a aplicar pero sin pronunciarse sobre si se ha aplicado tratamiento médico o quirúrgico pues la integración de dicho concepto jurídico como ya dijimos anteriormente corresponde al interprete jurídico. En la práctica los informes forenses se limitan a expresar las pautas o medios diagnósticos prescritos y a pronunciarse sobre la presencia de una primera asistencia o de tratamiento médico, con la desagradable consecuencia de que puede ser el médico forense adscrito al juzgado el que acabe decidiendo la tipificación de la infracción, tal y como ocurría en la regulación anterior a 1989.

La importancia de la prueba pericial médica en las lesiones podemos observarla en la práctica en la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 22 de febrero de 2000. En dichos autos constaba como acervo probatorio sobre la naturaleza de las lesiones que sufrió la víctima el «parte judicial» del Hospital y el informe que en base exclusivamente a ese documento realiza el médico forense; en dicho parte inicial se apreciaban una serie de lesiones que no habían sido objeto de seguimiento ni observación ulterior, que eran las siguientes:

- a) Contusión costal.
- b) Fractura sin desplazamiento de huesos propios de la nariz.
- c) Contusiones múltiples en distintas zonas del cuerpo.
- d) Herida en labio superior.

Informa el doctor que «habitualmente» la herida del labio además de la primera asistencia requiere reparación quirúrgica por sutura; la fractura de huesos propios de la nariz, tratamiento ortopédico inmovilizador, y la contusión dorsal, tratamiento de fisioterapia respiratoria.

Sin embargo el Tribunal estimó que tal habitualidad, en cuanto el doctor no vio a la paciente ni consta que siguiera tratamiento médico o quirúrgico alguno, parece deducirla el perito a partir de la hipótesis de que se trató de una paliza de entidad; pero esto era precisamente el objeto de acreditación y no punto de partida, pues lo habitual es que la mayoría de las heridas en el labio es que no requieran puntos de sutura y que las contusiones no precisen tratamiento fisioterapéutico; y respecto de las lesiones de huesos propios de la nariz, que efectivamente precisan normalmente tratamiento médico e inclusive pueden revestir lesiones agravadas por originar con frecuencia deformidad, tampoco resulta excluible a priori, ser de entidad tal, que un fácil taponamiento con algodón suministrado en la primera asistencia, sin requerimiento de ulterior atención, fuera toda la atención que debiera darse para sanar. Por ello y ante la duda consideró las lesiones como constitutivas de falta.

Podemos observar en dicha sentencia como la Audiencia atendió para calificar la infracción como delito o falta a lo que habitualmente las lesiones que se objetivaban exigen para su sanidad, en la medida que el médico no había reconocido a la lesionada y no se había pronunciado sobre lo que sus lesiones en concreto tal y como se le habían causado habían exigido para su sanidad.

En esa misma línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 4 de noviembre de 1999, admitiendo que un menoscabo de la salud mental no permanente, puede incardinarse en el delito de lesiones sin que sea preciso estar en presencia de una enfermedad mental ya que basta cualquier alteración del equilibrio psíquico no irrelevante, consideró que no habiéndose oído en el plenario al médico forense y habiéndose prescrito un tratamiento antihipertensivo y ansiolítico, que es tremendamente flexible y no constando control alguno posterior por el facultativo no existía prueba bastante y por lo tanto en aplicación del principio *in dubio pro reo* las lesiones producidas debían considerarse como una falta del artículo 617 del Código Penal al no constar a la Sala, si objetivamente, el menoscabo psíquico, merecía o no tratamiento, y aún admitiendo una respuesta positiva, en qué pudo consistir el mismo y cuáles fueron las actuaciones facultativas llevadas a cabo.

Sirvan estas sentencias de botón de muestra de la cotidiana práctica en la que la falta de datos o de rigor en los informes aboca a una calificación de falta un comportamiento quizá delictivo.

EL DELITO DE ESTAFA EN EL ÁMBITO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

AUGUSTO SANTALÓ RÍOS

Fiscal de la Audiencia Provincial de Pontevedra

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO GENERAL.—2. ESTUDIO DE LOS TIPOS PENALES: ARTÍCULOS 305, 307 Y 308 DEL CÓDIGO PENAL.—3. ANÁLISIS DE DISTINTAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO.—4. SOLUCIONES PROPUESTAS A LA CUESTIÓN PLANTEADA.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

El legislador ha tipificado en los artículos 305 a 309 del Código Penal conductas que suponen auténticos engaños a las Administraciones en ellos mencionadas y un correlativo acto de disposición patrimonial por parte de éstas en base al engaño sufrido. Diría cualquier estudiante de derecho que lo definido anteriormente no es sino una estafa, mas esta cuestión aparece revestida de una enorme complejidad, hasta el punto de que se plantea el dilema en los siguientes términos: ¿es posible estafar a las Administraciones Públicas? Aunque el planteamiento formulado en estos términos parece excesivamente radical, lo cierto es que del examen de todos los tipos penales, de la jurisprudencia y de la doctrina que los interpreta, se podría llegar a contestar negativamente a la pregunta formulada.

La aplicación del principio de especialidad, que hoy nadie cuestiona, determina que ante una posible colisión de normas entre los delitos tipificados en el Título XIV del libro segundo del Código Penal y los delitos de estafa o de apropiación indebida, sean de aplicación los preceptos del indicado título. Hasta aquí no se detecta ningún problema, ni siquiera en el supuesto de que la pena así impuesta sea inferior a la que correspondería de aplicar otro tipo delictivo, pues es meramente reflejo de una voluntad legislativa otorgar un tratamiento unitario a los fraudes que se puedan cometer en relación con las administraciones y ello con independencia de que esos fraudes impliquen no ingresar lo que se debía o en obtener una entrega indebida, motivada en un error que se provoca en la Administración. Se puede criticar que no es lo mismo un comportamien-

to que el otro y que deberían merecer distinta sanción penal, no obstante, como ya se ha indicado, obedece a un propósito legislativo perfectamente asumible, en el sentido de que no abre una puerta de impunidad a conductas que merecen en un Estado social de derecho un claro reproche social.

Sin embargo, la cuestión se complica e introduce un planteamiento, a mi juicio, desacertado, desde perspectivas de política criminal y de desánimo del ciudadano cumplidor, cuando la aplicación del principio de especialidad va a suponer que cuando no se alcancen las cuantías indicadas en los tipos penales, la conducta sea impune y exclusivamente se pueda actuar a través de la sanción administrativa (que a un infractor que se ha procurado la insolencia no le preocupará demasiado). En este último supuesto, sí es importante, estimo que cualquier ciudadano lo corroboraría, distinguir entre el comportamiento que consiste en no ingresar lo que se debe de aquél en el que se obtiene a través de engaño una cantidad de dinero de la Administración.

Se puede argumentar que en este supuesto, cuando no se alcanzan las cantidades fijadas por el legislador en los tipos penales, no existe ningún concurso de normas, y, en consecuencia, nada impide que si los hechos son constitutivos de estafa o apropiación indebida, se condenase conforme a dichos preceptos. Esta interpretación podría ser plenamente acertada, sobre todo ante tipos delictivos como son los contemplados en los artículos 308 ó 309 del CP que describen conductas semejantes a la del delito de estafa, por ello considerados por la doctrina como «estafa de subvenciones». Sin embargo, el Tribunal Supremo en las ya famosas sentencias de 19 de abril de 1997 y 4 de julio de 1997 se inclina por la interpretación de que los hechos son atípicos penalmente y únicamente es posible actuar contra el infractor en vía administrativa.

No obstante la Jurisprudencia anteriormente mencionada, es fácil encontrar sentencias del Tribunal Supremo en las que se condena por delito de estafa cuando se efectúan prestaciones por alguna Administración que podían considerarse «ayudas» o «subvenciones», por lo que considero necesario analizar los distintos tipos del Título XIV a fin de determinar en qué supuestos, partiendo del principio de especialidad, podrían aplicarse los tipos generales de la estafa o, incluso, apropiación indebida.

2. ESTUDIO DE LOS TIPOS PENALES: ARTÍCULOS 305, 307 Y 308 DEL CÓDIGO PENAL

A) **Artículo 305 del Código Penal**

Este artículo, a los efectos de este estudio, plantea dos tipos de problemas:

1. La punibilidad de las «retenciones» cuando no alcanzan los 15.000.000 de pesetas.
2. Si la obtención de «devoluciones» podría ser constitutiva de estafa cuando no se alcanza la cantidad indicada.

El primer problema ha originado un notable cuerpo jurisprudencial, que en ocasiones concluía en sentencia condenatoria por delito de apropiación indebida, siendo analizado en profundidad por la consulta 1/1996 que, aunque referida a la cuota obrera, es plenamente aplicable a las cantidades retenidas a cuenta del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas; en dicha consulta se llega, como no podía ser de otra manera, a la conclusión de que la conducta es atípica, puesto que el tipo penal incluye expresamente en su redacción «las cantidades retenidas o que se hubieren debido de retener».

La misma doctrina, opino, es aplicable a las devoluciones, puesto que la obtención de las mismas forma parte del núcleo del tipo del artículo 305. Es importante, sin embargo, desterrar un error que, en ocasiones, se detecta en algunas sentencias o tratados en relación con las devoluciones tributarias, consistente en indicar que, en estos supuestos, nunca se va a reintegrar a una persona más de lo que ya se le ha retenido. Esta afirmación puede ser válida para el impuesto de la renta, sin embargo, no lo es, o puede no serlo, en el impuesto del IVA en el que a través del juego de IVA soportado y cargado, y falseando los datos del primero (soportado) puede obtenerse la devolución de una cantidad de dinero que no había sido previamente ingresada en la Hacienda Pública.

B) **Artículo 307 del Código Penal**

La problemática de este artículo es similar a la del 305, ya analizada. En definitiva, se trata, en este caso, de defraudar a la Seguridad Social no ingresando lo que se debe u obteniendo devoluciones indebidas (las bonificaciones incidirán en uno u otro aspectos –ingresar menos o nada o conseguir devoluciones–). Solamente la consecución de devoluciones indebidas de la Seguridad Social por importe inferior a 15.000.000 de pesetas plantea

el problema de si el hecho pudiera perseguirse como estafa. Como ya se indicó, el planteamiento del tema y su solución son idénticos a los señalados para el artículo 305, de forma que el principio de especialidad determina que la obtención de una devolución engañando a los Organismos Gestores de la Seguridad Social únicamente podrá ser perseguida en vía administrativa. Al analizar el artículo 307 no debe confundirse las devoluciones indebidas con otro tipo de prestaciones que pueda realizar la Seguridad Social a favor de los beneficiarios de la misma, que, en todo caso, como se verá, podrían tener encaje en alguno de los supuestos del artículo 308, más no en el analizado, pues éste está pensado en la relación con la Seguridad Social cuando los organismos rectores de ésta están actuando en la función de gestión recaudatoria de los recursos de la Seguridad Social.

De lo analizado hasta el momento se desprende que los fraudes que puedan cometerse contra las Haciendas Públicas en las relaciones tributarias que se mantengan con ella, o contra la Seguridad Social en su vertiente de gestión recaudatoria, solamente serán punibles en los supuestos previstos en los tipos penales, y sin que en ningún otro caso los distintos comportamientos puedan ser perseguidos con arreglo a otros preceptos del Código Penal (concretamente como estafa) sino únicamente como infracciones de carácter administrativo.

C) Artículo 308 del Código Penal

Este artículo plantea el auténtico caballo de batalla a los efectos de este estudio, pues es aquel en el que se producen mayores oscilaciones jurisprudenciales en la interpretación de los conceptos en él utilizados, y en el que se adivinan mayores tensiones a la hora de conjugar una opinión social, que difícilmente puede entender que sea impune «estafar a una Administración» en perjuicio de los legítimos intereses de todos los demás, con la técnica utilizada por el precepto que va a obligar, atendiendo al principio de especialidad, a remitir a la vía administrativa distintas conductas defraudatorias, partiendo de lo que se deba entender por subvención, defraudación o ayuda.

La tensión anunciada es claramente observable en las sentencias que se analizarán posteriormente, que, por un lado amplían el concepto de «ayuda» a fin de que comportamientos de clases sociales más desfavorecidas (trabajadores) no resulten discriminados en relación con otras más pudientes (empresarios), y por otro lo restringen de manera que no resulten impunes (ante el malestar o clara indignación que una sentencia absoluta-ria pueda producir) actuaciones defraudatorias absolutamente reprobables

cualquiera que sea el punto de vista que se adopte (piénsese en la obtención fraudulenta de becas en perjuicio de estudiantes necesitados o de ayudas sociales que van a privar o limitar a los auténticos beneficiarios-necesitados de las mismas).

Lo expuesto hace imprescindible analizar con detenimiento los conceptos empleados en el artículo 308, pues principios básicos de legalidad y seguridad jurídica obligan a que, por un lado no se incriminen (a pesar del rechazo que producen) fuera del citado precepto, comportamientos que únicamente pueden tener encaje en el mencionado artículo, y necesariamente en la condición objetiva de punibilidad fijada por el legislador (10.000.000 de pesetas), y por otro, que no queden impunes comportamientos que por no encajarse en los supuestos del tipo (subvención, desgravación, ayuda) pueden tener incardinación en otros preceptos del Código Penal, especialmente en la figura de la estafa, siempre claro, que concurren los elementos de ésta.

El artículo 308 utiliza los conceptos subvención, desgravación y ayuda, lo que obliga a definirlos:

SUBVENCIÓN

Del texto de la Ley General Presupuestaria y del Reglamento para la concesión de subvenciones, se extraen las características que debe de poseer una subvención, que son las que siguen:

1. Necesidad de que se produzca un desplazamiento patrimonial gratuito.
2. El objeto del desplazamiento ha de proceder de fondos públicos, bien sea de la Administración Central, Autonómica, Local o de fondos europeos.
3. La finalidad será fomentar una actividad de utilidad o interés social o promover la consecución de un fin público y ello de conformidad con los requisitos legales de procedimiento exigidos.

DESGRAVACIÓN

A los efectos de este estudio no tiene excesiva transcendencia esta figura, por cuanto lo que interesa para determinar si existe estafa es que se produzca un desplazamiento patrimonial por parte de la Administración; en este supuesto lo que se origina es una reducción, al beneficiado, de las cantidades a ingresar.

AYUDA

Tal vez éste sea el vocablo que más dudas genera, pues de una interpretación amplia o restrictiva del mismo se derivan consecuencias jurídicas trascendentales que determinarán su configuración dentro del tipo del artículo 308 o, por el contrario, su incardinación en la figura genérica de la estafa. Como posteriormente se verá, la mayoría de las dudas jurisprudenciales giran en torno a este concepto.

