

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

NÚM. 11



MINISTERIO
DE JUSTICIA

2003

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

Presidente

CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO, Fiscal General del Estado

Vocales

RAFAEL VALERO OLTRA

ELVIRA TEJADA DE LA FUENTE

MANUEL VILLÉN NAVAJAS

JOAQUÍN SÁNCHEZ-COVISA VILLA

TERESA COMPTE MASSACH

MARÍA DEL PILAR SÁNCHEZ DONATE

MARÍA JESÚS MOYA MARTÍNEZ

JOSÉ MIGUEL DE LA ROSA CORTINA

Secretario

PEDRO CRESPO BARQUERO

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 20 82/97 Fax: 91 390 20 92/83

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

NÚM. 11



2003

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

NIPO: 051-03-025-0

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 LAFONT NICUESA: <i>Comentario sobre la legalización del tráfico de drogas y algunos problemas sobre los tipos penales vigentes en el Derecho español</i>	9
MARÍA ISABEL DEL CAMPO BELTRÁN: <i>El recurso de reposición</i>	41
JOSÉ MIGUEL DE LA ROSA CORTINA: <i>Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador. En especial, el principio non bis in idem</i>	85
GONZALO J. CAMARERO GONZÁLEZ: <i>Autoría y participación en los delitos especiales</i>	143
EDUARDO DE PRADOS FRUTOS: <i>El refrendo de los actos del Rey</i>	175
MAR CUESTA SÁNCHEZ: <i>Contaminación Acústica. Soluciones jurídicas</i>	213

II. NOTAS Y COMENTARIOS

AMELIA SUÁREZ RICO: <i>Determinación médico-forense de la edad. Protección de los menores en desamparo. La Ley de reponsabilidad penal del menor</i>	249
--	-----

**REVISTA
DEL
MINISTERIO FISCAL
I. ESTUDIOS**

COMENTARIO SOBRE LA LEGALIZACIÓN DEL TRÁFICO DE DROGAS Y ALGUNOS PROBLEMAS SOBRE LOS TIPOS PENALES VIGENTES EN EL DERECHO ESPAÑOL

LUIS LAFONT NICUESA

Abogado-Fiscal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SOBRE LA PENALIZACIÓN DEL CONSUMO.—III. SOBRE LA LEGALIZACIÓN DEL TRÁFICO.—IV. CUESTIONES SOBRE LA NORMATIVA PENAL VIGENTE EN MATERIA DE TRÁFICO DE DROGAS.—V. LA AUTORIZACIÓN DEL CONSUMO DE DROGAS PARA FINES TERAPÉUTICOS.—VI. CONCLUSIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

En el marco de una realidad jurídico-social caracterizada por la presencia de la droga como problema criminal y de salud de primer orden, el Derecho penal no parece haber aportado una solución definitiva. La desilusión generada por la aparente ineficacia del instrumento jurídico-penal para acabar con esta lacra revitaliza el debate sobre la necesidad de despenalizar el tráfico de drogas y la convicción sobre la inutilidad de seguir manteniendo una represión que aparentemente ha perdido la guerra contra la droga.

La intención de este trabajo es aportar una opinión¹ sobre el tema de la legalización del tráfico de drogas y tratar de forma básica las reformas que se estiman más importantes de la actual regulación penal para convalidar plenamente la respuesta jurídico-penal a los principios de tipicidad, proporcionalidad de la pena y reinserción social del penado. Asimismo, se aludirá a algunas cuestiones de la realidad político-legislativa vinculadas a potenciar la eficacia del Derecho penal en la lucha contra la droga en diversos aspectos.

¹ Este trabajo tiene su origen en la intervención que sobre la política criminal en torno al debate sobre la legalización de las drogas efectuó en la mesa redonda celebrada en el marco de las jornadas organizadas por el Consejo General del Poder Judicial y el Departamento de Justicia, Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, relativas a la problemática sobre la drogadicción y debate sobre la legalización celebradas en la ciudad de Bilbao los días 21 y 22 de junio de 2001.

II. SOBRE LA PENALIZACIÓN DEL CONSUMO

Aunque actualmente la despenalización del consumo se muestra como algo sobreentendido, sin que exista un debate social general, todavía subsisten teorías y sensibilidades en favor de su punición.

1. Teorías a favor de la punición

Un primer argumento expone que despenalizar el consumo supone favorecerlo y, en consecuencia, potenciar las redes organizadas de droga que deben atender dicho consumo creciente. El consumo también favorece el tráfico.

Esta teoría omite la consideración del consumidor como titular del bien jurídico protegido y víctima, sustituyéndolo por el de cooperador del delito. Esencialmente supone afirmar que el castigo a la víctima para prevenir los delitos dirigidos contra ella es lícito, lo que puede mantenerse en el marco de un ordenamiento jurídico-penal que se concibe para proteger bienes jurídicos vacíos y cercenados en su contenido subjetivo esencial; pero resulta inadmisibles en un sistema penal en que las figuras delictivas no buscan el castigo de conductas indiferentes, sino la protección de la víctima.

Por otra parte, se señala que la despenalización aumenta la impunidad del delito de tráfico, dificultando notablemente la labor de la acusación, no bastando probar la posesión, sino también la finalidad de la tenencia. El traficante siempre puede decir que la droga es para su consumo personal.

Tal argumento no puede prosperar. La importancia de la no impunidad como expresión del interés de la víctima no debe desconocerse, pero la orientación de una política criminal no debe atender a consideraciones procesales ni a eventuales dificultades probatorias para obtener sentencias condenatorias, sino en conciliar la defensa del bien jurídico con una regulación punitiva que respete de forma escrupulosa los principios y derechos constitucionales y la adecuación de la pena a la gravedad de la conducta castigada.

Otro dato que se aporta es que el consumo de drogas es una conducta socialmente dañina (conclusión del Comité de Expertos de la OMS en 1957), y que el Derecho penal debe ser un instrumento para exteriorizar la desaprobación social; no obstante, no toda conducta éticamente reproachable debe traducirse en un ilícito penal. La unión entre el Derecho y la ética debe separarse en algún momento. Si la norma penal es la respuesta extre-

ma y última a la quiebra de un valor social relevante cristalizado en un bien jurídico, la consecuencia necesaria es que todo precepto penal debe responder a la protección de un valor ético, pero no necesariamente todo valor moral debe estar tutelado por el Derecho penal.

Desde esta perspectiva, el consumo propio de droga deriva de una libertad de decisión personal cuyos perjuicios directos repercuten básicamente sobre la salud de quien la ingiere, no suponiendo una quiebra de la moral colectiva de suficiente entidad para justificar la intervención del Derecho penal.

2. Argumentos constitucionales y penales contrarios a la punición del consumo

Junto a tradicionales razones pragmáticas centradas en la necesidad de no desviar esfuerzos materiales en la lucha contra el tráfico de estupefacientes a gran escala y psicológicos de despojar a la droga de la fuerza atractiva que para una persona tiene todo aquello que se prohíbe, la razón principal que debe señalarse es que penalizar el mero consumo de estupefaciente vulnera la Constitución en al menos dos derechos fundamentales.

a) El derecho a la igualdad de los arts. 1.1, 9.2 y 14 de la Constitución Española (CE), ya que supone tratar desigualmente sin una causa que lo justifique situaciones sustancialmente iguales.

Así, el consumidor castigado por la ley penal sufriría una discriminación con respecto a quien atenta contra un bien jurídico suyo como la propia vida o su integridad física y no resulta sancionado por el Código Penal. Luego, exigencias derivadas de la igualdad, tal y como la perfila nuestro texto constitucional, implicarían que la punición del consumo de droga fuera necesariamente acompañada del castigo del suicidio o de las autolesiones.

b) El derecho a la libertad del art. 17 CE.

Podría afirmarse que la despenalización del consumo es respetuosa con la libertad de drogarse o de conocimiento, facultades incluidas dentro del art. 17 CE como manifestaciones de la autodeterminación personal, siendo incompatibles con cualquier represión legal.

No obstante, debe señalarse que la libertad individual no es un valor infranqueable frente a una ordenación prohibitiva del Estado que atienda al

interés público, sino que, al igual que todo derecho fundamental, es susceptible de ser limitado con dos requisitos:

- a) Existencia de un fin público conectado con la defensa de otro valor constitucional, que en este caso sería la salud.
- b) Proporcionalidad de la restricción del derecho vinculada a la necesidad de la medida adoptada en relación con el fin perseguido por la imposibilidad de alcanzar la protección del derecho que se busca armonizar (la salud) con otras medidas menos gravosas para la persona que sufre la limitación.

Desde esta perspectiva, sería una limitación desproporcionada, y por tanto inconstitucional por lesiva del art. 17 CE, acudir a una vía penal, cuando se cuentan con otras posibilidades de conseguir el mismo fin, recurriendo a fórmulas menos gravosas para el individuo, como puede ser el caso de una sanción administrativa.

Con esto presente, estimamos que la criminalización del consumo de drogas no es una alternativa de política legislativa, ni una opción para el legislador futuro al vulnerar la Constitución.

Por otra parte, también del Derecho penal derivan argumentos contrarios al castigo del consumidor. La penalización supone crear un delito artificial en que la víctima asume una doble posición incompatible en el ámbito subjetivo del tipo penal: la de sujeto activo y pasivo del mismo delito.

Criminalizar a la víctima supone cercenar su posición, despojándola simultáneamente de su verdadera naturaleza de enfermo y de su carácter de fin principal de todo el sistema de Derecho penal.

Efectivamente, la víctima, tradicionalmente olvidada en nuestro sistema criminal, en la sensibilidad de un Estado de Derecho y de su derecho punitivo debe ocupar un papel prioritario. Su interés sólo puede limitarse, con determinadas garantías, cuando entra en colisión con principios constitucionales como el de la reinserción social del criminal; pero el interés del agredido en un delito nunca puede ser desplazarse por exigencias de protección de un bien jurídico completamente desconectado de la víctima, concebido con carácter absoluto e interpretado de forma inconstitucional, ya que el art. 43 CE, que tutela la salud, configura la misma como un derecho y no como un deber cuya infracción deba ser sancionada.

Una cosa es que el Estado, por criterios de política legislativa vinculados a la defensa de un valor social relevante, puede desconectar un bien jurídico de la voluntad de su titular y defenderlo contra su oposición o renuncia y otra cosa es que dirija este bien jurídico contra su titular, castigando a la víctima.

III. SOBRE LA LEGALIZACIÓN DEL TRÁFICO

1. Experiencias despenalizadoras en el Derecho comparado

Holanda ha adoptado desde 1970 una posición de tolerancia en el consumo y el tráfico a pequeña escala.

La fórmula holandesa presenta ciertos problemas. El primer dato criticable es que un Estado haya adoptado una decisión unilateral en pro de la despenalización al margen de las convenciones y tratados internacionales sobre la materia y de cualquier intento de buscar una solución coordinada con el resto de los países de su entorno.

Cualquiera que sea el resultado del debate en pro o en contra de la legalización, una eventual decisión despenalizadora debe estar basada en el consenso internacional, y más en el caso de un Estado integrado dentro de la Unión Europea, uno de cuyos objetivos esenciales es la existencia de una política criminal común que exige castigar de modo uniforme los mismos delitos en todo el territorio de la Unión, lo que resulta incompatible con decisiones unilaterales que suspendan la vigencia formal o la aplicación efectiva de un delito concreto.

En el libro «La actual política criminal sobre drogas. Una perspectiva comparada»², se recoge un interesante debate. El profesor Muñoz Conde califica la experiencia holandesa como un caso atípico y poco recomendable, porque se cimienta en bases poco seguras para el ciudadano, y ello porque el distanciamiento entre la legislación y la práctica, base del sistema holandés, conduce a una situación de inseguridad jurídica, dando la impresión que la intención de Holanda era mantener una buena imagen internacional, manteniendo una legislación represiva mientras en el interior se practica una política mucho más liberal. El problema está en que esa política represiva puede volver a ser utilizada con un cambio de actitud política, con el riesgo que ello conlleva.

Por el contrario, el profesor Vervaele estima que no existe inseguridad jurídica por cuanto al basarse la no persecución en directrices de la Fiscalía y ser éstas en el sistema jurídico holandés derecho vigente, si un fiscal se apartara de dichas directrices, el ciudadano podría acudir a la vía judicial para hacerla cumplir.

Bajo nuestros esquemas jurídicos, la argumentación del profesor Vervaele plantea una situación que agrava el problema de la seguridad jurídica.

² Libro colectivo, *La política criminal sobre drogas. Una perspectiva comparada*, Editorial Tirant lo Blanch, año 1993, pp. 547 y ss.

ca, al sostener un modelo de despenalización desvinculado de la legislación que se mantiene represiva aparentemente pero sin una vocación de aplicación real, de forma que el instrumento jurídico para asegurar dicha despenalización serían las directrices de la Fiscalía dictadas contra el tenor literal de la ley. Tal fórmula resulta imposible de comprender en un sistema jurídico como el nuestro, en que el Ministerio Fiscal es un órgano al que el texto constitucional atribuye específicamente la defensa de la Ley (art. 124 CE). En todo caso, sea cual sea el resultado del debate sobre la legalización de la droga, la victoria de un argumento u otro no puede manifestarse en una decisión independiente basada en una práctica particular de dejar hacer o en la necesidad de salvar las apariencias, sino en un acuerdo internacional unánime basado en una regulación legal.

Sequeros Sazatornil³ expone las líneas maestras del sistema holandés. Total tolerancia hacia el consumo y la venta de cantidades no importantes de drogas blandas, en especial de cannabinoides –hasta 5 gr–, no persiguiéndose su venta para su uso particular en locales específicos: los *coffes-shop*. Los resultados evidencian que el número de consumidores no ha disminuido, sino que el mismo se mantiene en los mismos niveles que en aquellos países en que se mantiene la proscripción penal del tráfico.

En el año 1998 se adopta un proyecto financiado por el Estado, consistente en el reparto gratuito de heroína para 750 adictos, elegidos entre quienes se beneficiaban de programas de distribución de agonistas, como la metadona. Este proyecto se localizó territorialmente en las localidades de Amsterdam y Utrecht, con posibilidad de que se extienda a otras zonas de Holanda en caso de éxito.

En nuestra opinión, tal prueba responde exclusivamente a una convicción de política criminal centrada en la prevención especial. Se piensa que si los adictos a drogas duras sin medios económicos tienen que delinquir para costearse la droga, proporcionémosela nosotros para evitar que inicien o continúen con la dinámica delictiva.

Tal solución se centra en proteger a la sociedad del toxicómano, desconoce exigencias básicas de protección de la salud del drogadicto y de su recuperación para la sociedad. Su aplicación en España no es posible por su incompatibilidad con el derecho a la salud y con el de reeducación y reinserción social del penado, elemento finalista que informa todo el sistema de aplicación de las penas y, para cuya consecución, la cesación en el delito es elemento necesario, pero no único, debiendo abarcar también un

³ SEQUEROS SAZATORNIL, F., *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, Editorial La Ley, año 2000, pp. 919 y ss.

modelo de la relación entre la sociedad y el reo basado en la integración de éste y en su recuperación para la misma.

Fuera de Holanda, entre las iniciativas no coronadas por el éxito en apoyo de la despenalización puede citarse la experiencia sueca. Como indica Sequeros Sazatornil ⁴, durante los años setenta, Suecia asumió el siguiente planteamiento: la disponibilidad total de droga disminuye simultáneamente el tráfico ilegal de drogas y la obsesión por conseguir la droga, lo que reduciría también la necesidad. Entre los años 1965 a 1967 se pone en práctica una experiencia piloto, habilitando áreas de libre consumo. El fracaso fue rotundo, duplicándose el número de consumidores al tiempo que los toxicómanos censados persistían en sus actividades criminales, generándose también como consecuencia negativa la creación de un mercado paralelo en torno a las recetas médicas, con las que también se traficaba para obtener más recetas de las prescritas. Ante el nulo éxito de las medidas adoptadas, se puso fin al programa de libre suministro.

2. Argumentos y propuestas despenalizadoras en España.

Consideración crítica

Los argumentos básicos de la despenalización parten de un fracaso en la política criminal en esta materia. La existencia de una legislación represiva no impide que se sigan cometiendo delitos de tráfico de drogas ni otros que tienen su origen en el consumo de estupefacientes. Asimismo, la cantidad de droga incautada en las actuaciones policiales es reducida con respecto al total de lo traficado. A título ejemplificativo se calcula que se incauta cerca de un 10 por 100 de la heroína y un 30 por 100 de la cocaína que se trafica.

El primer dato que debe señalarse es que la criminalización o no de una conducta y su concreta regulación puede atender a la necesidad de tutelar un bien jurídico relevante; proteger a la víctima de un delito; reducir una alarma social o la reinserción social del penado. Todos ellos son intereses legítimos que pueden ser tenidos en cuenta, pero el éxito en la persecución de un delito nunca puede ser un criterio válido desde una perspectiva de política criminal para una eventual legalización del mismo. El que siga habiendo robos o personas que conduzcan bajo la influencia de bebidas alcohólicas no implica que el Derecho penal sea un instrumento inútil en la eliminación, y mucho menos en la reducción, de esas conductas y que en

⁴ *Op. cit.*, pp. 918-922. Al análisis de la fórmula holandesa se une un interesante análisis sobre los ensayos despenalizadores en Suecia, República Checa, Portugal, Gran Bretaña y Suiza.

consecuencia deban legalizarse los robos o tolerarse la conducción de vehículos bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Tal consideración puede extenderse también al tráfico de drogas. El éxito no es un argumento a valorar en la punición o no de una conducta.

Por otro lado, la tesis despenalizadora plantea la siguiente pregunta: la actual política penal, ¿no está favoreciendo realmente al narcotraficante al dotarles de un poder económico creciente derivado del encarecimiento del precio de la droga que supone la represión penal, otorgándoles una influencia política y social de primer orden en numerosos países?

Es un argumento similar al anterior. En este caso, el castigo del crimen no sólo no evita el delito, sino que favorece al criminal, por lo que la represión de la conducta se muestra como algo ineficaz y procede la legalización.

Que el Derecho penal no tenga un efecto, por mínimo que pueda ser, debilitador de las grandes redes de narcotráfico es algo discutible. Asimismo, la ponderación del criminal en una política legislativa sobre la subsistencia o modificación de un tipo penal no puede hacerse desde aspectos no previstos en la Constitución. La única perspectiva del criminal con rango de interés constitucional a efectos de ser valorado en dicha política es la reeducación y reinserción social del mismo (art. 25 CE) una vez que ha sido condenado. Cualquier otro aspecto desconocido para el texto constitucional por no estar previsto en el mismo, como la mayor o menor fortaleza social del delincuente o su capacidad de delinquir, debe ser descartada en dicha valoración. Una eventual legalización no debe ser abordada desde una óptica que ignore el bien jurídico y a su titular, por lo que en el debate sobre la legalización del tráfico cabe olvidarse del criminal en todo, salvo en su reinserción y recuperación para la sociedad.

Asimismo, se ha señalado que el sistema de represión supone una fuerte restricción de las garantías individuales básicas de los ciudadanos en contradicción con los principios fundamentales del Derecho penal y procesal, y que unas medidas dirigidas contra el tráfico de las mafias organizadas a gran escala acaban aplicándose a los pequeños traficantes de drogas blandas, de forma que la represión penal se ensaña en los más débiles. Sólo 300 de los 38.000 presos españoles pueden calificarse como narcotraficantes, mientras que 25.480 (el 68 por 100) cumplen condenas por delitos menores, relacionados, bien con el consumo o con el tráfico a pequeña escala⁵.

⁵ Dato éste derivado de fuentes penitenciarias que, como señala SEQUEROS IBÁÑEZ, F., *op. cit.*, p. 914, confirmaba la experiencia de más de 60 jueces que en febrero de 1991 «habían refrendado ya en nuestro país una crítica demoledora contra la prohibición de las drogas, elaborada por los juristas del Grupo de Estudios de Política Criminal».

Compartimos parcialmente tal valoración. Queda claro que las medidas dirigidas a combatir el tráfico deben aspirar a acabar con el pequeño y grande por igual; pero reduciendo la intensidad de la pena para el tráfico a pequeña escala. La actual regulación delictual y penológica presenta a nuestro juicio, y como luego veremos, ciertos déficits en este aspecto.

Dentro de las propuestas despenalizadoras más relevantes cabe citar el «Manifiesto por una nueva política criminal sobre droga», suscrito por algunos profesores universitarios y magistrados en Málaga el 2 de diciembre de 1989, a iniciativa del catedrático de Derecho penal Díez Ripollés vicepresidente de la Liga Internacional Antiprohibicionista, cuyos aspectos esenciales pueden sintetizarse de la siguiente forma.

a) Renuncia del Derecho penal como instrumento apto de la política preventiva del consumo, que debe sustituirse mediante mecanismos de educación sanitaria y asistencial.

b) Limitación del Derecho penal como instrumento apto de una política represiva del consumo, liberalizando el tráfico de drogas entre adultos, con un control administrativo de su producción y venta, reservando la represión penal para las conductas más graves de infracción de los controles administrativos, la protección de los menores e incapaces y la acción contra las organizaciones de narcotraficantes en el marco de los delitos contra el orden socioeconómico. Heredera de este Manifiesto es la aprobación en Sevilla de 9 de febrero de 1991 de una Propuesta alternativa detallada a la actual política criminal española, tendente al logro de una despenalización controlada. En ella se añade la inclusión de las drogas dentro de la legislación general sobre medicamentos, y se prefiere la opción del comercio controlado al monopolio, combinado todo ello con una política informativa sobre los efectos en la salud de las drogas peligrosas.

Desde tal perspectiva, los tipos penales debían, según la propuesta, quedar reducidos al castigo de las siguientes conductas:

a) Tráfico no autorizado de drogas duras y la promoción de su consumo con fines mercantiles, con expresa inclusión de un tipo privilegiado en la realización de la conducta por drogodependientes con la finalidad de asegurar su consumo. La pena sería de arresto mayor y multa, con lo que no podría superar los seis meses.

b) Facilitación de cualquier género de estupefacientes a determinados sujetos, principalmente menores de dieciocho años y disminuidos psíquicos. Una exigencia incuestionable. Por generosa que pueda ser la fórmula de despenalización, la protección de los seres más desvalidos de esta sociedad y de aquellas personas sin voluntad propia ni capacidad de decidir es una tarea en cuyo cumplimiento el Ordenamiento jurídico debe reaccionar

con el instrumento más contundente del que dispone, que es la sanción penal. En tal caso, la pena base de prisión menor se agravaría con determinadas circunstancias, como la manipulación con otras sustancias que incrementa el posible daño a la salud o la pertenencia a una organización dedicada al tráfico.

La propuesta, junto al reconocimiento de una nueva eximente específica, incrementaba las posibilidades de ampliación de la remisión condicional del art. 93 bis del Código Penal de 1973, extendiéndola a las bebidas alcohólicas, ampliando el límite temporal de aplicación hasta los cinco años y reduciendo el requisito de la no reincidencia.

Nuestra valoración es que en un sentido estricto no nos encontramos ante una despenalización, sino ante una modificación de tipos, con un cambio del bien jurídico objeto de protección. El castigo del tráfico realizado al margen de los mecanismos de control del Estado aproximaría la naturaleza de la represión jurídico-penal a la del delito de contrabando. Las drogas actualmente prohibidas pasarían, al igual que el alcohol o el tabaco, a ser legales; pero el tráfico y venta, bien se adopte una fórmula económica de monopolio estatal, bien de concurrencia libre o restringida de empresas bajo el control de la administración (ya que siempre será imprescindible una cierta forma de supervisión) aporta al Estado unos beneficios económicos, cuya protección, en consonancia con la represión del tráfico ilegal no autorizado de las drogas legales actuales, pasaría a ser el bien jurídico realmente tutelado, siendo desplazada la salud.

Por tanto, y desde una perspectiva constitucional, un bien jurídico vinculado a un derecho constitucional, como es la salud (art. 43 CE), queda desplazado por otro valor relevante, pero sin un reconocimiento expreso en la parte dogmática de la Constitución como es el interés patrimonial de la administración.

En este contexto, en las IV Jornadas Droga-Delincuencia, organizadas por el Colegio de Abogados de Barcelona en el año 1989, en la Comisión Droga-Delincuencia se elaboró una propuesta despenalizadora interesándose la derogación de la legislación vigente y su sustitución por la represión de la elaboración no autorizada.

Destacan las propuestas de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal e incluir entre los derechos del detenido, en caso de que se alegue algún tipo de drogodependencia, su derecho a ser reconocido por un equipo multidisciplinar de profesionales de la salud, constituidos en los colegios profesionales en turno de oficio, dotar al Juzgado de Guardia de los medios científicos precisos para el análisis de la clase y pureza de la droga

aprehendida y posibilidad de iniciar o continuar un tratamiento de deshabituación en el marco de una situación de prisión provisional.

La doctrina despenalizadora es clara. La represión penal encarece el precio, obligando al drogadicto a delinquir para conseguir la droga⁶. La calidad del producto es deficiente, incrementándose los riesgos para la salud del toxicómano. Espina Ramos⁷ se pregunta «Si para evitar un mal, el consumo de drogas tóxicas, no se estará infligiendo a la sociedad un mal mayor, puesto que el consumo de drogas continúa, pero en unas condiciones sanitarias deplorables para los toxicómanos, quienes son marginados socialmente y sometidos por organizaciones criminales, lo que repercute en perjuicio de la misma sociedad, que tiene que soportar tasas de criminalidad y marginalidad muy superiores a las que se darían si no concurriera dicho factor».

El individuo no puede ser un mero instrumento de la política criminal que aspire a satisfacer exigencias de tranquilidad ciudadana, desconociendo aspectos esenciales del texto constitucional y de principios garantistas elementales del Derecho penal, como son la reinserción social del penado y la necesaria proporcionalidad entre la pena y la gravedad de la conducta; pero tampoco puede ignorarse la necesidad de defender penalmente un bien constitucional como la salud.

Desde esta perspectiva, la despenalización supone un quebranto mayor para la salud que la penalización, de lo que se extrae una consecuencia: la represión es un instrumento limitado, pero útil en la tutela del bien jurídico que se protege.

Tal consideración se deduce de la experiencia proporcionada por los efectos del tratamiento penal de las drogas legales y de la mirada a los problemas de salud y cifras de mortandad generadas por el consumo del alcohol y del tabaco. Compartimos que la legalización y el control estatal del tráfico de drogas determinará una mejora de su calidad, disminuyéndose los peligros que la droga adulterada supone, pero tal dato pierde relevancia ante las repercusiones negativas sobre la salud que la despenalización generalizada conllevaría.

Así, la salud de quienes consumen habitualmente seguirá destruyéndose, aunque sea a un ritmo más lento, y un número creciente de personas,

⁶ «Cerca del 90 por 100 de los delitos cometidos por los 60 ó 70 detenidos que pasan a diario por los Juzgados de plaza de Castilla, de Madrid, tienen relación, cuando no una causa directa, con el consumo de drogas, afirmó el 24 de octubre el decano de los Juzgados de Madrid, Fernando Fernández Martín», *Diario de Noticias la Ley*, número 333, 29 de octubre a 4 de noviembre de 2001.

⁷ ESPINA RAMOS, J. A., «La represión penal contra el tráfico de drogas. Crónica de una victoria imposible», *Noticiero Aranzadi*, número 95, 25 de enero de 2001.

ante la desaparición de la barrera penal, se incorporarán a su consumo. Legalizar podrá sacar el problema de la clandestinidad, pero no lo resolverá, extendiéndolo por el contrario a capas más amplias de población.

Discrepamos también en que la legalización acabará con la delincuencia colateral derivada del consumo de estupefacientes. Podemos estar de acuerdo en que los delitos contra la propiedad cometidos por el toxicómano en su intento de obtener dinero con el que comprar drogas disminuirán, pero no necesariamente desaparecerán. Tal eliminación total sólo se producirá con el suministro gratuito de la droga, que, a nuestro juicio, y como manifestábamos a la hora de hablar de la experiencia holandesa, se opone a principios esenciales de nuestro Ordenamiento jurídico.

Por otro lado, otra serie de delitos derivados aumentará con la legalización como consecuencia necesaria del incremento del número de personas que consumirán drogas. La realidad de las drogas legales, y en concreto del alcohol⁸, puede servir nuevamente como referente. El alcohol es la causa directa de numerosos delitos de malos tratos, lesiones y, en particular, en los derivados de la conducción de vehículos bajo su influencia o las muertes y lesiones derivadas de accidentes de circulación. En consonancia con tal situación, cabe prever que la legalización generalizada de drogas más destructivas y la extensión de su consumo producirán un notable incremento de los delitos aludidos.

Con estos argumentos no estamos erigiendo el Derecho penal en un instrumento perfecto en la lucha contra el narcotráfico. Lejos de ello, partimos de su configuración como un medio limitado y parcial susceptible de ser mejorado que por sí sólo no puede alcanzar el éxito, sino se complementa con medidas de índoles sanitaria, educativa y económica, revistiendo una particular relevancia, la necesidad de buscar a nivel internacional fórmulas económicas que aporten alternativas viables para la transformación de los cultivos de la droga, algo que todavía no se ha conseguido.

No obstante, tampoco creemos que la despenalización sea una alternativa mejor, y sus limitados beneficios, que los tiene, se ven superados notablemente por los perjuicios, en los términos expuestos, perfilándose el castigo

⁸ El diario *El País* en su edición de 2 de septiembre de 2003, recogía cómo los expertos alertan de la relación entre el consumo de alcohol, las drogas y la violencia doméstica: «El jefe de la unidad antialcohólica del hospital «Virgen de la Arreítxaca», de Murcia, y profesor de la Facultad de Medicina, Fernando Espí, demostró que existe relación entre el consumo de alcohol y la violencia doméstica. Tras más de veinte años de investigaciones, Espí concluye que el consumo de alcohol es “un factor inductor de la agresividad y de la violencia”. En la región de Murcia el 60 por 100 de los casos de violencia doméstica están relacionados con el consumo de alcohol, y de éstos un 7 por 100 consumen drogas ilegales, según los datos del profesor Espí, extrapolables a cualquier otra región».

penal del tráfico como una alternativa superior, que no obstante necesita reformas claras en su normativa para adecuar la represión a la gravedad de la conducta, satisfaciendo así el principio constitucional de la reinserción social del penado y la consideración primaria del toxicómano como enfermo.

Los esfuerzos y la intensidad de la pena no debe confundir los objetivos ni dirigirse a la desestructuración social del toxicómano, sino a la lucha contra las mafias del tráfico y a cualquier sector del mercado nacional o internacional que de forma consciente contribuya directa o indirectamente al blanqueo de dinero procedente de la droga.

3. Referencia particular a la legalización del cannabis

El debate social sobre la legalización del cannabis se centra en que un uso moderado no causa un perjuicio grave a la salud y que su consumo, en mayor o menor medida, es una costumbre extendida en amplios estratos de la sociedad, configurándose su consumo como un uso social.

Sobre sus efectos tóxicos, estudios científicos rigurosos, como señala Sequeros Sazatornil⁹, parecen estar de acuerdo en que el consumo habitual de cannabis reduce en el sujeto la capacidad intelectual, disminuye la síntesis del ADN y ocasiona algunas anomalías en la división de cromosomas, produciendo una dependencia psíquica del consumidor que puede homologarse a la física. Igualmente, producen de manera frecuente reacciones agudas de pánico y ansiedad.

Los efectos perjudiciales sobre la salud del consumo habitual de esta sustancia es claro, y por tanto su represión dentro del marco de unas figuras penales que tienen como finalidad proteger la salud humana no es incoherente. Los problemas surgen con los agravios comparativos que surgen al observar el distinto tratamiento jurídico-penal que se da a otras drogas cuyos efectos sobre la salud pueden ser más nocivos. Así, siendo el alcohol un problema médico y criminal posiblemente más grave que el del hachís, ¿por qué se persigue penalmente una droga y no la otra?

La respuesta no es sencilla. La diferencia de trato puede obedecer a que el alcohol, cuyo uso social está más extendido aún, despierta una menor alarma social, lo que se refleja en la ausencia de conciencia de su persecución penal y en una actitud de tolerancia de los poderes públicos, al que posiblemente no es ajena la protección de unos intereses económicos ya arraigados en nuestra sociedad; no obstante, el dato esencial que justifica la punición se centra es una circunstancia particular del cannabis que no se produce en las

⁹ *Op. cit.*, pp. 882 y 883.

drogas legales. Así, como refiere Sequeros Sazatornil ¹⁰, «estudios estadísticos a nivel de consumidores de drogas mayores han concluido unánimemente que el 99 por 100 de los mismos se iniciaron con la degustación de la marihuana», progresando posteriormente hacia el consumo de drogas duras.

La represión penal tendría la función de adelantar la barrera jurídica en la persecución penal de las drogas que causan un grave daño a la salud. De esta forma, a través del castigo del cannabis, se obstaculiza la evolución normal del consumo a drogas más duras y se previene la comisión de delitos relacionados con estas últimas.

Aun así, queda claro que no obstante cumplir la represión penal del cannabis una finalidad específica dentro de la protección del bien jurídico de la salud, es exigible una proporcionalidad en la represión, vinculada a una pena adecuada a la gravedad de la conducta que debe graduarse por su incidencia nociva sobre la salud. Desde esta perspectiva, las penas previstas en la regulación penal vigente para estas sustancias (uno a tres años de prisión) quiebran de forma manifiesta este requisito de proporcionalidad.

IV. CUESTIONES SOBRE LA NORMATIVA PENAL VIGENTE EN MATERIA DE TRÁFICO DE DROGAS

La validez de la respuesta penal al tráfico de drogas no está subordinada sólo a su eficacia represiva, sino a su validez y adecuación a los principios de tipicidad, proporcionalidad y reinserción social del penado, junto a la compatibilidad del instrumento jurídico-penal con la protección de la salud del toxicómano, para lo que estimamos necesaria una serie de reformas puntuales en la legislación vigente.

1. Consideraciones específicas sobre el traficante consumidor y el pequeño tráfico

A) NECESIDAD DE UN TIPO ATENUADO PARA EL TRAFICANTE CONSUMIDOR

La condición del toxicómano que comete un delito por causa de su dependencia de las sustancias tóxicas, bajo una óptica de política legislativa, puede ser tomada en consideración desde un doble prisma:

a) Acceder, como ha optado nuestro Código Penal, a una fórmula de suspensión de la pena para que el condenado ingrese en un centro de desin-

¹⁰ *Op. cit.*, pp. 884.

toxicación con la condición de no delinquir, evite el ingreso en prisión y una vez deshabitado obtenga la remisión definitiva de la pena.

Así, el art. 87 del Código Penal (CP) admite la suspensión de las penas de prisión que no superen los tres años con la certificación de un centro de deshabitación acreditado y no se trate de reos habituales, lo que con arreglo al art. 94 CP implica que no hayan cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo en un plazo no superior a cinco años. Los requisitos legales vinculados a los límites de la pena (tres años) y el de la habitualidad resultan muy rigurosos, teniendo en cuenta que la pena por el tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud oscila entre tres y nueve años, con la obligación de imponer la pena en su mitad superior cuando exista un antecedente, aunque no sea habitual, y que la dinámica criminal en que se mueve el toxicómano delincuente supera frecuentemente el límite de la habitualidad de los tres delitos.

b) Construir un tipo privilegiado. Sin vigencia en nuestro Código; el modelo a seguir sería el art. 332.4 de la Propuesta del Anteproyecto de 1983 del Código Penal, que establecía un tipo privilegiado para los toxicómanos que realicen el tráfico en orden a asegurar su propio consumo.

La intensidad en la culpabilidad es menor en quien trafica a pequeña escala con la finalidad de satisfacer total o exclusivamente su propia dependencia a las drogas tóxicas que quien lo hace con la finalidad exclusiva o principal de satisfacer su lucro personal, por lo que la respuesta jurídico-penal no puede ser la misma en los dos casos. Ambas conductas no deben recogerse de forma indiferenciada en un tipo idéntico y castigadas con la misma pena.

Concurren igualmente en favor de este tipo atenuado razones de proporcionalidad de la pena y la necesidad de su adecuación a la gravedad de la conducta que se vería reducida con relación al tráfico ordinario tanto por su contenido, al tratarse de un trapicheo a pequeña escala, como por su finalidad, al ir dirigido el resultado económico del mismo al autoconsumo.

En un sentido amplio, podría hablarse de un estado de necesidad determinado por la dependencia físico-psíquica del toxicómano en que la obtención de droga se presentaría como un medio inmediato de obtener una atenuación a un sufrimiento producido por la dependencia, por lo que para conseguir esa droga se sacrificaría el bien jurídico de la salud de otra persona vendiéndole droga a ésta. Aludimos a un estado de necesidad útil en su caso para aportar un argumento más a favor de la existencia de un tipo atenuado, pero despojado del valor suficiente para configurar una eximente completa o incompleta del art. 20.5 CP o 21.1 CP, por cuanto no hay identidad de males, ya que el bien jurídico lesionado es más impor-

tante; así, el consumo de droga puede paliar un sufrimiento físico pasajero, pero las repercusiones sobre la salud del toxicómano y su agravación son más graves.

Si el fruto económico de los concretos actos de tráfico no sólo cubre las necesidades de su consumo, sino también su ánimo de lucro, el tipo no se aplicaría, ya que la base de la atenuación exige que la finalidad exclusiva o principal del resultado económico de la venta de droga sea el consumo y que cualquier otro destino sea secundario. Compatibilizar dicho consumo con el tráfico como un medio de vida aporta un perjuicio superior al bien jurídico protegido y un mayor disvalor a la acción que debe excluir cualquier privilegio. El tipo atenuado operaría normalmente sobre el último eslabón de la cadena de distribución de la droga y no sobre los promotores o jefes activos o intermediarios relevantes de las grandes redes del tráfico de drogas.

Acudir a un tipo atenuado específico aporta una mayor seguridad jurídica que una cláusula de flexibilidad genérica que deje a la discrecionalidad judicial la posibilidad de rebajar la pena, atendidas las circunstancias personales y del hecho, aunque, en defecto del referido tipo atenuado, tal cláusula de flexibilidad se estima imprescindible.

En nuestra opinión, la fórmula más adecuada es un tipo privilegiado para el pequeño traficante que le permita en todo caso acceder a fórmulas de suspensión de la condena con unos límites de pena y de habitualidad más extensos que los del art. 87 CP.

B) EL PEQUEÑO TRÁFICO

La adecuación de esta modalidad de tráfico al principio de proporcionalidad puede plantearse bajo dos aspectos:

a) *La punición en sí*

No es desproporcionado castigar el tráfico a escala reducida, ya que la barrera penal al mismo contribuye también a la protección del bien jurídico de la salud, por cuanto las pequeñas operaciones de venta son un elemento imprescindible para la distribución de droga entre los consumidores. No debe interpretarse que el pequeño y el gran tráfico sean compartimentos estancos sin ninguna relación entre sí. El pequeño narcotráfico es el eslabón último e imprescindible de la cadena de distribución de la droga, y sin su existencia las grandes redes quedan privadas del beneficio que supone la venta de la droga. El combate a las pequeñas operaciones es un camino indirecto, pero importante, para acabar con el grande.

b) La gravedad de la pena

Resulta claro que la conducta del pequeño tráfico no reviste la misma gravedad ni el mismo peligro para el bien jurídico protegido que los actos de favorecimiento a gran escala, por lo que exigencias de igualdad y proporcionalidad implican que la respuesta penal no debe ser la misma y la pena sea más reducida para la venta reducida, adecuándose así a la gravedad de la conducta.

Desde esta perspectiva, la regulación jurídico-penal vigente aplicable al tráfico de drogas a pequeña escala no respeta plenamente el principio de proporcionalidad. Así que por vender un cigarro de hachís una persona deba ser condenada a un año de prisión y pueda serlo hasta tres años, o que la venta de una cantidad mínima de droga dura determine un arco de pena que oscila de tres a nueve años, vulnera exigencias mínimas de proporcionalidad que no resultan ajenas a los aplicadores del derecho y que sólo puede ser corregido mediante una aplicación jurisprudencial sensible a esta realidad penológica por la vía del art. 4.3 CP mediante solicitudes de indultos parciales. Asimismo, la dureza de la pena se ha reducido en alguna ocasión por el Tribunal Supremo a través del reconocimiento de una pena natural que viene a reducir la culpabilidad compensando la pena legal. Así, la STS de 9 de octubre de 2002 señala que no obstante haber condenado la Sala en supuestos en que se había aprehendido la misma cantidad de droga a la pena de cinco años de prisión en el presente caso la pena se reduce a cuatro años de prisión, ya que «las concretas circunstancias del culpable también constituye un factor a tener en cuenta según el art. 66.1.º, y en el presente caso la circunstancia de llevar la droga en el interior del cuerpo, en el intestino, supone la aceptación de un plus de riesgo para la salud de la condenada, que le hace acreedora de valorar tal dato para individualizar la pena, compensando esta circunstancia que, en ocasiones, puede actuar como una pena natural *—poena naturalis—* como es el caso de autos, en el que hubo de ser intervenida quirúrgicamente de una oclusión intestinal. En definitiva, si la culpabilidad debe ser la medida de la pena, en la medida que ésta debe compensar aquélla, cuando se han derivado perjuicios concretos, o se han asumido riesgos serios para la salud, como ocurre en los supuestos de los correos de la droga que utilizan su cuerpo, procede atemperar la pena a la realidad de esa situación».

La doctrina, en nuestra opinión, es discutible. Desborda el ámbito de aplicación del precepto que un criterio genérico de individualización de la pena, como es el previsto en el art. 66.1.º CP, sea la base jurídica para formular atenuantes o agravantes no recogidas en el CP. Así, en la resolución descrita se va más allá de la valoración de las concretas circunstancias del

acusado, llegando a elaborarse, aunque sin señalarlo expresamente, una nueva atenuante, consistente en que por la comisión del delito el culpable asuma riesgos serios para su salud o se deriven perjuicios concretos para la misma. Tal circunstancia modificativa no está enunciada expresamente en el art. 21 CP, ni guarda semejanza con ninguna de las descritas en dicho precepto que permita acudir a la vía de una atenuante analógica. Los criterios generales de individualización de la pena no pueden ser el fundamento de atenuantes desconectadas de cualquier previsión legal. Si el legislador hubiere estimado que el perjuicio del acusado o los riesgos que asuma es motivo de atenuación lo hubiera señalado expresamente. Los criterios generales de individualización de la pena no pueden sustituir a los preceptos que regulan las circunstancias modificativas de la responsabilidad convirtiéndolas en causas de atenuación en listas ejemplificativas.

En conclusión, estimamos necesaria una reforma legislativa que rebaje las penas previstas para el pequeño tráfico o, en su defecto, introduzca una cláusula de flexibilidad que faculte a los tribunales, ponderadas las circunstancias personales y del hecho, a rebajar al menos en un grado la pena legal.

2. Valoración de algunas propuestas de política legislativa sobre la materia

En el año 2001 el Gobierno, a través del Ministerio del Interior, propuso, dentro del Pacto de Estado de la Justicia, una modificación del Código Penal consistente en incrementar las penas en función de la cantidad de droga con la que se trafique para los que pertenezcan a una organización dedicada al blanqueo de capitales y para los que integren una banda criminal.

En este marco, las referencias de los responsables políticos a los medios de comunicación fue dejar claro que tal medida no suponía rebajar la pena para los pequeños traficantes, sino castigar más duramente a los que formen parte de organizaciones. Esta propuesta no abordó las prioridades de una necesaria reforma legislativa que no parecía aconsejar tanto el endurecimiento de las penas para el gran narcotráfico como en reducir las previstas para el pequeño.

Por otro lado, la propuesta del Poder Ejecutivo incluyó también una posible reforma de la Ley del fondo de los bienes decomisados por tráfico de drogas con el objetivo de reducir el tiempo de tramitación de los decomisos, incluyéndose la posibilidad de que la autoridad judicial pueda autorizar la subasta pública de los bienes incautados por estos delitos antes de que se dicte una sentencia, a efectos de evitar la pérdida del valor de los

bienes por el largo tiempo transcurrido desde el momento de la incautación hasta el de dictar sentencia.

Tal medida incidía en un aspecto esencial en la lucha contra el narcotráfico como es el económico y la supresión de cualquier fuente directa o indirecta de enriquecimiento del narcotráfico. Los problemas de constitucionalidad y de colisión con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) no nos parecen insalvables.

Así, la presunción de inocencia, al igual que el derecho a la libertad en el caso de la prisión preventiva, puede ser limitado por un interés relevante en el marco de una medida cautelar idónea para proteger dicho interés, ejecutada de forma proporcionada e informada por una serie de garantías procesales.

Desde esta perspectiva, la venta anticipada de los bienes decomisados se configuraría como una medida cautelar de naturaleza real a acordar durante el desarrollo de la instrucción o posteriormente, que estaría justificada por la existencia de un interés legítimo, consistente en evitar la devaluación de los bienes decomisados y, en consecuencia, asegurar el destino previsto para estos bienes en el art. 378 CP, que incluye, entre otras, la reparación de los daños causados e indemnización de los perjuicios.

Tal medida exigiría la concurrencia de unos requisitos que aseguren la idoneidad en la protección del interés y la proporcionalidad de la medida. Tales requisitos pueden ser, entre otros, la existencia de indicios flagrantes de la comisión del delito imputado, naturaleza del bien, en particular su aptitud para devaluarse con el paso del tiempo y un necesario control judicial vinculando a una autorización inicial del juez, previa petición del fiscal o de una parte acusadora.

La Ley 17/2003, de 29 de mayo, del fondo de bienes decomisados por tráfico de drogas y la destrucción de droga decomisada, establece un procedimiento ágil para evitar la depreciación de los bienes intervenidos objeto de comiso. El art. 5 de la Ley establece que la sentencia en un plazo no superior a tres días tras la firmeza es notificada al Presidente de la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones, ingresando las cantidades líquidas más los intereses que estas cantidades hubieran devengado y que hasta dicho momento estarían en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del Juzgado, en el Tesoro Público, estando obligado el órgano judicial a especificar si las cantidades proceden del comiso del art. 374 CP o del art. 5 de la Ley 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando¹¹. Con ello

¹¹ El art. 1 de la Ley 17/2003 amplía el objeto del Fondo no sólo al art. 374 CP, sino también a los bienes, efectos e instrumentos decomisados por delitos de contrabando y delitos relacionados.

se evitan los riesgos de confusión, asegurando la perfecta identificación del origen de los bienes.

Asimismo el art. 5 de la Ley 17/2003 fija el deber de los órganos judiciales de colaborar con la Mesa de Coordinación y Adjudicaciones y Delegación del Gobierno del Plan Nacional sobre Drogas para que se facilite la integración en el patrimonio del Fondo de los bienes decomisados. La obligación de colaboración se relaciona, como señala Magro Servet ¹² «con uno de los temas que fue objeto de debate el pasado 8 de abril en el Palacio del Senado con motivo de la presentación del VII informe de gestión del fondo; es decir la necesidad de que la falta de conexión directa entre los órganos judiciales y la Mesa produzca el deterioro de los bienes decomisados y su abandono final».

Por otro lado el Proyecto de reforma del CP modifica el art. 301 CP fijándose que el Juez o Tribunal podrá acordar el comiso aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal. En consecuencia la apreciación de una eximente que impida dictar una sentencia condenatoria no sería un obstáculo para acordar el comiso.

3. Algunos aspectos problemáticos de la normativa vigente

A) EL TIPO BÁSICO

El art. 368 CP se estructura en una diferenciación demasiado genérica distinguiendo entre drogas que no causan grave daño a la salud que salvo casos muy concretos sólo acoge jurisprudencialmente a los derivados del cannabis, incluyendo todas las restantes dentro del grupo de las graves. Entendemos que una realidad más matizada exigiría distinguir dentro de la gravedad distintos niveles según el grado de nocividad y los efectos lesivos sobre la salud de las sustancias conocidas, graduando la intensidad de la pena aplicable según los perjuicios potenciales para la salud.

B) LAS MODALIDADES AGRAVADAS DEL ART. 369 CP

Se argumenta la necesidad de suprimir la agravante del art. 369.1 CP que establece la agravación por razón del lugar «centros asistenciales» en que se comete el delito de tráfico, por cuanto el disvalor de tal acción ya se

¹² MAGRO SERVET, V., «La nueva Ley 17/2003, de 29 de mayo, del Fondo de bienes decomisados por tráfico de drogas y la destrucción de droga decomisada en el Proyecto de Código Penal», *Actualidad Penal*, número 29, año 2003, pp. 743-761.

encuentra cubierto en el apartado cuarto de dicho precepto, en el que se castiga la facilitación de la droga «a personas sometidas a tratamiento de deshabituación o rehabilitación».

Es coherente que en el marco de una figura penal que busca tutelar la salud se erija un subtipo agravado como el del art. 369.4 CP cuando el destinatario de la droga es una persona cuya salud se ha deteriorado por el consumo de las drogas y se encuentra sometida a unas pautas terapéuticas en un esfuerzo personal por recuperar su salud, y que esta agravación debe ser construida con independencia del lugar que se le facilite la droga, ya sea dentro o fuera del centro asistencial o de deshabituación. En consecuencia, aparentemente no tiene excesivo sentido establecer una agravación separada, la del art. 369.1 CP, para proteger el mismo bien: la persona sometida a un tratamiento de deshabituación, sobre un aspecto que carece de relevancia, como es el concreto lugar en el que se le facilita la droga. Para Alcale Sánchez¹³ la identidad de fundamento entre ambos apartados implica que «sólo podría ser aplicada una de ellas pues se presuponen una a otra», estimando dicha autora que ambas circunstancias debieran unirse.

Creemos que está justificada la existencia de un tipo agravado autónomo por razón del lugar. Así, el apartado cuatro del art. 369 busca proteger de forma reforzada la salud del sometido a un tratamiento de deshabituación y la particularidad que justificaría el art. 369.1 CP es castigar de forma especial los actos concretos de tráfico en un centro en que se siguen tratamientos de deshabituación en régimen de internado, lo que supone un peligro potencial de propagación de esa droga para todos los internos del centro y de regresión en su tratamiento, un riesgo muy superior para el bien jurídico protegido que un acto de tráfico realizado en la calle, para los que se reservaría el apartado cuatro. La justificación de la agravación por la difusión de droga en un centro de deshabituación sería el mayor riesgo de extensión de la conducta delictiva que supone la extensión de la conducta.

Desde esta perspectiva cabría mantener el art. 369.1 CP si la droga se facilita en el centro a personal del mismo o a otras no sometidas a tratamiento de deshabituación y establecer una subagravación en el art. 369.4 CP de forma que se castigue con más pena el proporcionar la droga dentro del centro que fuera al toxicómano que sigue el tratamiento.

Por otro lado es necesario precisar el concepto de notoria importancia en la cantidad de droga. La referencia a la notoria importancia del art. 369.3 CP introduce una agravación específica, atendido el mayor peligro que la cuantía

¹³ ALCALÉ SÁNCHEZ, M., *Salud Pública y drogas tóxicas*, Editorial Tirant lo Blanch, año 2002, p. 151.

de la droga representa para la salud humana y que debe ser precisado legislativamente y ampliado a la configuración de una atenuante específica.

Debe ser la regulación legal la que establezca en cada clase de droga qué concreta cantidad puede considerarse de notoria importancia, siendo preferente, desde la perspectiva de una mayor seguridad jurídica y del respeto al principio de tipicidad, a dejar la integración de tal concepto al cambiante casuismo jurisprudencial¹⁴. Así, el 19 de octubre del 2001 la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo modificó el criterio mantenido durante años sobre la cantidad de droga precisa para apreciar la notoria importancia. Así, la cantidad de hachís pasa de 1 kilo a 2 kilos y medio. La heroína de 120 gramos a 300 gramos y la cocaína de 300 gramos a 750 gramos. Asimismo las 200 dosis en relación a todas las drogas pasan a ser 500.

Del mismo modo es claro que si la cuantía puede agravar el disvalor de la actuación de tráfico atendido el mayor peligro que representa para la salud humana, podrá atenuar dicho disvalor e incluso excluir la antijuridicidad en aquellos casos en que por su escasa cuantía, la droga no puede dañar la salud.

A este respecto es doctrina consolidada del Tribunal Supremo que cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno en la salud, la acción carece de antijuridicidad material por falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo

En tal sentido se han pronunciado las SSTs de 12 de septiembre de 1994 (0,04 y 0,05 grs. de heroína); 28 octubre de 1996 (0,06 grs. de heroína); 22 de enero 1997 (0,02 grs. de heroína); 11 de diciembre de 2000 (0,02 grs. de «crack»); 9 de julio de 2001 (0,02 grs. de heroína); 15 de marzo de 2002 (0,025 grs. de heroína y cocaína) y 23 de octubre de 2002 (0,07 gr. de cocaína) sin que los análisis señalaran su pureza. Esta última resolución manifiesta asimismo que los supuestos de cantidad insignificante de la droga deben aplicarse con prudencia y cautela atendiendo las circunstancias de cada caso... siendo pertinente en aquellos casos en que la cantidad de droga es tan ínfima que los análisis no puedan determinar su grado de pureza. Nuevamente, y al igual que con la agravación, es exigible que dicha atenuante o eximente se construyera sobre cantidades concretas y no con fórmulas genéricas que dejen una interpretación abierta a la aplicación jurisdiccional.

Con relación a la agravante del art. 369.5 CP relativa a la droga adulterada, como expone Sequeros Sazatornil¹⁵ «resulta imprescindible un

¹⁴ Así, sentencias próximas temporalmente establecen criterios distintos; para la STS de 12 de junio de 1991, incluso sin establecer el grado de pureza, la cantidad de 440,5 gramos de heroína es notoria importancia sin ningún género de dudas; mientras que para la STS de 13 de diciembre de 1991, 526 gramos de heroína no es una cantidad suficiente.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 952.

replanteamiento de los esquemas tradicionales utilizados para el análisis de aquellas, debiendo exigirse ineludiblemente, además de la identificación de su naturaleza, la pericial añadida sobre su nocividad, alcance y repercusión en el organismo humano de su ingesta».

Compartimos tal criterio. No obstante y, aunque como señala dicho autor, estos planteamientos pueden resolverse de una manera expedita desde Órdenes e Instrucciones que oportunamente podrían dirigirse a las máximas instancias de la Policía Judicial, por la Fiscalía General del Estado, de conformidad con lo dispuesto en los ordinales 4.º y 5.º, así como el último párrafo del artículo cuarto del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, entendemos que tal prueba pericial debe formar parte de una reforma legislativa específica en que, junto a la previsión expresa de la obligación de conocer con precisión, por medio de la prueba pericial aludida, el grado de nocividad que tal droga adulterada representa para la salud humana a efectos de aplicar el art. 369.5 CP, se establezca, al igual que en el tipo básico, una graduación de la pena atendido el potencial resultado dañino que se habría producido en la salud de haberse puesto en circulación tal droga, integrando la posible causación de la muerte dentro de la conducta de extrema gravedad descrita en el art. 370 CP.

C) REFERENCIA ESPECÍFICA AL CONCEPTO DE ORGANIZACIÓN

El art. 369.6 CP establece una agravación por razón de la integración del culpable en una organización. La razón de dicho precepto es, de un lado, la mayor potencialidad de lesión del bien jurídico protegido en estos delitos y, de otro, la mayor dificultad que estas estructuras organizativas suponen para el descubrimiento de los culpables.

La jurisprudencia ha construido unos requisitos específicos que diferencian la organización de la coparticipación. Así, a los elementos de la coautoría, tanto objetivos consistentes en la pluralidad de personas y el reparto de papeles, como subjetivos relativo al común propósito de desarrollo de una idea criminal, se añaden otros que pueden sistematizarse de la siguiente forma:

a) Objetivos: vinculados a una estructura formalizada con principios de funcionamiento como el de coordinación realizada por el jefe de grupo, medios de comunicación no habituales, STS de 1 de marzo de 2001 o centros de decisión y diversos niveles jerárquicos¹⁶ con posibilidad de sustitución de unos a otros, STS de 19 de enero de 1995.

¹⁶ Como señala la STS de 16 de octubre de 1998 naturaleza piramidal con diversos niveles.

b) Subjetivo, consistente en una vocación de continuidad recogida en las SSTs de 16 de octubre de 1998 y 28 de noviembre de 2000.

Por el contrario, no se ha integrado de forma expresa dentro de los requisitos de la organización otros aspectos compatibles con la finalidad de la agravación como un propósito específico de la organización de actuar contra el gobierno o infiltrarse en la administración a través del cohecho como medio de facilitar y potenciar el ejercicio de la acción delictiva o un elemento finalista como que las ganancias se traten de introducir en el mercado legal o elemento objetivo como las dimensiones de la empresa determinado por el número de miembros o beneficios que la actividad delictiva reporta; la complejidad en su funcionamiento o la existencia de códigos de conducta y regímenes disciplinarios.

Montero la Rubia¹⁷ en un interesante artículo estima necesaria una revisión jurisprudencial del concepto. Así, expone cómo doctrinalmente la organización se ha caracterizado como estructuras de poder cuyos miembros actúan dentro de un entramado jerárquico, pero que existe una organización marginal dedicada al tráfico de drogas en la que la estructura jerárquica, si la hay, no es la nota distintiva sino el haber alcanzado un desarrollo que se asemeja a lo que se conoce como empresa o negocio en lo que la nota dominante no es la jerarquía, sino el ánimo de lucro. Propugna el concepto de empresa criminal como alternativa al concepto de organización partiendo del concepto consolidado en Derecho mercantil que define a la empresa como conjunto unitariamente organizado de elementos personales, materiales e inmateriales destinados de manera duradera a la producción o distribución de bienes y servicios para el mercado, concepto al que se amoldarían supuestos que no encajarían en el concepto jurisprudencial de organización como es el caso de quienes con contactos en Marruecos se dedican como ocupación habitual a almacenar en España grandes cantidades de hachís para facilitar su traslado por terceras personas al extranjero o aprovechan una empresa legal que mantienen de pantalla para ocultar el tráfico de drogas que es el verdadero objeto del negocio o el caso de clanes familiares que se dedican en determinadas barriadas a la venta de drogas como si se tratara de un supermercado.

Las notas distintivas serían el reparto de tareas; el ánimo de lucro como único fin del grupo, no siendo frecuente la jerarquía; el objetivo del grupo es intervenir en el mercado ilícito de estupefacientes, maximizando el beneficio por un período de tiempo indeterminado; los beneficios del tráfico producen un flujo de capital que precisan de empresas legales para su

¹⁷ MONTERO LA RUBIA, F. J., «La participación en el delito de tráfico de drogas», *Actualidad Penal*, número 31, año 2003, pp. 777-789.

blanqueo y que constituyen un elemento más del negocio; sin embargo, a estos supuestos no se les aplica la agravante por la jurisprudencia.

Efectivamente, esta doctrina permitiría extender el concepto de organización a pequeñas empresas criminales en que los peligros para el bien jurídico son más altos que las conductas individuales o de coautoría desorganizada y que también cooperan a la realización del propósito criminal de las grandes organizaciones internacionales al distribuir la droga aunque no estén integradas en su estructura como entes periféricos; no obstante, en la regulación vigente una reforma jurisprudencial incluyendo estas sociedades no se ajustaría estrictamente al sentido legal. Así, el concepto de organización queda reservado desde la opción de política legislativa que justifica la agravación, a grandes empresas, a auténticas multinacionales o mafias del crimen sin límites territoriales con capacidad de influir mediante la corrupción en los mecanismos administrativos y judiciales de respuesta e incluso en la estabilidad política de un país. Esto se advierte tanto en el Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de Viena de 1988 cuando señala que los vínculos que existen entre el tráfico ilícito de drogas y otras actividades delictivas organizadas solapan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados al invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales lícitas y la sociedad a todos sus niveles.

Aunque el propósito de política legislativa y la gravedad de la pena que conlleva la agravación no debe determinar, ni lo hace, como hemos visto, una exigencia jurisprudencial o legal de integrar en el concepto de organización un propósito específico de infiltrarse en la administración o unas dimensiones concretas, sí es necesario valorar una cierta entidad en la perfección organizativa que se ha alcanzado para lo que resulta inherente el concepto de estructura jerárquica.

La jerarquía o dependencia es una manifestación del poder de dirección en que alguien puede impartir órdenes y quien las recibe tiene el deber en el marco de la organización de darle cumplimiento, normalmente bajo apercibimiento de una sanción disciplinaria en caso de incumplimiento. La dependencia equivale a la existencia de una esfera rectora y se corresponde con una organización evolucionada de unas dimensiones considerables en la que opera como principio de funcionamiento que asegura una unidad de actuación y el cumplimiento más eficaz del propósito que informa a la organización. Desde tal perspectiva la jerarquía o dependencia es una manifestación de perfección y complejidad organizativa y una garantía de eficacia en su funcionamiento. Una estructura jerárquica de disciplina rigurosa al servicio de un plan único actuará de forma más eficaz y en el ámbito criminal será

más peligrosa para el bien jurídico protegido que organizaciones más grandes anárquicas sin órdenes concretas en que cada uno de los miembros tenga libertad de acción en la consecución del propósito delictivo de la sociedad. En consecuencia, entendemos que en la regulación actual no puede prescindirse del requisito de jerarquía a la hora de fijar los requisitos de la agravante de organización por cuanto la dependencia es un referente de la potencial peligrosidad de la organización y su capacidad de conseguir los fines para cuya proscripción ha surgido el art. 369.6 CP.

La finalidad de tal precepto no es agravar la venta de droga en una tienda, por lo que entendemos que no puede incluirse cualquier concepto de empresa o sociedad mercantil, requiriendo algo más. Únicamente la organización perfeccionada de estructura compleja y jerarquizada difícil de investigar puede incluirse en su ámbito de aplicación. El art.369.6 CP no es una medida aislada sino que forma parte de una respuesta legal conjunta en que junto a la agravación de la pena para los miembros de estas asociaciones se articulan reformas procesales que como el agente encubierto o el testigo protegido tienen por finalidad facilitar los mecanismos de investigación de organizaciones evolucionadas que no resultan necesarias en actos de investigación de sociedades más primitivas.

En consecuencia, visto el sentido de la agravación, entendemos que la equiparación entre sociedad o empresa mercantil y la organización a la que se refiere la agravación no puede efectuarse tanto por vía jurisprudencial sino a través de una reforma legal que delimite el concepto de organización incluyendo cualquier forma de sociedad. Asimismo la noción de organización elaborada jurisprudencialmente responde a un tipo de asociación de una particular peligrosidad en que la pena a imponer a sus miembros debe ser superior tanto respecto de la coautoría simple como de la sociedad mercantil no jerarquizada por lo que junto al concepto genérico de sociedad siempre deberá diferenciarse una noción específica de organización que reúna los requisitos de jerarquía, sustituibilidad y vocación de permanencia y en que la penalidad sea superior a la de la sociedad informada exclusivamente por el ánimo de lucro.

D) LA EXTREMA GRAVEDAD

Respecto al art. 370 CP Como señala Calle Rodríguez¹⁸ «la inconcreción del concepto de extrema gravedad suscita dificultades en relación a las exigencias propias del principio de legalidad en su vertiente de *lex certa*.

¹⁸ CALLE RODRÍGUEZ, M. V., «Razones de la evolución de la jurisprudencia en cuanto a la notoriedad en el delito de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas», *Diario la Ley*, número 5477, año 2002.

Ello complica sobremanera la diferenciación del concepto de «notoria importancia», sobre cuya cuestión se han cernido dudas acerca de una posible infracción del principio de *non bis in idem*... la hiperagravación, en la práctica, ha recaído sobre la cantidad de droga ya que es difícil imaginar la extrema gravedad respecto a los demás apartados del art. 369 CP».

Compartimos las dudas que una referencia tan genérica como la extrema gravedad supone desde la perspectiva de la adecuación al principio de tipicidad cuya exigencia esencial es la precisión y claridad en la descripción legal de la conducta punible. Tal falta de concreción legal de la extrema gravedad se ha traducido en claros problemas interpretativos y líneas jurisprudenciales distintas, lo que implica una inseguridad que, sobre este particular, reviste una gravedad evidente atendida la entidad de las penas a imponer.

En consecuencia se hace necesario una modificación de dicho concepto que debe ser integrado con los subtipos del art. 369 CP que admitan el concepto de extrema gravedad y las circunstancias precisas que deben determinar que un apartado del art. 369 CP pase a constituir un supuesto de extrema gravedad lo que parece difícil en algunas circunstancias aisladas como la existencia de una organización.

Desde una perspectiva de *lege ferenda*, atendiendo a la alarma social y a la entidad delictiva, estimamos que el supuesto de extrema gravedad debe incluir aquellos casos en que:

a) La circunstancia de notoria importancia sobrepase una cantidad determinada de droga fijada legalmente en cuyo caso se aplicaría la extrema gravedad, excluyéndose la agravante del art. 369 por razones de *non bis in idem*.

b) Concurran simultáneamente algunas de las circunstancias previstas en el art. 369 CP, en concreto la notoria importancia de la droga aprehendida con la adulteración de la misma o el caso de la organización que trafica con droga adulterada aunque este último supuesto raramente ocurrirá en la práctica ya que como señala Sequeros Sazatornil ¹⁹ «la práctica demuestra que los supuestos de adulteración no se dan en las operaciones de mayor calado entre traficantes internacionales que con despliegue de los medios adecuados adquieren grandes partidas de droga de acreditada calidad ...Es a niveles inferiores, que se incrementan con su descenso, en los que se producen las indeseables alteraciones en las cualidades de las drogas». Asimismo, estimamos incompatible la acumulación de las agravantes de notoria importancia y organización por cuanto la razón de ser de la orga-

¹⁹ *Op. cit.*, p. 202.

nización es que la droga con la que se va a traficar es muy elevada; como señala Alcalé Sánchez²⁰ «Puede decirse por tanto que la pertenencia a la organización es consustancial a la notoria importancia; por ello, si una cosa es consustancial a otra, no parece que exista justificación para la imposición de la pena agravada del art. 370 CP».

c) Concurra únicamente el tipo de droga adulterada cuando de los correspondientes análisis periciales se concluya que la misma puede potencialmente producir la muerte de la persona, con independencia de castigar las concretas muertes que con la distribución de la droga se haya producido.

V. LA AUTORIZACIÓN DEL CONSUMO DE DROGAS PARA FINES TERAPÉUTICOS

Algunas drogas penadas, en particular el cannabis, pueden ofrecer efectos beneficiosos para la salud²¹. La eficacia del cannabis para reducir la presión intraocular lo convierten en una alternativa en los tratamientos contra el glaucoma. Igualmente, la capacidad estimulante del apetito del cannabis potencia su interés para el tratamiento de las situaciones terminales de SIDA mitigando las pérdidas importantes de peso y el síndrome de consumición²².

El suministro de dichas drogas con una finalidad terapéutica resulta plenamente convalidado desde la perspectiva del bien jurídico, cuando los beneficios que se produce a la salud de la persona a la que se le proporcio-

²⁰ *Op. cit.*, p. 206.

²¹ Recientemente, el *Correo Español-El Pueblo Vasco* de 28 de julio de 2003 informaba «la Generalidad de Cataluña ultima los trámites propuestos ante la Agencia Española del Medicamento que le permita ensayar el uso terapéutico del cannabis para enfermos de esclerosis múltiples. La Fundación del Instituto Catalán de Farmacología ha realizado un amplio estudio en el que recoge las posibles indicaciones del uso del cannabis para el tratamiento de diversas enfermedades. El derivado del cannabis parece que puede jugar algún papel en el tratamiento de la rigidez muscular que provoca la esclerosis múltiple». Asimismo *El Mundo del País Vasco* de 3 de septiembre de 2003 señalaba «los holandeses víctimas de enfermedades graves o incurables podrán a partir de ahora obtener cannabis en la farmacia bajo receta médica, para aliviar los síntomas de sus males. La oficina para el cannabis para el Uso Médico (BMC) del Ministerio de Salud de los Países Bajos inició ayer la distribución de cannabis a los farmacéuticos holandeses, que serán los primeros en el mundo en vender legalmente las plantas. «Este cannabis no es para cualquiera. Los médicos sólo lo prescriben a los pacientes para los cuales ningún medicamento resultó eficaz», explicó a France Presse Caroline de Roos, portavoz del Ministerio de Salud holandés. El cannabis para uso médico está destinado a los pacientes que sufren esclerosis múltiple, enfermedades tratadas con quimioterapia, radioterapia o triterapia, a los pacientes que sufren desórdenes nerviosos crónicos y a ciertos enfermos de cáncer y sida».

²² Obra colectiva, *Derivados del cannabis. Drogas o medicamentos*, Edita Universidad de Deusto, año 1997, p. 125.

na la droga es superior a los perjuicios que se le irroga, con lo que el acto de favorecimiento del consumo de estupefacientes queda despojado de su carácter lesivo para la salud, adoptando por el contrario una finalidad protectora de este bien jurídico. Tal suministro requeriría una previa autorización judicial sobre la base de un dictamen médico que pondere las concretas circunstancias sanitarias que concurren en cada caso, acreditando de forma fehaciente los eventuales efectos beneficiosos de la proporción de droga frente a los efectos que puedan ser dañinos como los aspectos nocivos para la salud inherentes al cannabis, la interacción con los demás medicamentos y los efectos secundarios. El uso del cannabis debiera ser subsidiario limitándose a aquellos casos en que las consecuencias beneficiosas que supone su aplicación no pueda suplirse con otros medicamentos que no generen dependencia y su evolución sometido a un control médico riguroso del que debiera informarse al órgano judicial.

Otras medidas puestas en práctica en la protección de la salud es la distribución de jeringuillas por las autoridades en establecimientos penitenciarios o la reciente reivindicación de ciertos grupos de un suministro gratuito por parte de la administración a los toxicómanos de los instrumentos necesarios para verificar el grado de pureza de la droga.

Tales medidas no son en sí negativas y no deben interpretarse como actos de tolerancia y menos de favorecimiento del delito, sino como medidas dirigidas a atenuar los efectos perjudiciales del delito y a proteger la salud de la víctima que resultan plenamente compatibles con la persecución y castigo del tráfico de estupefacientes.

VI. CONCLUSIÓN FINAL

La reflexión final de este trabajo sostiene la validez del Derecho penal como fórmula de protección del bien jurídico de la salud frente a las conductas de tráfico y favorecimiento de las drogas.

En nuestra opinión, la despenalización, como fórmula mágica que va a solucionar todos los problemas, no se corresponde con la realidad. Por el contrario, los beneficios coyunturales de la legalización serían superados con creces por los perjuicios. Sobre la experiencia de las drogas ya legalizadas, cabe afirmar que despenalizar el narcotráfico conllevaría una expansión del consumo y un incremento de los efectos nocivos sobre la salud y de los delitos derivados de este consumo, sin que las fórmulas despenalizadoras ensayadas fuera de nuestro país demuestren lo contrario. La repre-

sión penal desarrolla un importante papel en la limitación de la fabricación, producción y distribución de la droga.

No obstante la validez del Derecho penal debe descansar en una regulación vertebrada en tipos precisos y proporcionados que no caiga en un rigor penológico desorbitado, basado en interpretaciones legislativas de una alarma social que prevalecen sobre la configuración del toxicómano como un enfermo, obstaculizando así la aplicación dentro del Derecho penal de medidas o tratamientos en apoyo de su desintoxicación. En este sentido la actual regulación del tráfico de drogas debe ser reformado. El legislador tiene la última palabra.

En Bilbao, a 5 de septiembre de 2003

EL RECURSO DE REPOSICIÓN

MARÍA ISABEL DEL CAMPO BELTRÁN

Abogada Fiscal Sustituta, adscrita al T. S. T. de Cataluña

SUMARIO: I. CONCEPTO DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN O RECURSOS.—II. FUNDAMENTO DE LOS RECURSOS. LA RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LOS RECURSOS: 1. Fundamento de los recursos. 2. La relevancia constitucional del derecho a los recursos.—III. CLASIFICACIÓN DE LOS RECURSOS. LAS CARACTERÍSTICAS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN: CONCEPTO Y FUNDAMENTO: 1. Clasificación de los recursos. 2. Las características del recurso de reposición: Concepto y fundamento.—IV. LA REPOSICIÓN Y LA SÚPLICA EN LA VIEJA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: 1. El recurso de reposición en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. 2. El recurso de súplica en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.—V. PROCEDIMIENTO: 1. Resoluciones recurribles e inexistencia de efectos suspensivos. 2. Plazo, forma e inadmisión. 3. Audiencia a las partes recurridas y resolución. 4. Irrecurribilidad del auto que resuelve el recurso de reposición. 5. Procedimiento simplificado en casos especiales.—CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. CONCEPTO DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN O RECURSOS

El Juez o el Tribunal, al dictar cualquier resolución, puede resolver erróneamente, bien por no aplicar adecuadamente las normas legales aplicables, bien por no valorar correctamente los hechos litigiosos.

Por ello se hace necesario estructurar un sistema adecuado para que la parte que se considere perjudicada por una resolución que estime injusta o errónea pueda impugnarla¹. Este control sobre la actividad jurisdiccional se realiza, como bien ha señalado Ramos Méndez, mediante el establecimiento de los llamados medios de impugnación o recursos².

El sistema de recursos contribuye, por tanto, a robustecer el principio de garantía de las partes³. Ello es así porque permite modificar las resoluciones erróneas, con el objetivo de asegurar una justicia correcta y reducir al mínimo los posibles «errores» judiciales.

A través del ejercicio de los recursos la parte que se ve perjudicada por una decisión tomada por un órgano judicial, persigue su «depuración» o «purificación» ante él u otro órgano jurisdiccional⁴, con el fin de observar si la decisión tomada era correcta, como verificación de los resultados pro-

¹ En este sentido SERRA DOMÍNGUEZ, M. «Sanción de la irregularidad: correcciones disciplinarias», en sus *Estudios de derecho procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, p. 475, considera que «un recurso pretende la revocación de alguna resolución judicial».

² RAMOS MÉNDEZ, F. *Derecho y proceso*, Bosch, Barcelona, 1979, p. 17.

³ En cuanto al análisis del derecho al recurso como garantía constitucional, *vid.* cap. II.

⁴ COUTURE, E. J. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Aniceto López, Buenos Aires, 1942, p. 203.

cesales obtenidos⁵. De ahí que pueda afirmarse, como bien ha señalado Vázquez Sotelo⁶, que el fundamento empírico de los recursos se encuentra en la propia falibilidad de los juicios humanos.

Ni siquiera la existencia de un recurso «infundado» puede poner en tela de juicio su utilidad práctica, ya que si tenemos presente que los recursos van unidos a la esencia misma del proceso, será posible concluir que incluso este recurso «infundado», se presenta como útil a los efectos de garantizar el prestigio de la Administración de Justicia.

Configurada así la idea general de los recursos es obligado acometer a continuación su conceptualización técnica, teniendo presente que en este tema la doctrina procesal no ha sido ni mucho menos uniforme.

Para Guasp, tras una primera etapa en la que entiende a los recursos como aquellos actos de parte en que se formula una pretensión cuyo objetivo estriba en conseguir la reforma de una resolución judicial⁷, cabe concluir que los recursos son «procesos de depuración del proceso principal», es decir, procesos especiales por razones jurídico-procesales en que se destina una tramitación especial a la crítica de los resultados procesales conseguidos en otra tramitación principal⁸. Este planteamiento teórico parece pecar por exceso, ya que da cabida a instituciones que como la revisión no pueden clasificarse como genuino recurso, sino como acción impugnatoria autónoma⁹.

Una segunda corriente doctrinal, representada especialmente por Prieto-Castro¹⁰, distingue entre «remedios procesales»¹¹ (vg. el recurso de reposición y el desaparecido recurso de súplica), y los denominados «recursos», que tienen como característica principal su efecto devolutivo (como los recursos de apelación y de casación).

⁵ GUASP, J., *Derecho Procesal Civil*, 4.ª edición, Tomo II, *Procesos Especiales y Jurisdicción Voluntaria*, obra revisada y adaptada por Pedro Aragoneses, Civitas, Madrid 1998, p. 551.

⁶ VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Teoría general de los recursos*, texto de la Conferencia pronunciada en el marco del Curso de Extensión Universitaria organizado por el Área de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona (1999).

⁷ GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, Madrid, 1948, pp. 1011 y ss.

⁸ GUASP, J., *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Parte Especial 3.ª edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968 pp. 709 y ss.

⁹ Sobre la configuración de la revisión como acción autónoma de impugnación, véanse entre otros: Calvo Sánchez, M. C., *La revisión civil*, Montecorvo, Madrid, 1977, p. 305; DOVAL DEL MATEO, J. D., *La revisión civil*, Bosch, Barcelona, 1979, p. 65; GARRIGA ARIÑO, F., *La revisión de sentencias firmes en Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, II, coordinados por J. Alonso-Cuevillas, Barcelona, 2000, Difusión Jurídica y Temas de actualidad (Economist & Jurist), p. 813 y VALLESPÍN PÉREZ, D., *La revisión de la sentencia firme en el proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2002, pp. 30 y 31.

¹⁰ PRIETO-CASTRO, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Aranzadi. Pamplona, 1985, p. 417.

¹¹ CHIOVENDA, G., también denomina remedios a los medios de impugnación en general, en *Principios de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, traducción efectuada por José Casais y Santaló con notas de Alfredo Salvador Bosque, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1977, p. 488.

Los recursos serían, por tanto, aquellos medios de impugnación que persiguen un nuevo examen del asunto ya resuelto, por un órgano jurisdiccional de categoría superior al que ha dictado la resolución objeto de impugnación.

Este planteamiento teórico, a diferencia del anterior, parece pecar por defecto, ya que aun cuando los medios de impugnación más eficaces son los que tienen el efecto devolutivo, dicha afirmación es ajena a la delimitación del concepto técnico de los recursos.

Frente a estos dos posicionamientos se ha alzado una tercera corriente interpretativa, defendida especialmente por Gómez Orbajena¹², que parece más acertada y en virtud de la cual se entiende que los recursos son actos procesales de la parte que frente a una resolución judicial impugnabile y perjudicial solicita la actuación de la ley en su favor, es decir, un acto de parte legitimada y con interés, que debe incidir en la relación jurídico-procesal existente impidiendo la producción de firmeza de la resolución.

Fuera de este concepto de recurso quedarían aquel conjunto de instituciones procesales que muy agudamente Serra Domínguez¹³ ha dado en denominar como «otros medios de impugnación» (vg. la audiencia al litigante rebelde¹⁴, la revisión de sentencias firmes¹⁵ y el incidente de nulidad de actuaciones¹⁶).

¹² GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil*, I, con Herce Quemada, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1979, p. 419.

¹³ SERRA DOMÍNGUEZ, M., *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, Bosch, Barcelona, pp. 72 y 73.

¹⁴ Sobre este tema véanse entre otros a VERGÉ GRAU, J., *La rebeldía en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1989; SAMANES ARA, C., *Tutela del rebelde en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1993; OCAÑA RODRÍGUEZ, A., «Regulación de la rebeldía en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Posibles motivos de inconstitucionalidad», *La Ley*, núm. 5057, mayo de 2000.

¹⁵ Sobre este tema, véanse entre otros: ALMAGRO NOSETE, J., «El llamado recurso de revisión», en *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, con Tomé Paule, Trivium, Madrid, 1994; ALONSO CUEVILLAS Y SAYROL, J., *La revisión Civil*, Conferencia pronunciada el 10 de enero de 2000 en el marco del Curso de extensión Universitaria sobre «La sentencia y los recursos en el proceso civil español», organizado por el Área de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona; FLORS MATÍES, J., «La revisión de sentencias firmes», en *El Proceso civil, Doctrina, Jurisprudencia y Formulación*, vol. V, coordinados por Fernando Escribano Mora, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; GARBERÍ LLOBREGAT, J., «De la revisión de sentencias firmes», en *Los procesos civiles, Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil con formularios y jurisprudencia*, dirigidos por el propio autor, vol.3, Bosch, Barcelona, 2001; GARRIGA ARIÑO, F., «La revisión de sentencias firmes», en *Instituciones del nuevo proceso civil, Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000, II*, coordinados por J. Alonso-Cuevillas, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, (Economist & Jurist), Barcelona, 2000; LORCA NAVARRETE, A. M., «De la revisión de sentencias firmes», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, II* (Director: Lorca Navarrete), Lex Nova, Valladolid, 2000; MONTERO AROCA, J., «Revisión, audiencia al rebelde y nulidad», en *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)* con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar; SERRA DOMÍNGUEZ, M., Prólogo a la obra de Doval del Mateo, «*La Revisión civil*», Bosch, Barcelona, 1979, Pp. II y III y VALLESPÍN PÉREZ, D., *La revisión de la sentencia firme en el proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2002.

¹⁶ Sobre este tema véanse entre otros: DE LAMO RUBIO, J., *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, Bosch, Barcelona 1998; GARCIMARTÍN MONTERO, R.,

II. FUNDAMENTO DE LOS RECURSOS. LA RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LOS RECURSOS

1. Fundamento de los recursos

El fundamento de los recursos no es único, sino plural. De una parte, su razón de ser se encuentra en la falibilidad de los juicios humanos, esto es, en evitar que una resolución de un Juez o Tribunal sea contraria al ordenamiento jurídico.

Los recursos surgen, como bien ha señalado Calamandrei ¹⁷, con el objetivo de evitar que el error por parte del Juez o Tribunal pueda ocasionar una resolución de carácter injusto. Ahora bien, si tomamos las ideas de «resolución de carácter injusto» o de «injusticia» como fundamento exclusivo de los recursos, se plantea el problema de traducir el error a términos objetivos.

Para evitar este inconveniente se ha estimado que una determinada resolución es recurrible, básicamente, en cuanto resulte gravosa para la parte.

Como bien ha señalado Fairén Guillén ¹⁸, el gravamen, como perjuicio sufrido por el recurrente a consecuencia de la resolución recaída, es un importante presupuesto de la incoación del recurso, que lo liga íntimamente con la legitimación. Este gravamen ha de aparecer evidenciado en el acto procesal de interposición del recurso y de no ser así, el recurso deberá ser inadmitido, tal y como después deberá ser repelido como infundado, si la evidencia de gravamen no se comprueba.

Por otra parte, y sin olvidar el valor que corresponde a los recursos a los efectos de unificar la jurisprudencia, cabe subrayar que éstos sirven también para cargar de razón al Estado al administrar justicia ¹⁹.

El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso civil, Bosch, Barcelona, 2002; GARRIGA ARIÑO, F., «La nulidad de actuaciones en la LEC de 2000», *Revista Economist & Jurist*, año IX, núm. 42, marzo-abril de 2000, pp. 36 y ss; HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., *La nueva regulación de la nulidad procesal. El sistema de ineficacia de la LOPJ*, Forum, Oviedo, 1995; LOURIDO RICO, A. M.^a, *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal. Estudio comparativo de la regulación de la nulidad en la LOPJ y en la LEC*, Bosch, Barcelona 2002; MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J. M., *La nulidad de actuaciones en el proceso civil. Análisis constitucional de la nulidad en la LOPJ*, Bosch, Barcelona, 1996; VERGÉ GRAU, J., *La nulidad de actuaciones*, obra revisada por el Profesor Serra Domínguez, M. Bosch, Barcelona, 1987.

¹⁷ CALAMANDREI, P., «Vizzi della sentenza e mezzi di gravame», en *Studi sul processo civile*, I, Padua, 1930 pp. 186 y ss.

¹⁸ FAIRÉN GUILLÉN, V., «Doctrina general de los medios de impugnación y parte general del Derecho Procesal», *Revista de Derecho Procesal*, 1949, II, p. 282.

¹⁹ DE LA PLAZA, M., *Derecho Procesal Civil Español*, I, Madrid, 1944, p. 553; VALLESPÍN PÉREZ, D., *La revisión de la sentencia firme en el proceso civil*, op. cit., p. 24.

Ello es así, porque al revisar y confirmar en su caso el primer juicio, no sólo se está otorgando satisfacción moral al ciudadano que ha solicitado un nuevo examen de la cuestión, sino que también se está reforzando la posición del propio Estado ante la sociedad, al demostrarse lo acertado de la primera decisión²⁰.

2. La relevancia constitucional del derecho a los recursos

La Constitución Española de 1978 no contiene ninguna declaración expresa relativa al «derecho a los recursos», salvo algunas referencias que pueden deducirse de la definición del Tribunal Supremo en el art. 123 de la CE, como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, de la expresión del art. 118 CE según la cual es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes, y del art. 152 1 III CE, que alude a la configuración de «sucesivas instancias procesales».

Ante esta realidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia han vuelto su atención hacia el art. 24 de la Constitución Española, en orden a delimitar dónde se encuentra ubicado el derecho fundamental a los recursos.

Un importante sector doctrinal, que sigue las directrices de la jurisprudencia constitucional²¹, ha considerado que el derecho a los recursos forma parte integrante del contenido complejo del derecho a la tutela judicial efectiva, no siendo más que una manifestación particular de éste²².

Otros autores, tomando en consideración que las proclamaciones sobre el derecho a los recursos efectuadas por nuestro máximo interprete consti-

²⁰ DE SANTO, V., *Tratado de los recursos*, I, Universitaria, Buenos Aires, 1987, pp. 88 y 89.

²¹ Entre otras véanse: STC 105/94, de 11 de abril, (BOE de 17 de mayo). Sala Primera. Rec. Amparo: 2623/91. Ponente: Rafael de Mendizábal, FJ. 4; STC 149/95 de 16 de octubre (BOE de 10 de noviembre), Sala Segunda. Rec. Amparo: 1664/93. Ponente: Julio Diego González Campos. FJ. 3; STC 119/98, de 4 de junio (BOE de 3 de julio). Pleno. Rec. Amparo: 1429/96. Ponente: Manuel Jiménez de Parga, FJ 1; STC 133/2000 de 16 de mayo, (BOE de 20 de junio), Sala Primera. Ponente: Fernando Garrido Falla; STC 236/01, de 18 de diciembre. (BOE de 16 de enero de 2002). Sala Primera. Rec. Amparo: 3542/96. Ponente: Fernando Garrido Falla; STC 231/01, de 26 de noviembre. (BOE de 27 de diciembre). Sala Primera. Rec. Amparo 4969/99. Ponente: Fernando Garrido Falla; STC 234/2002, de 9 de diciembre. (BOE de 10 de enero de 2003). Sala Segunda. Rec. Amparo 3886/00. Ponente: Tomás Vives Antón; STC 164/2002, de 17 de septiembre. (BOE de 9 de octubre). Sala Segunda. Rec. Amparo 2886/98. Ponente: Pablo Cachón Villar; STC 11/03, de 27 de enero. (BOE de 19 de febrero). Sala Primera. Rec. Amparo 4895/00. Ponente: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez; STC 26/03, de 10 de febrero. (BOE de 5 de marzo). Sala Segunda. Rec. Amparo: 5022/00. Ponente: Eugeni Gay Montalvo.

²² En este sentido véase, entre otros: GÓMEZ DE LIAÑO, F., «Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva», en *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, núm. O, 1987, p. 87; LOZANO-HIGUERO PINTO, M., en *Introducción al Derecho Procesal*, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1990. p. 13.

tucional se encasillan dentro de estrictos límites, llegan a concluir que el derecho a recurrir, salvo en el orden penal²³, no forma parte necesariamente del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva²⁴.

Según esta interpretación en la que el derecho a la tutela judicial efectiva implica el derecho a los recursos establecidos por el legislador, pero no un derecho general a los recursos²⁵, cabe deducir que sólo en la medida en

²³ Por todas, véase: STC 24/81, de 14 de julio, (BOE de 20 de julio). Sala Primera. Rec. Amparo 6/81. Ponente: Manuel Díez de Velasco, FJ 3: «Rechazadas las alegaciones relativas a la admisibilidad del recurso debemos entrar en el fondo del mismo, para determinar si el retraso de más de un año en ejercerse por la Sala 2.ª de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid la totalidad de las medidas que la Ley ponía en sus manos para obtener del Rectorado de la Universidad Complutense el cumplimiento de la orden de remisión del expediente ha provocado al recurrente una lesión en su derecho constitucional a obtener una tutela efectiva de los Jueces y Tribunales. A este respecto conviene recordar que este mismo Tribunal en su Sentencia de 22 de abril de 1981, dictada en el recurso de amparo 202/1980, señalaba cómo el art. 24 de la Constitución supone no sólo que todas las personas tienen derecho al acceso a los Tribunales para el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sino también que dichas personas tienen derecho a «obtener una tutela efectiva» de dichos Tribunales, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. La tutela efectiva supone que los recurrentes sean oídos y tengan derecho a una decisión fundada en derecho, ya sea favorable o adversa.

Este derecho a la jurisdicción reconocido en el párrafo 1 del mencionado art. 24 no puede entenderse como algo desligado del tiempo en que debe prestarse por los órganos del Poder Judicial, sino que ha de ser comprendido en el sentido de que se otorgue por éstos dentro de los razonables términos temporales en que las personas lo reclaman en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. El ámbito temporal en que se mueve el derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales lo viene a consagrar el párrafo 2 del mismo art. 24 de la Constitución al hablar de «un proceso público sin dilaciones indebidas» y aunque pueda pensarse que por el contexto general en que se utiliza esta expresión sólo está dirigida en principio a regir en los procesos penales, ello no veda que dentro del concepto general de la efectiva tutela judicial deba plantearse como un posible ataque al mismo las dilaciones injustificadas que puedan acontecer en cualquier proceso. Es en este sentido en que se manifiesta la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales al establecer en su art. 6.1, que «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial...». A su vez, este plazo razonable fue interpretado por el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre primeramente para los procesos penales (asuntos Neumeister y Ringeisen) y posteriormente extendido para los procedimientos ante las jurisdicciones administrativas (caso König) en el sentido de que el carácter razonable de la duración de un procedimiento debe apreciarse según las circunstancias de cada caso y teniendo en cuenta fundamentalmente «la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente y la forma en que el asunto haya sido llevado por las autoridades administrativas y judiciales» (Cour Eur. D. H., Affaire König, décision du 23 abril 1977, série A, núm. 27, p. 34).

²⁴ Entre otros, véanse: BORRAJO INIESTA, I., *El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, con Díez-Picazo y Fernández Farreres, Civitas, Madrid, 1995, pp. 43 y 44; CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva (Derechos y garantías procesales derivados del art. 24.1 de la Constitución)*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 79 y 80; FIGUERUELO DÍAZ, A., *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 81 y ss.

²⁵ Entre otras, véanse: STC 149/95, de 16 de octubre (BOE de 10 de noviembre) Sala Segunda. Rec. Amparo: 1664/03. Ponente: Julio Diego González Campos, FJ 3; STC 119/98, de 4 de junio (BOE de 3 de julio). Pleno. Rec. Amparo 1429/96. Ponente: Manuel Jiménez de Parga,

que las Leyes, en general, establezcan y dispongan un sistema de recursos contra las resoluciones judiciales, el acceso a éstos formará parte del derecho a la tutela judicial efectiva²⁶.

Esta visión doctrinal derivada, como se ha podido constatar, de la construcción elaborada en esta materia por la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a los recursos excluyéndolo del derecho a la tutela judicial efectiva y relegándolo a una simple cuestión de legalidad ordinaria, salvo en el proceso penal, no parece satisfactoria²⁷.

Como muy bien ha señalado Vázquez Sotelo²⁸, la interpretación del Tribunal Constitucional podría conducir a que un legislador despreocupado por la calidad de la justicia se limitase a organizar una justicia de primer y único grado, sin importar cuáles fuesen los resultados en cuanto a la exigencia de justicia del fallo, cuestión ésta que resultaría totalmente intranscendente para el texto constitucional.

Es difícil entender esta afirmación derivada de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. Ello es así, porque no parece lógico que no siendo la existencia de recursos en el proceso civil una exigencia constitucional, cobre en cambio relieve constitucional la privación del derecho al recurso legalmente establecido; y, de otro, porque el Tribunal Constitucional deja sin explicación la contradicción que supone que en un proceso penal, aunque verse sobre faltas que carezcan de toda importancia, deba existir necesariamente al menos una apelación y que, en cambio, tal posibi-

FJ 1; STC 260/00, de 30 de octubre. (BOE de 1 de diciembre). Sala Primera. Rec. Amparo: 2548/98. Ponente: Pablo Cachón Villar, FJ 4; STC 295/00, de 11 de diciembre, (BOE de 16 de enero de 2001). Sala Segunda. Rec. Amparo: 512/97. Ponente: Guillermo Jiménez Sánchez. FJ 4; STC 217/01, de 29 de octubre, (BOE de 30 de noviembre). Sala Segunda. Rec. Amparo: 4510/00. Ponente: Rafael de Mendizábal Allende, FJ 5; STC 223/01, de 5 de noviembre. (BOE de 30 de noviembre), Sala Primera; Rec. Amparo 1116/98. Ponente: Pablo Cachón Villar, FJ 4; STC 22/02, de 28 de enero, (BOE de 1 de marzo). Sala Primera. Rec. Amparo 1916/99. Ponente: Pablo García Manzano, FJ 2; STC 12/02, de 28 de enero, (BOE de 1 de marzo). Sala Primera. Rec. Amparo 4223/97. Ponente: Roberto García-Calvo Montiel, FJ 2; STC 37/03, de 14 de marzo. (BOE de 14 de marzo). Sala Primera. Rec. Amparo 4835/01. Ponente: Javier Delgado Barrio, FJ 4.

²⁶ ARMENTA DEU, T., «El derecho a los recursos: su configuración constitucional», *Revista General del Derecho*, 1994, julio-agosto, pp. 8105 y ss; CALDERÓN CUADRADO, P., «Disposiciones sobre los recursos. Una referencia crítica al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Presente y futuro del proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1998 p. 340; MONTERO AROCA, J., «Los recursos. Sus clases», en *El nuevo proceso civil*, (Ley 1/2000) con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000 pp, 473 y 474; DE DIEGO DíEZ, L. A., *El derecho de acceso a los recursos. Doctrina constitucional*, Cóllex, Madrid, 1998, pp, 19-20; y VARELA GÓMEZ, B. J., «El derecho al recurso en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Revista Justicia*, 1991-1 pp. 38-39.

²⁷ VALLESPÍN PÉREZ, D., *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2002, p. 75.

²⁸ VÁZQUEZ SOTELO, J. L., en el Prólogo a la obra de VALLESPÍN PÉREZ, D., *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, op. cit., p. 21.

lidad de control pueda no existir en un proceso civil en el que pueden llegarse a discutir asuntos de vital importancia para las partes y sus familias ²⁹.

El doble grado jurisdiccional, como bien ha señalado Vallespín Pérez ³⁰, debería entenderse como una garantía constitucional en todo caso. El error de la jurisprudencia estribaría en no haber contemplado esta garantía dentro del proceso justo o con todas las garantías del art. 24.2 CE.

III. CLASIFICACIÓN DE LOS RECURSOS.

LAS CARACTERÍSTICAS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN: CONCEPTO Y FUNDAMENTO

1. Clasificación de los recursos

Frente a la dispersa y caótica regulación de los recursos en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en la nueva regulación procesal civil se ha optado por su ordenación uniforme y sistemática en los artículos 448 a 495 LEC, constituyendo una de aquellas materias más afectadas por la reforma y que ha provocado una mayor polémica, ya que el sistema se encuentra parcialmente sometido a una situación transitoria (DF 16.^a) que todavía no se ha resuelto.