La Ley General Presupuestaria considera ayuda la que se otorga con cargo al presupuesto general del Estado o de sus Organismos Autónomos y a la financiada en todo o en parte con fondos de la Unión Europea. A esta regulación lógicamente deberá de añadirse la que procede de otras Administraciones distintas de la Estatal o Comunitaria.

Para diferenciar esta figura de la similar de subvención, es necesario partir de que atienden a fines distintos -tratándose ambas de disposiciones gratuitas- y si el fin de la subvención estaba, como ya se ha indicado, relacionado con la idea de fomento e iba unida a un plan de política social (empleo, cultural...), el fin de la ayuda parece estar más unido a la idea de amparo, asistencia y protección social (catástrofes, premios, ayudas escolares...).

Como se observa, si se extiende el concepto de ayuda a todas las prestaciones económicas en favor de alguien, por parte de las Administraciones, de cualquier tipo que sean (pensiones, medicamentos, becas, libros, viajes...) es evidente que a la pregunta formulada al inicio de este estudio debe de contestarse en sentido negativo: que no es posible estafar a las Administraciones Públicas, porque todos los actos de disposición patrimonial que éstas realicen engañadas por el beneficiario, o tendrán encaje en los tipos del Título XIV, fundamentalmente en el artículo 308, si sobrepasan las cuantías en ellos señaladas (condición objetiva de punibilidad), o por el contrario, serán impunes, por aplicación del principio de especialidad, y únicamente serán perseguibles en vía administrativa.

3. ANÁLISIS DE DISTINTAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

No obstante lo apuntado, lo cierto es que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo condena en ocasiones por estafa en supuestos que podrían considerarse impunes en aplicación estricta de lo anteriormente indicado, y en otros, por el contrario, se acoge una interpretación amplia de los términos del artículo 308 declarando la atipicidad de la conducta.

Es necesario detenerse en algunas sentencias significativas, en uno y otro sentido, para evidenciar el conflicto que vive nuestro más alto Tribunal (no se diga la llamada jurisprudencia menor) que procede de la necesidad de conjugar la utilización de conceptos ajenos al derecho penal, los principios de legalidad e intervención mínima, con una defensa «decorosa» de los importantes intereses en juego, que afectan ya no solamente a una más justa redistribución de los recursos, sino, lo que es más importante, a la propia credibilidad del ciudadano en ese sistema.

A) *Las sentencias del TS de fechas 19 de abril de 1997 y 4 de julio de 1997* (Ponente en ambas Bacigalupo Zapater) llegan a la conclusión de que tras la reforma de la Ley General Presupuestaria (Ley 31/1990, de 27 de diciembre) y del Código Penal (Ley Orgánica 6/1995) que reguló en el artículo 350 el fraude de subvenciones de forma más amplia que la anterior redacción, al incluirse también el término «ayudas», la distinción que se venía haciendo (Sentencia del TS de 10 de febrero de 1995) entre subvenciones y subsidios no tenía sentido, y, en consecuencia, la obtención fraudulenta de subsidios de desempleo, salvo que se alcance la cuantía señalada en el tipo, es impune.

Al lado de los argumentos técnicos, el ponente utiliza otros de carácter social que, estimo, no son en absoluto ajenos a la decisión final adoptada, y que consistirían en que aplicando la figura de la estafa se castigaría más a un trabajador en paro que a un empresario en apuros. No deja de ser «poderoso» el argumento desde una perspectiva social del derecho, y es fácilmente comprensible, no obstante lo cual, considero, no ofrece la solución ideal al tema planteado.

La subvención y la ayuda son disposiciones gratuitas [art. 81.2 a) LGP] es decir, no existe equivalencia entre las prestaciones; por el contrario, el subsidio de desempleo (con independencia de algún supuesto especial) exige una previa cotización por parte del beneficiario, no teniendo, en consecuencia, carácter gratuito, sino que se trata de una contraprestación que efectúa la Administración.

Inciendiando en este punto, la misma solución puede ofrecerse a las pensiones de la Seguridad Social, salvo las no contributivas, pues no suponen un «regalo», sino la contraprestación a una vida de cotizaciones. Indudablemente se va a plantear el dilema moral de castigar precisamente a quien engaña para obtener una pensión en prestación contributiva y «beneficiar» a quien fraudulentamente obtiene una no contributiva; más este dilema no se puede solucionar con interpretaciones «voluntaristas» del tipo (no se pena a nadie) sino modificando la redacción de los tipos penales.

La sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 25 de enero de 2001, en un procedimiento seguido por fraude a la Seguridad Social condenó a diversas personas por la obtención fraudulenta de la pensión de jubilación SOVI por delito de estafa (siguiendo el criterio del Ministerio Fiscal), solución que considero acertada por cuanto este tipo de pensión (a extinguir) es de carácter contributivo, aunque (a tenor de la fecha en que se originó el derecho) el requisito de la cotización a la Seguridad Social hubiese sido más testimonial que real.

B) *Sentencia del TS de 17 de noviembre de 2000* (Ponente Julián Sánchez Melgar): en sentido contrario a la tesis mantenida por Bacigalupo, en esta sentencia se indica que el concepto de subsidio de desempleo no puede ser considerado como una disposición gratuita, sino como una prestación social, que se obtiene previa la contribución de ciertas cuotas, conforme a la regulación de la Seguridad Social. Nuestra Norma fundamental considera a estas retribuciones como prestaciones sociales, que deberán ser suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. Se indica en la sentencia que los subsidios de desempleo no encajan con el bien jurídico protegido por el tipo (impulsar una política de intervención pública de la economía...), con las penas complementarias que se han de imponer, con la excusa absolutoria relacionada con la regularización de actividades, ni con los principios que informaron su concesión.

Estimo, que desde el punto de vista técnico nada se puede objetar a la doctrina mantenida en esta sentencia; queda, no obstante, la objeción social a la que aludía Bacigalupo, es decir, la discriminación entre la obtención fraudulenta de una subvención por el empresario (cuestión administrativa si no alcanza una determinada cantidad) y la obtención fraudulenta de un subsidio de desempleo, punible como estafa.

C) *Sentencia del TS de 25 de enero de 2000* (Ponente Joaquín Delgado García): el TS (que admite el recurso del Fiscal y del Instituto Nacional de la Seguridad Social) deja claro el modo en el que debe de ser interpretado y entendido el artículo 307 del CP en un supuesto en el que se defrauda a la Seguridad Social obteniendo medicamentos fingiendo la condición de pensionista. No es de aplicación el artículo 307 del CP por cuanto este artículo (como ya se ha indicado) tipifica «la defraudación cometida dentro de la actividad recaudatoria de la Seguridad Social, con relación a lo que los empresarios tienen que pagar periódicamente en calidad de cuota patronal y de cuota obrera y demás abonos que se hacen conjuntamente con dichas cuotas. Se trata, en definitiva, de un delito de naturaleza similar al delito contra la hacienda pública del actual artículo 305».

Creo que el supuesto que motiva esta sentencia es sintomático de la confusión que se está produciendo en esta materia. Un tema, a priori tan sencillo, como es analizar un fraude en unas recetas, percibiéndose unos medicamentos de forma a la que no se tiene derecho y tras engañar a quien los dispensa, ha sido considerado impune por una Sección de la Audiencia Provincial de Madrid, no porque no concurrieran los requisitos de la estafa, sino porque, aplicando el principio de especialidad, se consideraba que la conducta encajaba únicamente en la previsión del artículo 307 del CP.

D) *Sentencia del TS de 20 de julio de 2000* (Ponente, Jimenez Villarejo). Aunque en esta sentencia no se plantea el tema objeto del presente estudio considero de interés traerlo a colación por la materia que en ella se analiza. Se trata, resumiendo, de un funcionario público que obtiene, una cantidad de dinero como dietas muy inferior a la fijada en los tipos penales estudiados, cuando éstas no le correspondían, pues no había efectuado aquello para lo que se concedía la dieta. Se condena al funcionario por delito de estafa sin plantear el tema de la naturaleza jurídica de las dietas.

Las dietas no parece que consistan en una ayuda gratuita, sino que por el contrario, aparecen como una indemnización al funcionario por la prestación o comisión de algún servicio. No obstante, no parece descabellado que quien no tiene interés en ser condenado penalmente, alegue la naturaleza de «ayuda» por parte de la Administración de las dietas percibidas, lo que obligaría necesariamente a pronunciarse sobre este extremo, y no sería sorprendente (no faltan precedentes) que alguna resolución aludiese al carácter gratuito de la dieta y considerase que el hecho es sancionable, por debajo de 10.000.000 de pesetas, únicamente en vía administrativa. Incido en este tema porque considero inadmisibles desde dentro y fuera de la Administración, que el comportamiento del «listillo» de las dietas pudiera terminar en impunidad.

E) *Sentencia del TS de 13 de abril de 1999* (Ponente Moner Muñoz). Estimo de enorme interés esta sentencia por cuanto dedica su fundamento jurídico sexto a la cuestión objeto del presente estudio. Se trata en definitiva de la obtención de subvenciones para el fomento de la producción forestal, condenándose a diversas personas por delito de estafa en grado de tentativa. Se señala en el fundamento jurídico indicado que «la diferencia entre la estafa y el fraude de subvenciones no se da en la estructura del tipo objetivo», añadiendo que el elemento «engaño» es consustancial a ambas figuras delictivas, por lo que «no existe una diferencia estructural con la estafa en el tipo objetivo; la única diferencia es, pues, la referente al perjuicio patrimonial que no debe de ser efectivo».

Lo más interesante de la sentencia estriba en que confirma la condena por estafa porque «en todos los casos, en el proceso enjuiciado, concurrían las condiciones para que se pudiera obtener la subvención, lo que se falsea es la extensión del terreno que se pretendía repoblar, para así obtener una subvención mayor a la que se tenía derecho, y ahí surge el engaño que tenía la finalidad de producir el desplazamiento patrimonial por parte de la Administración...». Es decir, en la sentencia se distingue entre falsear las condiciones para tener derecho a una subvención y falsear las condiciones para que la subvención importe una cantidad superior a aquella a la que se tendría derecho de no concurrir la falsedad.

La novedad introducida es francamente interesante, pues, a priori, aún hallándonos ante una subvención o una ayuda, no se podrá determinar si nos encontramos ante un fraude de subvenciones o una estafa. Así, si se tiene derecho a una subvención para instalar empresas en un determinado espacio, graduándose ésta por el volumen de la nave construida, se cometerá delito de fraude de subvenciones si se engaña en cuanto al lugar (requisito necesario) y estafa si se engaña en cuanto a los metros cuadrados construidos.

Aunque la tesis recogida no deja de ser interesante, considero que no es técnicamente correcta, pues los términos del artículo 308 del CP «falseando las condiciones requeridas para su concesión, u ocultando las que lo hubieren impedido» abarcan tanto la obtención de la subvención como las condiciones y cuantía de ésta. Piénsese en lo ilógico que resultaría que el empresario que hubiese construido la nave fuera del lugar protegido y hubiese obtenido una subvención inferior a 10.000.000 de pesetas no habría cometido delito alguno; por el contrario, el que hubiese construido en el lugar señalado pero indicando más metros cuadrados de los reales habría cometido una estafa en cuanto a este último extremo. Desde luego, resulta paradójica la solución dada al tema planteado.

4. SOLUCIONES PROPUESTAS A LA CUESTIÓN PLANTEADA

Insisto en lo ya señalado a lo largo de este estudio, pues quienes nos movemos en el terreno de la aplicación del derecho no dejamos de observar la reacción social ante determinadas conductas; desde mi personal opinión, causa mayor estupor e indignación el comprobar que una persona o sociedad que no tiene derecho consigue una beca, ayuda, incluso millonaria, sin ningún tipo de sanción penal; por el contrario, el que le «cuela» un cheque o una letra de cambio a un banco responde penalmente por lo defraudado.

No se trata de hacer ningún tipo de demagogia, que a nada conduce, sino de plantear el tema desde la perspectiva que ofrece la realidad diaria en Juzgados y Tribunales. Estimo, en consecuencia con todo lo ya expuesto, que el tema tratado (que puede afectar a la misma concepción de justicia que tenemos quienes actuamos «en la aplicación material del derecho»), no puede resolverse con interpretaciones que desdibujan los conceptos y definiciones utilizados en los tipos penales. Opino que una pequeña reforma legislativa solventaría los enormes problemas de interpretación, aplicación e incluso, si se me permite, conciencia, que los tipos penales estudiados plantean.

La impunidad de ciertas conductas se solventaría tipificando en los artículos 308 y 309, así como en el 305, 306 y 307, aunque respecto de estos tres últimos, exclusivamente aquellas conductas que supongan un acto de disposición (devolución) por parte de la Administración de cantidades que previamente no hubiesen sido retenidas, la entrega efectiva de la subvención, ayuda, devolución por importe superior a las 50.000 pesetas, considerándose como tentativa (a diferencia de los tipos principales que no exigen disposición patrimonial para la consumación) la obtención de la subvención, devolución sin entrega material.

Es decir, el tipo penal para las cuantías inferiores a las señaladas en los tipos actuales sería muy similar al de la estafa. Podría, sin necesidad de realizar una tipificación específica como la propuesta, acudirse simplemente a la técnica legislativa utilizada en otros tipos penales, indicando en un último párrafo «sin perjuicio de que el hecho pueda castigarse con arreglo a otros preceptos de este código, concretamente si fuesen constitutivos de estafa». Con una remisión tan simple, los Tribunales podrían juzgar, si concurren los elementos de la estafa, aquellas conductas que encajan perfectamente en esta figura delictiva, que son apreciadas socialmente como estafas dignas de castigo penal, y que no pueden ser penadas porque atendiendo al principio de especialidad deben de aplicarse los preceptos del título XIV del Código Penal; en consecuencia, si no se alcanzan las cuantías que sirven como condición objetiva de punibilidad devienen atípicas.

Obviamente, la pena a imponer en estos supuestos nunca podría ser superior a la de los tipos básicos, pudiendo ser rebajada por los Tribunales, atendiendo a las circunstancias del hecho y de su autor.