La nueva LEC, con seguimiento de una acuñación dogmática consolidada, distingue en su Libro II, entre los recursos propiamente dichos (Título IV), y la rescisión y revisión de sentencias firmes (Título V) ³¹.

El sistema de recursos permite distinguir entre a) la reposición, como fórmula típica de revisión de resoluciones interlocutorias de cualquier órgano jurisdiccional; b) la apelación, fundamentalmente orientada a introducir una segunda instancia en los juicios civiles; c) el recurso extraordinario por infracción procesal, destinado a la corrección de ciertas infracciones procesales; d) la casación, que vendría reducida a controlar la infracción de las normas jurídicas aplicables, y e) la queja, como recurso de carácter instrumental en función a la inadmisión del resto de recursos.

²⁹ VÁZQUEZ SOTELO, J. L., en el Prólogo a la obra de VALLESPÍN PÉREZ, D., *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, op. cit., p. 21.

³⁰ En este mismo sentido se han expresado, entre otros: GIMENO SENDRA, V., «El derecho a un proceso administrativo con todas las garantías», *XII Jornadas de Estudio sobre los Derechos Fundamentales II*, Vol. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1993, Centro de Publicaciones, pp. 23-24 y VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Teoría general de los recursos*, obr. cit.

³¹ RAMOS MÉNDEZ, F., *Guía para una transición ordenada a la LEC*, Bosch, Barcelona, 2000 pp. 482-483.

La clasificación de los recursos puede abordarse desde muy variadas perspectivas y en función de diferentes criterios. Sin perjuicio de ciertas clasificaciones particulares³², es lo cierto que la mayor parte de la doctrina, siguiendo el concepto técnico de recurso y las clasificaciones esbozadas en su día por Gómez Orbaneja³³, presta atención a dos criterios fundamentales: el órgano competente (devolutivos y no devolutivos) y el ámbito del recurso (ordinarios y extraordinarios).

En primer lugar, es posible distinguir entre los recursos «horizontales o no devolutivos» y aquellos otros que cabe reputar como «verticales o devolutivos». Los primeros, es decir, los no devolutivos, son aquellos que se resuel-

³² Entre otras, véanse las elaboradas por CHIOVENDA, G., *Principios de Derecho Procesal civil*, op. cit., p. 488; quien menciona medios de impugnación ordinarios, considerando como tales el recurso de apelación y oposición en rebeldía, y medios de impugnación extraordinarios, para hacer referencia a los recursos de revocación, oposición de tercero y casación; GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Del recurso de reposición», en *Introducción al nuevo proceso civil*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002 p. 355, quien habla de recursos frente a providencias (recurso de reposición), con independencia de si el órgano que las dicta es unipersonal o colegiado, recursos contra autos, donde tendrían cabida los recursos de reposición, apelación, extraordinario por infracción procesal y de queja, recursos contra sentencias, entre los que se encuentran el recurso de apelación, el extraordinario por infracción procesal, el recurso de casación y el recurso en interés de la ley; y acciones autónomas de impugnación, donde tienen cabida la revisión y la audiencia al rebelde; GUASP, J., *Derecho Procesal Civil*, II, op. cit., pp. 554 y ss., quien señala expresamente que la clasificación fundamental de los recursos deriva del grado de jerarquía judicial del órgano que resuelve la impugnación, pudiendo distinguirse entre las impugnaciones en el mismo grado de la jerarquía judicial que dictó la resolución (recurso de reposición); las impugnaciones en el grado superior de la jerarquía judicial que dictó la resolución recurrida (recurso de apelación) e impugnaciones en el grado supremo de la jerarquía judicial, en las que, a su vez, cabe separar las impugnaciones fundadas en motivos immanentes a la propia resolución que se recurre (recurso de casación) y las fundadas en motivos trascendentes a la resolución (recurso de revisión); MONTERO AROCA, J., y FLORS MATIES, J., *Los recursos en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 33 y ss., quien además de los criterios tradicionales de clasificación de los recursos presta atención al relativo a la distinción entre recursos procesales (que procederían en aquellos casos en que una resolución judicial no se pronuncia sobre el objeto del proceso y el recurso perseguiría la adecuación de lo decidido a la norma procesal) y recursos materiales (que procederían cuando la resolución aplica las normas materiales que sirven para decidir sobre el objeto del proceso, es decir, sobre la estimación o desestimación de la pretensión interpuesta por el actor; ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil* 2.ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 511 y ss., clasifica los medios de impugnación de la siguiente forma: a) Medios de impugnación consistentes en un nuevo proceso por haber adquirido firmeza la sentencia contra la que se dirigen (revisión y audiencia al rebelde), b) Medios de impugnación consistentes en incidentes de oposición (caso de la oposición a la declaración de concurso o de quiebra y de la oposición a las medidas cautelares decretadas sin previa audiencia del demandado y c) Medios de impugnación dirigidos a producir una nueva cognición de cuestiones ya resueltas mediante resoluciones que no son firmes y que se han dictado con las ordinarias posibilidades de audiencia previa de las partes (recursos de reposición, de apelación, extraordinario por infracción procesal, casación y queja). Estos últimos son los medios de impugnación en sentido estricto y los llama «recursos», teniendo como principal característica la falta de firmeza de la resolución que se dirigen a atacar y la conveniencia de que la cuestión sea examinada y resuelta más de una vez.

³³ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil*, I, op. cit., Madrid, 1979, pp. 455 y ss.

ven por el mismo órgano judicial que ha dictado la resolución recurrida (reposición); mientras que los segundos, esto es, los devolutivos, se caracterizan porque se resuelven por el órgano superior jerárquico de aquel que dictó la resolución recurrida (apelación, casación, infracción procesal y queja).

En segundo lugar, es posible distinguir entre los «recursos ordinarios» y los «recursos extraordinarios». Para ello es obligado tomar en consideración tanto los presupuestos de su admisibilidad como el alcance o amplitud de la impugnación.

Son recursos ordinarios aquellos que no exigen causas específicas de admisión ni limitan los poderes del órgano judicial *ad quem* (la reposición, la queja y la apelación). Por el contrario, son recursos extraordinarios aquellos otros que exigen motivos tasados para su interposición y en los que existe limitación de las facultades del tribunal *ad quem* (casación e infracción procesal).

2. Las características del recurso de reposición: Concepto y fundamento

De conformidad con los criterios de clasificación esbozados en el epígrafe precedente, y tanto al hilo de su regulación en la vieja LEC como en la Ley 1/2000, el recurso de reposición viene concebido como un recurso ordinario, no devolutivo (de él conoce el propio órgano jurisdiccional que dictó la resolución impugnada)³⁴, ni suspensivo («sin perjuicio de que se interponga se llevará a efecto lo acordado»), que procede contra las resoluciones interlocutorias, es decir, frente a resoluciones no definitivas –providencias y autos– que se dicten por órganos unipersonales y colegiados durante el proceso, (en la LEC 1/2000, bajo el concepto de «reposición», se esconde también lo que en la anterior LEC era el recurso de súplica, ejercitable frente a las resoluciones de los órganos colegiados)³⁵, y en virtud del cual se solicita del propio Juzgado o Tribunal que ha dictado la resolución que se impugna, la declaración de ilegalidad de una resolución (por ser contraria a una norma o garantía procesal) y la consiguiente ineficacia de la misma, dictando, con unidad de acto, la resolución que proceda legalmente³⁶.

³⁴ Tan es así, que algunos autores lo denominan «autorrevisorio» (LORCA NAVARRETE, A. M., «Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte General» en *El nuevo proceso civil*, Dykinson, Madrid, 2000 p. 1036).

³⁵ Para un mayor análisis de esta realidad procesal *vid.* Cap. IV.

³⁶ Entre otros, véanse: ASENCIO MELLADO, J. M.^a, *Derecho Procesal civil*, «Parte primera, 2.^a Edición, Ley 1/2000», Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 377; FLORS MATÍES, J., «El recurso de reposición» en *El proceso civil*, Volumen IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 352; GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Del recurso de reposición» en *Introducción al nuevo proceso civil*, *op. cit.*, p. 357; MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍES, J., *Los recursos en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 143.

En nuestro Derecho se ha entendido tradicionalmente que contra las resoluciones interlocutorias debía admitirse un recurso que hiciera que el Tribunal reconsiderase la decisión adoptada³⁷.

Así, los antecedentes históricos de este recurso cabe apreciarlos tanto en Las Partidas³⁸, en las que, de una parte, se daba al Juez la posibilidad de «enmendar» de oficio sus propias resoluciones interlocutorias, siempre que existiese razón jurídica; y, de otra, se introducía el concepto de inapelabilidad de las resoluciones interlocutorias y se incorporaba el procedimiento de interposición del recurso de reposición; como en la Novísima Recopilación³⁹, pues en ella se observa un seguimiento de los postulados ya recogidos por las Partidas.

Posteriormente, en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, se introduce, de un lado, la posibilidad de apelar las resoluciones interlocutorias, siendo requisito imprescindible, no obstante, interponer con carácter previo el recurso de reposición; y, de otro, la imposibilidad de reforma de oficio de las resoluciones interlocutorias.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 recoge casi literalmente la regulación contenida en la anterior Ley de 1855, ampliando, no obstante, el abanico de resoluciones judiciales contra las que cabía interponer recurso de reposición (se distinguen las providencias de mera y no mera tramitación⁴⁰ y se incorporan los autos). En ella se establecía como requisito para la admisibilidad del recurso que se indicara en el escrito de interposición la disposición de la propia LEC que se considerara infringida, dirigiendo de esta forma el recurso únicamente para impugnar infracciones de carácter procesal⁴¹.

A pesar de la polémica suscitada en orden a la conservación del recurso de reposición⁴², que tiene su origen en la duda acerca de su eficacia prácti-

³⁷ GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, C., *Las resoluciones interlocutorias en el proceso civil. Sistema de recursos*, La Ley, Madrid, 1991, p. 87.

³⁸ Ley 2, Título 22, Partida 3.ª y Ley 13, Título 22, Partida 3.ª, «E puede dar el judgador este juicio (el interlocutorio) por escrito ó de palabra si así quisiese: e otro sino puede toller, e enmendar por alguna razón derecha, quando quier, anque de juicio acabado sobre la demanda principal».

³⁹ En la Ley 23, Título 20, Libro 11, de la Novísima Recopilación se expresa claramente la inapelabilidad de las resoluciones interlocutorias: «En las resoluciones interlocutorias no hay alzada, los juzgadores ni la otorguen ni la den; salvo de las sentencias interlocutorias fueran dadas sobre defensas perentorias, o sobre algún artículo que haga perjuicio en el pleito principal; o si fuere razonado frente a él por la parte, que no es su juez, y prueba la razón porque no es su juez, hasta nueve días según marca la Ley, en cualquier de estos casos otorgamos a la parte que se sintiere agraviada, que se puede alzar, y el juzgador que sea tenido de otorgar la alzada.»

⁴⁰ Tras la reforma llevada a cabo por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, desaparece la distinción entre providencias de mera y no mera tramitación.

⁴¹ ASCENCIO MELLADO, J. M., *Derecho Procesal Civil*, Parte Primera, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 377.

⁴² Mientras que algunos autores abogan por su conservación (MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍES, J., *Los recursos en el proceso civil, op. cit.*, p. 143, entienden que el recurso de reposi-

ca derivada del hecho de pensar que hay pocas posibilidades de que llegue a reformarse una resolución por el propio órgano judicial que la dictó, y en atención a su consideración como medio útil para conseguir que el órgano jurisdiccional pueda reconsiderar y rectificar una decisión desacertada, evitando las mayores dilaciones que se derivarían de un recurso devolutivo o los inconvenientes de posponer la eventual ineficacia a la decisión definitiva sobre el fondo del asunto, la nueva LEC, con el ánimo de contribuir a un mejor desarrollo del proceso y a evitar nulidades que pudieran acordarse cuando se interpusiera un recurso devolutivo contra la resolución que pusiera fin a la instancia, mantiene el recurso de reposición frente a todas las providencias y autos no definitivos, careciendo de efectos suspensivos y debiendo expresarse la infracción estimada, pero sin que sea preciso que ésta sea de una norma procesal (arts. 451-454).

Como muy agudamente ha señalado Serra Domínguez ⁴³, sin perjuicio de la adecuación de los requisitos del recurso de reposición a las prescripciones establecidas por nuestra jurisprudencia constitucional, a la que

ción constituye un medio útil y conveniente en términos de economía procesal, para que el órgano judicial pueda reconsiderar y rectificar una decisión desacertada, evitando las mayores dilaciones que producen los recursos devolutivos; ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal civil*, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 515, aboga por conservar el recurso de reposición, teniendo en cuenta que la sobrecarga de trabajo en los órganos judiciales conduce a una mayor probabilidad de errores en la tramitación, que necesita de algún medio que obligue a reconsiderar las resoluciones; DE LA OLIVA, A., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, 2.ª edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, p. 221, considera que la experiencia práctica corrobora que los tribunales estiman recursos contra sus propias resoluciones y la supresión de la apelación contra el auto resolutorio del recurso de reforma aumenta la responsabilidad de quien dicta ha de resolver el recurso de reposición y ello contribuye en evitar los errores judiciales), otros, por el contrario entienden que debería desaparecer, como es el caso de SAAVEDRA GALLO, P., «Del recurso de reposición», en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, dirigida por Antonio M.ª Lorca Navarrete, Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 2258, para quien «el argumento esgrimido por algunos autores de que el recurso de reposición ayuda a corregir los errores y evita nulidades, no es suficiente para la conservación de los recursos devolutivos. Bastaría con establecer un instrumento procesal, que podría ser un simple escrito, de advertencia o protesta ante el Juez, otorgando a éste la facultad de rectificar»; OSORIO ACOSTA, E., «El recurso de reposición», en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil, Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, Economist & Jurist, 2000, p. 643, sugiere también «la búsqueda de otras soluciones como la instauración de un sistema de advertencia o protesta ante el órgano judicial que falte a éste a rectificar, llamando la atención del Juez ante posibles errores de carácter procedimental y quedando las infracciones de normas sustantivas o procesales reservadas para recursos devolutivos»; y GARBERÍ LLOBREGAT, J., «El recurso de reposición», en *Los procesos civiles, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia*, op. cit., p. 641, quien entiende que el recurso de reposición es un instrumento procesal escasamente útil para obtener una revocación o modificación de un pronunciamiento judicial, ya que en el escaso período de tiempo que discurre entre la interposición y la decisión del recurso no es probable que se sucedan nuevas circunstancias que pueda tomar en consideración el órgano judicial.

⁴³ SERRA DOMÍNGUEZ, M., *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 69.

más tarde se hará una mención especial ⁴⁴, las únicas novedades introducidas en relación a este recurso ordinario son las relativas al plazo de interposición, que pasa a ser de cinco días, al igual que sucede con los de impugnación y decisión, y no proceder recurso alguno contra su decisión, lo cual no impide, sin embargo, reproducir la cuestión al recurrir la sentencia definitiva.

IV. LA REPOSICIÓN Y LA SÚPLICA EN LA VIEJA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

1. El recurso de reposición en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, a diferencia de lo que más tarde se expondrá respecto a la Ley 1/2000, distinguía dos recursos ordinarios no devolutivos en función de si la resolución interlocutoria impugnada fue dictada por un órgano jurisdiccional unipersonal (reposición) o colegiado (súplica) ⁴⁵.

La regulación del recurso de reposición (ordinario, no devolutivo, contra las resoluciones interlocutorias dictadas por un órgano jurisdiccional unipersonal, y en atención al cual se perseguía la revocación de la resolución recurrida y su sustitución por otra, sin limitaciones en lo relativo a la motivación de la impugnación) se contenía en los arts. 376 y siguientes de la vieja LEC, así como en el art. 61 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, regulador del proceso declarativo ordinario de pequeña o inferior cuantía (mal llamado de cognición) ⁴⁶.

En atención a las resoluciones recurribles era posible distinguir entre el recurso de reposición contra providencias (art. 376) ⁴⁷ y el recurso de reposición contra aquellos autos que no eran directamente apelables (art. 380) ⁴⁸.

⁴⁴ Vid. Cap. V.

⁴⁵ MONTERO AROCA, J., «Los recursos», en *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, con GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO y BARONA VILAR, *op. cit.*, p. 484.

⁴⁶ En el marco de los juicios de cognición, la reposición tan sólo era admisible en la etapa declarativa del juicio, cuando la resolución impugnada impidiese la continuación del juicio. En el resto de casos se consignaba protesta para hacerla valer en el momento de la apelación definitiva.

⁴⁷ Art. 376 de la vieja LEC: «Contra las providencias que dicten los Jueces de Primera Instancia no se dará otro recurso que el de reposición, sin perjuicio del cual se llevará a efecto la providencia».

⁴⁸ Art. 380 de la vieja LEC: «Contra los autos que dicte el Juez de Primera Instancia y que no sean las resoluciones de recursos de reposición ni de los comprendidos en el art. 382 se dará el recurso de reposición, que deberá interponerse dentro del tercer día y que se tramitará en la forma establecida en los artículos precedentes».

El tratamiento procesal del recurso de reposición, común para ambas clases de recurso, venía sometido a dos requisitos en orden a su admisión a trámite: su interposición en el plazo de tres días y la cita de la disposición de la ley procesal que se consideraba infringida. De no llenarse ambos requisitos, el Juez debía declarar de plano y sin ulterior recurso no haber lugar a proveer (art. 377).

Al hilo de este segundo requisito, esto es, el relativo a la cita de la disposición de la ley procesal que se considerase infringida, es posible individualizar una abundante jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional⁴⁹ que, mitigando lo drástico de la regulación legal⁵⁰, ha terminado por concluir que:

«la exigencia de la cita se convierte en innecesaria y carece de objeto cuando, en aplicación de normas procesales que así lo permiten, la cuestión suscitada en el recurso de reposición era de naturaleza sustantiva, puesto que, impugnada una resolución por razones de fondo, no era posible fundar el recurso en una exigencia formal ajena a su objeto, obligando a la parte recurrente a citar imaginados preceptos procesales infringidos que no existen y desconociendo, por el contrario, las verdaderas pretensiones del recurso cuando éstas resultan plenamente identificables en el escrito.»

Este posicionamiento uniforme de nuestra jurisprudencia constitucional obedece, como bien ha señalado Ramos Méndez⁵¹, al hecho de que, a veces, aun sin citar preceptos concretos —quién sabe si por *lapsus calami velociter scribentis*—, es obligado atender a lo que dice el recurrente que «tal vez tenga un motivo razonable de queja».

La interposición del recurso de reposición, que no producía efecto suspensivo⁵², debía efectuarse por medio de escrito (con firma de Abogado y

⁴⁹ Véanse, entre otras: STC 194/96, de 26 de noviembre (BOE de 3 de enero de 1997), Sala Primera. Rec. Amparo: 7604/1996. Ponente: Vicente Gimeno Sendra, FJ 2.º; STC 199/97, de 24 de noviembre (BOE de 30 de diciembre). Sala Segunda. Rec. Amparo: 8137/1997. Ponente: Fernando García-Mon y González-Reguerá; STC 4/98, de 12 enero (BOE de 12 de febrero). Sala Segunda. Rec. Amparo 2729/95. Ponente: Julio Diego González Campos; STC 10/99 de 8 de febrero (BOE de 25 de febrero). Sala Primera. Rec. Amparo 3734/1996. Ponente: Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, FJ 3; STC 213/99, de 29 de noviembre (BOE de 28 de diciembre). Sala Segunda. Rec. Amparo 27/96. Ponente: Guillermo Jiménez Sánchez. FJ 2.º; STC 161/00, de 12 de junio. (BOE de 11 de julio). Rec. Amparo 2727/98. Ponente: Carles Viver Pí Sunyer, FJ 3.º; STC 233/01, de 10 de diciembre (BOE de 16 de enero 2002). Sala Primera. Rec. Amparo 6578/00. Ponente: María Emilia Casas Baamonde; STC 112/02, de 6 de mayo (BOE de 5 de junio). Sala Segunda. Rec. Amparo 4962/00. Ponente: Guillermo Jiménez Sánchez, FJ 4.º

⁵⁰ OSORIO ACOSTA, E., «El recurso de reposición», en *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, III, op. cit., p. 641.

⁵¹ RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Civil*, I, Bosch, Barcelona, 1997, p. 527.

⁵² El art. 376 de la vieja LEC disponía expresamente en relación a este recurso ordinario que sin perjuicio de él se llevará a efecto la providencia.

Procurador cuando fuere necesaria la postulación)⁵³ y presentarse ante el órgano jurisdiccional competente (el propio órgano jurisdiccional que ha dictado la resolución objeto de impugnación)⁵⁴.

De conformidad con el art. 378 de la anterior LEC, una vez presentado en tiempo y forma el recurso de reposición, debía entregarse copia del escrito a la parte o parte contrarias. A su vez, éstas, en el marco de los tres días siguientes, podían impugnar el recurso si lo estimaban oportuno⁵⁵.

Si bien es cierto que no faltaron algunos autores que abogaron por admitir cierta prueba con los escritos⁵⁶, no lo es menos que la jurisprudencia, con apoyo en que se trata de un recurso en el que no existe etapa probatoria, se mostró siempre remisa a su admisión.

Transcurrido el plazo de tres días previsto para la posible impugnación del recurso, con independencia de la presentación o no de escritos de impugnación, el órgano jurisdiccional venía obligado, ya fuere estimando o desestimando las pretensiones del recurrente, a resolver dentro del tercer día (art. 379).

Contra los autos resolutorios de los recursos de reposición tan sólo cabía interponer el de apelación, en un solo efecto, debiendo resolverse conjuntamente con la apelación principal (art. 381.1). En otras palabras, el Juez se limitaba a tener por anunciada la apelación para su momento.

Si bien es cierto que tras la Reforma de 1984 se generalizó la opinión doctrinal en atención a la cual contra los autos que resolvían un recurso de reposición contra providencias, no cabía ulterior recurso, de tal forma que el control ulterior debería acometerse a través de las protestas o reproducción de las peticiones que pudiesen tener cabida en otras etapas del

⁵³ Sobre este tema ver: STC 174/1988, de 3 de octubre (BOE de 5 de noviembre). Sala Primera. Rec. Amparo 492/1987. Ponente: Francisco Tomás y Valiente, FJ 2.º: *«es cierto que la intervención de Letrado o Abogado en los casos exigidos como en el presente no constituye mera formalidad o requisito intrascendente... y es claro que su falta absoluta puede constituir infracción grave que podrá ser acusada para impedir el trámite o acceso al proceso... no se podrá proveer a ninguna solicitud que no lleve la firma de Letrado —fuera de los casos expresamente exceptuados en el art. 10 LEC—, puede entenderse en el sentido de que determina la ineficacia total de los actos que no cumplan dicho requisito y, por consiguiente, permite negar efecto al escrito de interposición de un recurso que adolezca de tal defecto»*.

⁵⁴ Art. 379 de la vieja LEC: *«Transcurrido el término antedicho, hayándose presentado o no escritos de impugnación, sin más trámites, el Juez resolverá dentro del tercer día»*.

⁵⁵ La parte recurrida, en su escrito de impugnación, debía realizar la argumentación fáctica y jurídica en orden a sostener su pretensión. A tal efecto, podía: a) denunciar la ausencia de requisitos de admisibilidad, que debían ser apreciados de oficio, pero que pudieran no haber sido tenidos en cuenta; b) denunciar los presupuestos de admisibilidad apreciables única y exclusivamente a instancia de parte; y c) requerir la denegación del recurso en cuanto al fondo y solicitar la confirmación de la resolución impugnada por entender que es ajustada a Derecho.

⁵⁶ PRIETO CASTRO, L., y DE LA OLIVA SANTOS, A., «Sistema de recursos», en *Sistema de recursos. Perfeccionamiento del Derecho de ejecución singular*, Madrid, 1977, p. 22.

juicio⁵⁷; parecía oportuno concluir, de conformidad con el «derecho a los recursos» y aun cuando ello no tuviese trascendencia práctica, que el que se hubiese suprimido a efectos de este recurso la distinción entre providencias de mera tramitación y las demás no debe autorizar, como bien ha señalado Ramos Méndez⁵⁸, a restringir la posibilidad de recurso contra los autos que resolviesen la reposición.

2. El recurso de súplica en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881

El recurso de súplica, ahora suprimido en la nueva LEC, al haberse incorporado bajo el manto del recurso de reposición, venía concebido en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (arts. 401 y s.) como el «equivalente» al recurso de reposición, pero en el ámbito de los órganos jurisdiccionales colegiados⁵⁹.

Ello es así, porque, como muy agudamente señaló Prieto-Castro⁶⁰, el recurso de súplica era el mismo de reposición (también ordinario y no devolutivo), pero con un nombre distinto a causa de su procedencia contra determinadas resoluciones interlocutorias de las Audiencias y del Tribunal Supremo (más tarde también de los Tribunales Superiores de Justicia).

La explicación de la existencia de dos recursos tan similares —únicamente los diferenciaba el órgano judicial que actuaba como sujeto activo, tanto como emisor de las resoluciones impugnadas como decisor de los propios recursos interpuestos— puede encontrar su origen en los antecedentes históricos del recurso de súplica. Ambos recursos procedían de una misma idea: la posibilidad de enmendar los errores del propio juzgador que dictó la resolución; pero diferían en cuanto a las normas relativas a su ámbito de aplicación (resoluciones recurribles)⁶¹.

Ambos recursos procedían contra resoluciones interlocutorias, pero el tratamiento procesal de la súplica parecía dirigido a conseguir que su

⁵⁷ Entre otros, véanse: GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, C., *Las resoluciones interlocutorias en el proceso civil. Sistema de recursos*, op. cit., p. 94 y ORTELLS RAMOS, M., «El recurso de reposición», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Ley 34/1984), coordinados por CORTÉS DOMÍNGUEZ, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 270 y ss.

⁵⁸ RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento civil*, I. op. cit., p. 529. En el mismo sentido, véanse, entre otros: FAIRÉN GUILLÉN, V., *Ley de reforma urgente de la LEC*, Madrid, 1985, p. 170; PRIETO CASTRO, L., *Tratado de derecho procesal civil*, I, op. cit., p. 787.

⁵⁹ RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Civil*, I, op. cit., p. 530.

⁶⁰ PRIETO CASTRO, L., *Derecho Procesal Civil*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 263.

⁶¹ GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, C., *Las resoluciones interlocutorias en el proceso civil. Sistema de recursos*, op. cit., p. 109.

acceso fuese más restringido que el de la reposición ⁶², aun cuando el legislador remitía su regulación a la normativa aplicable al recurso de reposición (art. 402).

Contra las providencias de mera tramitación que dictaban las Audiencias o el Tribunal Supremo no se daba recurso alguno, salvo el de responsabilidad (arts. 401 y 405). Por el contrario, sí procedía la súplica contra las providencias que no fueran de mera tramitación y contra las sentencias y autos resolutorios de incidentes que se promoviesen durante la tramitación de la segunda instancia (arts. 402 y 405) ⁶³.

El recurso de súplica se debía interponer ante el propio órgano judicial (colegiado) que había dictado la resolución (en el plazo de cinco días). Su sustanciación venía remitida a la del recurso de reposición, procediéndose a dictar la resolución previo informe del Magistrado Ponente (art. 402.2).

La resolución de este recurso de súplica correspondía al propio órgano jurisdiccional ante el cual se había interpuesto (recurso horizontal o no devolutivo). Su objeto era en todo caso la revisión de la resolución impugnada, de tal forma que, como señaló Tapia Fernández ⁶⁴, ni el recurso de súplica equivalía a una segunda instancia, ni su contenido podía rebasar los límites fijados en la resolución susceptible de ser recurrida.

Contra su resolución, como se deducía de la lectura del art. 402 de la anterior LEC, no cabía ulterior recurso, salvo que se tratase de un auto que pusiese término al juicio.

⁶² ORTELLS RAMOS, M., «Los medios de impugnación», en *Derecho Jurisdiccional II*, con MONTERO AROCA y GÓMEZ COLOMER, Bosch, Barcelona, 1989, p. 490; TAPIA FERNÁNDEZ, I. «El recurso de súplica en la LEC y en la jurisprudencia», en Cuadernos de la Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1983, (5) pp, 101 y ss.

⁶³ Única y exclusivamente quedaban excluidas de este recurso las sentencias definitivas y los autos que pongan término al juicio, según las precisiones derivadas de los arts. 403: «Contra las sentencias definitivas y los autos que pongan término al juicio, dictados por las Audiencias en segunda instancia, no se dará otro recurso que el de casación dentro de los términos, en los casos y en la forma que se determinan en el título XXI del libro II de esta Ley. Contra las demás resoluciones que dicten en apelación no se dará recurso alguno, salvo el de responsabilidad». Art. 404: «También procederá el recurso de casación contra las sentencias definitivas que dicten las Audiencias en los asuntos sometidos a su jurisdicción en primera y única instancia y contra los autos que resuelvan los recursos de súplica establecidos en el art. 402, cuando tengan el carácter de sentencias definitivas» y art. 406: «Contra las sentencias en que se declare haber o no lugar al recurso de casación, o a la admisión del mismo, no se dará recurso alguno», todos ellos de la vieja LEC.

⁶⁴ TAPIA FERNÁNDEZ, I., *El recurso de súplica en la LEC y en la jurisprudencia*, op. cit., p. 121.

V. PROCEDIMIENTO

1. Resoluciones recurribles e inexistencia de efectos suspensivos

Continuando con la actividad simplificadora que es posible observar en esta materia en las últimas reformas de la vieja LEC (las providencias de mera tramitación fueron suprimidas en el recurso de reposición por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, pero pervivieron en la súplica), en la nueva regulación procesal civil del año 2000 el recurso de reposición (ordinario y no devolutivo) se plantea contra las resoluciones interlocutorias⁶⁵ dictadas por el Juez o Tribunal y las diligencias de ordenación del Secretario Judicial.

La Ley de Enjuiciamiento Civil permite la interposición de este recurso, en primer lugar, «*contra las providencias y autos no definitivos dictados por cualquier tribunal civil*» (art. 451).

El recurso de reposición cabe contra todas las resoluciones interlocutorias⁶⁶, es decir, las de contenido procesal que atienden a la dirección formal o material del proceso⁶⁷, no cabe contra las resoluciones que deciden sobre el fondo del asunto, ni contra las que ponen fin al proceso⁶⁸, aunque sea por razones procesales⁶⁹. Se trata de resoluciones caracterizadas por resolver únicamente «cuestiones procesales» y por no poner fin al proceso, lo cual supone que el proceso continúa, después de la resolución, por sus trámites normales. Con el recurso se pretende, por tanto, la anulación de la resolución y de los actos realizados que tengan en ella su causa, reponiendo las actuaciones⁷⁰.

⁶⁵ La regla general es la recurribilidad absoluta de las resoluciones interlocutorias, siendo necesario que una norma excepcione la regla para que no proceda su aplicación (ASENCIO MELLADO, J. M., *Derecho Procesal Civil*, Parte Primera, 2.ª edición, L 1/2000, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 372).

⁶⁶ Para un estudio de aquello que cabe entender como resolución interlocutoria y su posible impugnación, véanse por todos: CHIOVENDA, G. *Principios de Derecho Procesal Civil*, II, *op. cit.*, p. 508, y GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, C., *Las resoluciones interlocutorias en el proceso civil. Sistema de recursos*, *op. cit.*, págs. 91 y ss.

⁶⁷ SAAVEDRA GALLO, P., «Del recurso de reposición» en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, dirigidos por LORCA NAVARRETE, *op. cit.*, p. 2259; DE LA HOZ DE LA ESCALERA, J., «El recurso de reposición» en *Los recursos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Revista del Poder Judicial núm. 58, 2000 (II), p. 301.

⁶⁸ La definición de resolución definitiva (y, *sensu contrario*, de resolución no definitiva) se encuentra en el art. 207.1 y, en consecuencia, únicamente pueden ser resoluciones interlocutorias las providencias y los autos porque las sentencias siempre son definitivas al poner necesariamente fin a la instancia (BANACLOCHE PALAO, J., «Del recurso de reposición» en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con DE LA OLIVA SANTOS, DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, y VEGAS TORRES, Civitas, Madrid, 2001, p. 780).

⁶⁹ MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., *Los recursos en el proceso civil*, *op. cit.*, pp. 146 y ss.

⁷⁰ MONTERO AROCA, J., «Los recursos en general» (reposición y queja), en *El nuevo proceso civil* (Ley 1/2000), *op. cit.*, p. 485.

Como bien ha señalado Saavedra Gallo⁷¹, las resoluciones, formalizadas a través de providencia⁷² o auto no definitivo⁷³, vienen referidas a cuestiones donde se aplican normas de Derecho procesal y no de Derecho sustantivo (pero no cualquier tipo de cuestión procesal, sino tan sólo aquellas que requieran una decisión)⁷⁴. De igual modo, a través de una interpretación a *sensu contrario* del art. 207 LEC, cabe concluir que siempre que el proceso continúe con posterioridad a dictarse el auto, éste debe considerarse como no definitivo y, por tanto, susceptible de ser impugnado por la vía de la reposición⁷⁵.

Ahora bien, aun a pesar de esta cláusula general, nuestro legislador contempla, como bien ha precisado Garberí Llobregat⁷⁶, tanto supuestos

⁷¹ SAAVEDRA GALLO, P., «Del recurso de reposición», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, *op. cit.*, p. 2259.

⁷² De conformidad con el art. 451 de la Ley 1/2000, que sustituye al viejo art. 376 de la LEC anterior, el recurso de reposición cabe «contra todas las providencias». Estas resoluciones son aquellas que no se limitan a la mera aplicación de normas de impulso procesal (SERRA DOMÍNGUEZ, M., *La Ley 1/2000 sobre enjuiciamiento civil*, *op. cit.*, p. 27) sino que resuelven cuestiones procesales que requieren una decisión judicial, ya sea por determinación expresa de la Ley, ya por derivarse de ella cargas o por afectar a derechos procesales de las partes, siempre que, en tales casos, no se exija expresamente la forma de auto (MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍES, J., *Los recursos en el proceso civil*, *op. cit.*, p. 147).

A pesar de la genérica expresión utilizada en el art. 451 LEC, no todas las providencias son, sin embargo, susceptibles de ser recurridas en reposición (GARNICA MARTÍN, J., *Las medidas cautelares y los recursos*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2000, p. 389; VILLAVEDE FERREIRO, J., «De los recursos», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, dirigidos por LLEDÓ YAGÜE, Dykinson, Madrid, 2000, p. 442-443; NÚÑEZ MARTÍN, I., «Del recurso de reposición», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, dirigidos por LLEDÓ YAGÜE, *op. cit.*, pp. 446 y 447).

⁷³ El recurso de reposición también procede contra los autos no definitivos dictados por cualquier órgano jurisdiccional. Deben entenderse como no definitivos aquellos que, resolviendo cualquier incidente, no ponen término a la instancia ni deciden los recursos interpuestos contra resoluciones definitivas.

⁷⁴ Art. 206.3 LEC: «En los procesos de ejecución se seguirán, en lo que resulten aplicables, las reglas establecidas en los apartados anteriores».

⁷⁵ Art. 207 LEC: «1. Son resoluciones definitivas las que ponen fin a la primera instancia y las que decidan los recursos interpuestos frente a ellas. 2. Son resoluciones firmes aquellas contra las que no cabe recurso alguno bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado. 3. Las resoluciones firmes pasan en autoridad de cosa juzgada y el tribunal del proceso en que hayan recaído deberá estar en todo caso a lo dispuesto en ellas. 4. Transcurridos los plazos previstos para recurrir una resolución sin haberla impugnado, quedará firme y pasada en autoridad de cosa juzgada, debiendo el tribunal del proceso en que recaiga estar en todo caso a lo dispuesto en ellas».

⁷⁶ GARBÉRÍ LLOBREGAT, J. *Del recurso de reposición, en Los procesos civiles. Comentarios a la LEC con formularios y jurisprudencia*, tomo 3, *op. cit.*, p. 643, considera que al legislador se le ha pasado por alto el supuesto donde, pese a tratarse de una resolución definitiva, expresamente se permite la interposición del recurso de reposición como paso previo a la deducción, en su caso, de un ulterior recurso de apelación, como sucede en el art. 237 de la LEC, donde se declara que frente al auto que declare la caducidad de la instancia (art. 207) cabrán los recursos de apelación y reposición. Con lo que se aprecia una contradicción entre los arts. 237.2 y 451 de la LEC, que supone admitir el carácter excepcional de la procedencia de la reposición en el mencionado supuesto.

de resolución definitiva, contra la cual cabe interponer el recurso de reposición: el auto que declara la caducidad de la instancia⁷⁷ y el auto por el cual se decreta la inadmisión de recursos devolutivos⁷⁸; como casos en los que se niega la posibilidad de recurrir en reposición algunas resoluciones que de conformidad con la dicción literal del art. 451 si serían susceptibles de ser cuestionadas a través de los trámites propios del recurso de reposición (v. gr. el auto que ordene la continuación del juicio en el incidente de oposición sobre la existencia o no de una satisfacción extraprocesal de la pretensión o de una carencia sobrevenida del objeto del proceso; las resoluciones con las que se habiliten días y horas inhábiles; la providencia por la que se ordene la comparecencia personal del tercero que ha de aportar un documento de su propiedad; el auto que ordene la continuación del proceso al decidir una cuestión incidental⁷⁹, y el auto por el que se acuerden medidas cautelares).

En segundo lugar, también es posible interponer el recurso de reposición contra *«las diligencias de ordenación del Secretario Judicial por infracción de algún precepto legal o por resolver cuestiones que*

⁷⁷ Art.237 LEC: «1. Se tendrán por abandonadas las instancias y recursos en toda clase de pleitos si, pese al impulso de oficio de las actuaciones, no se produce actividad procesal alguna en el plazo de dos años, cuando el pleito se hallare en primera instancia; y de uno, si estuviere en segunda instancia o pendiente de recurso extraordinario por infracción procesal o de recurso de casación. Estos plazos se contarán desde la última notificación a las partes. 2. Contra el auto que declare la caducidad cabrán los recursos de reposición y de apelación».

⁷⁸ Art. 495 LEC: «1. El recurso de queja se preparará pidiendo, dentro del quinto día, reposición del auto recurrido, y para el caso de no estimarla, testimonio de ambas resoluciones. 2. Si el Tribunal no diere lugar a la reposición, mandará a la vez que, dentro de los cinco días siguientes, se facilite dicho testimonio a la parte interesada, acreditando el Secretario Judicial, a continuación del mismo, la fecha de entrega. 3. Dentro de los diez días siguientes al de la entrega del testimonio, la parte que lo hubiere solicitado habrá de presentar el recurso de queja ante el órgano competente, aportando el testimonio obtenido. 4. Presentado a tiempo el recurso con el testimonio, el tribunal resolverá sobre él en el plazo de cinco días. Si considerare bien denegada la tramitación del recurso, mandará ponerlo en conocimiento del tribunal correspondiente, para que conste en los autos. Si la estimare mal denegada, ordenará a dicho tribunal que continúe con la tramitación. 5. Contra el auto que resuelva el recurso de queja no se dará recurso alguno».

⁷⁹ Sobre este tema véase el Auto dictado por la Sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 3 de mayo de 2000, en el recurso núm. 1330/1999, Ponente: José Luis Valdivieso Polaina, FJ 3.º: «El auto puede considerarse efectivamente definitivo, aunque no en el sentido de terminar un procedimiento de forma normal o natural, sino en el de producir su terminación anticipada e impedir su continuación. Pero en modo alguno puede entenderse comprendido en el art. 382 de la LEC. El art. 380 dice que no cabe recurso de reposición contra los autos comprendidos en el art. 382. Éste se refiere a los autos resolutorios de excepciones dilatorias e incidentes. El auto no resolvía ni lo uno ni lo otro. Ponía término al proceso, ciertamente, pero no resolvía ni una excepción dilatoria ni un incidente, por tanto no puede entenderse comprendido en el art. 382 ni está excluido en consecuencia de la posibilidad del recurso de reposición que autoriza con carácter general el art. 380».

deban decidirse mediante providencia o auto» (arts. 288 y 289 LOPJ y art. 224 LEC)⁸⁰.

La Ley de Enjuiciamiento Civil permite impugnar, a través del recurso de reposición, las diligencias de ordenación⁸¹ que corresponde dictar, con el objetivo de dar a los autos el curso establecido por la Ley, a los Secretarios Judiciales⁸². Así las cosas, sólo son posibles dos causas para justificar en estos casos la reposición: de una parte, la infracción de algún precepto de la Ley procesal; y, de otra, la resolución de cuestiones ajenas al impulso del proceso y que deben adoptar la forma de providencia o de auto⁸³, sin perjuicio de su nulidad de pleno derecho en este segundo caso⁸⁴.

⁸⁰ Art. 288 de la LOPJ: «En los Juzgados y Tribunales corresponderán a los Secretarios dictar las diligencias de ordenación que tendrán por objeto dar a los autos el curso ordenado por la Ley e impulsar formalmente el procedimiento en sus distintos trámites de conformidad con las leyes procesales y se limitarán a la expresión de lo que se disponga con el nombre del Secretario que las dicte, la fecha y la firma de aquél». Art. 289 de la LOPJ: «Las diligencias de ordenación serán revisables por el Juez o el ponente, de oficio o a instancia de parte, en los casos y forma previstos en las leyes procesales». Art. 224 de la LEC: «1. Son nulas de pleno derecho las diligencias de ordenación que decidan cuestiones que, conforme a la Ley, hayan de ser resueltas por medio de providencia, auto o sentencia. 2. Fuera de los casos a que se refiere el apartado anterior, las diligencias de ordenación también podrán ser anuladas, a instancia de la parte a la que causen perjuicio, cuando infrinjan algún precepto legal o resuelvan cuestiones que, conforme a lo dispuesto en esta Ley, deban ser decididas mediante providencia. 3. La impugnación a que se refiere el párrafo anterior se tramitará y resolverá de conformidad con lo previsto para el recurso de reposición».

⁸¹ Sobre este tema véase la STC 115/1999, de 14 de junio (BOE de 8 de julio). Sala Primera. Rec. Amparo 2289/1998. Ponente: María Emilia Casas Baamonde. FJ 4.º: «*Lejos de actuar como se deja expuesto, la pretensión del recurrente es rehusada por la Secretaría del Juzgado, que, como tal, carece de potestad jurisdiccional, mediante una simple diligencia de ordenación que está prevista exclusivamente como un acto de impulso procesal, cuyo objeto viene limitado a dar a los autos el curso ordenado por la Ley, cuando no se exija la decisión del órgano judicial*».

⁸² Algunos autores estiman que con esta ampliación del objeto de este medio de impugnación se puede llegar a potenciar que los Secretarios Judiciales lleguen a inhibirse de dictar muchas de estas diligencias con el objetivo de evitar más recursos (UREÑA GUTIÉRREZ, P., «Las resoluciones judiciales y las diligencias de ordenación», en *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, con ARROYO GARCÍA, GUTIÉRREZ SANZ, FONT SERRA, ROBLES GARZÓN y GARCÍA PAREDES, Trivium, Madrid, 2000, pp. 220 y ss.).

⁸³ MONTERO AROCA, J., «Los recursos en general. Reposición y queja», en *El nuevo proceso civil*, op. cit., p. 487, y SAAVEDRA GALLO, P., «Del recurso de reposición», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, op. cit., p. 2260.

⁸⁴ Respecto a los problemas interpretativos entre nulidad y anulabilidad que cabe deducir de la dición literal del art. 224 LEC, véanse, por todos: DE LA OLIVA SANTOS, A., «De las diligencias de ordenación», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con Díez-PICAZO, VEGAS TORRES y BANACLOCHE PALAO, Civitas, Madrid, 2001, p. 422; DÍAZ MÉNDEZ, N., *Recursos de reposición, queja y apelación en el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Revista La Ley, núm. 4539, de 13 de mayo de 1998, pp. 1498 y ss.; GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, C., «Del recurso de reposición», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con CORDÓN MORENO, MUERZA ESPARZA, ARMENTA DEU y TAPIA FERNÁNDEZ, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 824.

En el caso de las diligencias de ordenación, como ha señalado Villagómez Cebrián⁸⁵, existe la particularidad, pese al silencio de la LEC, de que el recurso de reposición no será resuelto por quien dictó la resolución recurrida —el Secretario Judicial—, sino por el Juez.

Por último, también se permite la interposición del recurso de reposición contra «*resoluciones orales*» (art. 210 LEC)⁸⁶. Su adopción viene admitida con ocasión de la celebración de una vista, audiencia o comparecencia ante el órgano jurisdiccional, documentándose éste con expresión del fallo y motivación sucinta de aquellas resoluciones⁸⁷. Ahora bien, una vez pronunciada oralmente una resolución, si todas las personas que fueron parte en el juicio están presentes en el acto, por sí o con la debida representación, y expresan su deseo de no recurrir, el órgano judicial declarará, en el mismo acto, la firmeza de la resolución.

De la confusión padecida por el legislador en el art. 210 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil puede llegar a deducirse que estas resoluciones orales serán recurribles en reposición por los trámites de los artículos 451 y siguientes de la Ley 1/2000. Sin embargo, una correcta comprensión de la oralidad⁸⁸ y de las resoluciones que se dictan en un juicio oral y concentrado permite concluir que sea oportuno plantear en estos supuestos una tramitación oral y «simplificada» de la reposición con sujeción a lo dispuesto en los arts. 285 y 287 LEC⁸⁹.

Tras haber delimitado las resoluciones susceptibles de ser recurridas en reposición, es oportuno señalar que el último inciso del art. 451 LEC dispone expresamente que la interposición del recurso de reposición no aparecerá como consecuencia la imposibilidad de que el juzgador lleve a efecto

⁸⁵ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., «La prueba. Los recursos», tomo III, en *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, con Cortés Domínguez y Moreno Catena, Técnos, Madrid, 2000, p. 121.

⁸⁶ Art. 210 LEC: «1. Salvo que la Ley permita diferir el pronunciamiento, las resoluciones que deban dictarse en la celebración de una vista, audiencia o comparecencia ante el Tribunal se pronunciarán oralmente en el mismo acto, documentándose éste con expresión del fallo y motivación sucinta de aquellas resoluciones. 2. Pronunciada oralmente una resolución, si todas las personas que fueren parte en el juicio estuvieren presentes en el acto, por sí o debidamente representadas, y expresaren su decisión de no recurrir, el tribunal declarará en el mismo acto la firmeza de la resolución. Fuera de este caso, el plazo para recurrir comenzará a contar desde la notificación de la resolución debidamente redactada. 3. En ningún caso se dictarán oralmente sentencias en procesos civiles».

⁸⁷ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., *Derecho Procesal Civil*, II, con FERNANDO GÓMEZ DE LIAÑO, Forum, Oviedo, 2001, p. 617.

⁸⁸ Para un estudio exhaustivo del principio de oralidad y de su correcta interpretación, véase por todos: VÁZQUEZ SOTELLO, J. L. (*Los principios del proceso civil*, Revista Justicia, números III-IV, J. M. Bosch, Barcelona, 1993, pp. 599 y ss.)

⁸⁹ Por lo que hace referencia este procedimiento simplificado, véase más ampliamente, el apartado 5, Cap .V.

lo acordado. Por tanto, la presentación del recurso carece de efectos suspensivos⁹⁰.

Como bien ha significado Saavedra Gallo⁹¹, esta previsión no es una novedad de la nueva regulación procesal civil⁹², pero sí lo es, por el contrario, el hecho de que el efecto no suspensivo venga reconocido con carácter general⁹³.

2. Plazo, forma e inadmisión

En orden al recurso de reposición⁹⁴ es posible distinguir, como bien ha señalado Garberí Llobregat⁹⁵, dos procedimientos: uno ordinario (arts. 452 a 454 LEC y también aplicable en la oposición frente a las diligencias de ordenación dictadas por los Secretarios Judiciales) y otro «simplificado», respecto a las resoluciones orales (arts. 285 y 287 LEC). A continuación nos centraremos en el análisis del procedimiento ordinario⁹⁶, para mas tarde examinar las particularidades del procedimiento «simplificado»⁹⁷.

En contraposición a la regulación prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 en la que era posible distinguir, como residuo histórico de la diferenciación entre recursos contra resoluciones de mero trámite y sustantivas, dos plazos distintos para la interposición del recurso de reposición: uno común de tres días (art. 377); y otro singular, de cinco días (arts. 398, 402,

⁹⁰ ROMERO NAVARRO, R., «El recurso de reposición» (Arts. 431 A 454), en *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)*, I, coordinado por MARINA MARTÍNEZ PARDO y LOSCERTALES FUERTES, Sepín, Madrid, 2000, p. 906.

⁹¹ SAAVEDRA GALLO, P., «Del recurso de reposición», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, II, op. cit.*, p. 2261.

⁹² El art. 376 de la vieja LEC ya disponía expresamente que sin perjuicio de este recurso se llevaría a efecto la providencia.

⁹³ El efecto suspensivo derivado de la interposición de un recurso produce como consecuencia la inexecución de la resolución recurrida y la pérdida de jurisdicción por el órgano a *quo* en lo relativo al conocimiento del asunto principal o de las incidencias que surjan, con las excepciones siguientes: la ejecución provisional y las actuaciones que de ella se deriven (ASENCIO MELLADO, J. M., *Derecho procesal civil*, Parte primera, *op. cit.*, p. 374).

⁹⁴ Sobre la problemática del régimen transitorio de este recurso ordinario a la entrada en vigor de la nueva LEC, véase por todos a CACHÓN CADENAS, M., *De la antigua a la nueva Ley de Enjuiciamiento: Régimen transitorio de los juicios civiles*, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 29 y ss., y en «Régimen de recursos contra resoluciones interlocutorias, Régimen transitorio aplicable a los procesos civiles tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Instituciones del nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, vol. IV, coordinados por JAIME ALONSO-CUEVILLAS, Economist&Jurist, Barcelona, 2000, pp. 282 y ss.

⁹⁵ GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Del recurso de reposición», en *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil con formularios y jurisprudencia*, tomo 3, con TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, DURO VENTURA y CASERO LINARES, *op.cit.*, p. 645.

⁹⁶ *Vid.* Cap. V. 2, 3 y 4.

⁹⁷ *Vid.* Cap. V. 5.

416, 567), la nueva regulación procesal civil ha fijado un único plazo de cinco días en orden a la interposición del recurso de reposición (art. 452)⁹⁸.

Dicho plazo deberá computarse del modo fijado en el art. 448.2 LEC (en relación con los arts. 133 a 135 LEC): «*los plazos para recurrir se contarán desde el día siguiente al de la notificación de la resolución que se recurra o, en su caso, a la notificación de su aclaración o la denegación de ésta*».

En consecuencia, el plazo comenzará a correr el día siguiente al de la notificación de la resolución que se recurra⁹⁹, o, en su caso, a la notificación de la aclaración o de la denegación de ésta, expirando cuando transcurra por entero el quinto día. Quedan excluidos del cómputo, como es obvio, los días inhábiles, y si el día en que el plazo concluye es inhábil, se entenderá prorrogado hasta el siguiente día hábil¹⁰⁰.

La presentación del escrito¹⁰¹ de interposición del recurso podrá efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo, en la Secretaría del Juzgado o Tribunal o, de existir, en la oficina del registro central, no siendo admisible la presentación en el Juzgado de Guardia (art. 135 LEC). Transcurrido el plazo¹⁰², precluirá la posibilidad de interponer el recurso, quedando firme la resolución de que se trate (art. 207.4 LEC)¹⁰³.

⁹⁸ De este modo, como bien ha señalado SERRA DOMÍNGUEZ, M., *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 69, se equiparan los plazos de interposición, impugnación y decisión del recurso.

⁹⁹ Véase la STC 149/1993, de 3 de mayo (BOE de 28 de mayo). Sala Primera. Rec. Amparo. 858/1990. Ponente: García-Mon y González-Reguerual. FJ 3.º: «... conforme a la reiterada jurisprudencia de este Tribunal (por todas, STC 152/1989), la instrucción sobre recursos tiene efectos meramente ilustrativos y en nada limita la competencia del Tribunal Superior de Justicia, no vinculado por las indicaciones erróneas que puedan haberse hecho, para la determinación de la procedencia o improcedencia por razones procesales del recurso planteado».

¹⁰⁰ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., «La prueba. Los recursos», en *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo III, op.cit., p. 115.

¹⁰¹ La Ley no exige que el escrito de recurso tenga una forma determinada, aunque lo normal es que se estructure de tal manera que queden claros los aspectos siguientes: de la persona del recurrente, la resolución que se recurre, el cumplimiento del plazo de presentación del recurso, el perjuicio que se padece con la resolución, los fundamentos jurídicos que justifican la impugnación y la petición de revisión que se formula. (De todos ellos la Ley sólo exige que se especifique la infracción en que la resolución hubiera incurrido.)

¹⁰² Véase el ATSJ de Catalunya de 22 de septiembre de 1994, Ponente: Antonio Brugera Mante, FJ 2.º: «... los requisitos procesales tienen carácter de orden público, sin que puedan quedar a la disponibilidad de las partes, sin que la interpretación de los preceptos legales, en sentido que sea contrario al derecho fundamental de acceso a los recursos, permita sostener que exista una arbitraria prorrogabilidad de los plazos, al no poder quedar éstos al arbitrio de las partes. El automatismo de los plazos es una necesidad para la recta tramitación de los procesos, sin que pueda tomarse en cuenta ninguna circunstancia subjetiva para derogar tales plazos, siendo de señalar que la jurisprudencia afirma que todos los plazos procesales son de caducidad, no de prescripción, viniendo legalmente impuesto su carácter preclusivo».

¹⁰³ FLORS MATÍES, J., «Del recurso de reposición», en *el Proceso Civil*, II, op. cit., p. 3552.

Ahora bien, la admisibilidad del recurso de reposición requiere, junto a su interposición en plazo, la «*expresión de la infracción en que la resolución hubiere incurrido a juicio del recurrente*»¹⁰⁴.

Al no exigirse ahora la cita de la disposición legal infringida¹⁰⁵, como sí sucedía bajo la vigencia del art. 377 de la LEC anterior, se ha despojado a este recurso de los rigores formales que hasta ahora lo habían presidido¹⁰⁶. De este modo la nueva regulación se adapta a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, pues no parece ajustada aquella interpretación que el hilo del viejo art. 377 condujo a los órganos jurisdiccionales a inadmitir el recurso de reposición ante la falta de cita del precepto infringido.

En esta dirección de pensamiento resultan especialmente gráficas, entre otras, la STC 64/98, de 17 de marzo, que se contrae a examinar una demanda de amparo en orden a dilucidar si una providencia por la que el Juzgado acordó no haber lugar a admitir el recurso de reposición formulado por los recurrentes «al no citar la disposición infringida de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme a lo dispuesto en el art. 377 del referido texto legal», ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva:

«Para resolver esta pretensión de amparo debe recordarse que este Tribunal ha tenido ya ocasión de señalar que la exigencia de que el art. 377 LEC impone a quien formula un recurso de reposición de citar expresamente en el escrito de interposición la disposición de la Ley de Enjuiciamiento Civil infringida por la resolución recurrida no debe exigirse de un modo rígido y formalista, que desconozca la finalidad que se persigue con este requisito, por lo que cuando a través del recurso de reposición lo que se impugne no sea el incumplimiento de una norma de carácter procesal, sino la infracción de un precepto sustantivo, que tenga relación con el fondo de la cuestión debatida y no con el procedimiento seguido, no cabe exigir al recurrente que se cite expresamente un precepto o disposición concreta de la Ley procesal; afirmar lo contrario significaría tanto como obligarle a citar imaginarias infracciones procesales. Por consiguiente, cuando el recurso se funde exclusivamente en la infracción de preceptos sustantivos, no existe obligación alguna de citar normas procesales que no han sido vulneradas, razón por la cual la inadmisión en estos casos

¹⁰⁴ Art. 452 LEC: «El recurso de reposición deberá interponerse en el plazo de cinco días, expresándose la infracción en que la resolución hubiera incurrido a juicio del recurrente. Si no se cumplieran estos dos requisitos, se inadmitirá, mediante providencia, la reposición, sin ulterior recurso».

¹⁰⁵ El legislador ha simplificado la tramitación del recurso de reposición liberando a la letra del articulado de cualquier expresión que pudiera contradecir la doctrina del Tribunal Constitucional que ha interpretado el art. 377 de la LEC de 1881, tratando de no tomar partido por ninguna postura doctrinal concreta (OSORIO ACOSTA, E. «El recurso de reposición», en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, II op. cit., p. 642).

¹⁰⁶ GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Del recurso de reposición», en *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil con formularios y jurisprudencia*, tomo 3, op. cit., p. 641.

del recurso de reposición con apoyo en el art. 377 LEC resulta contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, de la que forma parte el derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos cuando se cumplan los requisitos y presupuestos establecidos por las Leyes procesales.»

y la más reciente STC 233/2001¹⁰⁷:

«La doctrina que hemos sentado en dichos pronunciamientos señala la necesidad de interpretar el último inciso del mencionado art. 377 LEC (“y citarse la disposición de esta Ley que haya sido infringida”) de conformidad con el sentido o finalidad del precepto, de forma que, dado que cabe impugnar una misma resolución por razones no sólo de forma, sino también de fondo, la “disposición de esta Ley” a la que se refería el art. 377 de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 sólo había de ser citada expresamente cuando el motivo de impugnación tenía naturaleza procesal, pues afirmar lo contrario significaría obligar al recurrente a citar imaginarios preceptos procesales infringidos. En consecuencia, cuando el recurso de reposición se fundamente exclusivamente en la infracción de preceptos sustantivos, no existe obligación alguna de citar normas procesales que no han sido vulneradas. En tales casos, la inadmisión del recurso vulnera el art. 24.1 CE, porque la exigencia de un requisito pensado para otra finalidad rompe la correspondencia entre aquélla y las consecuencias que se siguen para el derecho a la tutela judicial efectiva, produciendo un resultado desproporcionado e injustificado como consecuencia de una aplicación inadecuada de la exigencia legal. Así lo hemos declarado, entre otras muchas y por citar las más recientes, en las SSTC 10/1999, de 8 de febrero; 100/1999, de 31 de mayo; 213/1999, de 29 de noviembre; 221/1999, de 29 de noviembre, y 9/2000, de 17 de enero.»

La legitimación para interponer el recurso está limitada a aquellos que habiendo sido parte en el pleito resulten lesionados por la resolución susceptible de ser impugnada a través de este recurso ordinario. El recurso ha de interponerse por escrito¹⁰⁸ y con pleno cumplimiento de los requisitos formales y de postulación oportunos en cada caso¹⁰⁹.

¹⁰⁷ STC 233/2001, de 10 de diciembre (BOE de 16 de enero de 2002). Sala Primera. Rec. Amparo: 6578/2000. Ponente: M.^a Emilia Casas Baamonde.

¹⁰⁸ El art. 273 exige que de todo escrito y de cualquier documento que se aporte o presente en un procedimiento se acompañe tantas copias literales cuantas sean las otras partes, ello con el objeto de informar a los demás litigantes de los distintos efectos que pueden interesarles y estar legalmente previstos. Esta finalidad se deduce del art. 279.1 LEC: «las pretensiones de las partes se decidirán en vista de las copias de los escritos, de los documentos y de las resoluciones del tribunal, que cada litigante habrá de conservar en su poder». (DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, con Díez-PICAZO JIMÉNEZ, 2.^a edición, Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 2001, p. 213).

¹⁰⁹ Aunque así no lo señale expresamente la Ley, ello puede deducirse de la referencia a los «escritos» que contempla el art. 453 sobre la forma de impugnación.

Siendo el objeto del recurso de reposición la denuncia de la infracción de una norma, su existencia deberá desprenderse de las propias actuaciones. Por lo que hace referencia a admisibilidad o no de la presentación de documentos que apoyen las pretensiones de las partes, cuestión nada pacífica en la doctrina ¹¹⁰, es posible concluir que sin ser necesaria la prueba acerca de la existencia de la infracción de la norma, pues ésta debe desprenderse de las mismas actuaciones, nada obsta a su posible presentación, máxime si tenemos presente que ello no supone ninguna distorsión en el funcionamiento de la tramitación procedimental del recurso y que ello puede ser de indudable ayuda en aras a conseguir la aplicación concreta del derecho.

Por otra parte, si bien el art. 452 no exige una motivación del recurso como requisito de admisibilidad, es lo cierto que deberá contener una exposición razonada de las alegaciones en que se base la impugnación. Ello es así porque de este modo no sólo las demás partes podrán conocerlas y contradecirlas, en su caso; sino que, además, el órgano jurisdiccional podrá resolver de forma congruente con aquello que le haya sido pedido ¹¹¹.

Una vez presentado el recurso ante el órgano jurisdiccional que dictó la resolución recurrida, éste deberá pronunciarse sobre su admisión o inadmisión a trámite.

Llegados a este punto es conveniente señalar, como muy agudamente ha observado Garberí Llobregat ¹¹², que si bien en el art. 452 tan sólo se hace referencia a la inadmisión del recurso por su extemporaneidad en la presentación o por falta de su fundamentación, lo cierto es que el recurso puede inadmitirse por otras varias razones (v. gr., no ser la resolución impugnada susceptible de este recurso, o la de haberse presentado ante un órgano incompetente –art. 62 LEC–).

La inadmisión del recurso tendrá lugar, como se deduce de la dicción literal del art. 452 LEC, a través de providencia. Ahora bien, ello será de

¹¹⁰ Mientras que algunos autores como GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, C., «*Las resoluciones interlocutorias en el proceso civil*, op. cit., pp. 103 y 104, y SAAVEDRA GALLO, P., «*Del recurso de reposición*», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, dirigidos por LORCA NAVARRETE, op. cit., p. 2262, no ven objeción alguna en admitir la presentación de documentos que las partes estimen convenientes para fundamentar su recurso, otros, como MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍES, *Los recursos en el proceso civil*, op. cit., p. 158, estiman que la existencia de la infracción debe desprenderse de las propias actuaciones.

¹¹¹ ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal civil*, 2.ª edición, con MAASCARELL NAVARRO, CÁMARA RUIZ, JUAN SÁNCHEZ, BONET NAVARRO, BELLIDO PENADÉS, CUCARELLA GALIANA y MARTÍN PASTOR, ARANZADI, Pamplona, 2001, p. 527.

¹¹² GARBERÍ LLOBREGAT, J., «*Del recurso de reposición*», en *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil con formularios y jurisprudencia*, tomo 3, op. cit., p. 646; MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍES, J., *Los recursos en el proceso civil*, op. cit., p. 164.

aplicación en aquellos supuestos en los que el recurso no cumpla con los requisitos de forma o plazo. Por el contrario, cuando se trate de otros motivos de inadmisión, y en atención a una interpretación a *sensu contrario* del art. 452, sería posible concluir que la inadmisión a trámite debe hacerse mediante auto¹¹³. Contra la inadmisión del recurso de reposición no cabe interponer recurso alguno (art. 452 LEC)¹¹⁴.

En el supuesto de proceder a la admisión del recurso de reposición interpuesto, la resolución que así lo ordene dispondrá la tramitación del recurso con arreglo a lo fijado en el art. 453 LEC.

3. Audiencia a las partes recurridas y resolución

Habiéndose admitido a trámite el recurso de reposición, se procederá a conceder a las demás partes personadas un plazo común de cinco días para su impugnación (art. 453.1 LEC)¹¹⁵. Con ello se observa una clara manifestación del principio de audiencia o contradicción, en virtud del cual cabe entender que el proceso tiene una construcción dialéctica¹¹⁶ y que en el marco del debate judicial ambas partes deben ser oídas¹¹⁷.

¹¹³ En este sentido, véase: GARNICA MARTÍN, J. F., «El derecho a los recursos. Presupuestos y reglas generales. Recurso de reposición y de revisión», en *Las medidas cautelares y los recursos*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2000, p. 397. Más lejos llega todavía GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El recurso de reposición: «Concepto y caracteres esenciales»*, en *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia*, op. cit., p. 646, cuando aboga por estimar que la inadmisión deberá revestir siempre la forma de auto, tal y como acontece con el recurso de apelación.

¹¹⁴ En relación a este tema, véase por todos: ILLESCAS RUS, A. V., y PÉREZ LÓPEZ, E., «Del recurso de reposición», en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinados por FERNÁNDEZ BALLESTEROS, RIFÁ SOLER y VALLS GOMBÁU, Atelier, Barcelona, 2000 p. 2128.

¹¹⁵ El plazo de cinco días se comienza a contar a partir de la notificación a las partes de la resolución, computados de la misma forma que la prevista en orden al plazo para la interposición del recurso. El que se trate de un plazo común para todas las partes recurridas no implica que precluya en el mismo momento para todas ellas. Ello es así porque este hecho dependerá del momento en que se emplazó a cada parte, que pudo ser diferente para cada una de ellas (VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M. *La prueba. Los recursos*, en *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 125).

¹¹⁶ CALAMANDREI, P., «La dialetticità del processo» (Processo e Democrazia), en *Opere Giuridiche*, I, Morano Editore, Napoli, 1965-1985, p. 678.

¹¹⁷ Como bien ha señalado VÁZQUEZ SOTELO, J. L., «Los principios del proceso civil» en *Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, I, coordinada por ALBÁCAR LÓPEZ, Trivium, Madrid, 1994, pp. 405 y 406: «la audiencia o contradicción es una exigencia jurídico natural que se encuentra constitucionalizada en el art. 24 CE y que puede resumirse en su significación bajo los aforismos latinos *audiatur est altera pars* y *nemo inauditus dannari potest* o el dicho castellano *nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio*». Sobre la relevancia constitucional de este principio, véanse por todos (BERZOSA FRANCOS, M.^a V., «Los principios inspiradores del futuro proceso civil», en *Presente y futuro del proceso civil*, dirigido por PICÓ I JUNOY, Bosch Editores, Barcelona, 1998, y Principios del proceso, en *Revista Justicia*, núm. III, año 1992, J. M. Bosch, Barcelona, p. 553; y VALLESPÍN PÉREZ, D., *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, op. cit., p. 72.

Aun cuando no faltan autores que abogan por entender que la actuación procesal de la parte recurrida viene referida tan sólo a la de impugnar el recurso, para lo cual recurren a la dicción literal del precepto ¹¹⁸, parece posible estimar que nada impide a la parte recurrida, en su escrito de impugnación, mostrarse a favor de la petición del recurrente, solicitando también la reposición de la resolución impugnada ¹¹⁹.

Transcurrido este plazo, con independencia de la presentación o no de escritos ¹²⁰, el órgano jurisdiccional resolverá, sin más trámites ¹²¹, mediante auto, en un plazo también de cinco días (art. 453.2 LEC), acerca de la confirmación o revocación de la resolución recurrida. La revocación de la resolución implica la revocación no sólo de la resolución impugnada, sino también de todo aquello que se haya actuado con posterioridad.

4. Irrecurribilidad del auto que resuelve el recurso de reposición

En la Ley de Enjuiciamiento Civil anterior era posible distinguir dos regímenes acerca de la impugnación de los autos resolutorios de los recursos de reposición; de una parte, si se habían formulado frente a una providencia de mero trámite, el auto dictado era irrecurrible ¹²²; y, de otra, si se habían formulado frente a providencias de contenido sustantivo y autos,

¹¹⁸ MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍES, J., *Los recursos en el proceso civil*, op. cit., p. 165.

¹¹⁹ En igual dirección de pensamiento, véanse, entre otros: GARNICA MARTÍN, J. F. *El derecho a los recursos. Presupuestos y reglas generales. Recurso de reposición y de revisión*, op. cit., p. 398 y SAAVEDRA GALLO, P., «Del recurso de reposición» en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, dirigidos por LORCA NAVARRETE, op. cit., p. 2265.

¹²⁰ Si bien no faltan autores que consideran que la notificación de la providencia de admisión del recurso de reposición arroja sobre la parte contraria la carga de alegar lo que estime oportuno (GESTO ALONSO, B., «Del recurso de reposición», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 1545; ILLESCAS RUS, A.V. y PÉREZ LÓPEZ, E., «Del recurso de reposición», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinados por RIFÁ SOLER y VALLS GOMBÁU, op. cit., p. 2129), parece que no es obligado para las partes recurridas contestar o presentar los escritos de impugnación, pues el art. 453 dispone que «transcurrido el plazo de impugnación, háyanse o no presentado escritos, el tribunal resolverá sin más trámites mediante auto».

¹²¹ La utilización de la expresión «sin más trámites» excluye la existencia de una etapa probatoria (MONTERO AROCA, J., «Los recursos. En general. Reposición y queja», en *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, con GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO y BARONA VILAR, op. cit., p. 548). Sin embargo, algunos autores estiman que ello no debe ser óbice para que la partes puedan presentar cuantos documentos consideren pertinentes para defender sus posiciones (BANACLOCHE PALAO, J., «Del recurso de reposición», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ-PICAZO JIMÉNEZ y VEGAS TORRES, Cívitas, Madrid, 2001, p. 782).

¹²² Art. 376 de la vieja LEC: «Contra las providencias que dicten los Jueces de Primera Instancia no se dará otro recurso que el de reposición, sin perjuicio del cual se llevará a efecto la providencia».

cabía hablar de una resolución apelable, en un solo efecto, que era objeto de resolución conjuntamente con la apelación principal ¹²³.

Frente a esta situación que se acaba de describir, la nueva LEC ha introducido en este punto una importante novedad. Ello es así porque su art. 454 ha dispuesto expresamente que «*salvo los casos en que proceda el recurso de queja contra el auto que resuelva el recurso de reposición no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión objeto de la reposición al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva*».

Frente al auto que decida la suerte de la reposición no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que la cuestión controvertida pueda ser reproducida por la parte a quien interese al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva ¹²⁴. Todo ello, no obstante, sin perjuicio del supuesto en que frente a la decisión que resuelva la reposición proceda el recurso de queja.

Ello obedece a que el recurso de queja, de carácter instrumental, se preparará interponiendo previamente el recurso de reposición contra el auto denegatorio de la admisión de los de apelación, casación o infracción procesal, y si la reposición es desestimada es cuando en verdad, como bien ha señalado Garberí Llobregat ¹²⁵, podrá presentarse el recurso de queja frente a ambas resoluciones (el original auto inadmisorio de alguno de los referidos recursos devolutivos y el auto en atención al cual se desestima la reposición interpuesta contra el anterior).

Es evidente que no cabe nueva reposición, pues una vez dictada una resolución procesal la parte puede solicitar que se reconsidere la decisión, pero no puede admitirse que se reconsidere lo que ya ha sido reconsiderado. De igual forma, tampoco cabe recurso devolutivo contra el auto que resuelve la reposición. Ello es así porque admitir lo contrario supondría provocar una importante dilación temporal en el proceso. Sin embargo, sí cabrá apelación en los casos excepcionales previstos en los arts. 43 y 237.2 LEC, referidos respectivamente a la prejudicialidad civil y la caducidad de la instancia ¹²⁶.

¹²³ Art. 381 de la vieja LEC: «Contra los autos resolutorios de los recursos de reposición sólo se dará el de apelación, en un efecto, que se resolverá conjuntamente con la apelación principal. No obstante, si el apelante, al formular el recurso, solicita que la apelación sea admitida en ambos efectos por causarle la resolución recurrida un perjuicio irreparable, el Juez podrá admitir la apelación en ambos efectos, siempre que el apelante, en un plazo que no exceda de seis días, preste fianza a satisfacción para responder en su caso de la indemnización de los daños y perjuicios que ocasione al litigante contrario y el pago de las costas. Si la Audiencia confirmase el auto apelado, condenará al apelante al pago de dicha indemnización, fijando prudencialmente el importe de los daños y perjuicios e imponiéndole las costas».

¹²⁴ SERRA DOMÍNGUEZ, M., *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 69.

¹²⁵ GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Del recurso de reposición», en *Los procesos civiles*, tomo 3, op. cit., p. 646.

¹²⁶ Art. 43 LEC: «Cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el

Por consiguiente, es posible concluir, siguiendo a Montero Aroca¹²⁷, que contra el auto que decide la reposición cabe bien acumular el recurso contra el auto, al recurso contra la resolución definitiva que en su día se dicte, o bien reproducir la cuestión objeto de la reposición en la tramitación del recurso devolutivo.

5. Procedimiento simplificado en casos especiales

Tras haber examinado en los apartados precedentes el procedimiento ordinario de la revisión (arts. 452 a 454 LEC), a continuación cabe hacer mención expresa de las particularidades que plantea el procedimiento «simplificado» que corresponde seguir en aquellas situaciones en que se persiga la reposición de resoluciones orales¹²⁸.

En general, el art. 210.2 LEC dispone que, una vez dictada una resolución oral, si todas las personas que fueren parte en el juicio estuvieren pre-

mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial. Contra el auto que deniegue la petición cabrá recurso de reposición, y contra el auto que acuerde la suspensión cabrá presentar recurso de apelación». Art. 237.2 LEC: «Contra el auto que declare la caducidad cabrán los recursos de reposición y de apelación».

¹²⁷ En esta dirección de pensamiento, véase: MONTERO AROCA, J., «Los recursos. En general. Reposición y queja», en *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, op. cit., p. 486.

¹²⁸ Sobre la conveniencia o no de articular el recurso de reposición como medio de impugnación apropiado en orden a las resoluciones orales que el órgano jurisdiccional dicte en las vistas, la doctrina no es ni mucho menos pacífica. Así, frente a algunos autores que admiten dicha solución pese a que parezca confundir lo que debe ser la reposición en procesos orales —ésta debería venir limitada a la petición verbal de la modificación de la decisión y a una resolución también de este tipo tras oír en el acto a la otra parte— (ASENCIO MELLADO, J. M.^a, *Derecho Procesal civil*, Parte primera, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, p. 380); otros abogan expresamente por estimar que el recurso de reposición es poco apropiado para impugnación de las resoluciones de dirección procesal que se dicten en los juicios orales en las vistas (entre otros, véanse: ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal civil*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 525, quien considera que en este caso los actos procesales se realizan de manera continuada y no es aconsejable interrumpirlos cada vez que se dicte una resolución de dirección y dar a las partes la oportunidad de recurrirla en el plazo de cinco días, ni tampoco que las partes puedan recurrir en reposición resoluciones dictadas durante aquel acto; SAAVEDRA GALLO, P., «Del recurso de reposición», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, obr. cit, pp. 2260-2261, que aboga por suprimir el recurso de reposición, sustituyéndolo por la facultad otorgada a las partes para realizar la protesta oportuna, acompañada de una paralela concesión al órgano jurisdiccional de facultades que le permitan rectificar; y MONTERO AROCA, J., «Los recursos. En general. Reposición y queja», en *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, op. cit., págs. 487 y 488, quien entiende que la parte interesada podría pedir oralmente la reconsideración de la resolución, oyéndose a la parte contraria y debiendo resolver el órgano jurisdiccional en el acto y oralmente, haciéndose constar en el acto todo lo sucedido y la protesta a los efectos de un ulterior recurso).

sentes en el acto y expresaren su decisión de no recurrir, el tribunal declarará, en el mismo acto, la firmeza de la resolución.

Fuera de este supuesto el órgano jurisdiccional deberá redactar debidamente la resolución y notificarla a las partes, quienes podrán recurrirla en reposición. Esta previsión legal, como bien han señalado Montero Aroca y Flors Maties¹²⁹, viene a negar la propia esencia de todo acto oral y concentrado, de tal forma que deberá entenderse que no viene referida a las resoluciones orales de ordenación del proceso (las cuales se documentan en el acta).

Por otra parte, para aquellos supuestos específicos en los que el recurso de reposición se promueva en el curso de la celebración de una audiencia, vista o juicio oral, y la resolución objeto de impugnación sea el auto a través del cual el Juez resuelva sobre la admisión de los medios de prueba propuestos por las partes¹³⁰, o sobre la ilicitud probatoria¹³¹ dicha impugnación se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto, siendo posible que la parte que vea desestimada su impugnación pueda formular protesta en el primer caso (art. 285 LEC)¹³², o –en el segundo caso– reproducir la cuestión en el marco de la apelación contra la sentencia definitiva (art. 287 LEC)¹³³.

¹²⁹ MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍES, J., *Los recursos en el proceso civil*, op. cit., p.149, y en el mismo sentido DE LA HOZ DE LA ESCALERA, J., *El recurso de reposición*, obr. cit. p.302.

¹³⁰ A diferencia de la LEC anterior en la que la admisión de un medio probatorio no era susceptible de recurso alguno, pudiéndose utilizar el de reposición únicamente contra su denegación (art. 567), la Ley 1/2000 ha hecho extensivo el recurso de reposición respecto a las resoluciones de admisión de pruebas.

¹³¹ Para un análisis completo de aquello que cabe reputar como prueba ilícita, véanse, por todos: MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999, y PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, con Prólogo de SERRA DOMÍNGUEZ, M., Bosch, Barcelona, 1996.

¹³² Art. 285 LEC: «1. El tribunal resolverá sobre la inadmisión de cada una de las pruebas que hayan sido propuestas. 2. Contra esa resolución sólo cabrá recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto, y si se desestimare, la parte podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia». La ubicación sistemática de este precepto, entre las disposiciones generales sobre la prueba, permite extender sus efectos tanto al proceso ordinario como al verbal (FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., «El recurso contra la resolución y la protesta frente a su mantenimiento», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, coordinados por FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFA SOLER y VALLS GOMBAU, Iurgium Editores/Atelier, Barcelona, 2000, p. 1328).

¹³³ Art. 287 LEC: «1. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales, habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes. Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverán en el acto del juicio, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. A tal efecto, se oír a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud. 2. Contra la resolución a que se refiere el apartado anterior sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o la vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva».

La diferencia entre el recurso de reposición oral y la protesta estriba en que ésta no implica una reconsideración de la resolución por parte del órgano jurisdiccional, a diferencia de lo que sucede en el caso del recurso de reposición. Así las cosas, podría ser aconsejable que la regla general en orden a la impugnación de las resoluciones orales fuese la de la consignación de la oportuna denuncia en forma de «protesta», que quedará consignada en el acta a efecto del recurso ulterior contra la sentencia, a salvo, claro está, del atípico recurso de reposición oral en los concretos supuestos en los que la ley así lo prevé.

CONCLUSIONES

Primera. Los recursos, entre los cuales se encuentra el de reposición, son actos procesales de parte legitimada y con interés para recurrir, que gozan de relevancia constitucional bajo el manto protector del derecho a un proceso justo o con todas las garantías, y que desde un punto de vista técnico, a diferencia de lo que acontece con las acciones autónomas de impugnación, deben incidir en la relación jurídico-procesal existente, impidiendo la producción de firmeza de la resolución.

Segunda. A diferencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en que era posible distinguir dos recursos ordinarios no devolutivos en función de si la resolución interlocutoria impugnada fue dictada por un órgano jurisdiccional unipersonal (reposición) o colegiado (súplica), la regulación procesal civil de 2000 ha optado por suprimir el recurso de súplica, incorporándolo bajo el tratamiento legal de la nueva reposición. De este modo, el art. 451 LEC dispone expresamente que contra todas las providencias y autos no definitivos dictados por cualquier órgano jurisdiccional civil (ya sea unipersonal o colegiado) cabrá recurso de reposición ante el mismo órgano que dictó la resolución objeto de impugnación.

Tercera. A pesar de la polémica suscitada en orden a la conservación o no del recurso de reposición, que tiene su origen en las dudas acerca de su eficacia práctica, derivada del hecho de pensar que hay pocas posibilidades de que llegue a reformarse una resolución por el propio órgano judicial que la dictó, y en atención a su estimación como medio útil para conseguir que el órgano jurisdiccional pueda reconsiderar y rectificar una decisión desacertada, evitando las mayores dilaciones que se derivarían de un recurso devolutivo o los inconvenientes inherentes a posponer la eventual ineficacia a la decisión definitiva sobre el fondo del asunto, la nueva regulación procesal civil ha optado por mantener el recurso de reposición.

Cuarta. El recurso de reposición, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, se caracteriza por ser un recurso ordinario, es decir, un recurso en el que no se exigen causas específicas de admisión ni se limitan los poderes del órgano judicial; un recurso horizontal o no devolutivo, pues el órgano funcionalmente competente, tanto para su interposición, como para su sustanciación y resolución, es el mismo órgano autor de la resolución objeto del recurso; y, finalmente, un recurso no suspensivo, ya que su presentación, como se deduce de la dicción literal del último inciso del art. 451 LEC («... sin perjuicio del cual se llevará a efecto lo acordado»), carece de efectos suspensivos.

Quinta. Sin perjuicio de la adecuación de los requisitos del recurso de reposición a las prescripciones establecidas por la jurisprudencia constitucional, las únicas novedades introducidas respecto al régimen de este recurso ordinario por el legislador de 2000 vienen referidas, de una parte, por el plazo de interposición, que pasa a ser de cinco días, al igual que acontece con los de impugnación y decisión; y, de otra, a que no procede recurso alguno contra su decisión, lo cual no impide, sin embargo, reproducir la cuestión al recurrir la sentencia definitiva.

Sexta. Con carácter general, la Ley de Enjuiciamiento Civil permite la interposición del recurso de reposición contra las providencias y autos no definitivos dictados por cualquier órgano jurisdiccional civil (art. 451), es decir, contra aquellas providencias y autos que no pongan fin a la primera instancia ni decidan recursos interpuestos frente a ellas (interpretación a sensu contrario del art. 207.1 LEC). Ahora bien, sin perjuicio de esta cláusula general, el legislador de 2000 contempla tanto supuestos de resolución definitiva contra la cual cabe interponer el recurso de reposición (v. gr., el auto que declara la caducidad de la instancia y el auto por el cual se decreta la inadmisión de recursos devolutivos), como otros en los que se niega la posibilidad de recurrir en reposición ciertas resoluciones que de conformidad con la dicción literal del art. 451 LEC sí serían susceptibles de ser cuestionadas a través de los trámites propios de este medio de impugnación (v. gr., las resoluciones con las que se habiliten días y horas inhábiles, y el auto que ordene la continuación del proceso al decidir una cuestión incidental).

Séptima. De igual modo, también es posible interponer el recurso de reposición, de una parte, contra las diligencias de ordenación del Secretario Judicial por infracción de algún precepto legal o por resolver cuestiones que deban decidirse mediante providencia o auto (arts. 288 y 289 LOPJ y art. 224 LEC), y, de otra parte, contra «resoluciones orales» (art. 210 LEC).

Octava. En orden al recurso de reposición es posible distinguir dos procedimientos: uno ordinario, contemplado en los arts. 452 a 454 LEC, y que también es el que debe observarse en la oposición frente a las diligencias de ordenación dictadas por los Secretarios Judiciales (art. 224.3 LEC), y otro simplificado, previsto en los arts. 285.2 y 287.2 LEC, para aquellos supuestos en que la reposición se promueva en el curso de la celebración de una audiencia, vista o juicio oral, y la resolución impugnada sea el auto por el que el Juez resuelva sobre la admisión de los medios de prueba propuestos por las partes, o sobre la ilicitud de la prueba.

Novena. Por lo que hace referencia al procedimiento ordinario es posible señalar, en primer lugar, que la admisibilidad del recurso de reposición requiere junto a su interposición en plazo, la expresión de la infracción en que la resolución hubiere incurrido a juicio del recurrente (art. 452 LEC). Al no exigirse ahora la cita de la disposición legal infringida, como sí sucedía bajo la vigencia del art. 377 LEC anterior, se ha despojado a este recurso de los rigores formales que hasta ahora lo habían presidido. De este modo, la nueva regulación se adapta a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, pues no parece ajustada al modelo constitucional de juicio justo aquella interpretación que al hilo del viejo art. 377 condujo a los órganos jurisdiccionales a inadmitir el recurso de reposición ante la falta de cita del precepto infringido.

Décima. Por lo que hace referencia a la admisibilidad o no de la presentación de documentos que apoyen las pretensiones de las partes, es posible concluir que sin ser necesaria la prueba acerca de la existencia de la infracción de la norma, pues ésta debe desprenderse de las mismas actuaciones, nada obsta, sin embargo, a su posible presentación, máxime si tenemos presente que ello no supone ninguna distorsión en el funcionamiento de la tramitación procedimental ordinaria del recurso y que ello puede ser de indudable ayuda en aras a conseguir la aplicación concreta del derecho. De igual forma, aun cuando el art. 452 LEC no exige una motivación del recurso como requisito de admisibilidad, es lo cierto que deberá contener una expresión razonada de las alegaciones en que se base la impugnación. Ello obedece a que de este modo no sólo las demás partes podrán conocerlas y contradecirlas, en su caso, sino que, además, el órgano jurisdiccional podrá resolver de forma congruente con aquello que se le haya pedido.

Undécima. Habiéndose admitido a trámite el recurso de reposición, se procederá a conceder a las demás partes personadas un plazo común de cinco días para su impugnación (art. 453.1). Si bien la dicción literal del precepto pudiera hacer pensar que la actuación procesal de la parte recurrida viene referida a la de impugnar el recurso, parece posible estimar que

nada impide a la parte recurrida, en su escrito de impugnación, mostrarse a favor de la petición del recurrente, solicitando también la reposición de la resolución impugnada.

Duodécima. Por lo que hace referencia al procedimiento simplificado para interponer, sustanciar y resolver el recurso de reposición, aplicable en aquellos casos en que la reposición se promueva en el curso de la celebración de una audiencia, vista o juicio oral, y la resolución impugnada sea el auto por el que el Juez resuelva sobre la admisión de los medios de prueba propuestos por las partes, o sobre la ilicitud de la prueba, dicha impugnación se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto, pudiendo la parte formular protesta en el primer caso si se desestimare su impugnación (art. 285.2 LEC), o reproducir la cuestión, en el segundo, en la apelación contra la sentencia definitiva (art. 287.2 LEC).

BIBLIOGRAFÍA

- ALMAGRO NOSETE, J.: «El llamado recurso de revisión», en *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, con Tomé Paule, Trivium, Madrid, 1994.
- ARMENTA DEU, T.: «El derecho a los recursos: su configuración constitucional», *Revista General del Derecho*, 1994 (julio-agosto).
- ASENCIO MELLADO, J. M.^a: *Derecho Procesal Civil*, parte primera, 2.^a edición, Ley 1/2000, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- BANACLOCHE PALAO, J.: «Del recurso de reposición», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* con De la Oliva Santos, Díez-Picazo Jiménez y Vegas Torres, Civitas, Madrid, 2001.
- BERZOSA FRANCOS, M. V.: «Los principios inspiradores del futuro proceso civil», en *Presente y futuro del proceso civil*, dirigido por Picó y Junoy, Bosch, Barcelona, 1998.
- «Los principios del proceso», *Revista Justicia*, 1992 (III).
- BONET NAVARRO, A.: *Los recursos en el Proceso Civil*, La Ley, Madrid, 2000.
- BORRAJO INIESTA, I.: *El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, con Díez-Picazo y Fernández Farreres, Civitas, Madrid, 1995.
- CACHÓN CADENAS, M.: *De la antigua a la nueva Ley de Enjuiciamiento: régimen transitorio de los juicios civiles*, Bosch, Barcelona, 2001.
- «Régimen transitorio aplicable a los procesos civiles tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, IV, coordinados por Alonso-Cuevillas, Economist & Jurist, Difusión jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, 2000.

- CALAMANDREI, P.: «Vizzi della sentenza e mezzi di gravame», en *Studi sul processo civile*, I. Padua, 1930.
- «La dialetticità del processo (Proceso e Democracia)», en *Opere Diuridiche*, I., Morano Editore, Napoli, 1965-1985.
- CALDERÓN CUADRADO, P.: «Disposiciones sobre los recursos. Una referencia crítica al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Presente y futuro del proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1998.
- CALVO SÁNCHEZ, M. C.: *La revisión civil*, Montecorvo, Madrid, 1977.
- CHAMORRO BERNAL, F.: *La tutela judicial efectiva (derechos y garantías procesales derivados del art. 24 1 de la Constitución)*, Bosch, Barcelona, 1994.
- CHIOVENDA, J.: *Principios de Derecho Procesal Civil*, traducción española de la tercera edición italiana y prólogo de José Casais Santaló con notas de Alfredo Salvador Bosque, tomo II, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1977.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: «El recurso de reposición». en *Derecho Procesal Civil*, 2.^a edición, con Gimeno Sendra y Moreno Catena, Colex, Madrid, 1997.
- COUTURE, E. J.: *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Aniceto López, Buenos Aires, 1942.
- DÍAZ MÉNDEZ, N.: «Recursos de reposición, queja y apelación» en *el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Revista La Ley, núm. 4539 de 13 de mayo de 1998.
- DIEGO DÍEZ, L. A.: *El derecho de acceso a los recursos. Doctrina constitucional*, Colex, Madrid, 1998.
- DÍEZ PICAZO, L.: *Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva*, P.J. (5) 1987.
- DOVAL DEL MATEO, J. D.: *La revisión civil*, Bosch, Barcelona, 1979.
- FAIRÉN GUILLÉN V.: «Doctrina General de los medios de impugnación y parte general del Derecho procesal», en *Revista de Derecho Procesal*, 1949-II.
- «El gravamen como presupuesto de los recursos», en *Temas del Ordenamiento Procesal*, Tecnos, Madrid, 1969.
- *Ley de reforma urgente de la LEC*, Madrid, 1985.
- FERNÁNDEZ SEJO, J. M.: «De los recursos», en la obra colectiva *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Manuales de Formación Continuada*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2000.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J.: «El recurso contra la resolución y la protesta frente a su mantenimiento», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, coordinados por Fernández Ballesteros, Rifá Soler y Valls Gombáu, Iur-gium Editores/Atelier, Barcelona, 2000.
- FIGUERUELO DÍAZ, A.: *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Tecnos, Madrid, 1990.
- FLORS MATÍES, J.: «El recurso de reposición», en *El proceso civil. Vol. II*, con Barona Vilar, Guzman Flujá, Escribano Moran, Marimón Durá, Fernández Seijó, Moreno Catena, Oliver López y Salinas Molina, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J.: «El recurso de reposición: Concepto y caracteres esenciales», en *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*,

- con formularios y jurisprudencia*, tomo 3, con Torres Fernández de Sevilla, Duro Ventura y Cesero Linares, Bosch, Barcelona 2001.
- «Del recurso de reposición», en *Introducción al nuevo proceso civil*. Volumen I. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- GARCÍA PAREDES, A.: «El recurso de reposición», en *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinados por Cabañas García, Trivium, Madrid, 2000.
- GARNICA MARTÍN, J. F.: «El derecho a los recursos. Presupuestos y reglas generales. Recurso de reposición y revisión», en *Las medidas cautelares y los recursos, Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- GARRIGA ARIÑO, F.: «La revisión de sentencias firmes», en *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000* coordinados por J. Alonso-Cuevillas, Difusión Jurídica y Temas de actualidad, (Economist & Jurist), Barcelona, 2000.
- GESTO ALONSO, B.: «Del recurso de reposición», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinados por Córdón Moreno, Armenta Deu, Muerza Esparza y Tapia Fernández, Aranzadi, 2001.
- GIMENO SENDRA, V.: «El derecho a un proceso administrativo con todas las garantías», en *XII Jornadas de Estudio sobre los Derechos Fundamentales*, vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- GÓMEZ DE LIAÑO, F.: «Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva», en *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, núm. 0, 1987.
- GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Derecho Procesal Civil*, I, con Herce Quemada, Madrid, 1979.
- GUASP, J.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Institutos de Estudios Políticos, Madrid, 1948.
- *Derecho procesal civil*, 4.^a edición, revisada y ampliada a la legislación vigente por Pedro Aragoneses, tomo II, Civitas, Madrid, 1998.
- GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, C.: *Las resoluciones Interlocutorias en el Proceso Civil. Sistema de Recursos*, La Ley, Madrid, 1991.
- «Del recurso de reposición» en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con Córdón Moreno, Muerza Esparza, Armenta Deu y Tapia Fernández, Aranzadi, Pamplona, 2001.
- HOZ DE LA ESCALERA, J.: «El recurso de reposición», en *Los recursos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Revista del Poder Judicial núm. 58, 2000 (II).
- ILLESCAS RUS, A. V., y PÉREZ LÓPEZ, E.: «Del recurso de reposición», en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinados por Fernández Ballesteros, Rifá Soler y Valls Gombau, Iurgium Editores/Atelier, Barcelona, 2000.
- «Del recurso de reposición», en *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Comentada y con Jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2000.
- LAMO RUBIO, J.: *Nulidad de actuaciones judiciales. Régimen jurídico actual y perspectivas*, Bosch, Barcelona, 1998.
- LORCA NAVARRETE A. M.: *Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte General. El nuevo proceso civil*, Dykinson, Madrid. 2000.

- LOZANO-HIGUERO PINTO, M.: *Introducción al Derecho Procesal*, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1990.
- MIRANDA ESTRAMPES, M.: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999.
- MONTERO AROCA, J.: *Los recursos en el nuevo proceso civil* 2.^a edición, con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- *Trabajos de Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1988.
- MONTERO AROCA, J., y FLORS MARÍES, J.: *Los Recursos en el Proceso Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001
- MORENO FERNÁNDEZ-SANTA CRUZ, M.: *De los recursos, Ley de Enjuiciamiento civil, Texto anotado y concordado de la Ley 1/2000, de 7 de enero*, La Ley, Madrid, 2000.
- NÚÑEZ MARTÍN, I.: «Del recurso de reposición», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, dirigidos por Lledó Yagüe y coordinados por Sesma de Luis, San Román Moreno y Zorrilla Ruiz, Dykinson, Madrid, 2000.
- OCAÑA RODRÍGUEZ, A.: *Regulación de la rebeldía en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Posibles motivos de inconstitucionalidad*, La Ley, núm. 5057, (mayo de 2000).
- OLIVA SANTOS, A.: *Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración, Conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, con Díez Picazo, 2.^a edición, Centro de Estudios Ramon Areces SA, Madrid 2001
- «De las diligencias de ordenación», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con Díez-Picazo, Vegas Torres y Banacloche Palao, Civitas, Madrid, 2001.
- ORTELLS RAMOS, M.: *Derecho Procesal Civil*, con Juan Sánchez, Bonet Navarro, Bellido Penadés, Cucarella Galiana y Martín Pastor, Aranzadi, Pamplona 2000.
- *Derecho Procesal Civil*, 2.^a edición, Aranzadi, Pamplona, 2001.
- «Los medios de impugnación», en *Derecho Jurisdiccional*, II, Proceso Civil, con Montero Aroca y Gómez Colomer, Bosch, Barcelona, 1989.
- «El recurso de reposición», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 34/84)*, coordinados por Cortés Domínguez, Tecnos, Madrid, 1985.
- OSORIO ACOSTA, E.: *Los recursos: Disposiciones Generales. El recurso de reposición*, en *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, coordinada por Jaime Alonso-Cuevillas Sayrol, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Economist & Jurist, Barcelona, 2000.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J.: *Derecho Procesal civil*, II, con Gómez de Liaño, Forum, Oviedo, 2001.
- PICÓ I JUNOY, J.: *El derecho a la prueba en el proceso civil*, con Prólogo de Serra Domínguez, Bosch, Barcelona, 1996.
- PLAZA, M.: *Derecho Procesal civil Español*, I, Madrid, 1944.
- PRIETO CASTRO, L., y DE LA OLIVA SANTOS, A.: «Sistema de recursos», en *Sistema de recursos. Perfeccionamiento del Derecho de ejecución singular*, Madrid, 1977.