**REVISTA
DEL
MINISTERIO FISCAL
III. DOCUMENTACIÓN**

INFORME DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO ACERCA DEL LIBRO VERDE SOBRE LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS INTERESES FINANCIEROS COMUNITARIOS Y LA CREACIÓN DE UN FISCAL EUROPEO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PREGUNTA NÚMERO 1: ¿QUÉ OPINA DE LA ESTRUCTURA Y DE LA ORGANIZACIÓN INTERNA PROPUESTAS PARA EL FISCAL EUROPEO? ¿OPINA QUE LA MISIÓN EUROPEA CONFIADA A LOS FISCALES EUROPEOS DELEGADOS DEBERÁ SER EXCLUSIVA, O QUE PUEDE COMBINARSE CON UNA MISIÓN NACIONAL?—III. PREGUNTAS NÚMEROS 2 Y 3: ARMONIZACIÓN DEL DERECHO MATERIAL. MOTIVOS DE INCUPLICACIÓN DE QUE DEBE SER COMPETENTE EL FISCAL EUROPEO. ADOPCIÓN DE NORMAS COMUNES EN EL RÉGIMEN DE SANCIONES, PRESCRIPCIÓN, RESPONSABILIDAD DE PERSONAS JURÍDICAS Y OTRAS MATERIAS.—IV. PREGUNTA NÚMERO 4: ¿EN QUÉ CASOS DEBE SOMETERSE OBLIGATORIAMENTE UN ASUNTO AL FISCAL EUROPEO, Y QUIÉN DEBERÁ HACERLO?—V. PREGUNTA NÚMERO 5: ¿DEBERÍA EL FISCAL EUROPEO GUIARSE POR EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES, TAL COMO PROPONE LA COMISIÓN O POR EL PRINCIPIO DE CONVENIENCIA DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES? ¿QUÉ EXCEPCIONES DEBERÍAN PREVERSE EN CADA CASO?—VI. PREGUNTA NÚMERO 6: TRATAMIENTO DE ASUNTOS MIXTOS.—VII. PREGUNTA NÚMERO 7: ¿LE PARECE SUFICIENTE LA LISTA DE MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN PREVISTAS POR EL FISCAL EUROPEO, A FIN DE SUPERAR EL FRACCIONAMIENTO DEL ESPACIO PENAL EUROPEO? ¿QUÉ MARCO DEBERÁ PREVERSE PARA TALES MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN?—VIII. PREGUNTA NÚMERO 8: ¿QUÉ SOLUCIONES CABE PREVER PARA GARANTIZAR LA EJECUCIÓN DE LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN EFECTUADOS POR EL FISCAL EUROPEO?—IX. PREGUNTA NÚMERO 9: ¿EN QUÉ CIRCUNSTANCIAS DEBERÁ EL FISCAL EUROPEO DECIDIR EL ARCHIVO O BIEN LA APERTURA DEL JUICIO?—X. PREGUNTA NÚMERO 10: CRITERIOS DE ELECCIÓN DEL ESTADO MIEMBRO DONDE HAYA DE CELEBRAR-

SE EL JUICIO ORAL.—**XI. PREGUNTA NÚMERO 11:** ¿OPINA QUE EL PRINCIPIO DE QUE LAS PRUEBAS OBTENIDAS LEGALMENTE EN UN ESTADO MIEMBRO DEBERÁN SER ADMISIBLES ANTE LOS TRIBUNALES DE LOS DEMÁS ESTADOS MIEMBROS PODRÁ, POR LO QUE RESPECTA AL FISCAL EUROPEO, SUPERAR EL OBSTÁCULO QUE SUPONE LA DIVERSIDAD DE NORMAS SOBRE ADMISIBILIDAD DE LAS PRUEBAS?—**XII. PREGUNTAS NÚMERO 10 (2.^a PARTE), 12, 13, 14:** EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD DE FISCAL EUROPEO.—**XIII. PREGUNTA NÚMERO 18:** RECURSOS DISPONIBLES CONTRA LOS ACTOS ADOPTADOS POR EL FISCAL EUROPEO O REALIZADOS BAJO SU AUTORIDAD EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La iniciativa de la Comisión de creación de un Fiscal Europeo como fórmula de eficaz protección de los intereses financieros comunitarios superando los angostos cauces de la cooperación jurídica internacional fue objeto, en su momento, de los correspondientes elogios.

La concreción de dicha propuesta plasmada en el Libro Verde constituye, a nuestro juicio, un paso adelante de enorme importancia por lo que su acogida sólo puede efectuarse desde un clima de notable satisfacción.

No parece necesario resaltar, por su obviedad, la relevancia de las cuestiones que su lectura suscita ni la trascendencia que, de cara al futuro modelo de Fiscal Europeo, pueda tener la elección de una u otra de las alternativas ofrecidas, al tratar de cada uno de los puntos que se mencionan en la citada propuesta.

Sí lo es, en cambio, el poner de manifiesto el extraordinario esfuerzo de innovación, superador del actual sistema de cooperación judicial, que representa la figura de un Fiscal Europeo.

Pese a lo novedoso de la propuesta, llama la atención la correcta sistematización de los temas abordados y el exhaustivo tratamiento de las cuestiones objeto de consulta. Ello, además de evidenciar la enorme calidad jurídica de sus redactores, facilita enormemente su estudio y la consiguiente reflexión antes de decantarse por la correspondiente opción.

No obstante, la merecida loa a la propuesta no debe ocultar, como se irá exponiendo en las respuestas a las diferentes preguntas, los obstáculos e inconvenientes que subyacen para su implantación. La propia singularidad del sistema procesal español anuncia ya diversos escollos para su coexistencia con el modelo de Fiscal Europeo que se propugna.

La búsqueda de una fórmula integradora que concilie los distintos intereses en juego, tanto comunitarios como nacionales, constituye, sin duda, el siguiente y apasionante reto.

A su logro se dirigen las distintas ideas y reflexiones que, como respuestas al cuestionario contenido en el Libro Verde, se recogen en el presente comentario, en el que, ya se anticipa, no se da contestación concreta a la inicial pregunta general, por encontrarse la misma implícita en el resto de las réplicas.

II. PREGUNTA NÚMERO 1: ¿QUÉ OPINA DE LA ESTRUCTURA Y DE LA ORGANIZACIÓN INTERNA PROPUESTAS PARA EL FISCAL EUROPEO? ¿OPINA QUE LA MISIÓN EUROPEA CONFIADA A LOS FISCALES EUROPEOS DELEGADOS DEBERÁ SER EXCLUSIVA, O QUE PUEDE COMBINARSE CON UNA MISIÓN NACIONAL?

Es indudable que el éxito o el fracaso del Fiscal Europeo va íntimamente unido a la decisión acerca de la configuración de su Estatuto jurídico. La viabilidad del modelo y, lo que es más importante, su credibilidad dependen del grado de independencia y del elenco de facultades y, por lo tanto, de autonomía que se le quiera atribuir.

Desde esta perspectiva es de alabar el diseño general que ofrece el Libro Verde en la medida en que establece como principios básicos de actuación del Fiscal Europeo los de independencia, jerarquía, unidad de actuación e imparcialidad, siempre con el objetivo de asegurar el respeto de los derechos fundamentales, siendo, en principio, correcta la definición de cada uno de ellos.

Ahora bien, respecto del principio de jerarquía se echa en falta una concreción de los mecanismos que van a regir las relaciones entre el Fiscal Europeo y los Fiscales Europeos delegados: por ejemplo, la posibilidad de la organización interna de debates o la existencia de la figura del disenso frente a una instrucción del Fiscal Europeo (cuándo y en qué condiciones cabrá el disenso y cuál será el procedimiento de articulación del mismo).

Igualmente, parece razonable precisar el estatuto de la figura de los Fiscales adjuntos (punto 4.3), en particular, sus funciones (meramente administrativas o también judiciales) y su relación con los Fiscales Europeos delegados (si es jerárquica o no).

En cuanto al modo de designación y duración del mandato del Fiscal Europeo no existen objeciones pues el sistema elegido refleja y asegura su

independencia, si bien parece razonable que puedan proponerse varios candidatos.

Respecto de la destitución, la opción elegida de otorgar la competencia a un órgano judicial comunitario se revela acertada para garantizar la citada independencia, disipando así las inevitables dudas que planearían en determinadas ocasiones de utilizarse para el cese un sistema similar al del nombramiento. Sí sería deseable concretar el contenido y alcance de las distintas causas de destitución (qué se entiende por «condiciones necesarias» o por «falta grave»), lo que, sin duda, exigirá el correspondiente desarrollo reglamentario.

Por otra parte, aunque se contempla la responsabilidad disciplinaria del Fiscal Europeo, nada se dice acerca de su posible responsabilidad penal: causas, sanciones y órgano ante el que deba responder.

Respecto del estatuto de los Fiscales Europeos delegados cabe plantearse, en aras a salvaguardar su independencia, si no cabe que la propuesta para su nombramiento corresponda a un órgano comunitario, en lugar de al Estado miembro de origen. Y, en cualquier caso, de mantenerse esta última modalidad, habría que especificar el procedimiento de realización de tal propuesta. Obviamente, el establecimiento de un proceso selectivo: oposición o concurso-oposición, en cada Estado miembro constituiría una garantía adicional de su independencia. Y, al igual que se ha mencionado respecto del Fiscal Europeo, sería conveniente que la propuesta tuviera varios candidatos.

Mención especial merece la cuestión atinente al carácter exclusivo o no de la misión europea confiada al Fiscal Europeo delegado.

La solución de atribuirle una función comunitaria en exclusividad comporta indudables ventajas. La posibilidad de obtener una plena y total especialización o la inexistencia de sometimiento a una doble instancia jerárquica, la del Fiscal Europeo y la del respectivo Fiscal Jefe nacional, son algunas de las razones que abogan por esta solución, que implicaría un reforzamiento de la independencia del Fiscal Europeo delegado frente a los intereses nacionales del Estado miembro de origen.

A su vez, la atribución a los Fiscales delegados de una doble función, la de ejercer la acción penal contra aquellas actuaciones que atentasen contra los intereses financieros comunitarios y, al mismo tiempo, contra aquellas otras actividades que, conforme a la respectiva legislación nacional, se reputasen ilícitas, facilitaría la solución a los llamados asuntos mixtos. Este sistema posibilitaría que un mismo Fiscal ejerciese la acción penal en todos los casos de delitos conexos sometidos a dos tipificaciones penales, la comunitaria y la nacional.

Además, tanto el hecho de que la competencia del Fiscal Europeo se fije, en ocasiones, de manera provisional a expensas de que la aparición de nuevos datos en el devenir de la investigación pueda o no confirmarla,

como la frecuente presencia, en estrecha conexión, de intereses financieros comunitarios y nacionales en varios de los ámbitos objeto de protección penal, apoyan igualmente la idea de la compatibilidad de los mandatos europeo y nacional en los Fiscales Europeos delegados.

No obstante, no son de desdeñar las dificultades de primer orden que entrañaría la aparición de eventuales conflictos en el desempeño de su misión derivados de su situación de doble dependencia jerárquica, comunitaria y nacional, y los obstáculos existentes para el establecimiento de mecanismos idóneos para solventar tales situaciones.

Quizás, por ello, no sea desacertado decantarse por la primera de las opciones apuntadas, esto es, la atribución a los Fiscales Europeos delegados de un mandato comunitario en exclusividad.

Finalmente, resulta muy positiva la previsión de un presupuesto propio del Fiscal Europeo a cargo del Presupuesto General de las Comunidades Europeas.

III. PREGUNTAS NÚMEROS 2 Y 3: ARMONIZACIÓN DEL DERECHO MATERIAL. MOTIVOS DE INculpACIÓN DE QUE DEBE SER COMPETENTE EL FISCAL EUROPEO. ADOPCIÓN DE NORMAS COMUNES EN EL RÉGIMEN DE SANCIONES, PRESCRIPCIÓN, RESPONSABILIDAD DE PERSONAS JURÍDICAS Y OTRAS MATERIAS

Las cuestiones que se suscitan en las preguntas 2.^a y 3.^a del Libro Verde tienen un denominador común —el grado de armonización necesario del Derecho material que haya de ser competencia del Fiscal Europeo—, lo cual aconseja su análisis seguidamente de forma conjunta.

La creación de un Fiscal Europeo encargado de modo específico de las infracciones que atenten contra los intereses financieros comunitarios exige, si se quiere que su acción sea eficaz y no encuentre excesivos problemas por la existencia de fronteras y diferentes legislaciones, que se proceda a una armonización del Derecho penal material. La cuestión parece un principio indiscutible.

Ahora bien, se hace preciso entrar a detallar, pese a la amplitud del tema, el grado y alcance de esa armonización, en lo que sí existe una diversidad de criterios y problemas.

Con carácter inicial cabe señalar como línea general de actuación la de la cautela. Es decir, se estima preferible comenzar atribuyendo al Fiscal Europeo unas competencias muy ceñidas a tipos penales que afectan direc-

tamente a intereses financieros comunitarios (fraudes de subvenciones comunitarias y defraudaciones de impuestos comunitarios) para, en una dinámica evolutiva, tras analizar el resultado, ir ampliando dichas competencias a otros ámbitos.

Incluso esta forma de actuación permitiría en un futuro, a la luz positiva de la experiencia, atribuir nuevas competencias sobre materias que indudablemente vienen a la cabeza en cuanto se anuncia la idea de una persecución transfronteriza y común de determinadas infracciones. Sin duda que algunos fenómenos delictivos –medio ambiente, falsificación del euro, tráfico de personas, explotación sexual, etc.– que puedan ser cometidos por grupos organizados y se extiendan más allá de las fronteras de un único Estado miembro, pudieran ser acogidas entre las competencias del Fiscal Europeo.

Ahora bien, en el nacimiento de la Institución y conforme al planteamiento expuesto por el Libro Verde, se estima acertado dar inicio a la figura del Fiscal Europeo mediante un círculo muy estrecho y perfectamente definido de competencias, sin perjuicio de su ulterior y progresiva ampliación.

De otra parte, los tipos penales que el Libro Verde articula a través de las genéricas denominaciones de fraude, corrupción y blanqueo ha de advertirse que se hallan formulados con una excesiva amplitud. Se establecen definiciones muy abiertas que permiten una inclusión muy amplia y poco definida de conductas.

La armonización de los delitos que se atribuirían al Fiscal Europeo exigiría una precisión muy alta sobre la definición de los mismos: su cuantía, intencionalidad, objeto y conducta debieran hallarse definidos de modo tal que la diferenciación se hallara nítidamente establecida no sólo con la falta o infracción penal menor, sino, además y fundamentalmente, con los ilícitos de naturaleza administrativa que ordinariamente subyacen a la figura de la infracción penal. Por eso, el principio de legalidad, exigiría, so pena de perpetuar los problemas hoy existentes, que la codificación de esas conductas delictivas supusiera una tipificación común de determinados delitos para los Estados miembros.

Algunos problemas se aprecian en cuestión de armonización con determinadas figuras delictivas. Así, sin ánimo exhaustivo, cabe señalar que:

- El delito de blanqueo en tanto referido siempre a las ganancias provenientes de un delito previo o base (en España ese delito base ha de ser reputado «grave» a tenor del artículo 301 del CP y conforme a los parámetros que establece el CP en sus artículos 13 y 33) suscita la dificultad de establecer una categoría tan amplia que pudiera ser válida en referencia a todas las legislaciones. Por ello, descartada dicha formulación ante la dificultad de establecer una categoría uniforme para todos los países miem-

bros, se estima más adecuado referenciar el delito base con arreglo a la naturaleza de determinadas infracciones delictivas (así, por ejemplo, provenientes de delitos de defraudación de subvenciones comunitarias).