- PRIETO CASTRO y FERRANDIZ, L.: *Tratado de Derecho Procesal civil, Proceso declarativo. Proceso de Ejecución*, tomo I, 2.^a edición, Aranzadi, Pamplona 1985.
- *Derecho Procesal Civil*, Tecnos, Madrid, 1988.
- RAMOS MÉNDEZ, F.: *Guía para una transición ordenada a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Bosch, Barcelona 2000.
- *Derecho y proceso*, Bosch, Barcelona 1979.
- *El sistema procesal español*, Bosch, Barcelona, 1997.
- RIBELLES ARELLANO, J. M.: «Comentario al art. 210 LEC», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinados por Rifá Soler, Valls Gombau y Fernández-Ballesteros, Iurgium Editores/Atelier, Barcelona, 2000.
- ROMERO NAVARRO, R.: «Del recurso de reposición», en *Ley de Enjuiciamiento Civil*, (Ley 1/2000) vol. I, coordinada por Marina Martínez-Pardo y Loscertales Fuertes, Sepin, Madrid, 2000.
- SAAVEDRA GALLO, P.: «Del recurso de reposición», en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinados por Lorca Navarrete, Lex Nova, Valladolid, 2000.
- SAMANES ARA, C.: *Tutela del rebelde en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1993.
- SANTO, V.: *Tratado de los recursos*, I, Universitaria, Buenos Aires, 1987.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *Sanción de la irregularidad : correcciones disciplinarias en Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969.
- *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, Bosch, Barcelona, 2001.
- TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *El recurso de súplica en la LEC y en la jurisprudencia*, Cuadernos de la Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1983 (5).
- UREÑA GUTIÉRREZ, P.: «El recurso de reposición», en *Comentarios Prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinados por Cabañas García, y con Arroyo García, Gutiérrez Sanz, Font Serra, Robles Garzón y García Paredes, Trivium, Madrid, 2000.
- VALLESPÍN PÉREZ, D.: *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2002.
- *La revisión de la sentencia firme en el proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2002.
- VARELA GÓMEZ, B. J.: *El derecho al recurso en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Revista Justicia, 1991-1.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: «De los recursos», en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y Jurisprudencia Ley 1/2000*, Dijusa, 2000.
- VÁZQUEZ SOTELO, J. L.: *Los principios del Proceso Civil*, Revista Justicia, 1993 (IV).
- «Los principios del proceso civil», en *Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y jurisprudencia*, I, coordinada por Albácar López, Trivium, Madrid, 1994.
- *Teoría general de los recursos*, texto de la Conferencia pronunciada en el marco del Curso de Extensión Univesitaria organizado por el Área de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona, (1999).
- VERGÉ GRAU, J.: *La rebeldía en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1989.
- VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M.: «La prueba. Los recursos», en *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo III, coordinada por Cortés Domínguez y Moreno Cateña, Tecnos, Madrid, 2000.

VILLAYERDE FERREIRO, J.: «De los recursos», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, dirigidos por Lledó Yagüe, Dykinson, Madrid, 2000.

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

- STC 24/81, de 14 de julio (*BOE* de 20 de julio). Sala Primera. Rec. Amparo 6/81. Ponente: Manuel Díez de Velasco.
- STC 50/82, de 15 de julio (*BOE* de 18 de agosto). Sala Segunda. Rec. Amparo 4/82. Ponente: Jerónimo Arozamena Sierra.
- STC 174/88, de 3 de octubre (*BOE* de 5 de noviembre). Sala Primera. Rec. Amparo 492/87. Ponente: Francisco Tomás y Valiente.
- STC 149/93, de 3 de mayo (*BOE* de 28 de mayo). Sala Primera. Rec. Amparo 858/90. Ponente: García-Mon y González-Regueral.
- STC 105/94, de 11 de abril, (*BOE* de 17 de mayo). Sala Primera. Rec. Amparo 2623/91. Ponente: Rafael de Mendizábal.
- STC 149/95, de 16 de octubre, (*BOE* de 10 de noviembre). Sala Segunda. Rec. Amparo 1664/93. Ponente: Julio Diego González Campos.
- STC 194/96, de 26 noviembre (*BOE* de 3 de enero de 1997). Sala Primera. Rec. Amparo 7604/96. Ponente: Vicente Gimeno Sendra.
- STC 199/97, de 24 de noviembre (*BOE* de 30 diciembre). Sala Segunda. Rec. Amparo 8137/97. Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueral.
- STC 4/98, de 12 de enero (*BOE* de 12 de febrero). Sala Segunda. Rec. Amparo 4/98. Ponente: Julio Diego González Campos.
- STC 64/98, de 17 de marzo (*BOE* de 22 de abril). Sala Primera. Rec. Amparo 143/96. Ponente: Enrique Ruiz Vadillo.
- STC 119/98, de 4 de junio (*BOE* de 3 de julio), Pleno. Rec. Amparo 1429/96. Ponente: Manuel Jiménez de Parga.
- STC 10/99, de 8 de febrero (*BOE* de 25 de febrero). Sala Primera. Rec. Amparo 3734/96. Ponente: Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.
- STC 115/99, 14 de junio (*BOE* de 8 de julio). Sala Primera. Rec. Amparo 2289/98. Ponente: María Emilia Casas Baamonde.
- STC 213/99, de 29 de noviembre (*BOE* de 28 diciembre). Sala Segunda. Rec. Amparo 27/96. Ponente: Guillermo Jiménez Sánchez.
- STC 133/00, de 16 de mayo (*BOE* de 20 de junio). Sala Primera. Ponente: Fernando Garrido Falla.
- STC 161/00, de 12 de junio (*BOE* de 11 de julio). Sala Segunda. Rec. Amparo 2727/98. Ponente: Carles Viver Pi-Sunyer.
- STC 260/00, de 30 de octubre (*BOE* de 1 de diciembre). Sala Primera. Rec. Amparo 2548/98. Ponente: Pablo Cachón Villar.
- STC 295/00, de 11 de diciembre (*BOE* de 16 de enero de 2001). Sala Segunda. Rec. Amparo 512/97. Ponente: Guillermo Jiménez Sánchez.

- STC 217/01, de 29 de octubre (*BOE* de 30 de noviembre). Sala Segunda. Rec. Amparo 4510/00. Ponente: Rafael de Mendizábal Allende.
- STC 223/01, de 5 de noviembre (*BOE* de 30 noviembre). Sala Primera. Rec. Amparo 1116/98. Ponente: Pablo Cachón Villar.
- STC 231/01, de 26 de noviembre (*BOE* de 27 diciembre). Sala Primera. Rec. Amparo 4969/99. Ponente: Fernando Garrido Falla.
- STC 233/01, de 10 de diciembre (*BOE* de 16 de enero de 2002). Sala Primera. Rec. Amparo 6578/00. Ponente: María Emilia Casas Baamonde.
- STC 236/01, de 18 de diciembre (*BOE* de 16 de enero de 2002). Sala Primera. Rec. Amparo 3542/96. Ponente: Fernando Garrido Falla.
- STC 12/02, de 28 de enero (*BOE* de 1 de marzo). Sala Primera. Rec. Amparo 4223/97. Ponente: Roberto García-Calvo Montiel.
- STC 22/02, de 28 de enero (*BOE* de 1 de marzo). Sala Primera. Rec. Amparo 1916/99. Ponente: Pablo García Manzano.
- STC 112/02, de 6 de mayo (*BOE* de 5 de junio). Sala Segunda. Rec. Amparo 4962/00. Ponente: Guillermo Jiménez Sánchez.
- STC 164/02, de 17 de septiembre (*BOE* de 9 de octubre). Sala Segunda. Rec. Amparo 2886/98. Ponente: Pablo Cachón Villar.
- STC 234/02, de 9 de diciembre (*BOE* de 10 enero de 2003). Sala Segunda. Rec. Amparo 3886/00. Ponente: Tomás Vives Antón.
- STC 11/03, de 27 de enero (*BOE* de 19 de febrero). Sala Primera. Rec. Amparo 4895/00. Ponente: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.
- STC 26/03, de 10 de febrero (*BOE* de 5 de marzo). Sala Segunda. Rec. Amparo 5022/00. Ponente: Eugeni Gay Montalvo.
- STC 37/03, de 14 de marzo (*BOE* de 14 de marzo). Sala Primera. Rec. Amparo 4835/01. Ponente: Javier Delgado Barrio.

RELACIONES ENTRE DERECHO PENAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. EN ESPECIAL, EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*

JOSÉ MIGUEL DE LA ROSA CORTINA

Fiscal de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado

SUMARIO: 1. LA COEXISTENCIA DE ORDENAMIENTOS SANCIONADORES.—2. EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM* EN GENERAL.—3. EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM* COMO ARTICULADOR DE RELACIONES DERECHO PENAL-DERECHO ADMINISTRATIVO.—4. RÉGIMEN GENERAL EN DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.—5. CONFLUENCIA DE SANCIONES EN MATERIAS DE SEGURIDAD VIAL Y ALCOHOLEMIA.—6. CONFLUENCIA DE SANCIONES EN OTRAS MATERIAS: 6.1 Protección del medio ambiente. 6.2 Bienes. 6.3 Disciplina de mercado. 6.4 Espectáculos públicos. 6.5 Seguridad y orden público. 6.6 Salud. 6.7 Tributos. 6.8 Agricultura y pesca. 6.9 Leyes con régimen sancionador propio que no incorporan previsiones sobre el régimen del *non bis in idem*.—7. SUPUESTOS ESPECIALES: 7.1 Correcciones a Abogados y Procuradores por faltas durante su actuación forense. 7.2 Desobediencia al sometimiento a pruebas de alcoholemia. 7.3 Derecho social sancionador administrativo. 7.4 Derecho sancionador administrativo sobre orden público. 7.5 Derecho disciplinario militar. 7.6 Derecho sancionador penitenciario. 7.7 Protección administrativa del tratamiento automatizado de datos.—8. REMISIÓN DE TESTIMONIOS A LA AUTORIDAD SANCIONADORA ADMINISTRATIVA EN CASO DE ABSOLUCIÓN EN LA VÍA PENAL.—9. SUPUESTOS EN LOS QUE PROCEDE LA REAPERTURA DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.—10. LA EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: RESPUESTAS A SUPUESTOS ANÓMALOS.—11. EL *NON BIS IN IDEM* EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS ¿DEBE ENTENDERSE RECHAZADA LA ABSORCIÓN?

1. LA COEXISTENCIA DE ORDENAMIENTOS SANCIONADORES

La coexistencia entre el catálogo de delitos y faltas del Código Penal y de las Leyes Penales especiales y el catálogo de infracciones administrativas es una realidad que lejos de tender a su desaparición cada vez se incrementa más, dando lugar a problemas complejos de articulación. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 77/1983, de 3 de octubre, señala cómo «en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración», reconociendo a continuación que tal sistema no es, sin embargo, viable ni conveniente, entre otras razones «por no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor».

No solamente la saturación de la jurisdicción penal justifica las competencias sancionatorias de la Administración: la propia naturaleza fragmentaria del Derecho Penal conforme al principio de intervención mínima aconseja que su utilización quede restringida para los ataques más graves a los bienes jurídicos de máximo rango sin perjuicio de que desde la Administración pueda reaccionarse actuando por medio del Derecho Sancionador frente a ataques de inferior entidad o contra bienes de menor rango ¹.

¹ Como declara la STS núm. 52/2003 (Sala de lo Penal), de 24 febrero (ponente Granados Pérez), Recurso de Casación núm. 312/2001 «Para determinar en qué casos habrá de acudir al Derecho Penal y qué conductas serán merecedoras de una mera sanción administrativa, ha de partirse del principio de intervención mínima que debe informar el Derecho Penal en un moderno Estado de Derecho. Sólo ante los ataques más intolerables será legítimo el recurso al Derecho Penal».

La confluencia de los dos sistemas sancionadores (penal y administrativo) hace preciso –en la medida de lo posible– establecer criterios claros de articulación entre los mismos. Se ha llegado a poner de relieve por la doctrina que en la actualidad existe desconexión procedimental entre el proceso penal y las instancias de impulso del mismo, en especial del Ministerio Fiscal, respecto del procedimiento sancionador administrativo y sus agentes, con el riesgo consiguiente de la acumulación de sanciones y penas a los mismos sujetos por los mismos hechos, y, a la inversa, con el riesgo de que hechos susceptibles de ser sancionados por antijurídicos bien por la vía administrativa, bien por la vía judicial queden en total impunidad ². Para procurar conjurar ambos riesgos es necesario buscar pautas generales de interpretación y de actuación, teniendo en cuenta que existe general acuerdo en afirmar la unidad del Derecho Sancionador, en el que las diferencias entre ilícito administrativo e ilícito penal vendrían marcadas exclusivamente por criterios de orden cuantitativo ³.

El punto de arranque debe ser, pues, desde el punto de vista adjetivo, el acercamiento en garantías procesales en ambas esferas punitivas del Estado, con base en el artículo 25 CE y desde el punto de vista sustantivo, el acercamiento sobre la base de la teoría general del delito tal como está regulada en el Derecho Penal ⁴. En la STC 18/1981 se asumieron tales postulados ⁵.

Debe en todo caso tenerse en cuenta que el propio TC introdujo matizaciones que enfriaban la grandilocuencia del concepto de equiparación total que postulaba algún sector doctrinal. Así la STC 74/1984, de 18 de junio, declara que la equiparación no es total y cabe establecer diferencias entre ambas esferas ⁶. En este sentido, por ejemplo, en la tipificación

² En este sentido NIETO, Alejandro: «Derecho Administrativo Sancionador», Ed. Tecnos, 2002.

³ Por elevación también podemos partir de las palabras de RUIZ VADILLO: «El Ordenamiento jurídico constituye una unidad. Su parcelación obedece a un principio de división del trabajo, de especialización y, por consiguiente, de eficiencia». RUIZ VADILLO, Enrique: «La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal», *Estudios de Derecho Judicial*.

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas. Para estos autores «definitivamente no existe ya ninguna posibilidad de intentar justificar unos supuestos principios sustantivos del Derecho sancionatorio administrativo, principios que nunca han logrado encontrarse y que nadie conoce por otra parte».

⁵ La STC declara que «... ha de recordarse que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho Administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo..., hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales».

⁶ El TC resalta que «tampoco hay que olvidar que el propio TEDH, admite que los ordenamientos estatales establezcan distinciones entre Derecho Penal y Derecho Disciplinario (*Affaire Campbell-Fell*, *Arrêt* de 28 de junio de 1984, Serie A, vol. 80; *Affaire Ortzük*, *Arrêt*

de las infracciones administrativas no rige en plenitud el principio de reserva de ley ⁷.

En este mismo sentido cabe afirmar que la traslación de las garantías del *due process*, del artículo 24 CE al procedimiento sancionador no conlleva su aplicación literal «sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional» (STC 18/1981, de 8 de junio, FJ 2; STC 14/1999, de 22 de febrero, FJ 3), siempre que se trate de garantías que «resulten compatibles con la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador» (SSTC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 7; 14/1999, de 22 de febrero, FJ 3).

2. EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM* EN GENERAL

Lo define Del Rey como el «principio general del Derecho que, en base a los principios de proporcionalidad y cosa juzgada, prohíbe la aplicación de dos o más sanciones o el desarrollo de dos o más procedimientos, sea en uno o más órdenes sancionadores, cuando se dé una identidad de sujetos, hechos y fundamentos y siempre que no exista una relación de supremacía especial de la Administración».

El principio *non bis in idem* aparece ya en el Viejo Testamento: el profeta Nahum refiere cómo *non iudicabit Deus in id ipsum*. El principio se recogió en la *Lex Acilia repetundarum*, del 123-122 a.C. debiéndose a Johannes Teutonicus la primera formulación medieval del aforismo: *non potest sive enim quis sit condemnatus, sive absolutus, tamen super eodem crimine saepius agi non potest*, habiéndose también

de 21 de febrero de 1984; *Affaire Golder*, Arrêt de 21 de febrero de 1975); distinciones que ni pueden estar carentes de contenido ni pueden implicar que a pesar de ellas los derechos del artículo 6 del Convenio de Roma, o, en nuestro caso, los del artículo 24 de la Constitución, deban conocerse y aplicarse por igual en el proceso penal y en todo procedimiento disciplinario». La aplicación con matices de las garantías del artículo 24 CE al proceso administrativo sancionador ha sido reiterada por el TC en numerosas resoluciones, entre otras, SSTC 29/1989, F. 6; 22/1990, F. 4; 246/1991 F. 2; 197/1995.

⁷ «si bien el alcance de la reserva de Ley establecida en el artículo 25.1 CE no puede ser tan estricto en relación con la regulación de las infracciones y sanciones administrativas como por referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto, en todo caso aquel precepto constitucional determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal» (STC 77/1983, de 3 de octubre); estos principios se reafirman posteriormente por el TC al manifestar que «la reserva de Ley no excluye la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley» (STC 83/1984, 24 de julio).

formulado el brocardo como *bis de eadem re agere non liquet* y *bis de eadem re ne sit actio* ⁸.

El Tribunal Constitucional ha afirmado desde sus primeras resoluciones la vigencia del principio *non bis in idem* en materia sancionadora, pese a no aparecer formulado de manera expresa en la Constitución. La Sentencia 2/1981, de 30 de enero, dedujo el principio del artículo 25.1 de la Constitución ⁹. Esta doctrina fue confirmada con posterioridad en numerosas sentencias¹⁰. Sin embargo, con razón se ha calificado de dudoso el engarce constitucional del principio *non bis in idem* en el principio de legalidad ¹¹.

Aceptándose generalmente que el *non bis in idem* integra un principio general del Derecho, a través de la consagración de la posibilidad de lograr su efectividad mediante el recurso de amparo ante el TC, puede simultáneamente considerársele como un Derecho fundamental.

Pese a su no reconocimiento expreso en la CE, si aparece en el catálogo de derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que lo acoge con claridad en sus dos dimensiones sustantiva y procesal cuando afirma que nadie puede ser procesado o penado de nuevo por una infracción por la cual ya ha sido definitivamente absuelto o condenado de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

El Pacto está debidamente ratificado por España con la doble consecuencia de formar parte de nuestro Derecho y servir de guía para la interpretación de los derechos reconocidos por la CE. También aparece en el

⁸ DOMINGO, Rafael y RODRÍGUEZ ANTOLÍN, Beatriz: «Reglas y aforismos jurídicos», Aranzadi, 2000

⁹ «El principio general del derecho conocido por “non bis in idem”, si bien no se encuentra recogido expresamente en los artículos 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (artículos. 53, núm. 2, de la Constitución y 41 de la LOTC), no por ello cabe silenciar que, como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del artículo 9 del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas principalmente en el artículo 25 de la Constitución.»

¹⁰ Así, SSTC 77/1983, de 3 de octubre, 159/1985, de 27 de noviembre, 66/1986, de 23 de mayo, 94/1986, de 8 de julio, 150/1991, de 4 de julio, 205/1994, de 11 de julio, y 204/1996, de 16 de diciembre

¹¹ Vide, en este sentido, JAÉN VALLEJO, Manuel: *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 584/2003. Desde estas dudas se han intentado construcciones alternativas, y así se le ha intentado vincular al principio de proporcionalidad y al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, no faltando quienes se resignan a constatar que este principio no se recoge en la CE. Para otros autores «la fundamentación del *non bis in idem* se basa en la unidad del *Ius Puniendi* estatal. Sólo si se configura al Derecho Penal y al Derecho Sancionador Administrativo como facetas de un mismo «corpus» sancionador puede sostenerse, como consecuencia inherente a tal aserto, la vigencia del *non bis in idem* PÉREZ CAPITÁN, Luis: «El *non bis in idem* en el Derecho Sancionador Laboral. La jurisprudencia de la última década», *Aranzadi Social*, Vol. II, Parte Estudio, PP. 2273-2317.

artículo 4 del Protocolo 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, si bien este texto aún no ha sido ratificado por España.

El Convenio de Schengen también asume expresamente este principio ¹², que ya ha dado lugar a resoluciones por parte del Tribunal de Justicia de Luxemburgo ¹³.

¹² Los artículos 54 a 58 del CAAS [Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (DO 2000, L 239, p. 19), firmado en Schengen el 19 de junio de 1990] integran el capítulo 3, denominado «Aplicación del principio *non bis in idem*», del título III, a su vez denominado «Policía y seguridad». En particular, prevén lo siguiente:

«Artículo 54. Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena.

Artículo 55.1. En el momento de la ratificación, aceptación o aprobación del presente Convenio, una Parte contratante podrá declarar que no está vinculada por el artículo 54 en uno o varios de los supuestos siguientes:

a) cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan tenido lugar total o parcialmente en su territorio; sin embargo, en este último caso, esta excepción no se aplicará si los hechos tuvieron lugar en parte en el territorio de la Parte contratante donde se haya dictado la sentencia;

b) cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera constituyan una infracción contra la seguridad del Estado u otros intereses igualmente esenciales de dicha Parte contratante;

c) cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan sido cometidos por un funcionario de dicha Parte contratante, incumpliendo las obligaciones de su cargo.

2. Las Partes contratantes que hayan hecho una declaración relativa a la excepción mencionada en la letra b) del apartado 1 deberán precisar las categorías de infracciones a las que podrá aplicarse dicha excepción.

3. Las Partes contratantes podrán retirar en cualquier momento la declaración relativa a una o varias de las excepciones mencionadas en el apartado 1.

4. Las excepciones que hayan sido objeto de una declaración con arreglo al apartado 1 no se aplicarán cuando, para los mismos hechos, la Parte contratante interesada haya solicitado la persecución a la otra Parte contratante o haya concedido la extradición de la persona de que se trate. [...].

Artículo 58. Las disposiciones anteriores no serán obstáculo para la aplicación de las disposiciones nacionales más extensivas relativas al efecto *non bis in idem* vinculado a las resoluciones judiciales dictadas en el extranjero.»

¹³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de febrero de 2003 (asuntos acumulados C-187/01 y C-385/01) en la parte dispositiva declara que pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Oberlandesgericht Köln y el Rechtbank van eerste aanleg te Veurne mediante resoluciones de 30 de marzo y 4 de mayo de 2001, respectivamente, declara: «El principio *ne bis in idem*, consagrado en el artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, se aplica también a procedimientos de extinción de la acción pública, como los controvertidos en los litigios principales, por los que el Ministerio Fiscal de un Estado miembro ordena el archivo, sin intervención de un órgano jurisdiccional, de un proceso penal sustanciado en dicho Estado, una vez que el imputado haya cumplido determinadas obligaciones y, en particular, haya abonado determinado importe fijado por el Ministerio Fiscal».

Recientemente se ha aprobado por el Parlamento Europeo en el marco del procedimiento de consulta una iniciativa de la República Helénica con vistas a la adopción de una Decisión marco del Consejo relativa a la aplicación del principio *non bis in idem* con el objeto de alcanzar pautas uniformes en la interpretación y aplicación de este principio ¹⁴.

3. EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM* COMO ARTICULADOR DE RELACIONES DERECHO PENAL-DERECHO ADMINISTRATIVO

Uno de los ámbitos en los que el principio *non bis in idem* despliega sus efectos es el ámbito de la articulación entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal. Existen en numerosas materias un cuadro completo de infracciones y sanciones, en particular en las esferas de intervención del Estado en la economía, el trabajo, el medio ambiente, la salud y la sanidad, en el tráfico y en el orden público; en ocasiones ya en el plano legislativo no se da la necesaria coordinación técnica entre estas esferas, llegando incluso a tipificarse como infracción administrativa lo que ya es delito y viceversa, generándose una verdadera inflación punitiva tanto en la esfera administrativa como —fundamentalmente a través de los tipos penales en blanco— en la esfera penal ¹⁵.

Si efectivamente se tipificara administrativamente respetando el principio de subsidiariedad se superarían muchos problemas. Igualmente debiera huirse de la tendencia a tipificar en el Código Penal conductas que ya tienen una respuesta adecuada en el catálogo de infracciones y sanciones

¹⁴ Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la iniciativa de la República Helénica con vistas a la adopción de una Decisión marco del Consejo relativa a la aplicación del principio *ne bis in idem* [7246/2003-C5-0165/2003-2003/0811(CNS)]. El texto inicial de la propuesta griega es el siguiente: «El principio *ne bis in idem* o la prohibición de la doble penalización, es decir, que ninguna persona pueda ser procesada ni juzgada dos veces por el mismo delito ni por el mismo comportamiento delictivo, está establecida en tanto que derecho individual en los instrumentos jurídicos relativos a los derechos humanos, como puede ser el séptimo Protocolo (artículo 4) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 50) y está reconocida en todo sistema jurídico basado en el concepto del respeto y la protección de las libertades fundamentales».

¹⁵ Un ejemplo del camino a seguir lo marca la Ley 19/2001, de 19 diciembre, que modifica la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobada por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, que intenta evitar estas perturbadoras deficiencias y así, suprime del catálogo de infracciones muy graves la omisión del deber de socorro, al tratarse de una conducta tipificada y sancionada en el Código Penal vigente.

administrativas, en ocasiones mas eficientes ¹⁶. Si el Derecho Penal debe respetar siempre los principios de subsidiariedad y fragmentariedad, el Derecho Administrativo Sancionador debe evitar a toda costa el solapamiento con los delitos y faltas ya tipificados, solapamiento en que con demasiada frecuencia se incurre, quizás por el miedo –injustificado, si se legisla con rigor técnico– a que se produzcan esferas de impunidad. Desde la otra perspectiva, ya han surgido voces reclamando que el Derecho Penal mantenga su fidelidad al principio de intervención mínima y abandone algunos campos de batalla que son propios del Derecho Administrativo Sancionador.

Con anterioridad a la vigencia de la Constitución la legislación sectorial admitía abiertamente la posibilidad del *bis in idem*, partiendo de que penas y sanciones administrativas tienen una distinta naturaleza. Leyes como las de Orden Público de 31 de julio de 1959, Ley de Contrabando de 16 de julio de 1964, Ley de Montes de 8 de junio de 1957 o el Reglamento de Policía Minera de 15 de julio de 1897 admitían la doble sanción expresamente.

La STC 2/1981, de 30 de enero, declaró al respecto que este principio «supone en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones –administrativa y penal– en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración –relación de funcionario, servicio público, concesionario etc.– que justifique el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y, a su vez, de la potestad sancionadora de la Administración».

Sólo en los supuestos en los que no concurra la triple identidad ¹⁷ de sujetos, hechos y fundamento de la infracción penal y la administrativa,

¹⁶ En este sentido se ha dicho que «se utiliza el Derecho Penal para transmitir una imagen de seguridad a la ciudadanía (falaz sin duda, pero eso no importa). Frente a determinados hechos generadores de alarma social, se responde con una celeridad inaudita, anunciándose, y en algunos casos, produciéndose de modo efectivo una reforma del Código Penal, para dar cumplida respuesta a esos hechos». NAVARRO CARDOSO, Fernando: *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho Penal*, Ed. Colex, 2001.

¹⁷ La idea de la triple identidad, recogida en el artículo 133 LRJAEPAC y presupuesto para que el *non bis in idem* despliegue sus efectos, es desarrollada acertadamente en la Ley del País Vasco 2/1998, de 20 febrero, sobre Potestad sancionadora de las Administraciones Públicas que en su artículo 18 dispone que «no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento. 2. Se entenderá que hay identidad de fundamento cuando: a) La infracción penal o administrativa que se castiga con la pena o sanción precedente proteja el mismo bien jurídico frente al mismo riesgo que la infracción que se esté considerando. b) Existiendo ciertas diferencias entre los bienes jurídicos protegidos o los riesgos contemplados, éstas no tengan la entidad suficiente como para justificar la doble punición, por referirse a aspectos cuya pro-

cabrá, sin violentar el principio, la imposición de dos sanciones, penal y administrativa. La identidad de fundamento habrá de entenderse como identidad de interés jurídico protegido pues como dice la STS 234/1991, de 10 de diciembre, no basta simplemente con la dualidad de normas para entender justificada la imposición de una doble sanción al mismo sujeto por los mismos hechos, pues si así fuera, el principio *non bis in idem* no tendría más alcance que el que el legislador (o en su caso el Gobierno como titular de la potestad reglamentaria) quisiera darle»¹⁸.

En el ámbito de las relaciones especiales de sujeción, especialmente en el Derecho disciplinario, tradicionalmente se admitía con gran amplitud la duplicidad de sanciones. Sin embargo la jurisprudencia constitucional en su evolución ha ido matizando y restringiendo tal posibilidad. Así, la STC 61/1990, de 29 de marzo, afirmaba que la existencia de una relación de supremacía especial no podía suponer la relativización y «supresión» de los principios constitucionales. Por su parte, la STC 234/1991, de 10 de diciembre, declara en su Fundamento de Derecho segundo que «la existencia de esta relación de sujeción especial tampoco basta por sí misma, sin embargo, para justificar la dualidad de sanciones» y que «para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección». La necesidad de respetar el principio de proporcionalidad se reafirma en la Sentencia 270/1994, de 17 de octubre, al declarar que «sería necesario que con la sanción extraordinaria se estuviese protegiendo un interés jurídico distinto al tutelado con las sanciones ordinarias y que la sanción fuese proporcionada a dicha necesidad de protección adicional» (FJ 7.º). La Sentencia 129/1995, de 11 de septiembre, en su FJ 3.º, si bien afirmaba que la existencia de una relación de especial sujeción, «somete a un poder administrativo autónomo y más intenso que el que se proyecta sobre el común de los ciudadanos», añadía que «*el ejercicio de*

tección no requiere la segunda sanción. 3. Cuando, aun no dándose identidad de fundamento, existiesen puntos en común entre los bienes jurídicos protegidos o los riesgos considerados, de tal manera que la sanción o pena impuesta precedentemente sirviese en parte al fin protector de la infracción que se va a sancionar, se tendrá en cuenta la sanción o pena precedente para graduar en sentido atenuante la sanción posterior. Si así lo exige el principio de proporcionalidad, se impondrán sanciones correspondientes a infracciones o categorías de infracciones de menor gravedad, y, excepcionalmente, en supuestos en que la sanción o pena precedente fuese especialmente grave, podrá compensarse la sanción posterior, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción».

¹⁸ En este sentido el Partido Nacionalista Vasco presentó una enmienda a la redacción del artículo 133 LRJAPPAC.

dicho poder está sujeto a normas legales de estricta observancia y, además, se encuentra *limitado* por la finalidad propia de dicha relación».

En todo caso, y al margen del debate doctrinal sobre la crisis del concepto, en los supuestos de relaciones de sujeción especial, el fundamento de la posibilidad del *bis in idem*, administrativo y penal debe ser también el de la falta de la concurrencia de la triple identidad de sujetos, hecho y fundamento. Claramente se recoge esta filosofía en la LOPJ, en relación con el régimen disciplinario de jueces y magistrados, en su redacción dada por la LO 16/1994, de 8 de noviembre: «sólo podrán recaer sanción penal y disciplinaria sobre los mismos hechos cuando no hubiere identidad de fundamento jurídico y de bien jurídico protegido» (núm. 3, art. 415 LOPJ).

Así se ha dicho ¹⁹ que será posible la doble sanción solamente si se dan estos dos requisitos:

a) La infracción penal y administrativa tutelan bienes jurídicos concretos completamente distintos.

b) Y si la pena señalada al delito no pone ya de manifiesto que el legislador ha contemplado en ella la repercusión de la conducta sobre la relación de servicio o funcional.

En este sentido la STS (Sala Tercera) de 13 de enero de 1998, con cita de numerosos precedentes, declara que «*el doble reproche, penal y disciplinario no está justificado cuando se trata de unos hechos que se imputan a una misma persona y que son tratados por los Tribunales y la Administración teniendo en cuenta la cualidad de funcional del sujeto responsable*».

4. RÉGIMEN GENERAL EN DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

La STC 77/1983 concretó la prevalencia del Derecho Penal sobre el Derecho Administrativo Sancionador manteniendo la imposibilidad de los órganos de la Administración de llevar a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en los que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta penal y la vinculación de la Administración a los hechos probados en la jurisdicción penal ²⁰.

¹⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: «Los delitos de los funcionarios públicos: cuestiones generales, la prevaricación como figura residual», *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ.

²⁰ Se supera así una jurisprudencia ya añeja (STS Sala Segunda, de 30 de marzo y 27 de noviembre de 1917) que mantenía que «las atribuciones de la Administración para corregir gubernativamente las faltas no excluyen ni limitan la aplicación jurisdiccional de las disposiciones

Se ha visto el origen de esta preferencia en la regla procedente del Código Procesal Penal napoleónico, conforme a la que «*le criminel le civil en état*» que, «otorga una clara preferencia a la jurisdicción penal frente a la civil o la administrativa, tal y como lo demuestra tanto el artículo 10.2 LOPJ, que obliga, como regla general, a suspender el proceso civil o el administrativo cuando en ellos surja una cuestión penal determinante del fallo»²¹.

En los supuestos en los que por los mismos hechos se inicia la tramitación de un expediente administrativo sancionador y un proceso penal debe prioritariamente promoverse que se acuerde la suspensión de aquel hasta que el penal sea resuelto, como por lo demás se deduce implícitamente del artículo 133 de la Ley 30/1992, de 26 de diciembre, y explícitamente del artículo 5 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que regula el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora de la Administración²². Recordemos que la vocación de generalidad del Reglamento se explicita en su artículo 1, sin perjuicio de las excepciones que el mismo contiene.

Este mecanismo de articulación consistente en dar prioridad al proceso penal sobre el expediente administrativo sancionador como medio para evitar la simultaneidad de procedimientos es considerado por algún sector doctrinal como esencial para la efectividad del principio *non bis in idem* en su vertiente procesal: prohibición de doble enjuiciamiento. En nuestra opinión su papel es mas modesto: es un mecanismo instrumental para lograr la efectividad del principio *non bis in idem* en su vertiente material: prohibición de doble sanción²³.

penales; la sanción administrativa no crea cosa juzgada que excluya el proceso y la pena por los mismos hechos, porque las multas y correcciones en que consisten no se reputan penales».

²¹ GIMENO SENDRA, Vicente: «Cuestiones prejudiciales devolutivas y *non bis in idem* en el proceso penal», *La Ley*, 2003.

²² Este precepto dispone que *el órgano competente resolverá la no exigibilidad de responsabilidad administrativa en cualquier momento de la instrucción de los procedimientos sancionadores en que quede acreditado que ha recaído sanción penal o administrativa sobre los mismos hechos, siempre que concorra, además, identidad de sujeto y fundamento* y del artículo 7 del mismo cuerpo que dispone que *en cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación «en estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitarán del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas» y que «... si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial».*

²³ Así se ha dicho que «el sentido del *non bis in idem* en su vertiente procesal es precisamente el prevenir las posibles infracciones materiales del *non bis in idem*, adelantándonos a este

Efectivamente, es esencial en este punto deslindar la operatividad del principio dentro del proceso penal y la operatividad como articulador de las relaciones proceso penal-procedimiento administrativo sancionador. Dentro del proceso penal el principio supone prohibición de doble sanción y prohibición de doble enjuiciamiento. Son las dos derivaciones –material y formal– del principio, ambas de enorme trascendencia. La derivación formal está íntimamente conectada con la institución de la cosa juzgada, y entre otros efectos impedirá una nueva causa penal por hechos respecto de los que recayó sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre. Como articulador de las relaciones proceso penal-procedimiento administrativo sancionador su derivación fundamental es el aspecto material (prohibición de doble sanción) teniendo el aspecto formal derivaciones puramente instrumentales, esto es, se obliga a suspender el procedimiento administrativo en curso cuando se abre un proceso penal como medio para evitar que recaiga una doble sanción, pero no porque sean incompatibles los dos procedimientos de forma sucesiva. Por ello, nada impedirá que, si la vía penal termina con sentencia absolutoria, pueda reabrirse el procedimiento administrativo.

Por tanto, los órganos administrativos sancionadores suspenderán el expediente: a) si por sí mismos llegan a la conclusión de que los hechos pudieran tener trascendencia penal, comunicándolo al Ministerio Fiscal, y b) si, con independencia de su criterio, llegan a conocimiento de que se está tramitando un proceso penal por los mismos hechos. En consecuencia es esencial la fluidez en la comunicación entre los órganos administrativo-sancionadores y los penales, para que la prioridad jurisdiccional penal y con ella el *non bis in idem* formal-instrumental funcionen adecuadamente.

La necesidad de suspender el procedimiento administrativo sancionador cuando actúa la jurisdicción penal también se afirmó en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que declaró que «*la incompatibilidad de medidas represivas opera dando preferencia y por tanto prioridad a la reacción penal, lo que implica como consecuencia la paralización del procedimiento administrativo durante la sustanciación del proceso penal*» (STS 3.^a de 18 de diciembre de 1991) ²⁴.

peligro mediante la prohibición de un segundo proceso con el mismo objeto; no puede por menos de concluirse que la regla de la vinculación en cuanto a los hechos es sólo muy pálida e incompleta manifestación del *non bis in idem* procesal. Ello, por otra parte, no es tan grave, si se piensa que el principio del *non bis in idem* procesal es tan sólo un principio accesorio o coadyuvante del auténticamente importante: el *non bis in idem* material». BENLLOCH PETIT, Guillermo: «El principio de *non bis in idem* en las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario», *Revista del Poder Judicial*, núm. 51, tercer trimestre, 1998.

²⁴ El resumen de la operatividad del principio lo recoge la STC 77/1983: «*la subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya*

El dogma de la preferencia de la jurisdicción penal, aunque sólidamente asentado en nuestro Derecho positivo y en la doctrina, no genera total unanimidad ²⁵.

En cuanto a la necesidad de respetar la cosa juzgada, con carácter general, el artículo 137.2 de la LRJAEPAC, dispone que «*los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que sustancien*», en concordancia con la STC 35/1990, de 1 de marzo, que declaró que «*los mismos hechos no pueden a la vez existir y dejar de existir para los órganos del Estado*».

En el ámbito autonómico se siguen regulaciones similares en sus procedimientos administrativo-sancionadores ²⁶.

de resolverse en favor de la primera. De esta premisa son necesarias consecuencias las siguientes: a) el necesario control a posteriori por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las Leyes especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos, y c) la necesidad de respetar la cosa juzgada» (FJ 3.º).

²⁵ Se ha dicho en este sentido que «la sentencia condenatoria es el máximo exponente del *non bis in idem*... ante la solemnidad y la dureza de los Tribunales quedan paralizadas para siempre las actuaciones de los humildes órganos administrativos. La realidad, sin embargo, demuestra que las cosas pueden suceder de otra manera y que la regla puede actuar como una auténtica burla de los intereses públicos. Concretamente: cuando las sanciones administrativas son más duras que las penas, para lo que sirve la condena criminal es, en el fondo, para garantizar la inmunidad del infractor». NIETO, Alejandro, *op. cit.*

²⁶ El Decreto 28/2001, de 30 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora de la Comunidad Autónoma de Aragón dispone en su artículo 22 bajo la rúbrica «vinculaciones con el orden jurisdiccional penal» establece lo siguiente:

1) En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes para resolver estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación.

En estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitarán del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas.

2) Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial.

3) Recaída la resolución judicial penal se acordará, según proceda, bien la no exigibilidad de responsabilidad administrativa, o bien la continuación del procedimiento sancionador. Durante el tiempo en que estuviera en suspenso el procedimiento sancionador por la incoación de un proceso penal, se entenderá interrumpido tanto el plazo de prescripción de la infracción como el de caducidad del propio procedimiento.

4) La substanciación del proceso penal no impedirá el mantenimiento de las medidas cautelares ni la adopción de aquellas que resulten imprescindibles para el restablecimiento de la situación física alterada o que tiendan a impedir nuevos riesgos para las personas o daños en los

Por tanto, el principio *non bis in idem* implica dos reglas básicas de articulación: prioridad –que no necesariamente exclusión– del proceso penal sobre el administrativo sancionador y vinculación en éste por los hechos declarados probados en el proceso penal (vertiente procesal) y preferencia de la pena sobre la sanción administrativa (vertiente material).

No todas las consecuencias jurídicas desfavorables deben calificarse de sanciones a los efectos de entender concurrente el *non bis in idem*. A tales efectos deberá calibrarse si la consecuencia tiene componente retributivo o, por el contrario tiene una finalidad distinta a la retributiva. No lo es por ejemplo la medida de disolución de los partidos políticos declarados ilegales conforme a la Ley Orgánica 6/2002 y así lo ha declarado recientemente el TC ²⁷ ratificando el pronunciamiento que

bienes o medios protegidos. En este último caso se pondrá en conocimiento de la autoridad judicial responsable del procedimiento penal.

5) En todo caso, los hechos declarados probados por resolución judicial penal firme vinculan a los órganos administrativos respecto de los procedimientos sancionadores que substancien.

En el País Vasco, el artículo 25 de la Ley 2/1998, de 20 febrero, sobre Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas dispone que «1. Si el instructor, en cualquier momento del procedimiento, considerase que los hechos sobre los que instruye pueden ser constitutivos de ilícito penal, lo pondrá en conocimiento del órgano competente para resolver, el cual, si estima razonable la consideración del instructor, pondrá dichos hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación. Igualmente se solicitará al Ministerio Fiscal comunicación sobre las actuaciones practicadas cuando se tenga conocimiento de que se está siguiendo un proceso penal sobre los hechos a los que se refiere el procedimiento administrativo. La misma comunicación se solicitará cuando el proceso penal se siga sobre hechos que sean resultado o consecuencia de los hechos a los que se refiere el procedimiento administrativo. 2. Recibida la comunicación del Ministerio Fiscal, el órgano competente para resolver el procedimiento sancionador acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial firme. 3. La suspensión del procedimiento administrativo sancionador no impide el mantenimiento de las medidas cautelares adoptadas, siempre y cuando resulten compatibles con las acordadas en el proceso penal. No se entenderán compatibles si las medidas cautelares penales son suficientes para el logro de los objetivos cautelares considerados en el procedimiento administrativo sancionador. El acto por el que se mantengan o adopten las medidas cautelares deberá ser comunicado al Ministerio Fiscal. 4. En todo caso, los hechos declarados probados por resolución judicial penal firme vinculan a los órganos administrativos respecto de los procedimientos sancionadores que se substancien. La Administración revisará de oficio las resoluciones administrativas fundadas en hechos contradictorios con los declarados probados en la resolución penal, de acuerdo con las normas que regulan los procedimientos de revisión de oficio.

²⁷ Sentencia Tribunal Constitucional núm. 48/2003 (Pleno), de 12 marzo, Recurso de Inconstitucionalidad núm. 5550/2002. RTC 2003/48, ponente Excmo Sr. Don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera: «En el caso de los preceptos recurridos no se aprecia la concurrencia de un verdadero carácter de pena en la medida de disolución. Antes que a un fin propiamente retributivo, las causas de ilegalización y disolución previstas en la Ley responden a una finalidad de garantía de que su actuación respete las condiciones definidoras de los partidos políticos, en tanto que asociaciones calificadas por la relevancia constitucional de sus funciones... El control jurídico de esa vertiente definidora de la asociación como partido consistente en el respeto a las exigencias del ordenamiento jurídico democrático recogidas en el artículo 6 CE ha de ser, por necesidad, un control “a posteriori”. De modo que, al faltar dichas exigencias y producirse una situación de quebranto del orden jurídico pluralista proclamado por la Constitución, se hace pre-

sobre tales extremos realizó la Sala Especial del artículo 61 del Tribunal Supremo ²⁸.

Debe también tenerse en cuenta que el que unos hechos hayan sido objeto de expediente por la jurisdicción contable no impiden el ulterior proceso penal, sin que pueda invocarse infracción del principio *non bis in idem*. El Tribunal penal tendrá solamente limitada su competencia en cuanto a la declaración de responsabilidades civiles ²⁹.

5. CONFLUENCIA DE SANCIONES EN MATERIAS DE SEGURIDAD VIAL Y ALCOHOLEMIA

En relación con la materia específica relativa a la seguridad vial, deben tenerse en cuenta los siguientes preceptos:

1) El artículo 20.1 del Reglamento General de Circulación, aprobado por Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, establece que no podrá circular el conductor de vehículos con una tasa de alcohol en sangre superior a 0,5 gramos por litro o de alcohol en aire espirado superior a 0,25 miligramos por litro, fijando tasas más bajas (0,3 gramos o 0,15 miligramos) para el caso de vehículos destinados a transportes de diversa índole

ciso restablecer la legalidad conculcada. No hay, por tanto, componente punitivo alguno. Estamos, pues, ante una sanción reparadora, que cabe incluir entre aquellas a las que el propio Código Penal niega el carácter de penas (art. 34), por lo que, tal y como anticipábamos, debemos desestimar la vulneración del principio *non bis in idem*».

²⁸ STS de 27 de marzo de 2003 (autos acumulados 6/2002 y 7/2002), ponente Excmo Sr. Don Francisco José Hernando Santiago: La defensa argumentaba que Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos, vulneraba el *non bis in idem* establecía un procedimiento que concurría con el penal, no estableciendo una regla de subordinación entre los órdenes jurisdiccionales. El TS rechaza tal alegación con el sólido argumento de que no concurre la triple identidad, pues el procedimiento penal se dirige contra personas físicas y el procedimiento de la Ley de Partidos se dirige contra personas jurídicas.

²⁹ Sentencia Tribunal Supremo núm. 657/1997 (Sala de lo Penal), de 5 mayo, Recurso de Casación núm. 1972/1996. RJ 1997/3659, Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez: «Esta Sala y la Sala Tercera del Tribunal Supremo se han pronunciado en varias ocasiones, acorde con lo que se dispone en el artículo 18 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, sobre la compatibilidad de la jurisdicción penal con la actuación de la jurisdicción contable... no ha existido vulneración del principio *non bis in idem*. El Tribunal Penal y el Tribunal de Cuentas han actuado dentro de los ámbitos propios de sus respectivas competencias, y como señala el artículo 17.3 de la ley Orgánica del Tribunal de Cuentas la decisión que éste pronuncie no producirá efectos fuera del ámbito de la jurisdicción contable. Eso sí, tampoco puede la jurisdicción penal sustraer la competencia que viene atribuida al Tribunal de Cuentas por el artículo 18.2 de su Ley Orgánica. De ahí que no pueda incluirse en el pronunciamiento penal la indemnización por responsabilidad civil de quien, por acción u omisión contraria a la ley, originare menoscabo de caudales públicos. Sobre este particular se ha pronunciado el Tribunal de Cuentas y su competencia ha de ser respetada».

(vehículos destinados al transporte de mercancías con un peso máximo autorizado superior a 3.500 kilogramos, vehículos destinados al transporte de viajeros de más de nueve plazas, o de servicio público, al escolar o de menores, al de mercancías peligrosas o de servicio de urgencia o transportes especiales). Estas mismas tasas reducidas se imponen a los conductores de cualquier vehículo durante los dos años siguientes a la obtención del permiso o licencia que les habilita para conducir.