– Respecto de la «corrupción» no se indica su referencia a los funcionarios comunitarios, que, en principio, parece sería una lógica delimitación de competencias o, de otro modo, a los funcionarios de cualquier país en relación al cumplimiento de deberes que afecten a tareas, funciones o competencias comunitarias.

– Los tipos referidos a las defraudaciones comunitarias debieran contemplar de modo uniforme la cuantía de la defraudación, su determinación en relación con el tipo de impuestos y, en general, una formulación absolutamente precisa. Se trata, a nuestro modo de ver, del tipo o tipos penales que debieran ser los que constituyan en un primer momento el ámbito de competencias del Fiscal Europeo, y ello tal vez pueda verse favorecido por la circunstancia de que es en estos tipos donde existe actualmente y es más fácil establecer en un futuro un más alto grado de armonización.

– Algunas de las categorías que se apuntan en el Libro Verde, en concreto en el apartado 5.2.2, tales como «adjudicación de contratos», «asociación de delincuentes» y «abuso de función», constituyen nociones que no encuentran fácilmente –a diferencia de lo que sucede por ejemplo con el blanqueo de capitales o el fraude de subvenciones comunitarias– acomodo en un tipo exclusivo de nuestro sistema penal, sino que su tratamiento punitivo se halla recogido de una manera que no es fácilmente o directamente localizable a través de tales vocablos, lo que se señala en tanto que ello parece dificultar la armonización de dichas conductas. Será una tarea de armonización más fácil de llevar a cabo aquella que se produce sobre figuras delictivas únicas en cada Estado y con un mismo o similar *nomen iuris* que, en otro caso, si la respuesta penal se halla fragmentada en preceptos de muy diferente signo y estructura entre las diversas legislaciones, que es lo que, a nuestro juicio, sucede con las materias antes señaladas.

Por lo señalado, se entiende que la atribución de competencias al Fiscal Europeo debiera hacerse progresivamente, comenzando de una manera muy cautelosa o limitada a aquellas infracciones delictivas que admiten un mayor grado de armonización, en concreto las defraudaciones de impuestos y subvenciones comunitarias. Dicha armonización en la definición de los tipos delictivos se estima absolutamente imprescindible.

En la materia del ámbito de competencias propio del Fiscal Europeo, una vez que haya sido delimitado el círculo de infracciones comunitarias que hayan de serle atribuidas, se suscita un importante problema respecto

del tratamiento que deba reservarse para las infracciones delictivas nacionales conexas con aquellas. Sobre esta cuestión, directamente relacionada con la esfera de competencias del Fiscal Europeo, nos remitimos ahora, para evitar innecesarias repeticiones, al contenido de las preguntas números 6 y 10.

De otra parte, en lo que respecta a la armonización de otros aspectos distintos de la descripción de conductas típicas, hemos de diferenciar las siguientes cuestiones.

En materia de sanciones, resulta indudable la conveniencia y la justificación de armonizar las sanciones de los tipos comunitarios, no sólo en su límite mínimo —como apunta la propuesta de Directiva de 23 de mayo de 2001—, sino también en su límite máximo. En todo caso, una armonización total en la praxis exigiría, lo cual excede del ámbito posible de actuación, una igualdad en los sistemas penales nacionales de las reglas de delimitación concreta de penas y asimismo de las modalidades de ejecución. En todo caso, al margen de que las diferencias en la ejecución penitenciaria pueden ser paliadas a través de los Convenios para el traslado de personas condenadas y a través de las posibilidades que de futuro apunta el artículo 4 de la Euroorden, entendemos que la armonización en esta materia no es cuestión esencial en este momento y que, por el contrario, sí debe centrarse, fundamentalmente, en aquellos aspectos que determinan el sí o no de la infracción penal, particularmente en el régimen de la prescripción o de la regularización (si llegara a admitirse) tributaria comunitaria, y, de otra parte, en las consecuencias comunitarias complementarias de las sanciones.

La prescripción de las infracciones comunitarias, su régimen jurídico y en concreto los plazos para su apreciación, ha de entenderse, como acertadamente se recoge en el Libro Verde, como una de las cuestiones fundamentales de la armonización. De otro modo, las diferencias de regulación en este punto entre los Estados miembros convierten en una cuestión muy compleja en el caso de infracciones comunitarias mixtas, o realizadas en territorio de más de un Estado miembro, que los plazos más cortos de prescripción fijados por un Estado no afecten a la infracción aún enjuiciada en un Estado distinto.

Se estima importante, por último, que se recoja armonizado un régimen de sanciones comunitarias determinantes de una limitación de derechos o inhabilitación jurídica de las personas, físicas o jurídicas, que se hallen detrás de las infracciones comunitarias competencia del Fiscal Europeo. Se trataría de impedir que tales personas accedan a la función pública, a la contratación pública o a la obtención de subvenciones en el ámbito de la Unión.

IV. PREGUNTA NÚMERO 4: ¿EN QUÉ CASOS DEBE SOMETERSE OBLIGATORIAMENTE UN ASUNTO AL FISCAL EUROPEO, Y QUIÉN DEBERÁ HACERLO?

El texto del Libro Verde parte de una distinción entre información y sometimiento, diferenciando una y otra en razón de la persona o autoridad que traslada o pone en conocimiento la *noticia criminis* al Fiscal Europeo.

Tal como se recoge en el texto, por información se entiende cualquier forma por la que una persona hace llegar la *noticia criminis* al Fiscal Europeo, mientras que por sometimiento según la formula utilizada sería la «información oficial por medio de una autoridad pública a efectos de enjuiciamiento. El sometimiento de un asunto al Fiscal Europeo obliga a éste a dar una respuesta motivada a la petición que se le presenta».

Aunque la definición no resulta especialmente clara, parece diferenciar entre informar y someter con el objeto de distinguir las consecuencias o las obligaciones que una y otra modalidad de traslado de la información supondrían para el Fiscal Europeo, de forma tal que solo la segunda opción obligaría al Fiscal Europeo a dar una respuesta motivada, asumiendo o no la investigación de los hechos denunciados.

Pese a que, efectivamente, la información oficial remitida por una autoridad pública debe recibir un tratamiento diferenciado, en atención siquiera al mayor grado de conocimiento que estas autoridades pudieran tener sobre los hechos denunciados, no debería dejarse sin respuesta al particular que denuncia hechos de los que haya tenido conocimiento. En este sentido debería darse un tratamiento formal a las informaciones o denuncias remitidas por los ciudadanos en aras al respeto a la tutela judicial efectiva y para garantizar la transparencia en la actuación del Fiscal Europeo. De esta forma, una vez denunciados los hechos ante el Fiscal Europeo, las denuncias o informaciones deberían ser registradas y tras su estudio y valoración se decidiría la apertura o no de las diligencias o investigaciones, decisión que debería estar siempre motivada.

En el caso de que no proceda la apertura de diligencias por entender el Fiscal Europeo que no entra dentro de su ámbito de competencias, el Fiscal debería de oficio remitir la denuncia a las autoridades competentes de los Estados en los que los hechos hayan sido cometidos.

Esta decisión inicial por la que el Fiscal Europeo examina su propia competencia y decide si procede la asunción o no de una determinada investigación, puede generar conflictos tanto positivos como negativos de competencia. Independientemente de lo que pueda ocurrir con los asuntos

mixtos, ello obligará a prever la forma y el órgano de solución de estos conflictos. Dado el ámbito en el que se plantea, no parece oportuno que la resolución de estas cuestiones se encargue a una autoridad nacional, sino que parece preferible una autoridad judicial del ámbito europeo.

Se trataría de interpretar el ámbito de competencia del Fiscal Europeo, por lo que probablemente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sería el órgano más adecuado para decidir a quién corresponde la investigación de unos hechos, cuando no exista acuerdo entre el Fiscal Europeo y los órganos judiciales nacionales.

Respecto a la obligatoriedad o no de sometimiento de asuntos al Fiscal Europeo, no parece que la atribución al Fiscal Europeo de la competencia para la instrucción de una serie de delitos deba suponer ninguna modificación del régimen general establecido en las legislaciones nacionales respecto a la obligación de denunciar o el deber de persecución de las infracciones penales que corresponde a determinadas autoridades y funcionarios. Concretamente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española se prevé en el artículo 259 la obligación genérica de denuncia ante la autoridad competente de cualquier persona que presenciare la comisión de hechos delictivos. Ello no significa la necesidad de que el denunciante conozca la competencia del Fiscal Europeo, por lo que el ciudadano cumpliría la obligación con denunciar los hechos ante cualquier autoridad competente, policial, judicial o del Ministerio Público.

La obligación propiamente dicha de sometimiento le correspondería a la autoridad que conociendo de hechos que entren dentro de la competencia del Fiscal Europeo deba «someterlos» oficialmente para que comience la investigación. Esta obligatoriedad se debe predicar, por supuesto de los funcionarios comunitarios o nacionales que tengan conocimiento por su trabajo de la comisión de hechos que afecten a los intereses financieros de la Comunidad.

Ello debería de ir acompañado del establecimiento de una obligación de «sometimiento» por parte de los órganos judiciales o del Ministerio Fiscal nacionales que, como habíamos apuntado, exigiría la inmediata inhibición por parte de los órganos que estuvieran conociendo de los hechos, en el momento en que aparezca con claridad que estos pertenecen al ámbito de competencias del Fiscal Europeo.

A la inversa, deberá preverse la posibilidad de que el Fiscal Europeo pueda requerir de inhibición a las autoridades nacionales que estén investigando algún asunto que entre dentro de sus competencias cuando éstas no le sometieran el asunto voluntariamente.

Estas cuestiones plantean una especial dificultad en sistemas como el español donde el Fiscal puede investigar pero no instruir. La instrucción propiamente dicha corresponde en España al Juez de Instrucción de forma

absolutamente preferente y excluyente, tal y como resulta de la previsión del artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que obliga al Fiscal que estuviera investigando unos hechos supuestamente delictivos a remitir al Juez todas estas investigaciones una vez que tenga conocimiento de que el Juez Instructor ha iniciado diligencias por los mismos hechos.

Probablemente y dentro de la reflexión general que desde hace años se vive en España sobre la conveniencia o no de atribuir la Instrucción al Ministerio Fiscal, este pueda ser un nuevo paso, junto a la jurisdicción de menores, para atribuir en este tipo de delitos la instrucción al Ministerio Fiscal, en este caso al Fiscal Europeo, que conforme al diseño propuesto en el Libro Verde gozaría de todas las garantías de independencia e imparcialidad necesarias para llevar a cabo su labor instructora.

El Libro Verde opta por la intervención sistemática y prioritaria del Ministerio Fiscal para los asuntos de su competencia, por tanto la instrucción debe corresponder de forma prioritaria y excluyente al Fiscal Europeo, modificando los sistemas clásicos como el español de instrucción judicial.

De esta forma, sin perjuicio del control y autorización de las diligencias que puedan suponer incidencia en los derechos fundamentales, el Juez autorizará la práctica de dichas diligencias que serán en unos casos ejecutadas directamente por el Fiscal, o bien, cuando así lo exija la legislación aplicable, el Juez practicará o mantendrá el control de estas actuaciones remitiendo el resultado al Fiscal Europeo para la incorporación a sus diligencias.

No puede ser de otra forma si se pretende una instrucción unificada que abarque todo el territorio comunitario. Cualquiera que sea el lugar de obtención de la prueba o la nacionalidad del Juez que haya autorizado o controlado la ejecución de la diligencia, estas deben ser puestas a disposición del Fiscal Europeo para que más tarde sean presentadas ante el órgano judicial elegido, conforme a las normas previstas para el enjuiciamiento de los hechos.

V. PREGUNTA NÚMERO 5: ¿DEBERÍA EL FISCAL EUROPEO GUIARSE POR EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES, TAL COMO PROPONE LA COMISIÓN O POR EL PRINCIPIO DE CONVENIENCIA DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES? ¿QUÉ EXCEPCIONES DEBERÍAN PREVERSE EN CADA CASO?

Se pregunta la Comisión si el Fiscal Europeo deberá tener la mera posibilidad o la obligación de actuar. Independientemente del sistema que rija en cada Estado miembro, la creación del Fiscal Europeo exige que la elección entre legalidad u oportunidad deba hacerse a escala comunitaria.

El Fiscal español está vinculado al principio de legalidad, de forma que como dispone el artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la ley, todas las acciones penales que considere procedentes. Ello, sin embargo, no debería impedir la posibilidad de mantener para el Fiscal Europeo un principio de legalidad matizado con ciertas excepciones.

Otras posibles excepciones al principio de legalidad como la propuesta de anticipar el juicio contra una persona por una parte suficiente de los cargos existentes contra ella, podría ser tenida en cuenta siempre que tal posibilidad de actuación estuviera también prevista específicamente. En todo caso, estas decisiones del Fiscal Europeo deberán ser acordadas motivadamente y deberían de ser susceptibles de control a petición de los interesados.

La transacción, como forma de evitar absolutamente el juicio, no está prevista en la legislación española y no parece compatible con el principio de legalidad. Aunque su eficacia recaudadora sea indudable, el establecimiento de una transacción que permita archivar las diligencias por la devolución de las cantidades defraudadas, entendemos que no sería conveniente a los efectos de prevención general, generaría sensación de impunidad y sería difícilmente admisible en sistemas judiciales como el español dominados por el principio de legalidad. Sin embargo, la devolución del caudal o la reparación de los perjuicios podrían ser apreciados como circunstancia atenuante de la responsabilidad penal otorgándole efectos más o menos reductores de la pena a imponer, facilitando la conformidad previa al juicio oral, pero siempre dentro del proceso ya iniciado.

VI. PREGUNTA NÚMERO 6: TRATAMIENTO DE ASUNTOS MIXTOS

La cuestión formulada bajo el epígrafe de esta pregunta, relativa al reparto de competencias que debe establecerse entre el Fiscal Europeo y las autoridades jurisdiccionales nacionales en el tratamiento de los asuntos mixtos, constituye una de las cuestiones quizás más complejas del proyecto de Fiscal Europeo que somete el Libro Verde. Esta materia, además, se halla estrechamente relacionada con la pregunta 10 y, en el fondo, con la elección del modelo de Fiscal Europeo que se pretende diseñar.

El presupuesto de los problemas que se abordan en este apartado es la existencia de asuntos mixtos. Se entiende por tales aquellas tramas delictivas constituidas por varias «infracciones comunitarias» (por ejemplo, fraudes a la Hacienda comunitaria) que llevan asociados en régimen de conexión varios delitos que podríamos calificar de «infracciones nacionales»

(por ejemplo, defraudaciones de impuestos nacionales o falsificaciones de documentos nacionales).

Se hace preciso señalar el alcance de la competencia del Fiscal Europeo respecto de tales infracciones, si bien para ello conviene establecer dos premisas:

- La conveniencia de centralizar en un único juicio el conocimiento de los hechos. Esta solución se apunta en el artículo 6 del Convenio de 26 de julio de 1995 para la protección de los intereses financieros de las Comunidades. Parece, como se desarrolla en la pregunta 10, un principio lógico para eludir serios problemas prácticos de *bis in idem*, cosa juzgada y duplicidad de la práctica de pruebas y de esfuerzos procesales. En definitiva, la división o fragmentación de la continencia de la causa resulta poco operativa y compleja.

- La conveniencia de evitar soluciones que pasen por el establecimiento de relaciones de subordinación o de imposición jerárquica del Fiscal Europeo al Fiscal nacional, fuente, sin duda, de numerosos conflictos.

Dividiremos el examen de la atribución de competencias distinguiendo entre infracciones comunitarias e infracciones nacionales.

En primer lugar, respecto de la atribución de competencias para el conocimiento de las «infracciones comunitarias», el Libro Verde establece los principios de intervención sistemática y de supremacía. Es decir, la existencia de infracciones comunitarias determina que haya de acudir al Fiscal Europeo y que su intervención implique la no intervención del Fiscal nacional. Se estima adecuado el planteamiento de ambos principios.

Las complicaciones parecen presentarse en el establecimiento del principio de subsidiariedad, según el cual el Fiscal Europeo puede, en caso de determinadas infracciones comunitarias, decidir cuando se deja la competencia para conocer de las mismas al Fiscal nacional. Tal atribución de funciones del Fiscal Europeo al Fiscal nacional debe efectuarse bajo criterios absolutamente tasados. No es admisible que el Fiscal Europeo pueda, a su criterio discrecional, decidir la competencia del Fiscal nacional. El reparto de competencias sobre asuntos comunitarios debe venir absolutamente prefijado.

La solución de atribuir completa, únicamente y por entero el conocimiento de todos los asuntos comunitarios al Fiscal Europeo, al margen de consideraciones de operatividad en los primeros momentos de su andadura, parece en el fondo la solución más coherente con el establecimiento final de la estructura del Fiscal Europeo.

Ahora bien, de no aceptarse dicha solución o al menos no aceptarse inicialmente, entre los criterios apuntados en el Libro Verde para atribuir al Fiscal nacional los asuntos comunitarios se estima adecuado exclusiva-

mente el siguiente: la existencia de un asunto comunitario producido o cometido enteramente en el territorio de un Estado miembro, que se atribuiría a la competencia del Fiscal nacional de ese Estado.

Otras vías de atribución se estiman inadecuadas. Así, si se trata de infracciones cometidas en varios países, los problemas transfronterizos para la persecución de conductas existirán cualitativamente en igual medida con independencia del importe de la defraudación, luego este dato no puede servir para decidir la atribución competencial. En todo caso, si se optara por tal criterio, entendemos que el umbral económico debiera estar fijado *a priori* por el legislador y no decidirse por el Fiscal Europeo en atención a criterios discrecionales de «gravedad» de la cuantía. No se escapan en todo caso a este informe los problemas que conlleva la determinación variable de esa cuantía a lo largo de la investigación con el consiguiente efecto inadecuado de cambio de Fiscal (europeo o nacional) competente por variación de esa cuantía rebasando al alza o a la baja el límite prefijado.

Por último, las puertas que se dejen abiertas al Fiscal Europeo para aplicar el principio de oportunidad o de utilidad en la no persecución de infracciones comunitarias, que se estiman adecuadas, deben surtir efecto en el sentido de la no persecución de tales conductas, pero nunca en el sentido de su atribución al Fiscal nacional. Los criterios de oportunidad empleados por el Fiscal Europeo para no perseguir infracciones comunitarias no pueden resucitar la competencia del Fiscal nacional para perseguir tales infracciones comunitarias (lo cual parece apuntarse al final del apartado 6.2.2.2 A del Libro Verde).

En cuanto al segundo de los bloques anunciados, los criterios de competencia respecto de las infracciones nacionales conexas a infracciones comunitarias, la cuestión ciertamente resulta enormemente compleja.

Cuando pueda separarse el proceso por las infracciones comunitarias y por las nacionales no habrá cuestión: el Fiscal nacional conocería separadamente de las infracciones nacionales separables. Pero, es sabido que en la práctica será muy frecuente encontrar supuestos en los que esa separación devenga imposible o al menos muy difícil. Basta reparar en que la conexidad determinará no sólo la necesidad de enjuiciamiento conjunto para evitar duplicidad de pruebas y la no ruptura de la continencia de la causa, sino que en muchas ocasiones esa conexidad influye de modo decisivo en la cuantía de la pena a imponer (concursos de delitos reales, mediales, delitos masa o continuados, etc).

Si las infracciones, como será frecuente, no pueden o no deben ser separadas, la cuestión se torna compleja y entendemos que el Libro Verde no hace sino apuntar su complejidad sin acercarse a la solución posible del

problema. Conviene pues advertir de que este es uno de los extremos de no fácil solución y que se presentará frecuentemente en la práctica.

Una posibilidad radicaría en la atribución de los delitos nacionales conexos a infracciones comunitarias a la competencia del Fiscal Europeo. Se amplía con ello el círculo de sus competencias. Se suscita el problema, tampoco insalvable, de que la tramitación e investigación de delitos nacionales conexos sigue el trámite de las infracciones comunitarias, para lo cual no entendemos exista problema alguno si así se decidiera en el Reglamento comunitario. En definitiva, resulta la solución más sencilla y lógica. No obstante, se aprecia una dificultad: si el juicio se celebra en un Estado miembro, no existe problema para que en el mismo se conozca de todas las infracciones comunitarias, cometidas en ese país o en cualquier otro Estado miembro, y también de las infracciones nacionales conexas cometidas en el país de celebración del juicio, pero resta la cuestión de cómo perseguir las demás infracciones nacionales conexas. Este último punto admitiría tres soluciones: su persecución separada por el Fiscal nacional en los Estados miembros de comisión; su no persecución en aplicación cuando fuera procedente del principio de utilidad; y, por último, su enjuiciamiento conjunto con las restantes infracciones comunitarias modificando normas sobre competencia internacional en este punto, solución esta última nada fácil de establecer.

Por último, en el reparto de competencias, el Libro Verde apunta a la necesidad de sistemas de diálogo entre el Fiscal Europeo y el Fiscal nacional, pero esa solución se halla meramente apuntada sin desarrollo alguno de sus líneas básicas. Se trata de una cuestión que enlaza con el modelo de Fiscal Europeo y de relaciones entre la Fiscalía europea y las Fiscalías nacionales que se halla precisada de mayores dosis de concreción al constituir una de las claves de bóveda del sistema que se proyecta.

VII. PREGUNTA NÚMERO 7: ¿LE PARECE SUFICIENTE LA LISTA DE MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN PREVISTAS POR EL FISCAL EUROPEO, A FIN DE SUPERAR EL FRACCIONAMIENTO DEL ESPACIO PENAL EUROPEO? ¿QUÉ MARCO DEBERÁ PREVERSE PARA TALES MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN?

Partiendo de que el Fiscal Europeo deberá dirigir y coordinar las investigaciones sobre los hechos que entren dentro de su ámbito de competencia, es obvio que debe poder utilizar cualquier medida de investigación prevista en las legislaciones nacionales.

No parece necesario determinar exhaustivamente un catálogo de medidas que pueda utilizar el Fiscal Europeo, bastará con prever que el Fiscal Europeo podrá investigar utilizando todas las medidas admitidas en las legislaciones de los Estados en los que actúe.

En principio, la previsión del Libro Verde de que en cada caso sea aplicable la legislación del Estado miembro del lugar en que se actúa parece lógica. Ello no debe plantear problemas en una Europa que avanza decididamente hacia la consecución de un espacio judicial común, donde el ámbito de aplicación del principio reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales debe ser y está siendo de hecho cada vez más amplio.

En aras a facilitar la ejecución de las medidas ordenadas o solicitadas por el Fiscal Europeo será necesaria la mayor homogeneidad posible en la previsión de las mismas medidas en todos los Estados miembros. Además, la tendencia a la homogeneidad en las garantías de los derechos fundamentales en la forma de autorización o ejecución de estas medidas debería traer como resultado el reconocimiento general de la validez de las pruebas obtenidas con respeto a las legislaciones aplicables en cualquier Estado miembro.

Será necesario diferenciar entre aquellas medidas que, por no afectar a derechos fundamentales, pueden ser practicadas directamente por el Fiscal cuyo reconocimiento general no debe plantear problema alguno, de aquellas que, por afectar a alguno de estos derechos, requerirán la autorización y el control judicial y cuyas garantías presentan aún ciertas diferencias en las legislaciones de los distintos Estados.

Sin entrar aquí a analizar el tema de la validez de las pruebas obtenidas legalmente en un Estado miembro que es objeto de atención en otro apartado y partiendo del principio general ya señalado de actuación y ejecución de las medidas en cada caso conforme a la legislación del país en el que se actúa, alguna de las previsiones realizadas para salvar posibles problemas de validez de pruebas en la asistencia judicial penal en el Convenio de 2000, podrían ser aplicadas, siquiera en casos excepcionales a las actuaciones del Fiscal Europeo.

En efecto, el Convenio de 2000 contiene la inversión de la regla clásica de que las comisiones rogatorias se practiquen conforme a las normas del Estado requerido, para establecer en su artículo 4 que la práctica de esta asistencia judicial se ejecutará conforme a las normas del Estado requirente siempre que los trámites y procedimientos no sean contrarios a los principios fundamentales del derecho del Estado requerido. Aun partiendo de que no estamos ante un supuesto de asistencia judicial internacional y que el Fiscal Europeo delegado actuará con los mismos poderes que cualquier otro Fiscal nacional, en determinados casos, teniendo presente el lugar donde vaya a celebrarse el juicio, podría solicitarse la práctica de cualquier

diligencia conforme a las normas del Estado en el que previsiblemente se vaya a celebrar el juicio oral, sin que ello pueda plantear mayores dificultades que cuando se ejecuta una comisión rogatoria internacional conforme al Convenio citado. Es decir, podría solicitarse la ejecución de alguna medida conforme a la normativa del Estado donde las pruebas van a ser posteriormente presentadas y valoradas, una vez solicitada motivadamente la ejecución conforme a esas normas, las autoridades responsables deberían cumplir con lo solicitado salvo que ello contradiga los principios generales del derecho del Estado en que se ejecutan.

Es evidente que ello deberá plantearse únicamente en casos excepcionales, pero partiendo de que el Fiscal Europeo será un órgano integrado en cada uno de los Estados, no debería tener más dificultades de las que puedan encontrar las autoridades judiciales de otro Estado miembro cuando solicitan cualquier tipo de asistencia judicial.

VIII. PREGUNTA NÚMERO 8: ¿QUÉ SOLUCIONES CABE PREVER PARA GARANTIZAR LA EJECUCIÓN DE LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN EFECTUADOS POR EL FISCAL EUROPEO?

Es obvio que el Fiscal Europeo requerirá de la colaboración de las autoridades y funcionarios nacionales para la ejecución de sus diligencias de instrucción. Cuáles sean las relaciones del Fiscal Europeo con las autoridades nacionales encargadas de las investigaciones dependerá en gran medida de la opción que se determine sobre el *status* del Fiscal delegado. Si se entiende que éste mantendrá las mismas atribuciones que tendría como Fiscal nacional, parte de la contestación está resuelta.

En todo caso, entendemos que el Fiscal Europeo no debe tener menos atribuciones de las que correspondan al órgano judicial instructor en el ámbito nacional, con la salvedad de la necesidad de autorización judicial para las medidas que puedan afectar a los derechos fundamentales.

De las tres opciones presentadas en el Libro Verde, la tercera, que consiste en que el Fiscal Europeo se atenga al mismo sistema de relaciones existentes entre las autoridades judiciales nacionales y las autoridades o funcionarios nacionales responsables de la investigación, parece la más adecuada. El Fiscal delegado y el Fiscal Europeo tendrían en cada caso los mismos poderes que los Fiscales nacionales en cuanto a ordenar y dirigir a la policía judicial o a cualquier otra autoridad, funcionario o agente de la autoridad en la ejecución y auxilio necesario para llevar a cabo sus investigaciones.

IX. PREGUNTA NÚMERO 9: ¿EN QUÉ CIRCUNSTANCIAS DEBERÁ EL FISCAL EUROPEO DECIDIR EL ARCHIVO O BIEN LA APERTURA DEL JUICIO?

La fase preparatoria o actividades instructoras del Fiscal Europeo dirigidas a la averiguación de los hechos e identificación de los responsables deberá concluir con una decisión de solicitud de apertura del juicio oral, formulando la acusación contra los responsables o bien de archivo de las actuaciones.

Una vez iniciadas las diligencias de investigación o la instrucción, cualquiera que sea el nombre con el que denomine esta fase preparatoria de investigación de los hechos y acumulación de pruebas, estas deben, por respeto a la seguridad jurídica, concluir con la adopción de una decisión formal y motivada, bien con el archivo o bien con la decisión de solicitud de apertura de juicio oral o bien cuando los hechos revistan caracteres delictivos pero no entren dentro de la competencia del Fiscal Europeo con una remisión de las actuaciones a las autoridades nacionales competentes.

Las razones que puedan determinar el archivo deben estar claramente previstas. En primer lugar, el Fiscal debería poder valorar las diligencias de investigación realizadas y decidir que procede el archivo ante la ausencia de indicios suficientes de actividad delictiva en los hechos denunciados o la falta de identificación del responsable o responsables.

Por otro lado, las causas clásicas de extinción de la responsabilidad, prescripción, fallecimiento o indulto, etc., puesto que hemos optado por un principio de legalidad matizado, deben estar especialmente previstas, sobre todo si, como se admite en el Libro Verde, se establece un sistema armonizado de plazos de prescripción por lo que se refiere a las inculpaciones que son competencia del Fiscal Europeo.

Por otro lado, no siendo el archivo de las diligencias de investigación del Fiscal Europeo una decisión judicial propiamente dicha, deberán determinarse con claridad sus efectos, ya que no puede tener el mismo sentido que una absolución o un «sobreseimiento judicial». Por ello, entendemos que salvando el principio de seguridad jurídica y el respeto al principio *non bis in idem* no debe considerarse este archivo como definitivo, al contrario, deberá mantenerse la posibilidad de reapertura de las investigaciones en el caso de que aparezcan nuevos datos o sean habidos o identificados los responsables, mientras no transcurran los plazos de prescripción previstos para la infracción cometida.