2) La Ley sobre Tráfico, Circulación de vehículos a motor y Seguridad Vial, aprobada por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, (modificada por Ley 19/2001, de 19 diciembre) en su artículo 65.1 obliga a la Administración a que cuando estas infracciones puedan constituir una vulneración del ordenamiento penal, pase tanto de culpa a los Tribunales y suspenda el procedimiento sancionador en tanto no recaiga sentencia firme. Este precepto no sólo dispone la paralización del procedimiento administrativo en virtud de la subsidiariedad sancionadora de la Administración, sino también que los hechos sólo tienen el «carácter de infracción administrativa» si no son constitutivos de delito o falta ³⁰.

3) El artículo 24 del Reglamento General de Circulación, aprobado por Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, establece implícitamente la obligación de que los agentes de la Autoridad remitan al Juzgado correspondiente todas aquellas diligencias en las que el resultado de la segunda prueba de alcoholemia sea positivo

4) La Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial dispone en su artículo 74 que si el proceso penal concluye con sentencia condenatoria se archivará el procedimiento administrativo sancionador sin declaración de responsabilidad, mientras que *«si la sentencia fuera absolutoria o el procedimiento penal acabare por otra resolución que le ponga fin sin declaración de responsabilidad y no estuviera fundada en la inexistencia del hecho, se dictará la resolución que corresponda en el procedimiento administrativo»* ³¹.

³⁰ Artículo. 65.1 en su nueva redacción: «Las acciones u omisiones contrarias a esta Ley o a los reglamentos que la desarrollan tendrán el carácter de infracciones administrativas y serán sancionadas en los casos, forma y medida que en ella se determinen, a no ser que puedan constituir delitos o faltas tipificadas en las Leyes penales, en cuyo caso la Administración pasará el tanto de culpa al Ministerio Fiscal y proseguirá el procedimiento absteniéndose de dictar resolución mientras la Autoridad Judicial no pronuncie sentencia firme o dicte otra resolución que le ponga fin sin declaración de responsabilidad y sin estar fundada en la inexistencia del hecho».

³¹ Este precepto, en su nueva redacción tras la reforma operada por Ley 19/2001, de 19 diciembre, dice así: «1. Cuando en un procedimiento administrativo de carácter sancionador se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta perseguible de oficio, la autoridad administrativa lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal. 2. En el caso a que se refiere el apartado anterior no se ordenará

Estos preceptos clarifican los pasos a seguir en los supuestos de concurrencia de proceso penal y expediente administrativo sancionador sobre hechos relativos a la circulación: preferencia de la jurisdicción penal, suspensión del expediente administrativo durante la tramitación de la causa penal, archivo del expediente administrativo en caso de sentencia condenatoria, reactivación del proceso administrativo en caso de sentencia absolutoria o sobreseimiento y vinculación a los hechos declarados probados por la jurisdicción penal.

Debe en todo caso partirse por lo que toca específicamente a la conducción de vehículos a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas —aunque las consideraciones que se realizan pueden valer para otros supuestos— que ambas infracciones, administrativa (art. 12.1 del Real Decreto Legislativo 339/1990: *«no podrá circular por las vías objeto de esta Ley el conductor de vehículos o bicicletas con tasas superiores a las que reglamentariamente se establezcan de bebidas alcohólicas, estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes u otras sustancias análogas»*) y penal (art. 379 CP), comparten un elemento nuclear común —conducir un vehículo de motor habiendo ingerido alcohol, superando las tasas reglamentariamente determinadas—, de modo que como resalta nuestro TC al imponerse ambas sanciones de forma cumulativa, dicho elemento resulta doblemente sancionado, sin que dicha reiteración sancionadora pueda justificarse sobre la base de un diferente fundamento punitivo, dado que el bien o interés jurídico protegido por ambas normas es el mismo, la seguridad del tráfico como valor intermedio referencial; la vida e integridad física de todos, como bienes jurídicos referidos. Se trata de un caso en el que el delito absorbe el total contenido de ilicitud de la infracción administrativa, pues el delito añade a dicho elemento común el riesgo para los bienes jurídicos, vida e integridad física, inherente a la conducción realizada por una persona con sus facultades psico-físicas disminuidas, debido a la efectiva influencia del alcohol ingerido.

Como se ha dicho por la doctrina sólo una vez que se ha descartado la lesión más intensa del bien jurídico descrita por el tipo penal, en coherencia con el carácter de última ratio del Ordenamiento punitivo, queda abier-

la suspensión de las actuaciones del procedimiento administrativo que continuará tramitándose hasta el momento en que el procedimiento esté pendiente de resolución en que se acordará la suspensión. 3. Concluido el proceso penal con sentencia condenatoria de los inculpadlos, y acordada que hubiere sido la suspensión del procedimiento administrativo, se archivará este procedimiento sin declaración de responsabilidad. Si la sentencia fuera absolutoria o el procedimiento penal acabare por otra resolución que le ponga fin sin declaración de responsabilidad y no estuviera fundada en la inexistencia del hecho, se dictará la resolución que corresponda en el procedimiento administrativo».

ta la posibilidad de estimar si el hecho realiza la infracción de la norma administrativa, sobre la base de lo declarado probado en la sentencia penal con las garantías propias de esa clase de proceso

No obstante, la praxis genera en ocasiones disfunciones cuya traducción jurídica debe ser clarificada. A ello contribuye sin duda la toma de postura contenida en la STC 2/2003, de 16 de enero, que será objeto de análisis detallado *infra*.

6. CONFLUENCIA DE SANCIONES EN OTRAS MATERIAS

La preferencia del proceso penal sobre el administrativo y la prioridad de la sanción penal, como doble dimensión del principio *non bis in idem* están expresamente recogidas en otras disposiciones legales, aunque en ocasiones se incurre en deficiencias técnicas y en otras en desviaciones del régimen general, en algunos casos justificadas por consecuencia de la concurrencia de relaciones de sujeción especial y en otros casos sin la necesaria justificación. Sin ánimo de exhaustividad cabe reseñar las siguientes regulaciones sectoriales:

6.1 Protección del medio ambiente

- 6.1.1 Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación ³².
- 6.1.2 Ley 10/1998, de 21 de abril, sobre normas reguladoras en materia de residuos ³³.
- 6.1.3 Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre (modificado por Ley 53/2002, de 30 de diciembre) ³⁴.

³² El artículo 34 recoge el principio pero de forma imperfecta, cuando declara que cuando por unos mismos hechos y fundamentos jurídicos, el infractor pudiese ser sancionado con arreglo a esta Ley y a otra u otras leyes que fueran de aplicación, de las posibles sanciones se le impondrá la de mayor gravedad.

³³ El artículo 32 regula la materia al menos aparentemente en radical contradicción con el principio *non bis in idem*, al disponer que las infracciones a lo establecido en esta Ley serán sancionadas con arreglo a lo dispuesto en este título, sin perjuicio, en su caso, de las correspondientes responsabilidades civiles y penales.

³⁴ El artículo 40 dispone que «en los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de delito o falta, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano jurisdiccional competente y se abstendrá de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado. La sanción de la autoridad judicial excluirá la imposición de multa

6.2 Bienes

- 6.2.1 Ley de Costas 22/1988, de 28 de julio ³⁵.
- 6.2.2 Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Nacional ³⁶.
- 6.2.3 Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas ³⁷.
- 6.2.4 Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras ³⁸.
- 6.2.5 Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (modificada por Ley 62/1997, de 26 de diciembre) ³⁹.

administrativa. De no haberse estimado la existencia de delito o falta, la Administración podrá continuar el expediente sancionador, con base, en su caso, en los hechos que la jurisdicción competente haya considerado probados».

³⁵ El artículo 94.3 establece que «cuando, a juicio de la Administración, la infracción pudiera ser constitutiva de delito o falta, el órgano administrativo dará traslado al Ministerio Fiscal, absteniéndose aquél de proseguir el procedimiento sancionador mientras la Autoridad Judicial no se haya pronunciado. La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa».

³⁶ El artículo 76, como preámbulo al catálogo de sanciones dispone que «salvo que sean constitutivos de delito, los hechos que a continuación se mencionan constituyen infracciones administrativas que serán sancionadas conforme a lo dispuesto en este artículo».

³⁷ El artículo 120 dispone que en los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de delito o falta, la Administración pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente y se abstendrá de proseguir el procedimiento sancionador mientras la Autoridad Judicial no se haya pronunciado. La sanción de la Autoridad Judicial excluirá la imposición de multa administrativa. De no haberse estimado la existencia de delito o falta, la Administración podrá continuar el expediente sancionador en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados.

³⁸ Esta Ley regula en la sección 3.ª de su capítulo III, relativo al «Uso y defensa de las carreteras» el régimen de sanciones a imponer a quienes cometan las infracciones que tipifica, previniendo en su artículo 32.2.º que «en los supuestos en que los actos cometidos contra la carretera o sus elementos pudieran ser constitutivos de delito o falta, el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo pasará el tanto de culpa a la Autoridad Judicial competente y se abstendrá de proseguir el procedimiento sancionador mientras ésta no se haya pronunciado. La sanción de la Autoridad Judicial excluirá la imposición de multa administrativa. De no haberse estimado la existencia de delito o falta, la Administración podrá proseguir el expediente sancionador con base en los hechos que los Tribunales hayan considerado probados».

³⁹ Conforme al artículo 119.3 «Cuando la infracción pudiera ser constitutiva de delito o falta, se dará traslado al Ministerio Fiscal, suspendiéndose el procedimiento sancionador mientras la Autoridad Judicial no hubiera dictado sentencia firme o resolución que ponga fin al proceso.

La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa. De no haberse estimado la existencia de delito o falta, la Administración continuará el expediente sancionador, teniendo en cuenta, en su caso, los hechos declarados probados en la resolución del órgano judicial competente.

En todo caso, deberán cumplirse de modo inmediato las medidas administrativas adoptadas para salvaguardar la actividad portuaria, la seguridad marítima y la ordenación del tráfico marítimo y para la prevención de la contaminación del medio marino, sin que la suspensión del procedimiento sancionador pueda extenderse a la ejecutividad de las medidas para establecer el orden jurídico vulnerado».

6.3 Disciplina de mercado

- 6.3.1 Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (modificada por Ley 37/1998, de 16 noviembre) ⁴⁰.
- 6.3.2 Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito ⁴¹.
- 6.3.3 Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (modificada por Ley 52/1999, de 28 diciembre) ⁴².

⁴⁰ Esta Ley regula en sus artículos 95 y siguientes las infracciones a las normas de ordenación o disciplina de tal mercado, remitiéndose a lo que, sobre el procedimiento sancionador, se dispone en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, si bien su artículo 96 expresamente regula la cuestión disponiendo que «el ejercicio de la potestad sancionadora a que se refiere la presente Ley será independiente de la eventual concurrencia de delitos o faltas de naturaleza penal. No obstante, cuando se esté tramitando un proceso penal por los mismos hechos o por otros cuya separación de los sancionables con arreglo a esta Ley sea racionalmente imposible, el procedimiento quedará suspendido respecto de los mismos hasta que recaiga pronunciamiento firme de la Autoridad Judicial. Reanudado el expediente, en su caso, la resolución que se dicte deberá respetar la apreciación de los hechos que contenga dicho pronunciamiento».

En relación con la Ley 24/1988, de regulación del Mercado de Valores, debe tenerse presente la STS (Sala Tercera) de 12 de marzo de 1999: en el supuesto analizado, el Consejo de Ministros sancionó unos hechos sobre los que existía pendiente un proceso penal. El TS considera que se ha infringido el principio *non bis in idem* en su vertiente procedimental pero expresa que «solamente implica la anulación de la sanción en el momento presente, ordenándose retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la imposición de la citada sanción, única afectada por la anulación, con el fin de que la Administración, una vez que se haya pronunciado sentencia firme por los Tribunales de Justicia en el proceso penal iniciado como consecuencia de la querrela del Ministerio Fiscal, si lo estima procedente, por encontrarse ante un caso de relaciones de sujeción especial, imponga la sanción pertinente con base en los hechos declarados probados por el órgano competente del orden jurisdiccional penal». Por tanto, no se considera aplicable el principio *ne bis in idem* en su vertiente material. La sentencia justifica esta exclusión en base a que «lo que se está garantizando a través de la sanción es que el servicio de los ciudadanos y el servicio de la sociedad se preste en condiciones adecuadas por parte de las entidades (Sociedades y Agencias de Valores) que ejercen actividades relacionadas con la Ley 24/1988, de 28 de julio, incumbiendo a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y ulteriormente al Consejo de Ministros, los mayores esfuerzos supervisores para que la actuación de los Agentes del Mercado de Valores, los inversores, los observadores del Mercado y los medios públicos de información, ejerzan una efectiva vigilancia en el ámbito de la actividad financiera, que queda sujeta de esta forma a una norma homogénea de regulación».

⁴¹ Esta Ley en su artículo 2.º declara que «el ejercicio de la potestad sancionadora reconocida en la misma es independiente de la eventual concurrencia de delitos o faltas de naturaleza penal», dando al problema la misma solución, con igual redacción que la adoptada por el artículo 96 de la anteriormente mencionada Ley del Mercado de Valores. Parece, pues, que esta regulación sectorial admite el *bis in idem*.

⁴² El artículo 56 dispone que «2. El Tribunal dictará resolución, y la notificará, en el plazo máximo de doce meses a contar desde la admisión a trámite del expediente. El plazo se interrumpirá cuando se planteen cuestiones incidentales en que la Ley prevea la suspensión, se interpongan recursos y se acuerde la suspensión por el órgano jurisdiccional competente, se acuerde la práctica de diligencias para mejor proveer por el Tribunal de Defensa de la Competencia, se deba proceder a cambio de calificación en los términos del artículo 43.1 de esta Ley o se

- 6.3.4 Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios ⁴³.
- 6.3.5 Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana ⁴⁴.
- 6.3.6 Ley 30/1995, de 8 noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados ⁴⁵.
- 6.3.7 Ley 21/1992, de 16 julio, de Industria ⁴⁶.

acuerde la suspensión por la concurrencia con un procedimiento ante los órganos comunitarios o con la instrucción de un proceso penal, así como para la presentación de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. También en este caso será de aplicación lo dispuesto en el artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

⁴³ El artículo 32 de la Ley 26/1984 dispone a estos efectos que la instrucción de causa penal ante los Tribunales de Justicia suspenderá la tramitación del expediente administrativo sancionador que hubiera sido incoado por los mismos hechos, y en su caso, la eficacia de los actos administrativos de imposición de sanción y el artículo 33 dispone que en ningún caso se producirá una doble sanción por los mismos hechos y en función de los mismos intereses públicos protegidos, si bien deberán exigirse las demás responsabilidades que se deduzcan de otros hechos o infracciones concurrentes.

⁴⁴ El artículo 274 dispone que cuando con ocasión de los expedientes administrativos que se instruyan por infracción urbanística aparezcan indicios del carácter de delito o falta del propio hecho que motivó su incoación, el órgano competente para imponer la sanción lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos de exigencia de las responsabilidades de orden penal en que hayan podido incurrir los infractores, absteniéndose aquél de proseguir el procedimiento sancionador mientras la Autoridad Judicial no se haya pronunciado. La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa sin perjuicio de la adopción de medidas de reposición a la situación anterior a la comisión de la infracción. La disposición derogatoria única de la Ley 6/1998, de 13 abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, exceptuó, entre otros, este artículo, de la derogación general.

⁴⁵ El artículo 47, bajo la rúbrica «normas complementarias para el ejercicio de la potestad sancionadora», dispone que «1. El ejercicio de la potestad sancionadora a que se refiere la presente Ley será independiente de la eventual concurrencia de delitos o faltas de naturaleza penal. No obstante, cuando se considere que los hechos pudieran ser constitutivos de delito y se hubieran puesto en conocimiento de la Autoridad Judicial o del Ministerio Fiscal o cuando se esté tramitando un proceso penal por los mismos hechos o por otros cuya separación de los sancionables con arreglo a esta Ley sea racionalmente imposible, el procedimiento administrativo sancionador quedará suspendido respecto de los mismos hasta que recaiga pronunciamiento firme de la autoridad judicial. Si ha lugar a reanudar el procedimiento administrativo sancionador, la resolución que se dicte en el mismo deberá respetar la apreciación de los hechos que contenga el pronunciamiento judicial.

⁴⁶ El artículo 30 dispone que «3. Cuando a juicio de la Administración competente las infracciones pudieran ser constitutivas de delito o falta, el órgano administrativo dará traslado al Ministerio Fiscal y se abstendrá de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial, en su caso, no se haya pronunciado. La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa. Si no se hubiera estimado la existencia de delito o falta, la Administración podrá continuar el expediente sancionador con base, en su caso, en los hechos que el órgano judicial competente haya considerado probados. 4. En los mismos términos, la instrucción de causa penal ante los Tribunales de Justicia suspenderá la tramitación del expediente administrativo sancionador que se hubiera incoado por los mismos hechos y, en su caso, la ejecución de los actos

6.4 Espectáculos públicos

- 6.4.1 Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, y Real Decreto 1591/1992, de 23 de diciembre, sobre disciplina deportiva ⁴⁷.
- 6.4.2 Ley 10/1991, de 4 de abril, sobre potestades administrativas en materia de espectáculos taurinos, y Real Decreto 176/1992, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Espectáculos Taurinos ⁴⁸.

6.5 Seguridad y orden público

- 6.5.1 Ley Orgánica 1/1992 sobre protección de la Seguridad Ciudadana.
- 6.5.2 Reglamento de Armas, aprobado por Real Decreto 137/1993, de 29 de enero ⁴⁹.
- 6.5.3 Ley 49/1999, de 20 diciembre, sobre medidas de control de sustancias químicas susceptibles de desvío para la fabricación de armas químicas ⁵⁰.

administrativos de imposición de sanción. Las medidas administrativas que hubieran sido adoptadas para salvaguardar la salud y seguridad de las personas se mantendrán hasta tanto la autoridad judicial se pronuncie sobre las mismas en el procedimiento correspondiente».

⁴⁷ En su artículo 83 impone a los órganos disciplinarios deportivos competentes la obligación de comunicar al Ministerio Fiscal aquellas infracciones que pudieran revestir caracteres de delito o falta penal, en cuyo caso aquéllos deberán acordar la suspensión del procedimiento, según las circunstancias concurrentes, hasta que recaiga la correspondiente resolución judicial; si bien tal suspensión es eventual, y así, el párrafo 2.º del número 2 del artículo 34 del Real Decreto 1591/1992, de 23 de diciembre, sobre disciplina deportiva, de desarrollo reglamentario de la normativa disciplinaria de la Ley que se comenta, establece que «en cada supuesto concreto los órganos disciplinarios valorarán las circunstancias que concurran en el mismo, a fin de acordar motivadamente la suspensión o la continuación del expediente disciplinario deportivo hasta su resolución e imposición de sanciones, si procediera».

⁴⁸ El artículo 22 remite a la Ley de Procedimiento Administrativo para la determinación del procedimiento sancionador. El artículo 22.3 dispone que «el procedimiento administrativo sancionador se suspenderá cuando se inicie un procedimiento penal por los mismos hechos, manteniéndose la suspensión hasta la finalización de éste, sin que, en ningún caso, pueda imponerse por ellos sanción administrativa cuando hubiere recaído condena en el proceso penal» (en el mismo sentido se pronuncia el Real Decreto 176/1992, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Espectáculos Taurinos).

⁴⁹ El Reglamento tipifica las faltas con la reserva de que «no constituyan delitos», en cuyo caso, el artículo 161, establece que «cuando de las actuaciones practicadas para sustanciar las infracciones de este Reglamento se deduzca que los hechos pueden ser calificados de infracciones penales, se remitirán al Ministerio Fiscal los antecedentes necesarios, ateniéndose los órganos instructores de dichas actuaciones a lo dispuesto en los artículos 32 y 34 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana».

⁵⁰ El artículo 31, bajo la rúbrica «Concurso con otros procedimientos» dispone que «1. No podrán sancionarse con arreglo a esta Ley las conductas que lo hubieran sido penal o administrativamente, cuando se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento. 2. Cuando los hechos que hayan motivado la incoación de un procedimiento sancionador con arreglo a la presente Ley pudieran ser constitutivos de delito o falta, se dará traslado de las mismas al Minis-

6.5.4 Ley 50/1999, de 23 diciembre, de Régimen Jurídico de la Tenencia de Animales Potencialmente Peligrosos ⁵¹.

6.6 Salud

6.6.1 Ley 26/2001, de 27 de diciembre, por la que se establece el sistema de infracciones y sanciones en materia de encefalopatías espongiformes transmisibles ⁵².

6.6.2 Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad ⁵³.

6.6.3 Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal ⁵⁴.

terio Fiscal y se acordará la suspensión de dicho procedimiento mientras la autoridad judicial, en su caso, no se haya pronunciado. La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa. Si no se hubiera estimado la existencia de delito o falta, podrá continuarse el procedimiento sancionador, vinculando a la Administración en todo caso los hechos declarados probados por la resolución judicial penal firme. 3. En los mismos términos, la instrucción de causa penal ante los Juzgados o Tribunales suspenderá la tramitación del expediente administrativo sancionador que se haya incoado por los mismos hechos y, en su caso, la ejecución de los actos administrativos de imposición de sanción. Las medidas administrativas de carácter cautelar que se hubieran adoptado podrán mantenerse mientras no recaiga pronunciamiento expreso al respecto de la autoridad judicial correspondiente».

⁵¹ El artículo 13 dispone que: «la responsabilidad de naturaleza administrativa prevista en este artículo, se entiende sin perjuicio de la exigible en las vías penal y civil. En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de delito o falta, la autoridad competente podrá acordar la incautación del animal hasta tanto la autoridad judicial provea acerca del mismo, debiendo dar traslado inmediato de los hechos al órgano jurisdiccional competente». La interpretación literal de este precepto podría ser inconstitucional, como contraria al principio *non bis in idem*. Habrá de seguirse una interpretación basada en que solamente serán compatibles las sanciones cuando no concurra la triple identidad.

⁵² El artículo 8 de esta Ley dispone que no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento. A continuación se establece que «cuando la infracción pudiera ser constitutiva de delito o falta, se dará traslado del tanto de culpa al Ministerio Fiscal, suspendiéndose la tramitación del procedimiento sancionador mientras la Autoridad Judicial no hubiera dictado resolución firme o que ponga fin al procedimiento. Los hechos declarados probados en la resolución judicial firme vincularán al órgano administrativo, concluyendo con que «de no apreciarse la existencia de delito o falta, el órgano administrativo competente continuará el expediente sancionador».

⁵³ La LGS establece en su artículo 32 que «en los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de delito, la Administración pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme. De no haberse estimado la existencia de delito, la Administración continuará el expediente sancionador tomando como base los hechos que los Tribunales hayan considerado probados».

⁵⁴ El artículo 87 dispone: «2. Iniciado un procedimiento sancionador, si los hechos pudieran ser presuntamente constitutivos de delito o falta, se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, con remisión de lo actuado, a fin de que éste ejerza, en su caso, la acción penal correspondiente. La instrucción de causa penal ante los Tribunales de Justicia suspenderá la tramitación del expediente administrativo sancionador que hubiera sido incoado por los mismos hechos y, en su caso, la eficacia de los actos administrativos de imposición de sanción. 3. En ningún caso se

6.6.4 Ley 25/1990, de 20 diciembre, del Medicamento ⁵⁵.

6.7 Tributos

Ley 10/1985, de 26 de abril, de modificación parcial de la Ley General Tributaria ⁵⁶.

6.8 Agricultura y pesca

Ley 3/2001, de 26 marzo, reguladora de la Pesca Marítima del Estado ⁵⁷.

impondrá una doble sanción por los mismos hechos y en función de los mismos intereses públicos protegidos, si bien deberán exigirse las demás responsabilidades que se deduzcan de otras infracciones concurrentes. 4. Mediante acuerdo motivado, se podrán adoptar las medidas provisionales que sean necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer y, en su caso, evitar que se mantengan los efectos de la infracción o la situación de riesgo sanitario. En cualquier momento podrán dejarse sin efecto las medidas adoptadas o sustituirse por otras más adecuadas a los fines indicados».

⁵⁵ El artículo 107 dispone «2. La instrucción de causa penal ante los Tribunales de Justicia suspenderá la tramitación del expediente administrativo sancionador que hubiera sido incoado por los mismos hechos y, en su caso, la eficacia de los actos administrativos de imposición de sanción. Las medidas administrativas que hubieran sido adoptadas para salvaguardar la salud y seguridad de las personas se mantendrán en tanto la Autoridad Judicial se pronuncie sobre las mismas. 3. En ningún caso se impondrá una doble sanción por los mismos hechos y en función de los mismos intereses públicos protegidos, si bien deberán exigirse las demás responsabilidades que se deduzcan de otros hechos o infracciones concurrentes».

⁵⁶ El artículo 77.6 dispone que «En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de los delitos contra la Hacienda Pública regulados en el Código Penal, la Administración pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la Autoridad Judicial no dicte sentencia firme. La sanción de la Autoridad Judicial excluirá la imposición de sanción administrativa. De no haberse estimado la existencia de delito, la Administración continuará el expediente sancionador en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados».

⁵⁷ El artículo 91, bajo la rúbrica «concurrency de responsabilidades» dispone que «1. La responsabilidad por las acciones u omisiones tipificadas en la presente Ley es de naturaleza administrativa y no excluye las de otro orden a que hubiere lugar. 2. Las sanciones que se impongan a distintos sujetos como consecuencia de una misma infracción tendrán entre sí carácter independiente. 3. No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento. 4. Cuando el supuesto hecho infractor pudiera ser constitutivo de delito o falta, se dará traslado del tanto de culpa al Ministerio Fiscal, suspendiéndose la tramitación del procedimiento sancionador mientras la Autoridad Judicial no hubiera dictado resolución firme o que ponga fin al procedimiento. 5. De no haberse apreciado la existencia de delito o falta, el órgano administrativo competente continuará el expediente sancionador. Los hechos declarados probados en la resolución judicial firme vincularán al órgano administrativo».

6.9 Leyes con régimen sancionador propio que no incorporan previsiones sobre el régimen del *non bis in idem*

Podemos hacer especial mención por su novedad a la Ley 9/2003, de 25 abril, sobre régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente; Ley 43/2002, de 20 noviembre, de Sanidad Vegetal; Ley 3/2000, de 7 enero sobre Régimen Jurídico de la Protección de las Obtenciones Vegetales; Ley 2/2000, de 7 enero, sobre Contratos Tipo de Productos Agroalimentarios; Ley 34/1998, de 7 octubre, del Sector de Hidrocarburos; Ley 11/1998, de 24 abril, General de Telecomunicaciones.

En estos supuestos habrán de seguirse los principios generales derivados del artículo 133 LRJAEPAC y artículo 5 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto.

7. SUPUESTOS ESPECIALES

7.1 Correcciones a Abogados y Procuradores por faltas durante su actuación forense

Un supuesto especial en el que se deroga el principio general de preferencia de la jurisdicción penal es el que analiza la STC 38/1988, de 9 de marzo, en la que se da preferencia al expediente administrativo y a la falta administrativa contenida en el anterior artículo 449.1.º LOPJ (actual art. 553 tras la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial) ⁵⁸ frente al proceso penal (juicio de faltas) por la falta prevista en el anterior artículo 570 CP (actual art. 634 CP 1995)

El TC se decanta por esta derogación de las reglas generales para reforzar la función de defensa de los Letrados, entendiendo que en caso de incurrir en simples faltas en el desempeño de su función, es más beneficioso someterse al expediente sancionador que a un juicio de faltas ⁵⁹.

⁵⁸ A cuyo tenor «Los Abogados y Procuradores serán también corregidos disciplinariamente por su actuación ante los Juzgados y Tribunales: 1.º Cuando en su actuación forense faltasen oralmente, por escrito o por obra, al respeto debido a los Jueces y Tribunales, Fiscales, Abogados, Secretarios Judiciales o cualquier persona que intervenga o se relacione con el proceso»

⁵⁹ Razona el TC que «... es fácil advertir, a la vista de los artículos 448 y ss. (Título V) en relación con el resto del Libro V de la LOPJ, que lo establecido en tales preceptos sobre la corrección disciplinaria de los Abogados que intervengan en los pleitos no constituye sólo una regulación de la potestad disciplinaria... sino también un *reforzamiento de la función de defensa que*

Esta doctrina ha sido confirmada en STC 92/1995, de 19 de junio, y 157/1996, de 15 de octubre.

Este mismo criterio es aplicado por el Tribunal Supremo, que en STS de 23 de diciembre de 2002, declara aplicable esta doctrina respecto de las faltas de perturbación del orden (art. 633 CP 1995) y respecto de faltas de respeto y consideración debida a la Autoridad Judicial o por desobediencias leves a la misma (art 634) ⁶⁰.

Por tanto, derogándose las reglas generales, en relación con las faltas de perturbación del orden (art. 633 CP 1995), faltas de desobediencia leve y faltas de respeto y consideración debida a la Autoridad Judicial (art 634) y en general faltas susceptibles de tipificarse conforme al artículo 553 LOPJ (faltas de respeto oral, por escrito o por obra, a los Jueces y Tribunales, Fiscales, Abogados, Secretarios Judiciales o cualquier persona que intervenga o se relacione con el proceso), ha de entenderse que si son cometidas por los Abogados o Procuradores que intervienen en las actuaciones judiciales, la vía disciplinaria procesal es preferente y excluye la aplicación del procedimiento penal ⁶¹.

les está encomendada». Continúa el TC el razonamiento declarando que el régimen de sanciones instaurado por la LOPJ implica para el Abogado un «traslado del proceso sancionador del Derecho Penal al Derecho Disciplinario, que obviamente favorece y potencia el derecho de defensa, al evitar el desdoro que para un profesional del Derecho supone el que, por lo dicho o escrito en un proceso... pueda ser llevado a un juicio de faltas» (fundamento 3.º). Concluye el TC declarando que «... el régimen sancionador aplicable a los Abogados y Procuradores por su actuación forense habrá de ser el de los artículos 448 y ss. LOPJ, con preferencia sobre el establecido con carácter general para las conductas constitutivas de falta. Así lo exige... el carácter de régimen especial constituido por dichos artículos... » « Tratándose de conductas no constitutivas de delitos, el régimen sancionador aplicable a los Abogados y Procuradores por su actuación forense habrá de ser el de los artículos 448 y ss. de la LOPJ, con preferencia sobre el establecido con carácter general para las conductas constitutivas de faltas... porque el régimen de corrección disciplinaria... lo ha sido al servicio de bienes y valores constitucionales reconocidos por los artículos 20.1.a) y 24 de la CE... ».

⁶⁰ Dice el TS que «el artículo 684 LECrim únicamente excluye de la potestad disciplinaria del Presidente las infracciones que constituyan delito... en consecuencia, respecto de las faltas, tanto las que pudieran integrarse por perturbación del orden (art. 633 CP 1995) como por faltas de respeto y consideración debida a la Autoridad Judicial o por desobediencias leves a la misma (art. 634) ha de entenderse que si son cometidas por los Abogados que intervienen en las actuaciones judiciales, la vía disciplinaria procesal excluye la aplicación del procedimiento penal».

⁶¹ No obstante, ha de reconocerse que se trata de unas peculiares sanciones disciplinarias. Así, se ha dicho que «estas medidas disciplinarias, impuestas por los Tribunales y confirmadas por las Salas de Gobierno de los TSJ son consideradas por el Tribunal Supremo (S. de 19 de julio de 1997) como resoluciones jurisdiccionales y no meros actos administrativos, al darse contra Abogados en el curso de un procedimiento, y dictadas con todas las garantías, aun tratándose de funciones de policía de estrados, y por tanto, excluidas de su revisión por la vía contencioso-administrativa, no siendo susceptibles de recurso contencioso». ROZAS, Juan Manuel: *Boletín Aranzadi Penal*, núm. 12/2002.

7.2 Desobediencia al sometimiento a pruebas de alcoholemia

Un ámbito en el que deben también establecerse criterios de articulación es el del delito de negativa a someterse a la prueba de alcoholemia, teniendo en cuenta que paralelamente al tipo penal del artículo 380 CP coexiste la infracción administrativa consistente en «incumplir la obligación de todos los conductores de vehículos de someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de posibles intoxicaciones de alcohol, estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes y otras sustancias análogas [art 65.5.2.b) de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial]. A estos efectos, procede seguir los criterios sentados por la STS de 9 de diciembre de 1999, ratificados implícitamente por la más reciente de 19 de diciembre de 2002, que pueden sintetizarse del siguiente modo:

El artículo 21 del Reglamento General de Circulación (Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre), faculta a los agentes de la Autoridad encargados de la vigilancia del tráfico a someter a las pruebas de alcoholemia en cuatro supuestos distintos, a saber: 1) a cualquier usuario de la vía o conductor de vehículo, implicado directamente como posible responsable en un accidente de circulación; 2) a quienes conduzcan cualquier vehículo con síntomas evidentes, manifestaciones que denoten o hechos que permitan razonablemente presumir que lo hacen bajo la influencia de bebidas alcohólicas; 3) a los conductores que sean denunciados por la comisión de alguna de las infracciones a las normas contenidas en el Reglamento de Circulación, y 4) a los que con ocasión de conducir un vehículo, sean requeridos al efecto por la Autoridad o sus agentes dentro de los programas de controles preventivos de alcoholemia ordenados por dicha Autoridad.

La dependencia del artículo 380 respecto del 379 del Código Penal permite establecer, en orden a fijar los límites entre la sanción penal y la administrativa, los siguientes criterios orientativos:

a) La negativa a someterse al control de alcoholemia, en cualquiera de los supuestos previstos en los números 1 y 2 del artículo 21 del Reglamento General de Circulación, debe incardinarse dentro del tipo penal del artículo 380 del Código Penal.

b) Dicha negativa, en los supuestos de los números 3 y 4 del mismo precepto del Reglamento de Circulación, precisa la siguiente distinción:

b.1) Si los agentes que pretendan llevar a cabo la prueba advierten en el requerido síntomas de estar conduciendo bajo los efectos de bebidas alcohólicas, y se lo hacen saber así al requerido, la negativa de éste debe

incardinarse también en el delito de desobediencia del citado artículo 380 del Código Penal.

b.2) Cuando no se adviertan tales síntomas, la negativa del requerido no rebasa los límites de la sanción administrativa [arts. 65.5.2.b) y 67.1 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a motor y Seguridad Vial].

Cuando conforme a los referidos criterios proceda la libre absolución o el sobreseimiento de la causa, el Fiscal habrá de interesar y el Juez acordar la remisión de los antecedentes precisos a la Autoridad administrativa sancionadora a los efectos legalmente procedentes.

Recordemos que el Tribunal Constitucional en su STC 161/1997, de 2 de octubre, analizó desde la vertiente constitucional, el artículo 380 del Código Penal de 1995, ratificando su compatibilidad con la Constitución, en pronunciamiento que ratificó igualmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, decisión de 22 de junio de 1999 recaída en el asunto Tirado Ortiz y Lozano Martín.

7.3 Derecho Social Sancionador Administrativo

Un ámbito en el que las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Sancionador adquiere especial intensidad es el del denominado Derecho Social Sancionador Administrativo⁶².

La protección reforzada –penal y administrativa– en esta área se fundamenta en el principio rector de la política social y económica de la competencia de los poderes públicos para tutelar la salud pública a través de medidas preventivas, artículo 43 CE, así como velar por la seguridad e higiene en el trabajo, artículo 40.2 CE y en la naturaleza tuitiva del Derecho del Trabajo como medio protector de la parte más débil de la relación laboral –el trabajador–, que exige un régimen sancionador reforzado como medio de reacción frente a las infracciones más graves.

El Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social también asume el *non bis in idem*⁶³.

⁶² Vide FERNÁNDEZ MONTALVO: Rafael «La impugnación de infracciones administrativas en materia laboral. Problemas de enjuiciamiento. La experiencia del orden contencioso-administrativo», *Cuadernos del Poder Judicial*.

⁶³ Dispone en su artículo 3 que *no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento y que en los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la Autoridad Judi-*

Este texto ha incorporado las infracciones anteriormente tipificadas en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales y en el Estatuto de los Trabajadores, infracciones que presentan estrechas interconexiones con los delitos contra los trabajadores y la Seguridad Social, especialmente en relación con los tipos de imposición abusiva de condiciones ilegales de trabajo o de Seguridad Social (art. 311), tráfico ilegal de mano de obra (art. 312), promoción o favorecimiento de migraciones clandestinas (art. 313), discriminación en el empleo (art. 314), perjuicio de la libertad sindical y al derecho de huelga (art. 315, 1 y 2), piquetes coactivos (art. 315.3), contra la seguridad en el trabajo (art. 316) y fraude a la Seguridad Social (art. 307). Los ilícitos administrativos tipificados como muy graves en este cuerpo son muy similares a los tipos penales del Código Penal.

Cabe recordar en el ámbito de la siniestralidad laboral que la Instrucción 1/2001, de 9 de mayo, ya establecía que *el Fiscal o Fiscales encargados del servicio de siniestralidad laboral pondrán el máximo celo profesional en promover las debidas comunicaciones con la Inspección de Trabajo y la Administración laboral competente en su ámbito territorial, sobre las resoluciones de los órganos judiciales o, en su caso, del Fiscal, en cuanto puedan afectar a la paralización o reanudación de los expedientes tramitados al amparo de la normativa vigente*. Igualmente la Instrucción 7/1991, de 11 de noviembre, por lo que ahora interesa, disponía mecanismos de coordinación con las Inspecciones de Trabajo a fin de evitar la doble incriminación, y preveía de conformidad con el artículo 262 LECrim que cuando las infracciones pudieran ser delito la Administración trasladara el expediente al Ministerio Fiscal absteniéndose de seguir el procedimiento sancionador hasta tanto no concluyera el procedimiento judicial, y establecía para el caso de que el Fiscal acuerde el archivo de sus diligencias informativas la necesidad de notificarlo a la mayor brevedad a la autoridad laboral correspondiente a fin de que pueda continuar con el expediente sancionador ⁶⁴.

cial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones. Por último, en su párrafo 3.º se dispone que *de no haberse estimado la existencia de ilícito penal, o en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo que ponga fin al procedimiento penal, la Administración continuará el expediente sancionador en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados*.

⁶⁴ Desde el ámbito administrativo, también se establecía el deber de comunicación en la Instrucción de la Subsecretaría de Trabajo y Seguridad Social, de 8 de noviembre de 1991, Instrucciones de la DG de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 104/1991, de 16 de julio y 106/1991, de 14 de noviembre.

Tres supuestos concretos deben ser delimitados. En primer lugar, el tipo de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina a España de trabajadores (art. 313 CP), que entra en aparente colisión con la infracción tipificada en el artículo 54.1 c) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por LO 8/2000 de 22 de diciembre. La infracción administrativa consiste en *inducir, promover, favorecer o facilitar, formando parte de una organización con ánimo de lucro, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español siempre que el hecho no constituya delito*.

Se ha mantenido que, partiendo de que el bien jurídico del tipo penal está integrado por los derechos de los trabajadores, a la vista de su engarce sistemático, cuando este bien jurídico no resulte lesionado ni puesto en peligro podrá entrar en juego el Derecho administrativo sancionador cuando concurriendo los elementos de la infracción administrativa existan otros bienes jurídicos distintos lesionados o puestos en peligro (interés de la Administración en regular los flujos migratorios o en controlar la presencia de súbditos extranjeros en España) ⁶⁵.

Sin embargo, la delimitación es aún mas compleja, pues, junto al artículo 313, el Código Penal tipifica como delito en el artículo 318 bis, dentro del Título dedicado a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, la conducta de los que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España. En el artículo 318 bis ya no se exige el ataque a los derechos de los trabajadores.

Contamos con criterios claros y precisos para deslindar los tipos penales del artículo 313 y del artículo 318 bis CP. La Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 1/2002, de 19 febrero, *sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del fiscal en materia de extranjería* declara que *el artículo 313 es Ley especial frente al 318 bis.1 al requerir la condición más restringida de trabajador en el sujeto pasivo. Así, en los supuestos de traslado de personas en embarcaciones u otros medios de transporte para acceder clandestinamente a territorio español, debe sostenerse, en principio, la aplicación preferente del artículo 313.1 si se tratara de personas que vienen con la clara finalidad de buscar trabajo. A tal criterio de especialidad (art. 8.1), que por sí sólo bastaría para decidir la cuestión, se suma el criterio de la mayor pena (art. 8.4) que impone el artículo 313 (prisión de 2 a 5 años y multa de 6*

⁶⁵ En este sentido, NAVARRO CARDOSO, Fernando: «Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho Penal», Ed. Colex, 2001.

a 12 meses) frente a la del artículo 318 bis, tras la reforma operada en aquél por la LO 4/2000 ⁶⁶.

Pero deslindar el tipo del artículo 318 bis CP de la infracción del art. 54.1 c) es una tarea difícil en abstracto. Habrá de estarse en todo caso a los principios generales de prioridad del proceso penal y preferencia de la pena sobre la sanción administrativa ⁶⁷. Cuando la conducta de promoción del tráfico ilegal de personas no alcance entidad suficiente para integrar los contenidos de antijuridicidad o culpabilidad exigibles conforme al principio de intervención mínima, habrá de ser la autoridad sancionadora administrativa la competente para tramitar el expediente.

En segundo lugar, otro supuesto de colisión es el de la discriminación laboral, tipificada como delito en el artículo 314 CP ⁶⁸ y como infracción administrativa en el artículo 8.12 LISOS 5/2000 ⁶⁹.

El Código Penal en estos casos nos ofrece nítidas pautas interpretativas para trazar la frontera entre lo ilícito penal y lo meramente ilícito administrativo: la persistencia en el mantenimiento de la discriminación pese al requerimiento o sanción administrativa sin restablecer la situación de igual-

⁶⁶ La Circular también declara que no resultando acreditada la condición de trabajador de ninguno de los sujetos pasivos o no habiendo sido representada dicha condición por el dolo del sujeto activo, vendrá en aplicación el artículo 318 bis. De hecho, en la práctica, la conexión del artículo 313 con el mundo jurídico laboral ha supuesto una dificultad, a veces meramente probatoria, para la aplicabilidad del precepto que ha venido a ser subsanada con el artículo 318 bis. En todo caso conviene tener presente a la hora de formular el escrito de acusación que, por aplicación del principio acusatorio, calificada la conducta por el artículo 313 no existe inconveniente —si no se acreditara la condición de trabajador— en la condena por el tipo delictivo del artículo 318 bis; supuesto que sería imposible a la inversa.

⁶⁷ A estos efectos es plenamente aplicable el criterio de la Circular Fiscalía General del Estado núm. 1/2002, que declara que «subsisten tras la reforma operada por la LO 8/2000, algunas coincidencias, inevitables, entre conductas calificadas como infracciones en la Ley de Extranjería y conductas tipificadas como delito en el Código Penal, piénsese por ejemplo en delitos de traición o de inmigración clandestina. En la mayoría de los casos, la propia Ley resuelve la dualidad y apostilla “siempre que el hecho no constituya delito”. En el resto, será necesario acudir al principio constitucional de “non bis in idem”»...

⁶⁸ Recordemos que el precepto castiga a los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado.

⁶⁹ El artículo 8.12 LISOS dispone que *las decisiones unilaterales del empresario que impliquen discriminaciones desfavorables por razón de edad o cuando contengan discriminaciones favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa, lengua dentro del Estado español, o por razón de disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales.*

dad y la reparación de los daños económicos unida a la gravedad de la discriminación dará a los hechos trascendencia penal, y la no acreditación de este elemento, a la inversa, degradará los hechos a la categoría de ilícito administrativo.

En tercer lugar, el tipo del artículo 312.2 CP, inciso segundo, rubricado como tráfico ilegal de mano de obra, que dispone castigo a quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

Se plantea si concurriría el tipo por el mero hecho de contratar a extranjeros sin permiso, sobre la base de que en todo caso tal hecho restringe sus derechos al no poder integrarse en el sistema de Seguridad Social.

Creemos que tal interpretación no puede acogerse debiendo en el juicio de tipicidad exigirse cumulativamente dos elementos: 1) emplear a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo y 2) perjudicar, suprimir o restringir los derechos que tuviesen. Partiendo de que los extranjeros por el simple hecho de carecer de permiso no pueden ser dados de alta en la Seguridad Social, si el legislador hubiera querido incluir estos supuestos, hubiera construido el tipo simplemente sobre la base de emplear extranjeros sin permiso de trabajo, sin exigir requisitos adicionales ⁷⁰.

Por tanto, y siguiendo a Muñoz Cuesta, debemos concluir con que «en tanto el empleador no abuse de la situación de ilegalidad del trabajador extranjero para someterlo a condiciones de trabajo que mermen de manera sensible los derechos que tiene cualquier trabajador reconocidos en la Ley, en los convenios colectivos del sector en que desarrolla su actividad o en el contrato, verbal o escrito, que pueda formalizar con él, la conducta será atípica y sólo sancionable conforme a la Ley y Reglamento que regulan los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España».

7.4 Derecho sancionador administrativo sobre orden público

En el ámbito de las infracciones relativas al orden público el principio *non bis in idem* obtuvo un temprano reconocimiento, así como una decantación técnica especialmente afortunada ⁷¹.

⁷⁰ En este sentido y de forma precisa MUÑOZ CUESTA, Javier: *Estudios Aranzadi. Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 10/2003.

⁷¹ Efectivamente, la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 6/1977, de 25 de enero, por el que se modifican determinados artículos de la Ley de orden público (BOE 34/1977 de 9 de febrero de 1977, p. 3130), declaraba que *en la actualidad, los actos que enumera el artículo 2 de la Ley de Orden Público pueden dar lugar a una situación de hecho capaz de originar, de modo*

La Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, revisada por la STC 341/1993, de 18 de noviembre, y reformada por LO 4/1997, de 4 de agosto, tipifica las infracciones administrativas en los artículos 23 y 25 (infracciones graves), artículo 24 (infracciones muy graves) y artículo 26 (infracciones leves). En un gran número de supuestos se detecta un solapamiento parcial entre las infracciones administrativas tipificadas y algunos delitos. En especial, habrá de recordarse la tipificación como infracción administrativa de las conductas ilícitas relativas a armas cuando no sean constitutivas de infracción penal [art. 23 a)], las manifestaciones ilegales cuando no sean constitutivas de infracción penal [art. 23 c) y d), alteraciones de seguridad ciudadana [art. 23 h) y n), art. 26 i)], conductas relativas a consumo de drogas [art. 23 i)], alegación de datos falsos para obtener documentaciones cuando no constituyan infracción penal [art. 23 k)], consumo y tenencia de drogas [art. 25.1), y exhibición de objetos peligrosos [art. 26 g)].

El artículo 33 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, introduce un nuevo ámbito de comunicación entre los operadores de la jurisdicción penal y los órganos sancionadores administrativos al establecer que *«en los procesos penales en que intervenga el Ministerio Fiscal, cuando se acordase el archivo o se dictase auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria por acreditarse que los hechos no sean constitutivos de infracción penal, deberá aquél remitir a la autoridad sancionadora copia de la resolución y de los particulares que estime necesarios, cuando aquéllos pudieran ser objeto de sanción administrativa conforme a lo previsto en esta ley»*. En múltiples supuestos los hechos darán lugar a Diligencias Previas penales

simultáneo, procesos judiciales y expedientes gubernativos de carácter sancionador, por ser acodigadas también aquellas conductas en el Código Penal. Si bien, el clásico principio del «non bis in ídem» en sentido amplio no siempre resulta vulnerado por la concurrencia de multas gubernativas y sanciones penales, es lo cierto que en su propia y estricta significación tales conductas, si se sancionan de forma cumulativa, representan, si no la ruptura plena, sí una lesión de aquel principio; razón por la cual si una conducta que esté prevista en la Ley como acto contrario al orden público, presenta también una exacta tipicidad penal, se debe atribuir a la Autoridad judicial competente preferencia para declarar las presuntas responsabilidades, resolución que normalmente deberá excluir la imposición de sanción gubernativa. A continuación el art.2 de este texto declaraba que «no se impondrán conjuntamente sanciones gubernativas y sanciones penales por unos mismos hechos. Cuando los actos contrarios al orden público puedan revestir caracteres de delito, las Autoridades gubernativas enviarán a la judicial competente los antecedentes necesarios y las actuaciones practicadas para que ésta proceda a su enjuiciamiento.