La decisión de solicitar la apertura de juicio oral deberá ser también objeto de control. Debe tenerse en cuenta que la decisión de someter a los

acusados a un juicio no es ni mucho menos inocua y la mayoría de las legislaciones nacionales de los Estados miembros contemplan algún tipo de control judicial sobre esta fase intermedia del proceso.

X. PREGUNTA NÚMERO 10: CRITERIOS DE ELECCIÓN DEL ESTADO MIEMBRO DONDE HAYA DE CELEBRARSE EL JUICIO ORAL

La pregunta número 10 de las formuladas hace referencia a la elección del Estado miembro en el que haya de ser celebrado el juicio y a los criterios que apoyan dicha elección. El control de la decisión llevada a cabo por el Fiscal Europeo se aborda en un apartado específico sobre el control de los actos del control del Fiscal Europeo que aglutina también la respuesta a las preguntas 12, 13 y 14.

Una idea resulta básica para el desarrollo de las sugerencias que se formulan seguidamente a esta cuestión: la elección de uno u otro Estado miembro para la celebración del juicio no es neutra. Al contrario, dicha elección afecta de modo directo y esencial a derechos fundamentales de la persona.

En un espacio judicial armonizado no total sino parcialmente son varios los derechos fundamentales que se ven afectados por la elección del Estado miembro donde se haya de celebrar el juicio. Así, sin ánimo exhaustivo, cabe citar:

- El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley;
- El principio de legalidad en su modalidad de garantía procesal ya que el procedimiento a seguir para el enjuiciamiento será el propio de cada país;
- El principio de legalidad en su modalidad de garantía de ejecución en tanto en cuanto la ejecución de las penas que pudieran resultar impuestas se efectuará en principio por las normas penitenciarias del país de la celebración del juicio, sin perjuicio en un ulterior momento de la aplicación de posibles Convenios para traslado de personas condenadas;
- El principio de legalidad en su doble modalidad de definición de conductas ilícitas y de establecimiento de penas, ya que, aun en el caso de una armonización absoluta de conductas y sanciones, siempre quedan elementos de la parte general del Derecho Penal aplicables y no armonizados (por ejemplo, atenuantes o agravantes, reglas de individualización de la pena, etc.). Todo ello al margen de la posible existencia de delitos conexos a las infracciones de naturaleza comunitaria en los que la disparidad acerca

de su consideración delictiva o no y si su régimen de sanción puede ser muy distinto de uno a otro Estado miembro.

— Por último, algunas cuestiones como la lengua en la que se desarrolle el juicio, pese a la existencia de intérprete, o la residencia alejada del acusado del lugar de celebración con la necesidad de desplazamiento a la sede del Tribunal durante el lapso de tiempo de las sesiones de juicio oral, condicionan directa o indirectamente el derecho de defensa e indudablemente la elección de Letrado defensor.

Por todo ello, la cuestión de si el Fiscal Europeo puede tener libertad absoluta de criterio en orden a la elección del Estado de celebración del juicio debe ser respondida negativamente. Es más, la cuestión terminológica aparece en este punto dotada de una singular importancia: no se trata de «elección» del Estado miembro por el Fiscal Europeo, sino del establecimiento de unos «Criterios de predeterminación del Estado de celebración del juicio». Ni siquiera de «determinación», sino de «predeterminación». Es decir, la fijación de la jurisdicción y competencia de un Estado respecto de los demás debe venir establecida con anterioridad —«predeterminada»— a la comisión de la conducta objeto del enjuiciamiento.

Lo contrario, es decir la elección libre por el Fiscal Europeo del lugar de celebración del juicio, arrojaría serias sombras de sospecha sobre la propia Institución del Fiscal Europeo, que vendrían a dañar su imagen institucional. Éste aparecería como un estrategia procesal a la búsqueda parcial, interesada o inclusive caprichosa de un foro idóneo o adecuado a sus intereses.

Por ello, cabe concluir que la estrategia procesal de las partes en la elección del foro no puede quedar extramuros del círculo de garantías que rodean al proceso.

Dicho lo anterior, analizamos seguidamente los criterios posibles para la predeterminación del foro de enjuiciamiento.

Dos criterios generales que se estiman básicos:

Primero: Entendemos conveniente que la ordenación de los criterios responda a la idea de la conveniencia de centralizar el juicio en un único Estado miembro.

A ello apunta el artículo 6 del Convenio de 26 de julio de 1995 para la protección de los intereses financieros de las Comunidades y estimamos que debe seguirse esa línea.

De otro modo se incrementan los problemas de determinación del principio y final del objeto de cada uno de los procesos que se sigan, lo que se traduce en la existencia de innumerables cuestiones de *non bis in idem*,

cosa juzgada, duplicidad de pruebas, etc., nada convenientes para el adecuado desarrollo de un juicio oral.

Segundo: Consideramos adecuado establecer como principio general el de la «jurisdicción más apropiada para el enjuiciamiento».

Dicho criterio ya se sienta en el artículo 22 del Convenio sobre Ciber-crimen que alude a ... *the most appropriate jurisdiction for prosecution*.

Ese criterio habría de ser establecido a modo de principio general que constituiría un concepto jurídico discrecional, que no arbitrario, y, por ello, susceptible de control judicial en los términos a que se aludirá posteriormente.

El carácter «apropiado» de la jurisdicción se ha de otorgar en función de una premisa esencial: los criterios de predeterminación conducentes a la celebración del juicio en un lugar y no en otro deben estar guiados por el fin de procurar el más fácil desarrollo del juicio o el interés en la correcta administración de justicia. Se erige así este criterio interpretativo en máxima esencial para que la predeterminación del lugar de celebración, por los factores concurrentes directamente relacionados con los hechos enjuiciados, su prueba y los acusados, permita una adecuada celebración y desenvolvimiento del juicio oral. La cuestión se ve claramente con un ejemplo: resultaría absurdo si se tratase de un hecho cometido parcialmente en Grecia y en Inglaterra por un grupo de acusados, todos ellos de lengua anglosajona, desconocedores del idioma griego y residentes en Inglaterra, celebrar el juicio en Grecia y no en Inglaterra por tener allí establecido su domicilio social meramente formal una sociedad instrumental utilizada por los acusados en sus operaciones, a falta de algún elemento esencial que apuntara a la necesidad de Grecia como lugar de celebración.

Establecidos estos dos principios generales, la tarea de fijación de criterios concretos, necesariamente dotados de una cierta dosis de flexibilidad, que hagan realidad y den forma a los dos criterios generales antes citados constituye uno de los retos importantes de la regulación reglamentaria a que se alude en el proyecto de Libro Verde.

Criterios concretos para la predeterminación del fuero de enjuiciamiento:

Un criterio ineludible es el del lugar de comisión de los hechos delictivos. Cuando tales hechos se hayan cometido en un único Estado miembro, será éste –y entendemos que difícilmente otro– el que ostente la jurisdicción y competencia para su enjuiciamiento. A nuestro juicio no hay cuestión alguna en este supuesto.

La cuestión realmente se plantea –como se indica en el propio Libro Verde– en el caso de que se trate de asuntos mixtos. Por tales se han de

entender aquellos hechos cometidos en varios Estados miembros. Es entonces cuando se plantea a cuál de tales Estados se le atribuye el enjuiciamiento.

Merece la pena señalar que en la práctica el problema de determinación del lugar de juicio se presentará ordinariamente con el siguiente presupuesto de hecho o entramado delictivo, al que calificamos de asunto mixto: varias «infracciones comunitarias» (por ejemplo: fraudes de subvenciones comunitarias, etc.) cometidas en distintos países miembros; a su vez, generalmente tales infracciones llevan como delitos conexos otras «infracciones no comunitarias o nacionales» (por ejemplo, defraudación de impuestos nacionales o falsificaciones de documentos de identidad, etc.) que también pueden estar repartidas en su comisión por varios países; y a ello debe sumarse que la investigación de todo el entramado ha supuesto el inicio de actuaciones investigadoras o instructoras (entradas y registros, intervención de comunicaciones, etc.) en varios de tales países.

Ante este panorama se suscita una cuestión doble; primero, cuál sea el lugar para la celebración del juicio y, segundo, si en ese juicio se conoce sólo de las infracciones comunitarias o también de los delitos conexos y, en este caso, si de todos o sólo de algunos, en concreto los cometidos en el Estado donde se desarrolle el juicio. A esta segunda cuestión, ciertamente compleja y muy relacionada con la presente, se da tratamiento en el apartado dedicado a la pregunta número 6.

Consideramos acertada la solución ofrecida en el texto del Libro Verde según la cual la existencia en un Estado miembro de actuaciones de investigación (por ejemplo, una entrada y registro) no es un hecho que haya de condicionar la celebración en ese lugar del juicio oral.

Otra cuestión importante a resolver en este punto es la de si los criterios o foros que se establezcan para decidir el Estado de celebración del juicio deben guardar un orden de subsidiariedad, según el cual sólo se aplicaría el segundo criterio en defecto del anterior y así sucesivamente con todos los criterios que se ordenen jerárquicamente, o si, por el contrario, deben los criterios elegidos formularse alternativamente, de modo tal que el Fiscal Europeo los pondere de modo conjunto y los conjugue con los dos criterios generales antes expuestos para determinar la jurisdicción más adecuada, centralizando el juicio en el Estado miembro en el cual sea posible el desarrollo correcto y ordenado de la administración de justicia. La solución de la alternatividad de los criterios parece preferible habida cuenta de que una dosis mayor de flexibilidad permitirá ponderar más adecuadamente en cada caso los principios generales antes expuestos, huyendo de fórmulas total-

mente tasadas que pudieran conducir en determinados casos a dar un tratamiento ilógico a la elección del foro.

Respecto de los concretos criterios que, formulados alternativamente, se estiman adecuados para fijar el lugar de celebración, cabe señalar los siguientes:

- Lugar del mayor impacto económico de la infracción o de las infracciones cometidas. Este criterio recoge en cierto modo y supera el clásico criterio de la pena mayor (vigente en España en el artículo 18 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los delitos conexos), en tanto que atiende a la gravedad de los hechos, pero no a través de la comparación entre penas aparejadas al delito que, si no existe armonización total (referida al límite no sólo mínimo de la pena sino también al máximo), suscita enormes problemas en la tarea de comparación.

- Lugar donde se hallen las principales pruebas de las infracciones cometidas. (Coincide con el criterio establecido como principal en la legislación española, artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para el supuesto de desconocerse el lugar de comisión del delito).

- Lugar de residencia del principal o de la mayor parte de los principales acusados.

Los tres criterios señalados –inspirados en el artículo 26 del *Corpus Juris*– permitirían, manejados alternativamente, dar respuesta satisfactoria al principio general de jurisdicción más adecuada para la correcta consecución de la administración de justicia.

Junto a los criterios expuestos, existen criterios tradicionales, empleados en algunas legislaciones, que estimamos poco operativos. Así:

- El lugar de detención (utilizado en nuestra legislación en el citado artículo 15 en defecto del lugar de comisión y del lugar de aparición de pruebas), que se estima que nada añade a los ya expresados. Si la detención es meramente circunstancial, el criterio devendría inútil por ilógico (por ejemplo, se detiene al acusado en su huida en un tercer país absolutamente desconectado de la trama de hechos). Si la detención no es circunstancial y conecta al detenido con un lugar relacionado con los hechos y adecuado para el enjuiciamiento, ya estará recogido dicho lugar en alguno de los criterios antes fijados como válidos.

- El lugar de la nacionalidad del acusado o principales acusados. Sucede con este criterio como con el anterior. Si la nacionalidad realmente no es un dato circunstancial y alejado de los hechos, ya estará recogido el lugar a que tal dato apunta en alguno de los restantes criterios antes expresados como válidos.

XI. PREGUNTA NÚMERO 11: ¿OPINA QUE EL PRINCIPIO DE QUE LAS PRUEBAS OBTENIDAS LEGALMENTE EN UN ESTADO MIEMBRO DEBERÁN SER ADMISIBLES ANTE LOS TRIBUNALES DE LOS DEMÁS ESTADOS MIEMBROS PODRÁ, POR LO QUE RESPECTA AL FISCAL EUROPEO, SUPERAR EL OBSTÁCULO QUE SUPONE LA DIVERSIDAD DE NORMAS SOBRE ADMISIBILIDAD DE LAS PRUEBAS?

Es evidente que uno de los obstáculos fundamentales a la eficacia de la acción investigadora del Fiscal Europeo radica en las divergencias existentes en las distintas legislaciones nacionales en materia de práctica de pruebas.

De ahí que la propuesta que en este aspecto contiene el Libro Verde de instauración del principio de reconocimiento mutuo automático de las pruebas representa una sólida y acertada solución cuya acogida no puede admitir objeción alguna.

Ahora bien, conviene distinguir entre la obtención de los medios de prueba durante la fase de investigación o instrucción y la práctica de la prueba en el acto del juicio oral.

Con relación al primer punto, durante la fase de investigación las pruebas deberán practicarse conforme a la legislación nacional del Estado donde se obtengan. Y un tribunal nacional de un Estado miembro estará obligado a admitir toda prueba legalmente practicada conforme al Derecho nacional de otro Estado miembro.

Dicho principio no carece, además, de precedentes. Como muestra basta citar el artículo 3.1 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal o el artículo 10.4 del Convenio celebrado por el Consejo relativo a la Asistencia Judicial en materia Penal entre los Estados miembros de la Unión, donde se parte de la aplicación de la legislación nacional del país donde se practica la diligencia, la cual se desarrollará conforme a sus exigencias.

El Tribunal Supremo español, al analizar el valor de las pruebas practicadas en otros Estados, se ha pronunciado en distintas ocasiones en tal sentido, consolidando una jurisprudencia uniforme, según la cual, es la legislación del país en el que se practican u obtienen las pruebas la que debe regir respecto al modo de practicarlas u obtenerlas «en la forma en que su legislación establezca», por lo que en este orden de cosas, en el ámbito del espacio judicial europeo, no cabe entrar en valoraciones o distinciones sobre las garantías de imparcialidad de unos u otros jueces ni del respectivo valor de los actos ante ellos practicados en forma (SSTS 2459/2001, de 21 de

diciembre; 315/2001, de 3 de mayo; 43/2001, de 19 de enero; 1615/2000, de 16 de octubre, y 552/2000, de 29 de marzo, entre otras).

E, igualmente, la STS 340/2000, de 3 de marzo, señala que las pruebas obtenidas en el extranjero no deben de pasar por el tamiz de las normas españolas, debiéndose estar a las normas y garantías que para la obtención de pruebas rigen en el país en el que se han obtenido o practicado, cumplidos que han sido los principios y derechos que se proclaman en los Tratados Internacionales, como en este caso sería el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

De ahí que el control de la legalidad de la prueba que corresponde, en su caso, a las autoridades judiciales del país en el que se llevó a cabo, no puede ser reiterado por un tribunal de otro Estado miembro, ni aunque sea el de celebración del juicio en el que se va a utilizar dicha prueba. Éste únicamente podría negar la validez a la prueba si su práctica hubiera violentado derechos fundamentales de los reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Ello permitiría considerar al citado Convenio como el verdadero canon de control de la validez de las pruebas practicadas en otro Estado miembro.

Ahora bien, no conviene olvidar que, como ya se ha apuntado en otro apartado, el Convenio de 2000 establece en su artículo 4, invirtiendo la regla clásica expuesta de la práctica de la comisión rogatoria conforme a las normas del Estado requerido, que la práctica de la asistencia judicial se ejecutará conforme a las normas del Estado requirente, siempre que los trámites y procedimientos no sean contrarios a los principios fundamentales del derecho del Estado querido. Previsión ésta que, sin duda, evitaría y facilitaría los eventuales conflictos que pudieran surgir en esta materia.

Respecto a la práctica de la prueba en el acto del juicio oral, deberá regir la legislación nacional del Estado donde se celebre el juicio, que, igualmente, será la que se tendrá en cuenta para la apreciación de su valor probatorio.

XII. PREGUNTAS NÚMEROS 10 (2.^a PARTE), 12, 13, 14: EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD DE FISCAL EUROPEO

El planteamiento efectuado en el Libro Verde de un Ministerio Fiscal Europeo como instancia comunitaria de actuación y dirección centralizada de investigaciones judiciales en todo el territorio de la Unión, que desarrolla su actividad ante Juzgados y Tribunales nacionales de los Estados miembros –sin previsión de una estructura judicial paralela comunitaria–, plantea específicos problemas en materia de control de sus actos.

Sus decisiones en torno a los actos de investigación, a la afección de derechos fundamentales, al archivo o al ejercicio de la acusación y apertura del juicio oral, a la elección del órgano de enjuiciamiento, etc., precisan ser sometidas a control.

¿Qué tipo de control?

En general, el control sobre la actividad del Fiscal, en las diversas opciones que se plantean en derecho comparado, se establece en dos planos: el control interno, que se articula en base a la decisión revisora del superior jerárquico que entra en juego de oficio o a petición de parte interesada, y el externo, que se arbitra en torno a una decisión de un órgano jurisdiccional.

Sin perjuicio de las previsiones de control interno que son consustanciales al buen funcionamiento de cualquier Ministerio Público de carácter jerarquizado, poco hay que insistir en que resulta imprescindible establecer mecanismos de control externo basados en la intervención de un órgano de naturaleza jurisdiccional. Sólo esta opción garantiza un control real frente al riesgo de la actuación desmesurada o arbitraria.

Pero ¿qué órgano jurisdiccional?

En la situación que se genera al provocar la comentada convivencia entre un órgano comunitario —cuya actividad es el objeto de control— e instancias judiciales nacionales en las que se pretende residenciar la decisión jurisdiccional sobre el caso concreto, la cuestión estriba en identificar el órgano jurisdiccional que debe ejercer dicho control y definir los mecanismos o instrumentos de cómo hacerlo efectivo.

La opción por una Sala de Cuestiones Preliminares del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la que residenciar el control sobre la actividad del Fiscal Europeo presenta sobradas ventajas, por cuanto su acción centralizada respecto de todo el territorio de la Unión le permitiría intervenir con autoridad supranacional en la resolución definitiva de las diversas controversias que pudieran suscitarse. Dicha centralización sería de extraordinaria utilidad en los supuestos de casos complejos de carácter transnacional que afecten a dos o más Estados. Sus resoluciones sobre decisiones de archivo —tomadas con o sin empleo del principio de oportunidad— o ejercicio de la acusación y apertura de juicio oral, sobre la determinación de órgano nacional de enjuiciamiento (evitando conflictos negativos de jurisdicción), etc., resolverían los agudos problemas que provoca la inserción de la actividad del Fiscal Europeo en el ámbito de actuación de los órganos jurisdiccionales nacionales. El valor añadido que aporta un órgano único y especializado con unidad de criterio, jurisdicción y compe-

tencia sobre todo el territorio de la Unión constituyen esta alternativa en una opción ideal.

La intervención del TJCE en cuestiones de atribución de jurisdicción, en materia de protección de intereses financieros y en materia de cooperación judicial internacional en el marco del tercer pilar no es extraña a las previsiones normativas de la UE. Recuérdese que el propio Acto del Consejo de 26 de julio de 1995 por el que se establece el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades, prevé en su artículo 8 que podrá someterse al TJCE todo desacuerdo no resuelto por negociación que se refiera a sus artículos 1 a 10 del Convenio –entre ellos en materia de cooperación en investigaciones, diligencias judiciales, asistencia mutua o transmisión de diligencias–, criterio confirmado en el artículo 8 del Primer Protocolo de 27 septiembre de 1996 y los artículos 13 y 15 del segundo Protocolo de 19 de junio de 1997. Además, con carácter general, el TJCE ostenta competencias en garantía de observación de la legalidad vigente como Derecho de la Unión y en materia de interpretación y aplicación del mismo (incluso respecto de los instrumentos normativos que constituyen fuente en el marco del tercer pilar relativos a la cooperación judicial en materia penal).

Por ello, dar un paso adelante con la atribución de específicas competencias en sede de Tribunal de Primera Instancia o creando la referida Sala de Cuestiones Preliminares –al modo de la prevista para la Corte Penal Internacional¹– no resultaría ni descabellado ni injustificado. Se pondrían así las bases para ulteriores pasos en esta misma dirección de posibilitar una mínima previsión estructural a nivel orgánico jurisdiccional de naturaleza comunitaria.

El argumento de que ello conllevaría modificación del Tratado no parece impeditivo, pues la misma es también requisito ineludible para la propia figura del Fiscal Europeo y el dilatado proceso de reforma permitiría también abordar esta novedad.

Si la opción ha de ejercerse necesariamente en el nivel nacional, la observación de partida es que no pueden efectuarse consideraciones válidas para todas las situaciones imaginables. Habrá que distinguir el tipo de actividad procedimental en orden a concretar las situaciones merecedoras de control y el órgano u órganos que hayan de ejercerlo.

¹ Cuyo estatuto –aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre establecimiento de una Corte Penal Internacional– ha sido ratificado por todos los Estados miembros de la UE, lo que puede resultar indicativo de la aceptación de este modelo como especialmente adecuado en las manifestaciones de coacción penal internacional.

Ello en la práctica implica una diversificación efectiva del control. A efectos de sistematizar el comentario, podemos abordar la cuestión refiriéndonos en apartados separados a la actividad desarrollada en la fase de investigación, a la decisión sobre archivo o formulación de la acusación y a la elección del Estado miembro de enjuiciamiento.

1. Actividad del Fiscal Europeo durante la fase de investigación.

En general, los ordenamientos procesales que acogen el sistema de investigación por el Ministerio Público suelen distinguir entre los actos que el Fiscal puede realizar por sí mismo, los que pueden practicar, previa obtención de una orden o autorización judicial o, en su caso, con necesidad de posterior convalidación judicial, y los que debe interesar que el Juez practique por sí mismo o que se practiquen a presencia judicial.

Este esquema sería trasladable al tratamiento de la cuestión del control sobre la actividad de investigación del Ministerio Público Europeo.

La carencia de potestades jurisdiccionales obliga a que, si la diligencia a practicar supone invasión en derechos fundamentales o si se quiere que ostente fuerza probatoria en el futuro —como prueba anticipada o preconstituida— sea preciso acudir a la decisión o al auxilio judicial.

A) Actos que afecten derechos fundamentales:

El propio diseño del modelo presentado a debate por la Comisión Europea propicia una distinción a estos efectos entre el tratamiento a dispensar a aquellos actos procedimentales que afecten derechos fundamentales y el propio de aquellos otros que no presenten esta condición.

Para las actuaciones que impliquen afección de estos derechos, el Libro Verde contempla casi sin alternativas ² la opción de la intervención de un Juez de Garantías de nivel nacional. Definido abstractamente el órgano jurisdiccional de control conforme al modelo típico de proceso caracterizado por la atribución de la actividad de investigación al Ministerio Público, la cuestión se centrará en concretar dicho órgano en cada uno de los países en función de su propio sistema procesal y su organización judicial.

Esta definición no planteará demasiados problemas en los sistemas comparados que se han construido bajo el modelo que podríamos denominar como de «Fiscal Instructor» (por ejemplo, Alemania, Italia, Portugal), puesto que disponen ya de la figura del Juez de Garantías (cualquiera que

² *Vide ap.* 6.4.2. Si bien desde el punto de vista teórico se admite la posibilidad de acompañar al Fiscal Europeo con un órgano jurisdiccional comunitario encargado de ejercer esta función de Juez de Libertades, se aduce que ello implicaría crear una legislación común en materia de medidas de investigación y que ésta no es la elección de la Comisión.

sea la denominación empleada). Sin embargo, en los sistemas de «Juez Instructor» —como el nuestro—, dicho planteamiento deberá llevar a la designación del concreto órgano ya existente que desempeñará tal función (Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional o cada uno de los Jueces de Instrucción competentes por razón del territorio³) o a la creación de un órgano *ex novo* que desempeñe dicha función en exclusiva. En cualquier caso, por razones obvias derivadas de las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos este Juez ha de ser distinto del órgano jurisdiccional competente para el enjuiciamiento del fondo y debe llevar a cabo un control de legalidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida, conforme a los parámetros del propio Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo que lo interpreta.

Por razones de centralización, especialización y uniformidad de resoluciones, parece lógico y preferible residenciar dicha función en un órgano judicial unipersonal con competencia en todo el territorio nacional cuyas resoluciones podrían ser objeto de recurso ante un órgano colegiado superior jerárquico. Por lo que a España se refiere, la atribución de dichas funciones a la Audiencia Nacional (y dentro de ella a un Juez Central constituido en Juez Nacional de Garantías) iría en la línea de potenciar su intervención frente a la delincuencia organizada y evitaría la disparidad de criterios que podría propiciar ubicar como Juez de Garantías a cualquier Juez de Instrucción (profesional o sustituto) de cualquier punto del territorio español, cuyas decisiones serían susceptibles de recurso ante las correspondientes Secciones de cada una de las Audiencias Provinciales. Además, ello facilitaría la acción coordinada en los supuestos en los que resultara preciso acometer actuaciones sincronizadas (por ejemplo, registros) en diversos puntos del territorio nacional e iría en consonancia analógica con el criterio de competencia de la Audiencia Nacional para los casos del artículo 65.1.º, c) y e), y 2.º LOPJ.

El principio de actuación conforme al derecho nacional del territorio donde se actúa podría permitir que allí donde ya se admite la «convalidación» o intervención *a posteriori* en casos de urgencia así se continúe haciendo, pero en España el control deberá ser inevitablemente previo por razones constitucionales, por lo que la intervención *a priori* del órgano jurisdiccional de garantías será ineludible.

Con objeto de ocasionar el menor impacto en la normativa nacional, los recursos contra las resoluciones del Juez Nacional de Garantías deberían ser los mismos que los previstos contra las decisiones similares de los suje-

³ Función que deberá desempeñar compatibilizándola con sus otras competencias.

tos actuales de dicha decisión (Jueces de Instrucción en general y Jueces Centrales de Instrucción en particular).

En cuanto a la posibilidad de intervención en casos transnacionales de Jueces Nacionales de Garantías pertenecientes a varios Estados miembros, la solución más razonable de las planteadas en el Libro Verde es la de posibilitar que el Fiscal Europeo pueda, a través de los Fiscales Delegados en su caso, optar por concentrar sus peticiones ante un único Juez Nacional de Garantías cuya decisión se reconozca en todo el territorio de la Unión –partiendo del reconocimiento mutuo y del espacio único de investigación y actuación judicial en esta materia– o dirigirse a varios cuando las circunstancias del caso y del posible Estado de ejecución y enjuiciamiento así lo aconsejen. Ello permitiría, además, la combinación ponderada entre las necesidades de práctica de la prueba conforme a las condiciones del lugar de ejecución y conforme a los requisitos del Estado del órgano judicial competente para el enjuiciamiento.

En las condiciones expresadas y en expresa referencia a la pregunta número 14 los derechos fundamentales estarían suficientemente garantizados.

B) Actos que pretendan ostentar fuerza probatoria:

En el patrón deducible de la propuesta del Libro Verde, la finalidad genérica de la actividad del Fiscal consiste en la averiguación de las circunstancias que rodean la comisión de un hecho punible que tengan importancia para decidir si se deduce acusación por el mismo contra persona o personas determinadas.

Por ello, su contenido se fundamenta en la práctica de los actos de investigación necesarios para constatar la existencia de delito y precisar la persona responsable de cara a trazar la acusación y para reunir y/o asegurar las fuentes de prueba que posteriormente vayan a ser utilizadas en el juicio oral.

En consecuencia, cualquier acto propiciado por el Fiscal que pretenda ostentar valor de prueba «preconstituida o anticipada» precisará de la intervención y control de una autoridad jurisdiccional. En la fase de investigación, dicha intervención y control podría asignarse al mismo Juez de Garantías específicamente determinado para la función de fiscalización de los actos de afección de derechos fundamentales.

C) Actos que no supongan invasión de derechos fundamentales ni pretendan disponer de fuerza probatoria:

En principio, dado el valor de los actos de esta naturaleza que pueda practicar el Fiscal, podría mantenerse el actual estado nacional de la cuestión, sin necesidad de abrir vías adicionales de recursos ni prever la inter-

vencción del Juez Nacional de Garantías más allá de lo estrictamente necesario para la tutela de las libertades que le compete.

En cualquier caso, parece que la previsión del 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal relativa al cese de la actividad investigadora del Fiscal por incoación de diligencias por el Juez de Instrucción no debiera afectar a una investigación preliminar del Fiscal Europeo con objeto de no frustrar el sentido de su intervención investigadora.

2. Decisiones relativas al archivo y apertura del juicio oral y formulación de la acusación.

Concluida la actividad de investigación —o en su curso si sobreviene una causa de extinción de la acción para el caso de archivo—, el Fiscal Europeo habrá de adoptar otra importante decisión: si acusa o si procede el archivo. La trascendencia para la situación y derechos de los afectados por el proceso hace necesario establecer un mecanismo de control sobre la misma.

La investigación preliminar del Fiscal o su actividad ante el Juez de Instrucción ha de dotar al Ministerio Público de los elementos que puede utilizar como prueba en el juicio oral y aportar al Juez los fundamentos precisos para decidir si existen motivos suficientes para repudiar la decisión de acusar por ser dicha pretensión inconsistente o infundada, o para llevar a cabo el enjuiciamiento si se confirma la concurrencia de indicios de perpetración de delito y de responsabilidad del encartado.