En el caso de que el órgano jurisdiccional acordase el archivo o el sobreseimiento de la causa iniciada por no justificarse que los hechos sean constitutivos de delito, remitirá de inmediato a la Autoridad gubernativa los testimonios oportunos, por si aquéllos pudieran ser objeto de sanción como actos contrarios al orden público.

De igual modo actuará cuando, sin declaración de responsabilidad, termine los procedimientos penales iniciados de oficio o a instancia de parte».

que habrán de archivarse por no cumplir los requisitos de tipicidad conforme al Código Penal pese a ser administrativamente típicas. Para estos supuestos, el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 33 evitará que hechos antijurídicos queden sin ningún tipo de respuesta por el ordenamiento.

La peculiaridad de este artículo 33 LSC radica en el hecho de que no será el órgano jurisdiccional el que deba remitir testimonio sino el propio Fiscal el que envíe copia.

7.5 Derecho disciplinario militar

Esta rama del Derecho disciplinario contiene especialidades que suelen justificarse por la necesidad de garantizar la disciplina militar mediante sanciones administrativas sumarias ⁷². La relación de sujeción especial adquiere en este ámbito su tonalidad más intensa, derogando principios generales aceptados como dogmas en otros ordenamientos sectoriales. Entre otras, se da la especialidad de que pueden imponerse sanciones disciplinarias privativas de libertad.

La STS (Sala de lo Militar) de 16 de abril de 2001, casación penal 41/2000, con cita de reiterada jurisprudencia (STSS de 30 de enero de 1995, 24 de abril de 1997, 6 de julio de 1998, entre otras), expresamente declara que el ejercicio de la potestad disciplinaria con carácter previo a la condena penal impuesta por los mismos hechos contemplados en la falta disciplinaria, no impide, una vez examinado el alcance de los hechos acaecidos, la aplicación de las normas penales que sancionan tales hechos si los mismos tienen su encaje en alguno de los tipos delictuales que se contemplan en las aludidas normas penales, ello siempre sobre la base de que para el cumplimiento de la pena impuesta habrá de tenerse en cuenta cualquier tiempo pasado en privación de libertad por los mismos hechos.

Por tanto, cabe imponer una sanción administrativa y cabe abrir un proceso penal e imponer una pena por los mismos hechos, abonando la sanción administrativa para el cumplimiento de la pena.

La solución es plausible, pues la regla quinta del artículo 85 de la Ley Procesal Militar 2/1989, de 13 de abril, establece que en el fallo de la sentencia penal se deberá tener en cuenta las sanciones o medidas disciplinarias efectivamente cumplidas por razón de los mismos hechos sentenciados. De esta disposición puede deducirse que puede haber una sanción

⁷² GIMENO SENDRA, Vicente: «Cuestiones prejudiciales devolutivas y non bis in idem en el proceso penal», *La Ley*, 2003.

disciplinaria perfectamente compatible con un posterior enjuiciamiento en la vía penal cuando los hechos estén también tipificados penalmente.

A esta misma conclusión hemos de llegar a través del contenido del artículo 27 del Código Penal Militar aprobado por Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, que dispone que «para el cumplimiento de condena se abonará el tiempo de prisión preventiva rigurosa o atenuada, haciéndose también extensivo el abono al tiempo de detención y al de arresto disciplinario, si se hubiesen sufrido por los mismos hechos».

7.6 Derecho sancionador penitenciario

Se han resaltado tradicionalmente las especiales circunstancias concurrentes en el régimen disciplinario penitenciario, en el que se dan presupuestos que hacen imprescindible una pronta represión de las infracciones de los internos. Sin embargo, su necesaria existencia, como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «no significa que la justicia se detenga en las puertas de las prisiones» (STEDH 28 junio 1984 –caso Campbell y Fell–)⁷³.

Estas especiales circunstancias tienen una trascendencia directa en los efectos de la doctrina del *non bis in idem*. En el Derecho sancionador penitenciario se prevé en el artículo 232.4 del Reglamento Penitenciario 190/1996, de 9 de febrero, que «aquellos hechos que pudiesen ser constitutivos de delito podrán ser también sancionados disciplinariamente cuando el fundamento de la sanción sea la seguridad y el buen orden regimental». Del inciso segundo de este mismo precepto se deduce la no suspensión del procedimiento sancionador por el hecho de seguirse un proceso penal, pues se establece simplemente que «los hechos serán puestos en conocimiento del Ministerio Fiscal y de la Autoridad Judicial competente, previa realización, en su caso, de las diligencias de prevención que se consideren necesarias». En el mismo sentido se pronunció la consulta 3/1986 de la Fiscalía General del Estado, en relación con el anterior Reglamento⁷⁴. Entendemos

⁷³ Resumiendo la doctrina del TEDH, el mismo ha admitido la existencia de un régimen disciplinario especial en materia penitenciaria por razones de seguridad, del interés del orden, de la necesidad de la pronta represión de la mala conducta de los detenidos y por la responsabilidad que las autoridades deben tener sobre la disciplina penitenciaria, lo que no implica que se prive a los detenidos «en los casos apropiados de la protección del artículo 6 del Convenio de Roma» DUQUE VILLANUEVA, Juan Carlos: *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, vol. IV, «Parte Estudio», pp. 215-250.

⁷⁴ La Consulta declara que «como no hay subordinación de la actividad sancionadora de la Administración a la actuación de los Tribunales de Justicia, la Administración penitenciaria inicia y continúa el procedimiento sancionador con independencia del resultado del procedimiento penal, razón por la cual los funcionarios que instruyan aquél, no obstante la remisión de los

que aun siguiendo esta interpretación, debiera utilizarse la técnica de la absorción en caso de sentencia condenatoria, conforme a la nueva doctrina del TC que se analizará *infra* y en este mismo sentido, si la sentencia declarara la inexistencia del hecho, podría atacarse la resolución administrativa aun cuando hubiera ganado firmeza.

7.7 Protección administrativa del tratamiento automatizado de datos

Otro sector con específicos problemas de articulación es el de la protección del tratamiento automatizado de datos ⁷⁵. En este ámbito concurren los artículos 197 y 198 CP, los artículos 38 y 39 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, y los artículos 44 y 45 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Con el orden penal convergen pues dos órdenes administrativos sancionadores, el de la LOPD, a ejercer por la Agencia de Protección de Datos, y el de la LSSI, a sancionar por el Ministro de Ciencia y Tecnología y por el Secretario de Estado de Telecomunicaciones.

Las infracciones y sanciones de la LOPD, la LSSI y los delitos descritos en el CP en los artículos 197 y 198 tienen zonas comunes, y en algunos casos participan de una misma antijuridicidad. Así, por ejemplo, el artículo 44.4 LOPD tipifica «la comunicación o cesión de datos de carácter personal, fuera de los casos en que estén permitidas» y el artículo 197.2 CP castiga como delito difundir, revelar o ceder los datos reservados de carácter personal o familiar que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos o telemáticos.

La LOPD tipifica como infracción administrativa «la vulneración del deber de guardar secreto sobre los datos de carácter personal a que hacen referencia los apartados 2 y 3 del artículo 7, así como los que hayan sido recabados para fines policiales sin consentimiento de las personas afectadas». Por su parte, el artículo 197.4 del CP tipifica como delito la difusión, cesión o revelación de datos, cuando cualquiera de esas conductas es cometida por el responsable o el encargado del fichero.

hechos denunciados, para su enjuiciamiento penal, prosiguen el procedimiento por la falta disciplinaria cuyo resultado puede ser la imposición de alguna de las sanciones de los artículos 42 de la Ley General Penitenciaria y 111 del Reglamento. Esta compatibilidad entre sanciones disciplinarias y penales se halla reconocida en el artículo 104, párrafo 3.º, del Reglamento, a cuyo tenor los reclusos que incurran en responsabilidad disciplinaria serán objeto de la sanción adecuada, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que en derecho fuera exigible».

⁷⁵ Este punto es tratado en profundidad por MARCHENA GÓMEZ, Manuel: «Infracciones administrativas y penales en la ley orgánica de protección de datos y en la ley de servicios de la sociedad de información», *Sepin-Práctica Penal*, 2003.

El artículo 44.4.d) LOPD tipifica la conducta de «no cesar en el uso ilegítimo de los tratamientos de datos de carácter personal cuando sea requerido para ello por el Director de la Agencia de Protección de Datos...». El artículo 556 del CP castiga a los que desobedecieren gravemente a la autoridad en el ejercicio de sus funciones.

El solapamiento también se produce en las relaciones de la LSSI con el CP y así, por ejemplo, la desobediencia tipificada en el artículo 38.2 a).

El artículo 44 LSSI ⁷⁶ trata de establecer normas para la adecuada articulación con el ordenamiento penal sobre la base de la preferencia de la jurisdicción penal, suspensión del procedimiento administrativo hasta tanto recaiga sentencia penal, reconocimiento del *non bis in idem* en base al criterio de identidad de sujeto, hecho y fundamento, y necesidad de respetar los hechos declarados probados en resolución judicial. En último extremo también será aplicable la rebaja de la pena impuesta en función del cumplimiento previo de una infracción administrativa, conforme a la doctrina de la STC 2/2003 (*vid. infra*).

8. REMISIÓN DE TESTIMONIOS A LA AUTORIDAD SANCIONADORA ADMINISTRATIVA EN CASO DE ABSOLUCIÓN EN LA VÍA PENAL

En conexión con las cuestiones relativas al *non bis in idem*, como reverso del principio, es necesario recordar también que en caso de sentencia penal absolutoria, si la conducta enjuiciada tiene trascendencia para el Dere-

⁷⁶ Este precepto, bajo la rúbrica «conurrencia de infracciones y sanciones» dispone que 1. No podrá ejercerse la potestad sancionadora a que se refiere la presente Ley cuando haya recaído sanción penal, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento. No obstante, cuando se esté tramitando un proceso penal por los mismos hechos o por otros cuya separación de los sancionables con arreglo a esta Ley sea racionalmente imposible, el procedimiento quedará suspendido respecto de los mismos hasta que recaiga pronunciamiento firme de la autoridad judicial. Reanudado el expediente, en su caso, la resolución que se dicte deberá respetar los hechos declarados probados en la resolución judicial. 2. La imposición de una sanción prevista en esta Ley no impedirá la tramitación y resolución de otro procedimiento sancionador por los órganos u organismos competentes en cada caso cuando la conducta infractora se hubiera cometido utilizando técnicas y medios telemáticos o electrónicos y resulte tipificada en otra Ley, siempre que no haya identidad del bien jurídico protegido. 3. No procederá la imposición de sanciones según lo previsto en esta Ley cuando los hechos constitutivos de infracción lo sean también de otra tipificada en la normativa sectorial a la que esté sujeto el prestador del servicio y exista identidad del bien jurídico protegido.

Cuando, como consecuencia de una actuación sancionadora, se tuviera conocimiento de hechos que pudieran ser constitutivos de infracciones tipificadas en otras leyes, se dará cuenta de los mismos a los órganos u organismos competentes para su supervisión y sanción.

cho Administrativo Sancionador y la absolución no se basa en «la inexistencia del hecho», podrá abrirse o reaperturarse el expediente administrativo.

Parece que habrá de interesarse por el Ministerio Fiscal y acordarse por el Juez o Tribunal la remisión de los testimonios necesarios a la autoridad administrativa sancionadora a los efectos oportunos. No obstante, no existe una norma general expresa al respecto y solamente en casos concretos la ley prevé que bien los Juzgados y Tribunales, bien el Ministerio Fiscal, comuniquen a la autoridad administrativa extremos de los que tengan conocimiento y de los que puedan derivarse consecuencias administrativo-sancionadoras. Así, el artículo 112.3 de la Ley General Tributaria, redactado por Ley 25/1995, de 20 de julio, conforme al cual «*los juzgados y tribunales deberán facilitar a la Administración tributaria, de oficio o a requerimiento de la misma, cuantos datos con trascendencia tributaria se desprendan de las actuaciones judiciales de que conozcan, respetando, en todo caso, el secreto de las diligencias sumariales*», por lo que deberá interesarse, en su caso, la remisión de los correspondientes testimonios a la Agencia Tributaria a los efectos administrativos que procedan.

En idénticos términos, el artículo 94.3 de la nueva Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que entrará en vigor el 1 de julio de 2004 (Disposición Final Undécima).

En este mismo sentido puede citarse el artículo 33 de la Ley de Seguridad Ciudadana (*vid. supra*).

Podría defenderse que si bien no hay una norma general al respecto, cabe deducir un principio general conforme al cual Juzgados, Tribunales y Ministerio Fiscal deben acordar o promover estas comunicaciones. Lo que se prevé expresamente es que, recaída sentencia absolutoria u otra resolución equivalente, la autoridad administrativa continúe con el expediente sancionador y es obvio que, salvo en supuestos excepcionales en los que la Administración se persone en el proceso penal, ésta no podrá conocer qué ha ocurrido en el proceso penal que motivó la suspensión del procedimiento administrativo a menos que el órgano jurisdiccional o el Ministerio Fiscal se lo comunique. Pero lo cierto es que el Legislador complica las cosas por no incorporar una cláusula que regule estas comunicaciones.

La Fiscalía General del Estado parece partir de este principio general de comunicación en los supuestos en los que se ha planteado esta necesidad. Así, en relación con la conducción con tasas de alcoholemia superiores a la establecida ya se pronunció la Instrucción FGE 4/1991, de 13 de junio, que insta a los Fiscales para que pidan a los Juzgados que notifiquen las resoluciones a las Jefaturas Provinciales o Locales de Tráfico a fin de que pueda entrar en juego el Derecho administrativo sancionador, cuando en una causa penal por delito contra la seguridad del tráfico se acuerde el

sobreseimiento o se dicte sentencia absolutoria, pese a la concurrencia de un nivel de alcohol superior al permitido, *«pues aunque algunas de esas conductas no sean delictivas, no cabe duda que puedan merecer un reproche como ilícito administrativo»*. En el mismo sentido, se pronunció la más reciente Instrucción FGE 2/1999 de 17 de mayo ⁷⁷.

En el ámbito de la siniestralidad laboral la Instrucción 1/2001, de 9 de mayo, y la Instrucción 7/1991, ambas de la Fiscalía General del Estado, se pronunciaron en favor de esta remisión de testimonios.

Respecto de las infracciones derivadas de impagos a la Seguridad Social (y por extensión a la Hacienda Pública), la Consulta de la Fiscalía General del Estado 2/1996, de 19 de febrero, también declaró que *las defraudaciones de cuota obrera... por importe no superior a 15.000.000 de pesetas (importe que ha de referirse al año natural), han quedado despenalizadas por lo que los procesos en curso habrán de sobreseerse, remitiéndose testimonio a la Autoridad Laboral competente con el fin de que se impongan las correspondientes sanciones de carácter administrativo*.

En materia de extranjería, la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 1/2002, de 19 febrero, *sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del fiscal en materia de extranjería*, que declara que *por lo que respecta a los Fiscales, además del cumplimiento de las comunicaciones, que expresamente se les impone en el artículo 136.4.º (del Reglamento de Extranjería), deberán cuidar que el órgano judicial comunique a la autoridad gubernativa los archivos, sobreseimientos o sentencias a que se refiere el núm. 3 del artículo 136, recordando, si fuera necesario, la necesidad de que se realice esta comunicación antes de que se archiven las diligencias o la ejecutoria, con el fin de que pueda entrar en juego el derecho administrativo sancionador si procediera* ⁷⁸.

⁷⁷ Dicha Instrucción establece que conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Seguridad Ciudadana, en los procedimientos por delito contra la seguridad del tráfico en que, pese a que el conductor sometido a la prueba de alcoholemia arroje un resultado superior al permitido, se acuerde el archivo o el sobreseimiento de los hechos, o se dicte sentencia absolutoria, por entender que los mismos no son constitutivos de delito, los Sres. Fiscales cuidarán especialmente de que se remita a la Jefatura Provincial de Tráfico testimonio de la resolución y de los particulares necesarios para que se proceda al oportuno expediente administrativo...

⁷⁸ Además la Circular declara que «Si, acabada la instrucción en el procedimiento penal, se dictara auto de archivo o sobreseimiento, deberá la autoridad judicial comunicarlo a la autoridad gubernativa a los efectos de continuación del procedimiento sancionador si procediera. Con el objeto de evitar que la descoordinación entre las distintas autoridades implicadas lleve a la falta de sanción de conductas infractoras, el Reglamento en el artículo 136 pone especial énfasis en recordar la obligación de comunicación de las resoluciones adoptadas. El núm. 3 del artículo 136 impone al órgano judicial la obligación de comunicación a la autoridad gubernativa de la finalización de los procesos judiciales en los que concurren infracciones administrativas a las normas de Extranjería a los efectos de que pueda reanudarse, iniciarse o archivarse el correspondiente procedimiento administrativo sancionador. Igualmente, se recuerda la necesidad de comunica-

En nuestra opinión, el Fiscal, teniendo en cuenta que Derecho administrativo sancionador y Derecho Penal son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado ⁷⁹, derivadas del artículo 25 CE (STC 18/1981, de 8 de junio) y partiendo de la función de defensa de la legalidad que el artículo 124 CE le atribuye, entendemos deberá con carácter general promover la comunicación del resultado del proceso penal a la autoridad administrativa sancionadora cuando los hechos puedan tener relevancia desde la óptica del Derecho administrativo sancionador ⁸⁰.

Sin embargo, la obligación de comunicación a la autoridad administrativa ha quedado fuertemente desdibujada con la STS (sala 3.^a) de 20 de marzo de 2003. Esta sentencia ha declarado nulo el artículo 136.3 ⁸¹ del Reglamento de Extranjería ⁸², examinado por la Circular 1/2002.

ción de todas las condenas impuestas a extranjeros por delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año. El artículo 136.4.º se refiere al Ministerio Fiscal, para expresar la obligación de comunicación a la autoridad gubernativa de los casos que conozca en los que se encuentre imputado un extranjero por delito menos grave y pudiera estar incurso en alguna de las causas de expulsión, sin que se hubiera incoado el correspondiente procedimiento. La coincidencia en la descripción de las conductas infractoras y la doble incidencia de la potestad sancionadora administrativa y penal sobre alguna de ellas, exige, por tanto, una cuidadosa vigilancia de las autoridades implicadas en su aplicación. Por un lado, para salvaguardar los derechos del extranjero, y por otro, con el fin de contribuir a que la aplicación de la Ley sea realmente eficaz».

⁷⁹ El carácter unitario del ordenamiento sancionador queda subrayado con nitidez en la Ley del País Vasco, Ley 2/1998, de 20 de febrero, sobre Potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, que en su Exposición de Motivos declara que «la inspiración fundamental... en lo que a la parte sustantiva de la ley se refiere, ha sido el Código Penal... Puede que en el futuro el tronco común del “ius puniendi” se nutra también de sus ramas administrativas, pero, en la actualidad, los principios esenciales, lo común punitivo se encuentra en las normas de la parte general del Derecho Penal que contiene el meritado Código, o en la razón de ser de tales normas». En el artículo 2.2 de la referida Ley se reconoce la supletoriedad del Código Penal en última instancia.

⁸⁰ En este sentido se ha mantenido que «la unidad de las instituciones jurídicas y... la unidad de las que integran el ius puniendi del Estado... también queda reflejada en la CE de 1978 a través de su artículo 25.1 y 3 con tratamiento unitario del orden penal y del ámbito sancionador de la Administración...», no oponiéndose a esta unidad el que el ordenamiento penal sea competencia exclusiva del Estado y la legislación autonómica pueda incidir en el Derecho Administrativo sancionador. MONTORO PUERTO, Miguel: «El Derecho sancionador del Estado», *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, 1998-I, p. 140.

⁸¹ El núm. 3 del artículo 136 impone al órgano judicial la obligación de comunicación a la autoridad gubernativa de la finalización de los procesos judiciales en los que concurran infracciones administrativas a las normas de Extranjería a los efectos de que pueda reanudarse, iniciarse o archivarse el correspondiente procedimiento administrativo sancionador.

⁸² Los razonamientos del TS son los siguientes: «El precepto que nos ocupa impone a los órganos judiciales y por tanto a los titulares de los mismos, la obligación de efectuar a las autoridades gubernativas las comunicaciones a que el artículo se refiere, ya que corresponde a los Jueces y Magistrados dictar la resolución en que se acuerda llevar a cabo el acto del órgano jurisdiccional de que se trata. Estamos en consecuencia ante un precepto que impone deberes a los Jueces y Magistrados y altera por tanto su Estatuto al margen de lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que limita las funciones de los Juzgados y Tribunales a la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, así como a “lo demás que expresamente les sea atribuido por Ley en garantía de cualquier derecho”, sin que las notificaciones a que se refiere el artículo del Regla-

Esta sentencia parte de que cualquier norma que imponga deberes a los Jueces y Magistrados debe estar amparada por una Ley, sin que baste la previsión reglamentaria. La resolución analiza si debe entenderse nula la misma obligación de comunicar a la autoridad administrativa hechos de los que se derive para alguna persona estar incurso en causa de expulsión, impuesta al Fiscal por el artículo 136.4 del Reglamento llegando a la solución opuesta, en base a que la cláusula residual del artículo 3.14 EOMF permite que al Fiscal se le atribuyan funciones por vía reglamentaria⁸³.

Las consecuencias de la extensión de esta interpretación (si no hay previsión expresa —legal para Jueces y Tribunales, legal o reglamentaria para Fiscales— no hay obligación de comunicar nada) serían indeseables y paradójicas: no se reanuda un expediente sancionador que imperativamente por ley tenía que haberse reanudado porque no hay ningún órgano o institución pública legitimado para comunicarlo a la Administración. Quizás en los arcanos de la opción del Tribunal Supremo haya pesado el hecho de que la materia a la que se refería el recurso —extranjería— sanciona conductas *mala*

mento que examinamos puedan entenderse incluidas en el trámite de ejecución de sentencia, máxime si se tiene en cuenta que el artículo 990 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sólo se remite a los reglamentos en lo que se refiere a la forma y tiempo de ejecución de las penas, en tanto que los expedientes gubernativos a que se refiere el artículo 136.3 del Reglamento impugnado en modo alguno puede considerarse constituyan ni el contenido principal ni el accesorio de la pena. El precepto en este punto, en consecuencia, debe ser anulado. Por otra parte la notificación a que se hace mención en el inciso final del artículo impugnado, que se refiere a la comunicación de las condenas impuestas a extranjeros por delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año, tiene trascendencia en el proceso por cuanto conlleva la notificación del contenido de la sentencia a quien no ha sido parte en aquél, en contra de lo dispuesto en el artículo 160 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece que las sentencias se notificarán a las partes y a sus Procuradores. Estamos, en consecuencia, ante un acto que tiene efectos en el proceso cuya regulación debe ser efectuada por Ley y por tanto por imperativo del artículo 122 de la Constitución (RCL 1978/2836), del artículo 2.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y por el alcance procesal de la norma su regulación debe efectuarse por norma con rango de Ley, razón por la que el precepto debe ser anulado.

⁸³ Dice el TS que «igual cuestión que la analizada en el fundamento anterior se plantea en el apartado correlativo del escrito de demanda en relación con el artículo 136.4 del Reglamento recurrido que dice: “Cuando el Ministerio Fiscal conozca que un extranjero se encuentre imputado en un procedimiento por delito menos grave y pudiera estar incurso en alguna de las causas de expulsión previstas en la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, sin que hubiera sido incoado el correspondiente expediente administrativo sancionador, informará sobre tal imputación a la autoridad gubernativa para que ésta compruebe si procede o no la incoación de expediente de expulsión, a los efectos oportunos”. El artículo 124 de la Constitución impone en relación con el Estatuto del Ministerio Fiscal idéntica reserva de Ley que el artículo 122 de la misma, con relación a los Jueces. El Estatuto Jurídico está representado por la Ley 50/1981, pero en él se contiene una cláusula residual en su artículo 3.15 en la que tiene encaje el deber que les impone el precepto impugnado, ya que aquélla se refiere a “ejercer las demás funciones que el ordenamiento jurídico les atribuya”, entre las que sin duda se encuentra la que les impone el precepto impugnado que integra, como es obvio, ese ordenamiento. Su impugnación, en consecuencia, no puede prosperar».

quia prohibita respecto de las que siempre existe la tendencia de aplicar el principio interpretativo *odiosa sunt restringenda* ⁸⁴.

En todo caso, una vez más, la incuria del legislador ⁸⁵ puede dar pie a esa falta de coordinación entre jurisdicción penal y autoridades administrativas que constatábamos al comienzo de este trabajo.

Creemos no obstante que el artículo 270 LOPJ ⁸⁶, aplicable con carácter general en todo tipo de procesos podría considerarse base suficiente para legitimar esta comunicación del órgano jurisdiccional a la Administración. Frente al criterio tradicional que imponía la obligación de notificación sólo respecto de las partes, se alza la nueva tendencia de imponer esta obligación respecto de los que no siéndolo, estén afectados por la resolución de que se trate. Si esto es aplicable para garantizar la tutela efectiva de particulares, también lo será para proteger los intereses públicos encomendados a la Administración. En nuestra opinión, si el órgano jurisdiccional niega la remisión de los testimonios a la autoridad administrativa, siempre podría entenderse que el Fiscal está facultado para hacerlo conforme a la disposición contenida en el artículo 7 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto ⁸⁷.

En todo caso, no cabe duda que *de lege ferenda*, lo más correcto sería que la comunicación entre órganos de la jurisdicción penal y órganos sancionadores administrativos estuviera expresamente prevista por la Ley, con lo que se evitaría gran número de problemas.

⁸⁴ De hecho, el propio TS, sin existir expresa previsión legal ha remitido testimonios a la autoridad administrativa para que incoe expediente sancionador tras dictar sentencia absolutoria. La STS (1.ª) de 9 de diciembre de 1999, tras absolver por un delito de desobediencia a un aforado que se negó a someterse a las pruebas de alcoholemia, en su fundamento de derecho segundo declara que «... procede la libre absolución del acusado y la remisión de los antecedentes precisos al Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Andalucía, a los efectos legalmente procedentes (v. art. 68.1 del Real Decreto Legislativo 339/1990, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a motor y Seguridad Vial, y D.A. 4.ª de la Ley 6/1997, de 14 de abril, sobre Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado)».

⁸⁵ Hubiera bastado que se incorporara una cláusula disponiendo que, finalizado el proceso penal, el Fiscal promoverá y el órgano jurisdiccional acordará la remisión de los testimonios de la sentencia o resolución definitiva a la autoridad administrativa competente para tramitar el expediente sancionador.

⁸⁶ Recordemos que el precepto dispone que «las diligencias de ordenación, providencias, autos y sentencias se notificarán a todos los que sean parte en el pleito o causa y también a quienes se refieran o puedan parar perjuicios, cuando así se disponga expresamente en aquellas resoluciones, de conformidad con la ley».

⁸⁷ El precepto establece que «en cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación».

Por lo que se refiere a los supuestos de extranjería, la situación creada por la STS (sala 3.^a) de 20 de marzo de 2003 ha sido corregida o paliada por la Disposición adicional decimoséptima de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 26 Diciembre), que dispone, bajo la rúbrica «comunicaciones de los órganos judiciales a la autoridad gubernativa en relación con extranjeros» que «los órganos judiciales comunicarán a la autoridad gubernativa la finalización de los procesos judiciales en los que concurra la comisión de infracciones administrativas a las normas sobre extranjería, a los efectos de que por las autoridades administrativas pueda reanudarse, iniciarse o archivarse, si procede, según los casos, el procedimiento administrativo sancionador. Del mismo modo, comunicarán aquellas condenas impuestas a extranjeros por delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año, a los efectos de incoación del correspondiente expediente sancionador». Por tanto, en este ámbito se da expresa cobertura legal a la obligación de comunicación, siguiendo la doctrina sentada por la sentencia referida ⁸⁸.

9. SUPUESTOS EN LOS QUE PROCEDE LA REAPERTURA DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Ante la terminación del proceso penal sin condena en relación con hechos que pueden generar responsabilidad administrativa, deben deslindarse los supuestos en los que procedería la apertura o reapertura del expediente administrativo atendiendo a lo acaecido en el proceso penal.

Como pautas indicativas, deben distinguirse las siguientes hipótesis: *a)* sobreseimiento libre por declaración de inexistencia del hecho (art. 637.1 LECrim): en este supuesto, en principio, no procederá la remisión de testimonio; *b)* sobreseimiento libre por falta de tipicidad penal de

⁸⁸ El párrafo segundo de la Disposición adicional decimoséptima de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, dispone que «igualmente, comunicarán las sentencias en las que acuerden la sustitución de las penas privativas de libertad impuestas o de las medidas de seguridad que sean aplicables a los extranjeros no residentes legalmente en España por la expulsión de los mismos del territorio nacional. En estos casos, la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión. A estos efectos, la autoridad gubernativa deberá hacer efectiva la expulsión en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impida, que deberá ser comunicada a la autoridad judicial». Se trata de dar solución –de forma un tanto heterodoxa– a los graves problemas interpretativos sentados por la nueva redacción dada al artículo 89 CP por la LO 11/2003, de 29 de septiembre.

los hechos (art. 637.2 LECrim): en este supuesto procederá la remisión de testimonio: c) supuestos de sobreseimiento provisional (art. 641 LECrim): la casuística es muy rica y, en principio procederá la remisión del testimonio, dejando a la autoridad administrativa que analice cada caso concreto ⁸⁹ d) supuestos de sentencias absolutorias: aquí procederá en principio la remisión de testimonio salvo si responde a la declaración de la inexistencia de los hechos o a la falta de participación del acusado en los mismos.

En los supuestos de sentencias absolutorias por no quedar acreditados los hechos se ha mantenido que cuando simplemente la sentencia penal declare no probada la realización del hecho o la participación del inculpa-do sí puede continuarse el expediente administrativo ⁹⁰. Si por el contrario se ha apreciado la concurrencia de una causa de justificación o la absolución se produce en virtud del principio de presunción de inocencia, por falta absoluta de prueba de cargo o porque la misma ha sido obtenida con violación de derechos fundamentales, concurriría imposibilidad de sancio-nar los hechos administrativamente ⁹¹. Entendemos que tampoco podrían

⁸⁹ El TC ha declarado que el sobreseimiento de las diligencias penales no vincula a la Administración «ya que son distintos los modos y criterios de enjuiciamiento en las diversas jurisdicciones, con respecto a los hechos que a ellas puedan someterseles» —Sentencia del TC de 11 de octubre de 1988.

⁹⁰ NOREÑA SALTO, José Ramón: «El principio ne bis in idem» *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal* 1998-I, p. 301. También se pronuncia en este sentido PÉREZ CAPITÁN, *op. cit.*, que plantea la siguiente cuestión «¿debe la Administración limitarse a respetar estrictamente los hechos determinados por los Tribunales, o puede efectuar una actividad probatoria que vaya más allá de lo declarado probado por los Tribunales en la búsqueda de elementos fácticos adicionales? A mi entender es perfectamente posible la apreciación de hechos nuevos fruto de la investigación administrativa, siempre y cuando no entren en conflicto con los declarados en el fallo judicial, teniendo en cuenta, por lo demás, que la actuación administrativa puede versar sobre elementos no traídos a colación por innecesarios en el juicio penal (v. gr.: la responsabilidad de la empresa como persona jurídica)». En sentido contrario, se ha mantenido por BENLLOCH PETIT, *op. cit.*, que «si en el proceso penal la actividad probatoria realizada no ha podido destruir la presunción de inocencia, ésta no puede darse sencillamente por quebrada en el ámbito del Derecho administrativo sancionador porque significaría que, al unísono, estaría rigiendo para el Derecho una presunción de inocencia y una convicción de culpabilidad respecto de unos mismos hechos. La vía administrativa se convertiría así en una vía fraudulenta para sortear la garantía de la presunción de inocencia».

⁹¹ NOREÑA SALTO, José Ramón, *op. cit.* Siguiendo esta filosofía, el art. 6 de la Ley del País Vasco, Ley 2/1998, de 20 febrero, sobre Potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, dispone que «1. En materia de exención de responsabilidad, sin perjuicio de las causas específicas que se establezcan en las normas sancionadoras, se aplicarán los supuestos previstos en el Código Penal, siempre que sean compatibles con la naturaleza y finalidad de la infracción concreta y de la regulación material sectorial de que se trate, y, en su caso, con las matizaciones que se determinen en ella. 2. El error sobre un elemento del tipo o sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción solamente eximirá de responsabilidad si fuera invencible. El error vencible únicamente tendrá efecto atenuante si supone disminución del grado de imprudencia. Si el dolo es elemento integrante del tipo infractor aplicado, el error vencible también eximirá de responsabilidad. El error sobre una circunstancia agravante impedirá su apreciación si es invencible. Si

sancionarse administrativamente los hechos cuando se apreciara la concurrencia de una causa de inimputabilidad, como consecuencia del reconocimiento en el ámbito administrativo sancionador del principio de culpabilidad ⁹².

En caso de duda sobre si procede o no la apertura o reapertura del procedimiento administrativo sancionador, consideramos preferible la remisión de testimonio a la autoridad administrativa pues, en definitiva, es a ella a la que compete en primera instancia decidir sobre la procedencia de las actuaciones, decisión que queda al margen de las posibilidades de control de la jurisdicción penal, pero plenamente sometida al control jurisdiccional en vía contencioso-administrativa.

Debe en todo caso tenerse en cuenta que el respeto a los hechos declarados probados por la sentencia penal no impide que la actuación administrativa se dirija contra distintas personas, dado que el proceso administrativo sancionador puede dirigirse contra personas jurídicas. Así, la STS de 15 de octubre de 1996 confirma la sanción administrativa contra la entidad mercantil encargada de velar por el cumplimiento de la normativa de seguridad e higiene en el trabajo frente a la absolución de dos empleados de la empresa en el proceso penal ⁹³.

fuese vencible podrá tener efecto atenuante respecto del tramo de sanción que se relacione con la apreciación de la circunstancia agravante. 3. Las normas sancionadoras sectoriales, en atención a la naturaleza y finalidad de la concreta regulación material sectorial de que se trate y a la capacidad de obrar que en dicha regulación se reconozca a los menores, fijarán el límite de edad a partir del cual se puede ser responsable de una infracción. A falta de disposición al efecto, no serán responsables los menores de 14 años».

⁹² En el mismo sentido se ha dicho que «si la absolución se funda en que, aun dándose el hecho descrito legalmente como delito (y como infracción administrativa), no concurren todos los elementos exigidos por la correspondiente figura de delito para poder decidir la punibilidad última del hecho (dolo, elementos subjetivos del injusto, concurrencia de una circunstancia eximente, por justificación o por exculpación) la cuestión puede complicarse, pues ante absoluciones así fundamentadas la posición de la Administración parece difícil. Las necesidades de la actuación administrativa disciplinante o sancionadora es evidente que subsisten pese a que el ciudadano no haya actuado dolosamente; el caso del delito fiscal resulta paradigmático: la falta de dolo no habrá de arrastrar a la infracción tributaria. En cambio, la concurrencia de una causa de justificación claramente determina que la conducta es ajustada a Derecho, mientras que las causas de exculpación (la más significativa, el error de prohibición) afectan sólo a la culpabilidad pero dejan subsistente el injusto y sus efectos. La solución al problema parece que debiera pasar, a falta de indicaciones legales expresas, por entender que lo penalmente justificado o disculpado resulta también disculpado para el Derecho sancionador administrativo». QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: «Infracciones urbanísticas y delitos relativos a la ordenación del territorio», *Cuadernos de Derecho Judicial*). En contra, NOREÑA SALTO, José Ramón, *op. cit.*, p. 289.

⁹³ PICÓ LORENZO, Celsa: «Las infracciones al orden social y la prevención de riesgos laborales», *Cuadernos de Derecho Judicial*. 1997.

10. LA EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: RESPUESTAS A SUPUESTOS ANÓMALOS

La operatividad del principio respecto de la concurrencia de sanciones administrativas y penales fue abordada por el TC partiendo de la primacía de la jurisdicción penal sobre la actividad sancionadora de la Administración, frente al sistema sancionador administrativo tradicional –calificado por la doctrina de *prebeccariano*–, que se caracterizaba por la compatibilidad de las responsabilidades civiles, administrativas y penales por el mismo hecho y, en definitiva, por la independencia de la potestad sancionadora de la Administración con respecto a la Jurisdicción penal.

Sin embargo, la STC 177/1999, de 11 de octubre, supuso una reformulación radical del principio, yendo más allá, al analizar el supuesto patológico, pero no extraordinario, de que no se interrumpa el procedimiento sancionador y recaiga una sanción administrativa firme pese a estar tramitándose un procedimiento penal, sosteniendo la tesis de que una sanción administrativa firme y ejecutada impedía a la jurisdicción penal sancionar como delito el mismo hecho, si se daba la triple identidad de hechos, sujetos y fundamentos ⁹⁴. El supuesto analizado era el de una conducta contaminante que había sido objeto de una sanción administrativa y que posteriormente había motivado una condena penal por delito ecológico. Esta doctrina se ratificó, al menos en parte, por la STC 152/2001, de 2 de julio.

Como ya se puso de manifiesto en un voto particular de la STC 177/1999, *al blindar ante la ley penal a los ciudadanos que sufren una multa por parte de una Administración pública, se resuelve en favor de las autoridades administrativas la posible colisión que pudiera producirse entre sus actividades y la de los órganos de la justicia penal. Resulta-*

⁹⁴ Antes de plantearse ante el TC, la doctrina ya analizó este problema. En 1997 GARBERÍ profetizaba y aportaba la solución radical que en 1999 asumiría el TC: «ha de resaltarse... un interesante problema práctico, sobre el que TC va a tener que pronunciarse más tarde o más temprano, cual es el que se produce cuando por parte de la Administración no se suspende el procedimiento pese a revestir los hechos una evidente relevancia penal (con independencia de que exista o no un proceso penal en curso, o de que la Administración sepa o no si existe dicho proceso pendiente) y se impone la sanción, es claro que, con arreglo a la formulación general del principio non bis in idem, los tribunales penales ya no podrán sancionar esa conducta, por lo que, en consecuencia, quedará impune el comportamiento tipificado en la ley penal, lo que debe traer como consecuencia la rápida exigencia de responsabilidad civil, penal o disciplinaria, según corresponda, al funcionario o autoridad que no suspendió el expediente administrativo pese a concurrir los presupuestos para hacerlo». GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 324. Editorial Aranzadi, 1997.

do que rompe la estructura básica del Estado de Derecho configurado por nuestra Constitución ⁹⁵.

La STC 2/2003 de 16 de enero, dictada por el Pleno del TC, modifica la doctrina sentada por la STC 177/1999 y se decanta por considerar que la imposición de dos sanciones, una administrativa inicial y otra penal, no entraña exceso en la respuesta punitiva de los poderes públicos a la infracción cometida cuando la primera sanción queda embebida en la segunda ⁹⁶.

La jurisdicción penal, ante la situación anómala representada por la previa imposición de una sanción administrativa por una infracción de alcoholemia, condenó por delito contra la seguridad del tráfico pero con expresa exigencia de que del total importe y duración de las penas aplicadas le fueran deducidas las cantidades y el tiempo de suspensión del permiso de conducir que habían sido impuestos con anterioridad por la Administración.

El TC llega a la conclusión de que *«el órgano judicial penal tomó en consideración la sanción administrativa impuesta para su descuento de la pena en fase de ejecución de la Sentencia penal, tanto en lo referido al tiempo de duración de la privación del carné de conducir como en lo que atañe a la cuantía de la multa, e intentó impedir cualquier otro efecto de la resolución administrativa sancionadora poniendo en conocimiento de la Administración la resolución penal. De modo que no puede sostenerse que materialmente el recurrente haya sufrido exceso punitivo alguno»* y que *«desde la perspectiva material del derecho fundamental garantizado en el artículo 25.1 CE, el núcleo esencial de la garantía en él contenida reside en impedir el exceso punitivo en cuanto sanción no prevista legalmente; de modo que, ni de la infracción de una regla procesal –la no suspensión del expediente administrativo prevista en el art. 7.1 y 2 RPS–, ni de la eventual falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada de la resolución sancionadora, deriva con carácter automático la lesión de la prohibición de incurrir en bis in idem sancionador. En el caso no puede afirmarse que se*

⁹⁵ Las críticas doctrinales a esta sentencia fueron bastante generalizadas: así TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, «El principio non bis in idem en la jurisprudencia constitucional. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999 de 11 de octubre. La Ley, 2000-4», para quien «la sentencia 177/1999... sienta la prevalencia de la resolución sancionatoria dictada en primer lugar, en un desacertado entendimiento del carácter complementario de non bis in idem procesal respecto del material, que desconoce su importante función en la ordenación de las relaciones entre los poderes del Estado de acuerdo con el texto constitucional lo que en palabras de Quintero Olivares “equivaldría a ceder de facto a la Administración una capacidad de disposición acerca de cuándo puede y no puede actuar el sistema punitivo”».

⁹⁶ Vid. NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio: «Principio “non bis in idem”. Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero. *Sepin-Práctica Penal*, Enero-Febrero, 2003, núm. 1.

hayan impuesto dos sanciones al recurrente, una en vía administrativa y otra en vía penal, pues materialmente sólo se le ha impuesto una sanción».

Para el TC, desde la perspectiva formal tampoco se ha violado el principio del *ne bis in idem* porque *la sencillez del procedimiento administrativo sancionador y de la propia infracción administrativa, y la naturaleza y entidad de las sanciones impuestas, impiden equiparar el expediente administrativo sancionador sustanciado —por conducir habiendo ingerido alcohol en un grado superior a las tasas reglamentariamente determinadas— a un proceso penal a los efectos de entender que el recurrente ha sufrido una vulneración de su derecho a no ser sometido a un nuevo procedimiento sancionador.*

El TC, por tanto, rechaza la idea de que *de la prohibición de incurrir en bis in idem sancionador... contenida en el artículo 25.1 CE... deriva siempre la anulación de la segunda sanción que se impone.*

Los criterios establecidos por la referida sentencia tienen especial valor pues, como en los antecedentes de la misma expresamente se recoge, la avocación al Pleno del recurso de amparo se ha efectuado para ejercer las facultades de revisión de la doctrina constitucional precedente conferidas al mismo por el artículo 13 LOTC, «a los efectos de apartarnos de la doctrina contenida en las SSTC 177/1999, de 11 de octubre, y 152/2001, de 2 de julio».

Por tanto, la solución de instancia es considerada por el TC como respetuosa con la vertiente material del principio *non bis in idem*, en cuanto encauzó la respuesta punitiva de los poderes públicos dentro del respeto al principio de proporcionalidad, evitando los excesos en la reacción.

Puede argumentarse que el abono de la sanción administrativa a la pena impuesta por el órgano jurisdiccional no tiene expresa cobertura legal. Incluso podría decirse que carece de rigor técnico-jurídico y que no tiene más fundamento que el remedio tradicional de la «cuenta de la vieja».

En puridad el medio reparador expresamente previsto en la Ley para estos supuestos sería bien la declaración de oficio por la Administración de la nulidad del acuerdo sancionatorio (art. 102.1 LRJAPPAC), bien el de que el sancionado hubiera acudido al recurso extraordinario de revisión de los actos administrativos (art. 118.1.1.^a LRJAPPAC) para anular una sanción administrativa que no debió imponerse nunca. El acuerdo sancionador incurriría en dos causas de nulidad absoluta recogidas en el artículo 62 de la LRJAPPAC (en su redacción dada por Ley 4/1999, de 13 de enero): lesión de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (al desconocer la Administración la preferencia de la jurisdicción penal, con lesión del derecho a un proceso público con todas las garantías y a la legalidad en materia sancionatoria) y manifiesta incompetencia del órgano

por razón de la materia (al corresponder a la jurisdicción penal el conocimiento de hechos con trascendencia penal) ⁹⁷.

No obstante la solución adoptada por la Audiencia Provincial y sancionada por el TC (deducción de lo ya satisfecho en ejecución de sentencia) puede considerarse plausible, no contraria a la legalidad vigente y adecuada por razones de justicia material ⁹⁸.

Este mecanismo llegó a preverse en algún texto prelegislativo: así lo establecía el artículo 13 de la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Popular, reguladora de la potestad sancionadora de la Administración, publicada en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* el 22 de mayo de 1985, al decir: «No podrán imponerse por los mismos hechos penas y sanciones administrativas, siendo vinculante para la Administración la declaración judicial firme de hechos probados. *En todo caso, la sanción administrativa sufrida será de abono para el cumplimiento de la pena*».

Puede encontrarse apoyo a esta solución práctica en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que en el asunto 99/79, Lacôme, en un supuesto de concurrencia de una doble sanción (nacional y comunitaria) admitió la duplicidad pero recomendando tomar en cuenta la anterior y compensar de alguna manera los importes ⁹⁹. También encontramos pronunciamientos a favor del XIV Congreso Internacional de Derecho Penal ¹⁰⁰.

⁹⁷ En este mismo sentido, TORRES FERNÁNDEZ, *op. cit.* Incluso se ha mantenido por esta autora que la declaración de nulidad podría ser solicitada por el Ministerio Fiscal, entre cuyas funciones se encuentra la de «velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas en cuantas actuaciones exijan su defensa» del artículo 3.º 3 EOMF.

⁹⁸ Esta solución ya se planteó por la doctrina: «Partiendo de la base de la primacía de la jurisdicción penal y de los términos en que se pronuncia el artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: "Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos", pareciera que la solución debería pasar por instar la nulidad del acto administrativo sancionador, solución a todas luces insatisfactoria desde un punto de vista no sólo de economía procesal sino también de otorgamiento de la tutela judicial efectiva, en todos aquellos casos —la mayoría— en que las sanciones son de carácter pecuniario, que admiten la solución del conflicto en el momento de la ejecución de la sentencia, acogiendo en el mismo el principio de la compensación, de forma que dando la consideración de pena ya cumplida a la sanción pecuniaria abonada administrativamente en su propio importe al tiempo de ejecutar la sentencia, se da satisfacción al ius puniendi del Estado y no se vulnera el principio "non bis in idem"». JORDI TOLOSA, José Luis, «Problemática procesal de la protección de los intereses difusos», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994.

⁹⁹ NIETO, Alejandro, *op. cit.*

¹⁰⁰ La conclusión alcanzada en este congreso, celebrado en Viena en octubre de 1989, fue del siguiente tenor: en el caso de un acto susceptible de ser calificado penal y administrativamente, el acusado no podrá ser castigado dos veces. En el caso de procesos sucesivos deberá ser tenido en cuenta toda pena ya impuesta por el mismo hecho.

Es también el criterio que sigue el artículo 5 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que regula el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración para los supuestos en los que los órganos comunitarios hubieran impuesto una sanción por hechos sobre los que se está siguiendo un procedimiento sancionador interno, pudiendo incluso llegar a la compensación total «sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción». El artículo 90.2 CECA contemplaba que en caso de doble tipificación (estatal y comunitaria) debería tenerse en cuenta la sanción anterior ¹⁰¹.

Sin embargo, la STC 2/2003 no ha cerrado el debate doctrinal y mientras algunos la han considerado como un avance ¹⁰² (valoración a la que nos sumamos), para otros es una sentencia errónea que debe ser corregida ¹⁰³.