En efecto, el Fiscal, una vez dotado por la investigación practicada de los suficientes elementos, ha de pronunciarse sobre si procede archivar por motivos procesales, por motivos jurídico-materiales, por motivos fácticos, por aplicación, en su caso, del principio de oportunidad⁴, etc., o bien formular acusación contra persona o personas determinando la apertura del juicio oral. Lógicamente, tampoco en esta actividad el Fiscal es infalible. Por la misma razón que frente a los posibles errores judiciales, se establece como vía de enmienda el sistema de recursos, surge la necesidad de articular fórmulas de corrección frente a los posibles errores que pueda cometer el Fiscal al valorar jurídicamente los hechos o al apreciar los elementos probatorios concurrentes.

El control sobre esta actividad del Fiscal puede, como ocurre con carácter general, establecerse en los dos planos citados al principio: el interno, existente con especial intensidad en el ámbito de Ministerios Fiscales de estructura y organización jerarquizada —casi todos a excepción del italiano—, que se articula en base a la decisión revisora del superior jerárquico

⁴ Tanto si ésta se admite en su versión pura como en su modalidad reglada.

del Fiscal interviniente y entra en juego de oficio o a instancia de parte; y el externo, que viene arbitrado en torno a la decisión final de órganos jurisdiccionales.

Fundamentalmente, las soluciones de control externo sobre este concreto aspecto que encontramos en el Derecho comparado han sido sistematizadas en tres modelos:

- La revisión de oficio por el Juez de la determinación del Ministerio Público de formular o no acusación. El Juez, tras una audiencia preliminar, puede revisar la decisión de acusación, rechazando el sometimiento de la causa a enjuiciamiento, o el acuerdo de archivo del Ministerio Público, acordando completar la investigación (sistema italiano).

- La comprobación por el Juez de la decisión de archivo sólo a instancia del perjudicado que debe ser previamente notificado de tal decisión (que puede conducir a un procedimiento por el que se fuerza a formular acusación o a la ratificación del archivo); y de oficio de la formulación de acusación, dilucidando –tras la práctica de diligencias pertinentes que solicite, en su caso, el imputado– si está bien fundada o no, antes de proceder a la apertura de la fase de enjuiciamiento (sistema alemán).

- El establecimiento de una auténtica instrucción judicial complementaria a solicitud del perjudicado –a través del asistente– en caso de archivo, o del acusado, en el supuesto de formularse acusación, para que el Juez resuelva abriendo o no la fase de enjuiciamiento en función del resultado de la misma, sin perjuicio de que si no se da lugar a la instrucción –ya que es facultativa–, el Juez analice, como acto inicial de la fase de enjuiciamiento, y con carácter previo a su continuación, si la acusación resulta o no fundada (sistema portugués).

De entre ellas, la opción que parece preferible en relación con la actividad del Fiscal Europeo sería la de la revisión jurisdiccional de la decisión de archivo a instancia del perjudicado y la revisión de oficio de la resolución de formular acusación. Sencillez y equilibrio son argumentos suficientes para sostener una solución de este tenor.

Si se descarta que tal actividad la lleve a cabo la Sala de Cuestiones Preliminares del TJ –opción que se considera preferible por el valor añadido que implicaría confiar la tarea a un único órgano que propiciaría un criterio uniforme y especializado en todo el territorio de la Unión–, el órgano jurisdiccional nacional que debería llevar a cabo esta tarea en España podría estar inserto en la Audiencia Nacional por similares razones a las apuntadas en relación con el Juez Nacional de Garantías. Como se expresa en el Libro Verde, el órgano jurisdiccional de control podría ser un «juez *ad hoc* o el Juez o Tribunal de fondo». De nuevo parece oportuno fijar en

España la competencia para el enjuiciamiento de los eurofraudes investigados por el Fiscal Europeo en la Audiencia Nacional.

Naturalmente, el órgano de control de la apertura de juicio oral podrá ser un órgano de un Estado diferente al del Juez de Garantías interviniente y deberá estar inserto en el Estado miembro competente para el enjuiciamiento, lo que conecta con la cuestión de la «elección» del Estado miembro de celebración del juicio.

3. Elección del Estado miembro de celebración del juicio.

En esta concreta parcela de actividad parece necesario partir de una observación previa: la cuestión del control está íntimamente relacionada con la decisión sobre los criterios, puesto que la intensidad del control será mayor o menor en relación directa con el grado de jerarquía que se establezca entre los criterios escogidos.

Si se opta por un sistema cerrado de criterios ordenados por orden de preferencia, el control tendrá por definición más elementos de incidencia y será de mayor intensidad.

Si la elección es realizada en base a criterios alternativos, abiertos y numerosos, el tema de quién y cómo se efectúe el control será menos relevante.

En términos generales, puede reproducirse la consideración de que, en cualquier caso, el control debe ser externo y confiarse a un órgano jurisdiccional. La definición del control depende de la opción que se adopte sobre el sistema de elección.

El Libro Verde contempla como primera opción establecer un sistema de libre elección por el Fiscal Europeo en base a la idea de la confianza en todos los sistemas y en la comunidad esencial de principios que está bajo la apariencia formal de diversidad de los sistemas procesales de los Estados miembros de la UE. Pero a ello podría contestarse que, *de facto*, esta situación imposibilitaría un control real y en la práctica acabaría produciéndose un riesgo inasumible de actuación arbitraria.

Dada la importancia de los intereses en juego, especialmente para el encausado, es necesario partir de un diseño de contrapesos como demanda cualquier sistema procesal basado en el respeto de las garantías. La elección del Estado determina el derecho nacional aplicable y aún la jurisprudencia nacional en materia de pruebas y elementos sustanciales de las figuras penales aplicables, lo que en un escenario de no plena unificación hace surgir una problemática especial. Frente a la posibilidad de elección de la situación más favorable a las tesis del Fiscal, es necesario establecer un control.

Aún partiendo de su mejor intención, el Fiscal Europeo —como ya se ha dicho— no será infalible y por ello, es necesario establecer mecanismos de revisión de su decisión. Si se defiende la necesidad de existencia de unos criterios y de una adecuada relación entre el lugar de elección y la esencia de los hechos que son objeto de enjuiciamiento, dicho control es irrenunciable.

En definitiva, lo más oportuno parece ser el sometimiento de la elección a controles de motivación y no arbitrariedad y en condiciones de contradicción. El problema que se presenta entonces como más agudo es decidir a qué órgano jurisdiccional atribuir este control.

Básicamente habría dos opciones esenciales:

Opción A). Atribución del control al Juez Nacional de enjuiciamiento al que el Fiscal Europeo solicitaría la apertura de juicio oral, quien analizaría al tiempo su propia competencia de oficio o a instancia de parte.

Opción B). Atribución del control al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y, en su caso, a un nuevo órgano: la ya mencionada Sala de Cuestiones Preliminares similar a la instaurada en otros exponentes de internacionalización de la coacción penal tales como en los Tribunales Internacionales para Ruanda y ex Yugoslavia y, más recientemente, en la Corte Penal Internacional.

La primera opción, la del Juez Nacional, tendría la ventaja de la sencillez y el menor impacto sobre la actual estructura de la Unión, pero tendría el enorme inconveniente de la posibilidad de propiciar situaciones similares a conflictos negativos de jurisdicción, que podrían llevar al Fiscal Europeo a vagar ante las autoridades judiciales de varios Estados sin que ninguno aceptase su competencia, originando —si tomamos en consideración la actual normativa internacional— lentos procesos de consenso sobre la jurisdicción.

La cuestión es importante. Diversos convenios han pretendido evitar situaciones similares, pero baste recordar el fracaso del Convenio de Transmisión de Procedimientos de 1972 que, a pesar del deseo de propiciar la competencia de algún Estado y de establecer en su artículo 8 numerosos criterios de conexión para la afirmación de la jurisdicción —criterios básicamente coincidentes con los recogidos en el Libro Verde y en el Convenio del 95 sobre protección de intereses financieros—, no ha podido evitar los conflictos, principalmente porque acordado en el seno del Consejo de Europa, muy pocos Estados tanto en la Gran Europa como en el seno de la Unión Europea lo han ratificado. Incluso entre los que lo han ratificado las dificultades de llegar a acuerdos en los casos más conflictivos han sido patentes.

La opción B), la creación de una Sala de Cuestiones Preliminares, tiene el inconveniente de la necesidad de la modificación estructural del TJCE y del propio Tratado, pero este argumento —como ya se ha tenido ocasión de decir— no es impeditivo, puesto que también la creación del FE requiere la modificación del Tratado. ¿Por qué no aprovechar el mismo momento para la doble reforma poniendo las bases de una superestructura judicial comunitaria en materia de protección de intereses financieros de la UE? El proceso para la inclusión en el Tratado del FE es suficientemente dilatado para permitirlo. El hecho citado en el Libro Verde de que no se incluyera su previsión en la Comunicación de la Comisión no resulta especialmente problemático si es que el debate que propicia el Libro Verde es verdaderamente abierto⁵.

A los efectos que ahora interesan, las ventajas serían indudables, pues la intervención de la sección de este órgano supranacional determinaría un ágil control jurisdiccional de la petición fiscal y resolvería cualquier controversia con carácter definitivo.

Por demás, la Sala preliminar del TJ comunitario posibilitaría una enorme utilidad en muchos otros aspectos de revisión o autorización de la actividad del Fiscal tal y como ya se ha justificado (control de garantías conforme al parámetro del Convenio Europeo de Derechos Humanos, control de decisiones de archivo o de formulación de la acusación, control de ejercicio del principio de oportunidad en su caso, etc.).

Como posibilidad alternativa, se apunta en el Libro Verde una opción que podríamos denominar *mixta* de concesión del control al órgano nacional de enjuiciamiento, que al mismo tiempo que decide sobre la apertura del juicio oral controlaría su competencia, produciéndose la intervención del TJCE sólo de plantearse conflictos negativos de competencia.

Esta solución parece aceptable como mal menor en caso de descarte de la competencia previa del TJ, que como se ha dicho sería más ágil —temporal y procedimentalmente— y propiciaría una mayor utilidad general, amén de constituir un paso más osado en la instauración de una auténtica vía de unificación procesal en el tratamiento de los eurofraudes. De optarse por esta solución mixta, podría sugerirse la posibilidad de recurso tanto del Fiscal como de las demás partes respecto de la inicial decisión del Juez Nacional ante su superior jerárquico y sólo tras la decisión de éste, y repetida esta situación en al menos otro Estado miembro, la posibilidad de acudir al TJ, lo que viene justificado por la necesidad de que una vez suscitada

⁵ Vide sobre esta Sala de Cuestiones Preliminares, VAN DER WYNGAERT, en el trabajo que lleva por título «Corpus Iuris, Fiscalía Europea y Juez Nacional. Hacia una Sala Preliminar Europea».

la cuestión ante un Estado miembro se agote en el mismo la vía jurisdiccional nacional.

Hay que ser consciente en cualquier caso de las consecuencias dilatorias que esta solución posibilita.

XIII. PREGUNTA NÚMERO 18: RECURSOS DISPONIBLES CONTRA LOS ACTOS ADOPTADOS POR EL FISCAL EUROPEO O REALIZADOS BAJO SU AUTORIDAD EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES

Por regla general, la necesidad de prever un sistema de recursos distinto al ya existente en las normativas nacionales no surge si se descarta la opción de someter el control a la autoridad de un órgano jurisdiccional comunitario.

Naturalmente si se opta —como se ha venido sugiriendo como hipótesis incluso conveniente— por la creación de la Sala de Cuestiones Preliminares o por la atribución a la Primera Instancia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de concretas competencias en materia de control de la actividad del Fiscal Europeo, será preciso complementar el diseño con la instauración de un sistema de impugnación de las decisiones adoptadas en primera instancia, que podrían partir de una posibilidad inicial de reforma por la instancia inicialmente decisoria y una posterior revisión de la instancia superior jerárquica.

Si la atribución del control se efectúa a los órganos nacionales, hay que partir de la suficiencia del sistema de recursos nacional contra las decisiones jurisdiccionales del Juez con competencia en materia de resoluciones sobre privaciones o restricciones de libertad o afecciones del resto de derechos fundamentales, o del órgano jurisdiccional de control del archivo o de la apertura del juicio y formulación de la acusación, aplicándolo también de forma análoga a las resoluciones del órgano jurisdiccional de control de la elección de Estado de enjuiciamiento. No será necesario añadir posibilidades de recurso a las ya previstas por el mero hecho de la intervención del Fiscal Europeo.

Siendo deseable la armonización mínima que se apunta sobre el carácter no suspensivo de tales recursos, tal solución implicaría una afección al sistema nacional de recursos, lo que suscitaría la opción de si puestos a la tarea no sería necesario armonizar el sistema de recursos en todos los aspectos o al menos en su estructuración básica, pues las divergencias nacionales pueden determinar un efecto «llamada» o «huida» respecto de

la intervención de los órganos jurisdiccionales de determinados Estados en función de su sistema de impugnaciones. Una vez más surge la necesidad de definir grados de armonización o unificación en ponderación con el propósito de mínimo impacto sobre las legislaciones nacionales.

Las decisiones sobre actos de investigación que no afectan de derechos fundamentales adoptados por propia autoridad del Fiscal no serían impugnables. El restringido poder del Fiscal y el limitado valor de los actos realizados así lo propicia. La solución propuesta en el Libro Verde coincide con la propia de los modelos de investigación preliminar a cargo del Fiscal y con el régimen deducible para la investigación del Fiscal español con arreglo al 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La respuesta a la pregunta 18, en suma, está ya contenida en los apartados anteriores y a las observaciones efectuadas es necesario remitirse.

Algunas cuestiones, sin embargo, merecen ahora una respuesta concreta.

1. El reconocimiento de derechos de las Comunidades en materia de recurso frente a decisiones de archivo propiciadas por un Fiscal imparcial e independiente es imprescindible, pero en la opción efectuada bastaría admitir un derecho a plantear su discrepancia sobre este particular ante el órgano jurisdiccional de control del archivo. Ello no sería sino manifestación de la aceptación de su estatuto de víctima o perjudicado en el proceso penal de referencia.

2. Resulta imprescindible reconocer al acusado un derecho de recurso sobre la resolución jurisdiccional sobre la elección del Estado de enjuiciamiento. La trascendencia de la decisión así lo demanda, tanto se opte por la Sala de Cuestiones Preliminares como por un órgano nacional como garante del control sobre la elección. Indudablemente, las posibilidades de dilación serán mayores en la opción por la asignación de la tarea a órganos nacionales.

3. Al Fiscal Europeo se le deberá reconocer la posibilidad de interponer recurso contra las resoluciones jurisdiccionales nacionales al menos en los mismos supuestos, con los mismos requisitos y en las mismas condiciones que a los Fiscales nacionales.