Un supuesto límite es el que se produce cuando una contravención se prolonga en el tiempo dando lugar a sucesivas sanciones administrativas y a una ulterior sanción penal. El supuesto no es de laboratorio sino que se ha dado en la realidad, habiendo motivado recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo, que en los supuestos que analizó consideró que no se produjo conculcación del principio non bis in idem ¹⁰⁴.

¹⁰¹ NIETO, Alejandro, *op. cit.*

¹⁰² Así, para NARVÁEZ, *op. cit.*, «la sentencia 2/2003 del Pleno del Tribunal Constitucional, ha aportado luz y claridad a importantes aspectos del principio non bis in idem que quedaron notablemente oscurecidos a partir de la STC 177/1999, incorporando la lógica jurídica a la resolución de las cuestiones que habían surgido como consecuencia de la anterior tesis asumida por el Tribunal. Además, aunque desde una perspectiva de legalidad puedan resultar ciertamente discutibles, ha asumido sin embargo la bondad de algunas soluciones que se han venido adoptando en la práctica forense por razones de justicia material, ajustándose perfectamente al respeto al derecho fundamental implicado».

¹⁰³ GIMENO SENDRA, *op. cit.*, postula la revisión de la doctrina de la STC 2/2003 en relación con «la tesis de la compensación o absorción de la sanción administrativa por la penal y a la de la imposibilidad de anular la sentencia penal, que ha castigado por segunda vez al ciudadano que haya podido sufrir ya una sanción administrativa. En particular, la tesis de la compensación en la Sentencia Penal de la sanción administrativa, que el TC llega a propugnar como solución de lege ferenda, no me parece satisfactoria, por cuanto tan sólo podría encontrar su justificación en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción».

¹⁰⁴ La STS 2005/2002, de 3 de diciembre (RJ 2003/294), declara que la sentencia recurrida no ha vulnerado el non bis in idem, teniendo en cuenta que la actividad delictiva ha persistido en el tiempo hasta el mes de diciembre de 1998, es decir, con posterioridad a los hechos afectados por los expedientes administrativos los acusados siguieron realizando la actividad delictiva investigada y que ha sido objeto de la condena judicial, por lo que los hechos castigados penalmente no son coincidentes con los sujetos a sanción administrativa. Se trata de un delito permanente cuya consumación se prolonga en el tiempo y alcanza hasta la cesación efectiva de la actividad ilícita (diciembre de 1998). En este mismo sentido, la STS núm. 52/2003 (Sala de lo Penal), de 24 febrero (ponente Granados Pérez), Recurso de Casación núm. 312/2001, declara que «esto último es lo que sucede en el supuesto que examinamos, al haberse apreciado un delito conformato por la reiteración y repetición de conductas que agreden el medio ambiente por contaminación acústica, conducta delictiva que fue precedida de diversos expedientes administrativos, de los que sólo consta, en las presentes actuaciones, que dos de ellos culminarán ante la Jurisdicción Contenciosa, única capaz de producir el efecto de cosa juzgada, lo que no se ha producido con

11. EL *NON BIS IN IDEM* EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS ¿DEBE ENTENDERSE RECHAZADA LA ABSORCIÓN?

El Protocolo 7 al CEDH está firmado por España pero no ratificado. El artículo 4 del Protocolo recoge el principio del *non bis in idem*, cuya aplicación ya ha dado lugar a un cuerpo doctrinal por parte del TEDH.

En el caso *Gradinger contra Austria* (STEDH de 23 de octubre de 1995) el Tribunal apreció infracción del *non bis in idem* al haber sido el recurrente condenado penalmente por homicidio imprudente y administrativamente por conducir sobrepasando la tasa de alcohol permitida, ambas sanciones derivadas de un mismo hecho¹⁰⁵.

La STEDH *Franz Fischer contra Austria*, de 29 de mayo de 2001 [TEDH 2001/352], analiza un supuesto en el que el recurrente, que por haber conducido ebrio causó un accidente con una víctima, fue sancionado por el ilícito de alcoholemia por la Autoridad administrativa y por el homicidio imprudente por un Tribunal Penal. El TEDH estimó la vulneración del *non bis in idem* (art. 4 del Protocolo 7 al CEDH).

En la referida sentencia el TEDH no admite la compensación de sanciones como medio para eludir el *non bis in idem*.

relación al resto de los hechos que crearon una situación de peligro grave para el medio ambiente, que se materializó en padecimientos físicos y psíquicos para varios de los vecinos del inmueble, conjunto de hechos que constituyen, como se razona en el tercero de los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia, un solo delito contra el medio ambiente, delito que se mantendría aunque se excluyesen las conductas que determinaron los expedientes que culminaron en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, ya que la actividad delictiva ha persistido en el tiempo con anterioridad y posterioridad a los hechos afectados por esos expedientes administrativos».

¹⁰⁵ El razonamiento nuclear es el siguiente: In reply to Mr Gradinger's arguments (see paragraph 48 above), which the Commission endorsed in substance, the Government affirmed that Article 4 of Protocol No. 7 (P7-4) did not preclude applying the two provisions in issue consecutively. The latter were different in nature and pursued different aims: whereas Article 81 para. 2 of the Criminal Code punished homicide committed while under the influence of drink, section 5 of the Road Traffic Act punished the mere fact of driving a vehicle while intoxicated. The former was designed to penalise acts that cause death and threaten public safety, the latter to ensure a smooth flow of traffic.

The Court notes that, according to the St Pölten Regional Court, the aggravating circumstance referred to in Article 81 para. 2 of the Criminal Code, namely a blood alcohol level of 0.8 grams per litre or higher, was not made out with regard to the applicant. On the other hand, the administrative authorities found, in order to bring the applicant's case within the ambit of section 5 of the Road Traffic Act, that that alcohol level had been attained. The Court is fully aware that the provisions in question differ not only as regards the designation of the offences but also, more importantly, as regards their nature and purpose. It further observes that the offence provided for in section 5 of the Road Traffic Act represents only one aspect of the offence punished under Article 81 para. 2 of the Criminal Code. Nevertheless, both impugned decisions were based on the same conduct. Accordingly, there has been a breach of Article 4 of Protocol No. 7 (P7-4).

En todo caso deben hacerse las siguientes matizaciones respecto del caso español: 1) en el sistema austríaco la doble sanción administrativa y penal no respondió a una disfunción sino que se encontraba consagrada legalmente, 2) la reducción que se aplicó lo fue entre sanciones heterogéneas: penalmente se le impuso una privación de libertad de seis meses, que fue reducida a cinco meses por medio de un indulto parcial (y, por tanto, no se realizó la compensación en la propia sentencia). Administrativamente se le impuso una sanción pecuniaria, 3) el Protocolo 7 no ha sido ratificado por España, 4) la STC 2/2003 es posterior a la STDH Fischer, 5) desde el punto de vista de justicia material, la solución de la compensación o absorción es equitativa y evita acudir a un expediente mucho más complejo desde el punto de vista procedimental como es la anulación del acto administrativo sancionador, 6) acudiendo a la vía postulada (compensación) o a la más ortodoxa (declaración de nulidad) el resultado debe ser el mismo: prioridad de la jurisdicción penal.

Debe también tenerse en cuenta que la jurisprudencia del TEDH sufre frecuentes oscilaciones y es difícil de extrapolar a casos distintos de los contemplados en la concreta resolución, al depender muchas veces la solución adoptada del concreto sistema jurídico que analiza ¹⁰⁶.

Así, podemos comprobar cómo en el caso *Oliveira contra Suiza* (STEDH 30 de Julio de 1998) se siguió un criterio distinto, dando relevancia a la compensación de sanciones. Los hechos extractados fueron los siguientes: una autoridad administrativa sanciona al recurrente con una multa por no haber controlado debidamente su vehículo. Posteriormente un Tribunal penal, por los mismos hechos (y además por haber causado lesiones en el accidente a un tercero), le impone una multa más grave pero le descuenta la anteriormente impuesta. El TEDH concluye en el sentido de que no se violó el artículo 4 del protocolo núm. 7 ¹⁰⁷.

¹⁰⁶ RODRÍGUEZ SOL, comentando la sentencia del caso Castillo Algar, considera que «no es sino un eslabón más en una cadena jurisprudencial que, lejos de proporcionar seguridad jurídica a los justiciables, se pierde en un exceso de casuismo, condicionado en gran parte por la diversidad de modelos procesales que abarca su conocimiento y que por el mismo motivo, sólo con mucha cautela se puede aplicar para resolver, sin ayuda de otros criterios, situaciones aparentemente similares». RODRÍGUEZ SOL, Luis, en «La imparcialidad objetiva de los Tribunales: antes y después de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 1998 (caso Castillo Algar vs España)» en *Revista del Ministerio Fiscal*, núm, 7 –2000.

¹⁰⁷ Los razonamientos empleados en este caso son los siguientes: *The Government submitted that the limits within which Article 4 of Protocol No. 7 had been conceived could not be drawn so as categorically to exclude all possibility of the same set of facts being considered in two separate sets of proceedings. In any event, the case was distinguishable in three respects from that of Grading v. Austria (see the judgment of 23 October 1995, Series A no. 328-C): (i) there had been no inconsistency in the two relevant authorities' assessment of the facts, (ii) as the jurisdiction of the first authority (the Police Magistrate) was limited he would not have been able*

Si seguimos la línea radical de considerar el *non bis in idem* en su aspecto procesal como impeditivo de un proceso penal y otro administrati-

to consider all the aspects of the offending conduct and, (iii) the applicant had not been put at any disadvantage as a result of there being separate proceedings.

Under Swiss law, the Police Magistrate's jurisdiction did not extend to serious offences (crimes and délits), which were the responsibility of the District Attorney's Office and the Public Prosecutor's Office. The non bis in idem principle could not therefore apply in respect of a matter over which the Police Magistrate had no jurisdiction. The fact that he had nonetheless given a ruling was in all probability due to a misunderstanding between him and the District Attorney in that, when the latter had sent the former the case file concerning a possible prosecution of the person injured in the accident, the Police Magistrate had taken it to be the file concerning the applicant. Whatever the position, Mrs Oliveira had not been prejudiced by his decision as the amount of the first fine had been deducted from the second. However, it would not be right either for the applicant to benefit in the name of the non bis in idem principle from that procedural error.

Relying on the Gradinger judgment cited above, the Commission accepted in substance the applicant's argument. It noted that the basis for Mrs Oliveira's two convictions had been that her car had veered onto the other side of the road hitting one car and then colliding with a second, whose driver had sustained serious injuries. The injuries had not been a separate element, but an integral part of the conduct by which they had finally been caused. Moreover, a defendant could not be deprived of the protection against a reopening of his case merely because his conviction had been based on a procedural defect.

Los razonamientos claves donde se da relevancia a la absorción son los siguientes: *The Court notes that the convictions in issue concerned an accident caused by the applicant on 15 December 1990. She had been driving on a road covered with ice and snow when her car veered onto the other side of the road hitting one car and then colliding with a second, whose driver sustained serious injuries. Mrs Oliveira was firstly ordered to pay a 200 Swiss franc (CHF) fine by the Police Magistrate for failing to control her vehicle as she had not adapted her speed to the road conditions (see paragraph 10 above). Subsequently, the Zürich District Court and then the Zürich Court of Appeal imposed a CHF 1,500 fine (from which, however, was deducted the amount of the initial fine) for negligently causing physical injury (see paragraphs 11-12 above).*

That is a typical example of a single act constituting various offences (concurso idéal d'infractions). The characteristic feature of this notion is that a single criminal act is split up into two separate offences, in this case the failure to control the vehicle and the negligent causing of physical injury. In such cases, the greater penalty will usually absorb the lesser one.

There is nothing in that situation which infringes Article 4 of Protocol No. 7 since that provision prohibits people being tried twice for the same offence whereas in cases concerning a single act constituting various offences (concurso idéal d'infractions) one criminal act constitutes two separate offences.

It would admittedly have been more consistent with the principles governing the proper administration of justice for sentence in respect of both offences, which resulted from the same criminal act, to have been passed by the same court in a single set of proceedings. Indeed, it appears that that is what ought to have occurred in the instant case as the Police Magistrate should, in view of the fact that the serious injuries sustained by the injured party were outside his jurisdiction, have sent the case file to the District Attorney's Office for him to rule on both offences together (see paragraph 10 above). The fact that that procedure was not followed in Mrs Oliveira's case is, however, irrelevant as regards compliance with Article 4 of Protocol No. 7 since that provision does not preclude separate offences, even if they are all part of a single criminal act, being tried by different courts, especially where, as in the present case, the penalties were not cumulative, the lesser being absorbed by the greater.

The instant case is therefore distinguishable from the case of Gradinger v. Austria cited above, in which two different courts came to inconsistent findings on the applicant's blood alcohol level.

In conclusion, there has been no violation of Article 4 of Protocol No. 7.

vo sucesivos, llegaríamos incluso a abortar la posibilidad de que tras una sentencia absolutoria pueda reabrirse o abrirse la vía administrativa. En España, la simplicidad del procedimiento administrativo sancionador hace que ni desde las posiciones más hipergarantistas pueda defenderse que su naturaleza aflictiva sea obstáculo para permitir abrir un ulterior proceso penal o viceversa ¹⁰⁸. Como hemos analizado *supra* un gran número de disposiciones legales sectoriales prevén el mecanismo de la reapertura del expediente administrativo sancionador tras la sentencia absolutoria, permitiendo así expresamente la concurrencia sucesiva de dos procedimientos por un mismo hecho, y en nuestra opinión, partiendo con acierto de la premisa de la no afectación de la prohibición del doble peligro de condena o *double jeopardy*, como se denomina en la V.^a Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

El derecho a no ser sometido a dos procesos por el mismo hecho (o *non bis in idem* formal) y el derecho a no ser sancionado dos veces por el mismo hecho (o *non bis in idem* material), desde la perspectiva de las relaciones proceso penal–expediente administrativo sancionador, tienen distinto rango, en tanto el primero es instrumental respecto del segundo, esto es, el primero se reconoce para evitar que pueda ser desconocido el segundo. Ello deriva de que difícilmente puede conceptuarse al menos en Derecho español como *proceso* el expediente administrativo sancionador, cuya simplicidad hace que no tenga potencial aflictivo como sin duda lo tiene un proceso penal. Por ello, el haber sido sometido a un expediente administrativo sancionador no conlleva la imposibilidad –con sanción de nulidad por desconocer el *non bis in idem*– de que se abra un ulterior proceso penal por los mismos hechos y *a contrario* el proceso penal agotado por sentencia absolutoria tampoco es óbice para que se abra un expediente administrativo sancionador por los mismos hechos.

En todo caso, el debate al menos doctrinalmente sigue abierto, existiendo un importante sector doctrinal que defiende abiertamente la «inhibición de la Administración en caso de sentencia, ya sea absolutoria o condenatoria», debiendo el «Estado asumir las consecuencias de una actuación negligente de sus Tribunales sin cargar al ciudadano con la amenaza de una nueva línea de ataque» ¹⁰⁹. Pero tales opiniones en la actualidad, son sólo eso, opiniones *de lege ferenda*, pues *de lege data*, como analizamos *supra* en gran número de disposiciones legales se contempla la reapertura del

¹⁰⁸ Coincidimos con GARBERÍ, *op. cit.*, como gráficamente podría decirse que, en materia de garantías inherentes a la imposición de las sanciones administrativas, hemos transitado del «casi nada» al «prácticamente todo».

¹⁰⁹ NIETO GARCÍA, Alejandro, «Derecho...», *op. cit.*, p. 374.

expediente administrativo sancionador tras la sentencia absolutoria, permitiendo ese *bis in idem* formal.

Aun coincidiendo con la afirmación de que «no sólo se vulnera este principio sancionando al autor más de una vez por el mismo hecho, sino también cuando se lo juzga por el mismo hecho en más de una oportunidad ¹¹⁰», creemos que no puede asimilarse el expediente sancionador a un enjuiciamiento ¹¹¹. Tanto más cuanto objetivamente la sociedad necesita establecer una última línea defensiva que ante determinados supuestos evite márgenes de impunidad ¹¹².

No obstante, esta conclusión tiene validez en tanto exista alguna diferencia –si quiera sea meramente cuantitativa– entre el objeto del proceso penal y el objeto del expediente administrativo. Si existiese una total identidad en sujeto, objeto y fundamento (por haberse incurrido en duplicidad al tipificarse el delito y la infracción administrativa) sería improcedente, por contrario a elementales exigencias de seguridad jurídica, iniciar un expediente administrativo sancionador tras la sentencia penal absolutoria.

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO, Enrique: *Justicia penal y derechos fundamentales*. Madrid, 2002.

BENLLOCH PETIT, Guillermo: «El principio de non bis in idem en las relaciones entre el derecho penal y el derecho disciplinario», *Revista del Poder Judicial*, núm. 51. Tercer trimestre 1998.

DOMINGO, Rafael, y RODRÍGUEZ ANTOLÍN, Beatriz: *Reglas y aforismos jurídicos*. Aranzadi, 2000.

¹¹⁰ BACIGALUPO, Enrique: *Justicia penal y derechos fundamentales*. Madrid, 2002.

¹¹¹ Coincidimos plenamente con el razonamiento de la STC 2/2003: «la sencillez del procedimiento administrativo sancionador y de la propia infracción administrativa, y la naturaleza y entidad de las sanciones impuestas, impiden equiparar el expediente administrativo sancionador sustanciado –por conducir habiendo ingerido alcohol en un grado superior a las tasas reglamentariamente determinadas– a un proceso penal a los efectos de entender que el recurrente ha sufrido una vulneración de su derecho a no ser sometido a un nuevo procedimiento sancionador».

¹¹² Hacemos nuestras las palabras de PÉREZ CAPITÁN, *op. cit.*, «una conducta que vulnera las barreras legales de aspectos claves de nuestro ordenamiento, como el derecho a la salud, la seguridad e higiene en el trabajo, medio ambiente, etc., puede no merecer el reproche penal y sí el administrativo puesto que el grado de agresión a los valores sociales es, a juicio del legislador, jerarquizable. Si en favor de la aplicación de un criterio discutible, que plausiblemente puede acoger numerosas argucias procesales, libramos de su merecido reproche una conducta que va contra los valores básicos de nuestro sistema, no hemos progresado en demasía».

- FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael: «La impugnación de infracciones administrativas en materia laboral. Problemas de enjuiciamiento. La experiencia del orden contencioso-administrativo». *Cuadernos del Poder Judicial*.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José: *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 324. Editorial Aranzadi, 1997.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, Ciyitas.
- GIMENO SENDRA, Vicente: «Cuestiones prejudiciales devolutivas y *non bis in idem* en el proceso penal». La Ley, 2003.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: «Los delitos de los funcionarios públicos: cuestiones generales. La prevaricación como figura residual», *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ.
- JAÉN VALLEJO, Manuel: *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 584/2003.
- JORDI TOLOSA, José Luis: «Problemática procesal de la protección de los intereses difusos», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994.
- MARCHENA GÓMEZ, Manuel: «Infracciones administrativas y penales en la ley orgánica de protección de datos y en la ley de servicios de la sociedad de información», *Sepin-Práctica Penal*, 2003.
- MONTORO PUERTO, Miguel: «El Derecho sancionador del Estado». *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, 1998-I, p. 140.
- MUÑOZ CUESTA, Javier: *Estudios Aranzadi. Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 10/2003.
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio: «Principio “non bis in idem”. Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero». *Sepin-Práctica Penal*. Enero-Febrero 2003, núm. 1.
- NAVARRO CARDOSO, Fernando: *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho Penal*, Ed. Colex, 2001.
- NIETO, Alejandro: *Derecho Administrativo sancionador*, Ed. Tecnos, 2002.
- NOREÑA SALTO, José Ramón: «El principio ne bis in idem», *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal* 1998-I.
- PÉREZ CAPITÁN, Luis: «El “non bis in idem” en el derecho sancionador laboral. La jurisprudencia de la última década», *Aranzadi Social*, Vol. II, Parte Estudio, pp. 2273-2317.
- PICÓ LORENZO, Celsa: «Las infracciones al orden social y la prevención de riesgos laborales», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: «Infracciones urbanísticas y delitos relativos a la ordenación del territorio», *Cuadernos de Derecho Judicial*.
- RODRÍGUEZ SOL, Luis: «La imparcialidad objetiva de los Tribunales: antes y después de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 1998 (caso Castillo Algar vs España)» en *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 7, 2000.
- ROZAS, Juan Manuel: *Boletín Aranzadi Penal*, núm. 12/2002.

- RUIZ VADILLO, Enrique: «La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal», *Estudios de Derecho Judicial*.
- TORRES FERNÁNDEZ, María Elena: «El principio non bis in idem en la jurisprudencia constitucional. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre». *La Ley*, 2000-4.

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS ESPECIALES

GONZALO J. CAMARERO GONZÁLEZ

Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja

I. CONCEPTO DE DELITO ESPECIAL

Delitos especiales son aquellos en los que no toda persona puede ser autor, porque el círculo de autores está limitado a ciertas personas. Se contraponen a los delitos comunes, que pueden ser cometidos por cualquiera. Se dividen en propios, que son aquellos que no tienen correspondencia con un delito común, porque en ellos la calidad especial del sujeto es determinante para la existencia del delito, de tal modo que faltando la misma el hecho sería atípico (Quintero); e impropios, que son aquellos que tienen correspondencia con uno común; es decir, existe un delito común subyacente que puede ser cometido por cualquier persona, pero que si se comete por un sujeto especialmente cualificado se convierte en especial impropio ¹.

Delitos especiales, por tanto, son aquellos que sólo pueden ser cometidos por determinadas categorías de personas que el tipo indica. Los que están dentro del círculo son intranei o cualificados; los que están fuera extranei o no cualificados. Hay en ellos una limitación de la esfera de autores. Tal limitación es a veces expresa en el tipo y a veces tácita. En el círculo de personas están incluidas fundamentalmente las sometidas a un deber (por lo que entre ellos se encuentran los delitos cometidos en comisión por omisión) ².

¹ Sobre el concepto de delito especial: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (1996) *Autoría y participación*, Akal iure, pp. 169 y 170; GIMBERNAT ORDEIG, E. (1966) *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, Servicio de publicaciones Facultad de Derecho, pp. 228, 252, 253; QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F.; PRATS CANUT, J. M.; (2000) *Manual de Derecho penal, parte general* Aranzadi pp. 635 y ss.

² Sobre los delitos de comisión por omisión como delitos especiales: CEREZO MIR, J. (2000) *Derecho penal parte general. Lecciones 26 a 40*, UNED p. 226; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Ibid.*, pp. 169, 170.

Cuando Mezger ³ inicia en su Tratado el comentario del parágrafo 50 del Código penal alemán (StGB), antecedente directo del vigente 28 StGB, titula el epígrafe «Fundamentación de la pena en virtud de relaciones personales» y afirma que de ella se deduce el concepto de delito especial, ya que, como veremos, gran parte de la discusión va a estar centrada en la comunicación de circunstancias entre cualificados y no cualificados.

II. LA DISCUSION EN ALEMANIA

Como advierte Gimbernat ⁴ el estudio de la doctrina alemana tiene gran interés, no sólo por su calidad dogmática, sino también porque las soluciones alemanas han tenido gran influencia en la doctrina española.

1. Elementos especiales de autoría

Su repercusión en la autoría directa y la coautoría. El autor, para ser tal, debe tener el dominio final sobre el hecho y las características especiales de autor: características subjetivo-personales de autor (intenciones, tendencias, etc.) y características objetivo-personales de autor (funcionario, médico, etc.). El dominio final del hecho es la característica general de la autoría. Los momentos personales del autor se requieren sólo donde, en relación a un tipo particular, son presupuestos de la autoría. Estas ideas expuestas por Welzel ⁵ son generalmente admitidas por la doctrina, de modo que para ser autor idóneo se requiere en principio el dominio del hecho, pero hay tipos que exigen algo más, las características especiales de autoría, ya sean subjetivas u objetivas. Estas últimas son muy importantes en los delitos especiales, porque sólo en quien concurren podrá ser autor idóneo del delito.

Así, autor directo de un delito especial (autor directo es quien realiza por sí mismo el tipo ejecutando la acción típica) sólo podrá ser quien a la

³ MEZGER, E. (1935) *Tratado de Derecho penal*. Traducción de la 2.^a edición alemana y notas de derecho español por J.A. Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, vol. II, pp. 299, 300.

⁴ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Ibid.*, p. 251.

⁵ WELZEL, H. (1997) *Derecho penal alemán. Traducción de la 11.^a edición alemana de J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez*, (Chile), Editorial Jurídica de Chile, pp. 120 y 121. De modo similar, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Ibid.*, pp. 45 y 46, JAKOBS, G. (1995) *Derecho penal parte general, fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Marcial Pons, p. 723; ROXIN, C. (1998) *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Marcial Pons, p. 384.

característica general del dominio del hecho añade las especiales que señale el tipo.

En la coautoría vale el mismo principio: la coautoría es autoría. Por eso cada coautor ha de ser autor, esto es, poseer las cualidades personales (objetivas y subjetivas de autor), y además ser coportador del dominio final del hecho ⁶. Roxin mantiene que quien, cooperando en división de trabajo con otro, realiza el tipo de un delito de infracción de deber (categoría en la que como veremos incluye los delitos especiales), no por eso tiene que ser coautor. La coautoría requiere quebrantamiento conjunto de un deber común ⁷. Esta idea es compartida por autores que rechazan la categoría de los delitos de infracción de deber. Si cada coautor ha de ser autor idóneo, para que exista coautoría han de quebrantar todos ellos un deber personal para que pueda existir esta figura (además deben darse evidentemente los demás requisitos de la coautoría: decisión conjunta, codominio del hecho, que Roxin denomina dominio funcional del hecho, y aportación en fase ejecutiva, que aunque no sea típica ha de ser esencial para el éxito del plan común, que son los requisitos que permiten la imputación recíproca de todas las contribuciones al hecho).

2. El problema de la autoría mediata

El autor mediato, el hombre de atrás, ha de tener también las condiciones especiales de autoría. Por ello si el hombre de atrás carece de ellas y el instrumento sí las tiene no puede ser aquel autor mediato (será, en su caso, partícipe). La figura de la autoría mediata, afirmaba en 1966 Gimbernat, «que la doctrina, sobre todo alemana, acepta como lo más natural del mundo, presenta en su *fundamentación* dificultades casi insuperables» ⁸. Pese a todo, como asegura Rodríguez Mourullo ⁹, la necesidad de admitir una autoría mediata se hizo particularmente sensible en Alemania antes de la reforma de 1943. Hasta entonces regía la accesoriedad máxima, que requería para la punibilidad de la participación un acto principal culpable. Por ello la autoría mediata se concibió como fenómeno tapagujeros (Maurach). Antón Oneca entendía que era necesaria en Alemania, donde el autor no está definido en ninguna parte y el Código tiene lagunas sobre codelincuencia (se refiere a los

⁶ WELZEL, H. *Ibid.*, p. 132.

⁷ ROXIN, C. *Ibid.*, pp. 386 a 389.

⁸ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Ibid.*, p. 222.

⁹ RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (1972) en *Comentarios al Código penal*, con CÓRDOBA RODA, J., DEL TORO MARZAL, A., CASABÓ RUIZ, J-R. Editorial Ariel, vol. I, pp. 803, 804.

antiguos párrafos 47 y ss StGB). Esta idea de necesidad está presente en autores alemanes de principios del siglo xx. Así R. Frank en su comentario al Código dice que en los delitos especiales hay que extender el alcance de la autoría mediata en cierto sentido: la circunstancia de que el instrumento actúe de modo imputable y doloso no se opone aquí a la autoría mediata. Esta ampliación es necesaria porque si no el autor potencial tendría la posibilidad de evitar su responsabilidad en tanto encontrara a alguien que se prestase a actuar como autor inmediato. En estos casos se invierte la normal relación entre autoría y participación: el hombre de atrás es autor y el instrumento es cómplice ¹⁰. Esta es una formulación de la doctrina del instrumento doloso no cualificado, excepción al principio general de que no es posible la autoría mediata donde el instrumento actúa de forma plenamente responsable. Su finalidad es evitar lagunas punitivas. Estas surgirían porque el extraneus no puede responder del delito especial al faltar en él la condición especial de autoría, y por el principio de accesoriedad también resultaría exenta de pena la conducta del funcionario, ya que éste participaría en un hecho principal impune. Gimbernat en su monografía cita como ejemplo de este modo de pensar a F.-Chr. Schroeder, quien entiende que hay un modo formal y otro material de ver las cosas, habiendo vencido en general el enjuiciamiento material sobre el formal y positivista. Así, existe una teoría formal que afirma que autor es sólo el que realiza el acto ejecutivo, pero que fracasa por su formalismo al intentar explicar por qué el autor mediato es autor. Las teorías materiales, sin embargo, acuden a criterios que son capaces de fundamentar la autoría mediata (dominio del hecho, voluntad de autor), pero caen en inconsecuencias porque creen que siempre es autor quien ejecuta directamente el hecho, pero quien ejecuta el hecho no siempre tiene el dominio del hecho o voluntad de autor. Por ello, hay que tomar conciencia de que no existe uno sino varios criterios válidos para fundar la autoría: el autor mediato lo es porque tiene el dominio del hecho; el inmediato porque realiza el tipo aunque no lo tenga ¹¹. En Alemania esta tesis es dominante: si el extraneus utiliza al funcionario como instrumento no se convierte aquél en autor mediato, le falta un elemento típico en el aspecto personal. Pero el intraneus puede ser autor mediato aunque utilice un extraneus, salvo que el delito además de especial sea de propia mano. Gimbernat al referirse a esta doctrina sostiene que tiene razón desde el punto de vista de justicia material puesto que la mayoría de las veces la conducta del intraneus contendrá una malicia mayor, si para evitar que se le aplique el delito especial decide no cometerlo directa-

¹⁰ FRANK, R. (1915) *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich* (Alemania) Verlag von Mohr, previo al 47 III 1, pp. 82 y 83.

¹¹ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Ibid.*, pp. 234, 235.

mente y servirse de un instrumento, como decía Frank. Y considera que incluso hay razones ontológicas a favor de la autoría mediata, ya que se parece bien poco a los supuestos de inducción y cooperación necesaria. Pero a pesar de ellos concluye que es equivocada. «En el Derecho penal no sólo entran en juego estas consideraciones. Existe un principio fundamental, inviolable, que es el de legalidad»¹². En la época en que escribió Gimbernat (1966) regía la antigua redacción del Código penal alemán, que no mencionaba la autoría mediata (como tampoco lo hacía el español), si bien se entendía que era una institución de derecho consuetudinario, que tenía fácil acomodo en el concepto subjetivo de autor (bastaba con actuar con *animus auctoris*) y en el concepto extensivo de autor defendido entre otros por Mezger, quien asegura que el no cualificado desciende necesariamente al papel de cómplice y que el cualificado puede ser autor mediato porque ha cocausado el resultado y no puede ser participante en la acción del no cualificado, con independencia de si ha ejecutado, instigado o auxiliado. Rodríguez Muñoz, su traductor y anotador, dice a este respecto que las formas de participación son causas de restricción de la pena y cuando hay una causación fuera de ellas siempre aparece de nuevo la autoría, para justificar, dentro del concepto extensivo de autor la posición de Mezger¹³. Welzel, al tratar la autoría mediata del cualificado por la utilización de un no cualificado, dice que en los delitos especiales propios el cualificado que está detrás tiene el dominio social del hecho y con ello la autoría. El extraño que actúa con dolo es cómplice (instrumento doloso no cualificado)¹⁴. Jescheck por su parte considera que no puede hablarse de autoría mediata porque no hay dominio de la voluntad en el hombre de atrás. Hay que recurrir al dominio del hecho, pero éste debe concebirse normativamente (dominio normativo-psicológico del hecho). El hecho punible no puede ser cometido en absoluto por el mediador sin la cooperación del hombre de atrás, y únicamente se produce un hecho jurídico-penalmente relevante en cuanto éste aporta la intención o cualidad requerida por el legislador. Lo decisivo es el influjo dominante del hombre de atrás, junto al momento psicológico de que haya determinado a cometer el delito a quien actúa¹⁵. Otro intento de solución es la teoría de Roxin sobre los delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikte*), según la cual hay que distinguir entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber. En estos no es aplicable el dominio del hecho para determinar la autoría, sino

¹² GIMBERNAT ORDEIG, E., *Ibid.*, p. 239.

¹³ MEZGER, E. (1935). *Ibid.* vol. II., p. 274. RODRÍGUEZ MUÑOZ, nota 18 de esa página.

¹⁴ WELZEL, H., *Ibid.*, p. 125.

¹⁵ JESCHECK, H. H. (1981) Tratado de Derecho penal. Parte general. Traducción y adiciones de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. Editorial Bosch, p. 927.

que el sujeto infrinja o no el deber. Sólo puede ser autor aquel a quien le obliga un deber especial que la mayor parte de las veces es extrapenal, de modo que el obligado es siempre autor independientemente de su contribución al hecho. La lesión del deber por sí sola fundamenta la autoría. Esto aplicado a la autoría mediata significa que basta que el individuo sujeto a deber deje la ejecución a alguien que no ostenta el deber que funda la autoría. Según Roxin para el problema del instrumento doloso no cualificado resulta una solución satisfactoria, por lo que se puede concluir que comparte el resultado pero no la fundamentación de la teoría tradicional ¹⁶. Es cierto que el Código, sobre todo en delitos de funcionarios ha calificado como de autoría comportamientos de mera participación. Pero la teoría va demasiado lejos porque el principio de legalidad impide considerar las acciones de participación como de autoría si el Código no lo dice expresamente. Jakobs ¹⁷ también cree que el problema ha quedado en parte superado por la evolución experimentada en el terreno de los delitos de infracción de deber, en los que el obligado, aun cuando su aportación sea insignificante, es autor, si bien hay que decir que cuando se refiere a delitos de infracción de deber los entiende de modo diverso a Roxin, ya que la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber va unida en él a la diferenciación entre delitos en virtud de organización y en virtud de institución. Stratenwerth, en el supuesto del extraneus que realiza la acción inducido por el intraneus, primero defendió que éste debía ser penado *como si fuera* inductor, pero luego ha mantenido que el supuesto es atípico, porque se requiere tanto el dominio del hecho como el deber especial ¹⁸. Finalmente Samson ¹⁹ manifiesta que contra la interpretación de Welzel y de Jescheck hay que oponer que lleva a un círculo vicioso. Que el sometido a deber añada el último elemento que faltaba al tipo, no quiere decir que con ello realice un suceso jurídicopenalmente relevante. La pregunta es precisamente si éste es el caso. A Roxin hay que concederle que en algunos delitos la mera infracción del deber convierte en autor. Pero si el tipo presupone la infracción del deber a través de una acción concreta que el sometido a deber no realiza por sí, la sola infracción del deber no puede justificar la imputación. La forma mixta de Stratenwerth es desconocida para la ley. Por ello es preferible, según él, la siguiente solución: Si el tipo presupone una infracción del deber por medio de cualquier acción, el hombre de atrás sometido a deber es autor. Si la ley exige además una acción

¹⁶ ROXIN, C., *Ibid.*, pp. 385 a 392.

¹⁷ JAKOBS, G., *Ibid.*, pp. 784.

¹⁸ STRATENWERTH, G. (1982) *Derecho penal, parte general, I El hecho punible*. Traducción de la 2.^a edición alemana por Gladys Romero. Editorial EDESA, núms. 794 a 799.

¹⁹ SAMSON, E., en *Systematischer Kommentar zum StGB* (1975), con RUDOLPHI, HORN, SCHREIBER, A. METZNER VERLAG (Alemania) par. 25 Rn 34 y 35.

especial de lesión sólo será autor si posee dominio fáctico del hecho. Si no es el caso sólo viene en consideración un delito de omisión.

3. La participación: Accesoriedad y parágrafos 28 y 29 StGB

3.1 LA ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACIÓN.

En el ámbito de la participación rige el principio de accesoriedad, conforme al cual los partícipes dependen del hecho de otro, dependen del autor. Sin embargo en la coautoría rige el principio de imputación recíproca mediante el cual a cada uno de ellos se le imputa la totalidad del hecho con independencia de la concreta aportación que cada coautor haya realizado. La razón se encuentra en que en la coautoría cada autor realiza un hecho propio y no participa en un hecho ajeno. Por ello, a diferencia de los supuestos de participación, la razón de la punibilidad del coautor se encuentra en el hecho propio. Esta diferenciación aparece en von Liszt, quien dice que los actos del coautor no son una forma de la participación (accesoria) en el acto de otro, sino acción propia, independiente ²⁰, frente a la opinión de Mezger/Blei que entienden que accesoriedad significa dependencia de la coautoría, de la inducción y de la complicidad de la autoría (coautoría) de otro. Esta dependencia pertenecería a la esencia de la participación, a causa de necesidad lógica: sin otro coautor no hay coautoría, sin otro como autor no puede haber complicidad o inducción. La coautoría presupone fundamentalmente que el hecho común al menos para un coautor haya llegado a la tentativa ²¹. Hoy la primera tesis, la de von Liszt, es absolutamente dominante.

También se discutió durante la legislación anterior si era preciso un hecho doloso (ahora no cabe duda, a la vista de los parágrafos 26 y 27). Así Roxin, quien mantiene la obra citada en el estado en que la publicó en 1963 y la actualiza a través de addendas, en el texto de 1963 discutía la participación en hechos principales no dolosos, y consideraba que en los delitos de dominio la participación era «cooperación sin dominio del hecho» y en los de infracción de deber «intervención sin infracción de deber especial» por lo que cabría en ellos una participación sin hecho principal doloso ²². Por ello consideraba desacertado el tenor de los arts. 30 y 31 del proyecto

²⁰ VON LISZT, F. (1917) *Tratado de derecho penal*. Traducción de la 20.ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa y adicionado por Quintiliano Saldaña, Editorial Reus, vol. III, p. 84.

²¹ MEZGER/BLEI (1973) *Strafrecht I Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*. (Alemania) Beck, pp. 287, 288.

²² ROXIN, C., *Ibid.*, pp. 399 a 411.

de 1962 (parágrafos 26 y 27 actuales, que expresamente requieren para la participación un hecho principal doloso).

Accesoriedad significa que el hecho ajeno en su calificación jurídica se tiene en cuenta para la responsabilidad del partícipe: de la esencia de la participación como cooperación en la realización ajena del tipo se deriva su accesoriedad (Cramer/Heine)²³. Esta visión se encuentra ya en Beling: Inducción y complicidad son accesorias, no sólo en relación a su existencia, sino también a sus consecuencias jurídicas, es decir, su punibilidad tiene su origen (a causa de las relativas amenazas penales de los par. 48 y 49 anteriores) en la aplicable al hecho principal, con las excepciones del par. 50²⁴. Pero no faltan autores como Rodríguez Mourullo que entienden de otro modo la accesoriedad: Este autor mantiene que es importante tener en cuenta que la exigencia de la unidad de delito y la necesidad de mantenerla es fruto de un equívoco, pues no se participa en el delito sin más: se participa en el hecho, en el delito en cuanto hecho, por lo que normalmente a la unidad de hecho corresponderá unidad de valoración, pero que no siempre será así²⁵.

Accesoriedad, por tanto, quiere decir que el hecho del partícipe depende del hecho del autor (participar quiere decir intervenir en hecho ajeno). Y significa: a) Dependencia del grado de realización del delito: La participación empieza a ser punible cuando el hecho del autor empieza a ser punible para el derecho: con la tentativa. Para que pueda castigarse la participación el hecho debe encontrarse al menos en fase de tentativa (salvo que haya responsabilidad por acto preparatorio). La participación cabe hasta la consumación, pues no cabe participación cuando el delito ha sido ya consumado (accesoriedad cuantitativa); b) Dependencia de los elementos del delito: Para que se pueda castigar al partícipe el hecho del autor debe ser típico y antijurídico (accesoriedad limitada). Cerezo, siguiendo a Boldova cree que basta la accesoriedad mínima, que el hecho del autor sea típico. La conducta del partícipe es lícita no sólo cuando concurre en ella una causa de justificación, sino también cuando concurre en la conducta del autor una causa de justificación y el partícipe lo sabe (accesoriedad cualitativa); c) Dependencia de la existencia de dolo en el autor: no cabe participación imprudente en delito doloso, pues se trataría de autoría imprudente, ni participación dolosa en delito imprudente, pues sería autoría mediata²⁶.

²³ CRAMER/HEINE, en Schönke/Schröder *Strafgesetzbuch Kommentar* (2001) Ed. Beck (Alemania) Previos al par. 25 Rn 21, 23.

²⁴ BELING, E. (1925) *Grundzüge des Strafrechts* (Alemania), Ed. Mohr p. 95.

²⁵ RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (1972) *Ibid.*, p. 866.

²⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Ibid.*, pp. 116 a 121, CEREZO MIR, J., *Ibid.*, pp. 200, 201.

3.2 EL PROBLEMA DE LOS ELEMENTOS PERSONALES Y LOS PARÁGRAFOS 28 Y 29 StGB

A pesar de la accesoriedad hay circunstancias personales que sólo pueden agravar o atenuar en relación con la persona en quien concurren y que deben ser aplicadas analizando interviniente por interviniente. Esto ocurre preferentemente en los delitos especiales.

El parágrafo 28 StGB dice: Especiales elementos personales. 1) Si en el partícipe (inductor o cómplice) no concurren especiales elementos personales que fundamentan la punibilidad del autor, la pena de aquéllos se atenuará según el parágrafo 49 I. 2) Si la ley determina que especiales elementos personales agravan la pena, la atenúan o la excluyen, ello regirá sólo para aquel que haya tomado parte en el hecho (autor o partícipe) en que tales hechos concurren. Y el 29 StGB establece que cada partícipe es castigado con relación a su culpabilidad, sin tener en cuenta la culpabilidad de los demás. Mientras que el párrafo segundo del parágrafo 28 procede, con pequeñas modificaciones, del CP de 1871, el primero fue introducido en 1968. El significado y la problemática del precepto sólo se pueden entender si se analiza junto con el art. 29.

Interpretación y desarrollo de los arts. 28 y 29.—La mayor parte de los autores consideran que el principio de accesoriedad establecido por los arts. 26 y 27, según el cual la punibilidad del partícipe se rige por el hecho principal, es infringido por los arts. 28 I, II y 29, si bien de diferente manera. La ley parte de que es preciso distinguir entre elementos de la culpabilidad y otros elementos. El art. 29 determina que para la culpa del partícipe sólo son decisivos los elementos que en él existen. Esto representa una excepción al principio de accesoriedad, según el cual se pueden imputar al partícipe las circunstancias que el autor principal realiza con conocimiento del partícipe. Del art. 28 se concluye que la accesoriedad se infringe también por otros elementos además de los referentes a la culpa. Esto sucede en el caso de los elementos personales especiales aunque de otra manera. Si se trata de elementos personales especiales que agravan, atenúan o excluyen la pena, sólo se le pueden imputar al partícipe si él mismo los realiza. Así el art. 28 II les da el mismo tratamiento que el 29 a los elementos referentes a la culpa. Frente a esto el 28 I parte de que los elementos personales especiales que fundamentan la pena, se le pueden imputar al partícipe si el autor principal los realiza con su conocimiento. Este principio es mitigado, en tanto en cuanto al partícipe se le atenúa la pena cuando el elemento no concurre en él. La necesidad de la citada reforma de 1968 la explica magistralmente Gimbernat ²⁷. El

²⁷ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Ibid.*, pp. 253 a 259.

supuesto de la participación del extraneus en el delito especial propio no estaba entonces expresamente regulado en el StGB, pero la doctrina dominante interpretaba el 50.2 (equivalente al 28 II actual) a contrario y creía que en los delitos especiales propios todos respondían por el delito especial. Y daba un paso más: si en los delitos especiales impropios había para todos los extraños una atenuación, parecía justo que también rigiera en los delitos especiales propios, pues el motivo era el mismo, que el extraneus no infringía un deber especial. Esto llevaba a que a quien era coautor fuera castigado como mero cómplice. Aquí había una inconsecuencia, porque en los delitos especiales impropios la pena del extraneus era atenuada siempre al castigársele por el delito común. En el especial propio, sin embargo, sólo se le atenuaba al coautor, pero no al cómplice ni al inductor (y al inductor se le castiga hoy y entonces con la misma pena que al autor). Mezger propuso como remedio que teniendo en cuenta el verdadero sentido de la ley no podía aplicarse el parágrafo 48 (instigación) que castigaba con la misma pena que al autor al no cualificado, sino el 49 (complicidad): el no cualificado sólo podía ser cómplice ²⁸.

En la discusión en Alemania es importante la distinción entre elementos de la culpabilidad, elementos personales y personales especiales, y entre los que fundan y modifican la pena. Pero como dice Samson la respuesta es por muchos motivos difícil. En primer lugar juega un papel la pregunta si hay un tipo de la culpabilidad independiente, que más allá de los elementos generales de la culpabilidad contenga elementos de la disposición de ánimo o de la actitud interna (*Gesinnungsmerkmale*). Por otro lado la diferencia entre tipos privilegiados o agravados dependientes de un tipo principal y tipos independientes es discutida en casos concretos. La solución se ve dificultada especialmente porque el fundamento de la pena del partícipe es muy controvertido y los preceptos de los arts. 28 y 29 son difíciles de armonizar. Así por ejemplo Gropp dice que el parágrafo 28 no es fácil de entender porque a pesar del muy semejante tenor literal de los párrafos 1 y 2 sus presupuestos y consecuencias jurídicas son completamente distintas. El párrafo primero se refiere a elementos personales especiales referidos al autor que fundamentan la punibilidad del mismo y es aplicable si los elementos especiales personales faltan. El segundo por el contrario tiene por objeto elementos personales especiales referidos al autor que modifican la pena. El párrafo primero garantiza la accesoriedad de la participación: aunque falten los citados elementos en el partícipe, es castigado por el hecho principal, si conocía la existencia de los elementos.

²⁸ MEZGER, E. (1935) *Ibid.*, vol. II, pp. 300 a 302.

El párrafo segundo quiebra la accesoriedad y prevé una condena para el partícipe en base a los elementos que en él concurren.

Respecto de esta última cuestión entiende Samson ²⁹ que según la discusión actual sería sólo defendible o también para los casos del 28 II una reducción de la pena o el mantenimiento del 28 II dejando impune las conductas del 28 I. Esta situación insatisfactoria tiene repercusiones en la interpretación de los arts. 28 y 29.

Elementos de la culpabilidad.—Difícil es ante todo la separación entre elementos de la culpabilidad (art. 29) y elementos personales especiales (art. 28). La jurisprudencia y la doctrina mayoritaria defienden que el art. 29 es válido sólo para las normas generales sobre exclusión de la culpabilidad. El precepto deroga las normas de la accesoriedad sólo para el error de prohibición, la inimputabilidad, el estado de necesidad exculpante y el exceso culpable en la legítima defensa (parágrafos 17, 19 a 21, 33, 35). Por el contrario, el art. 28 regularía el injusto en cuanto se determine por circunstancias personales.

Pero existen opiniones minoritarias discrepantes. Así Jescheck mantiene que el 28 abarca todos los elementos personales que pertenecen al ámbito de lo injusto y el 29 tanto las causas generales de exclusión o disminución de la culpabilidad como los elementos esenciales de lo que denomina tipo de culpabilidad ³⁰. El citado autor afirma que dentro del tipo en sentido amplio debe distinguirse el tipo de injusto del tipo de culpabilidad. Este alcanza a aquellos factores que contribuyen a caracterizar más precisamente la actitud interna del autor frente al derecho actualizada en el hecho. Se basa en un concepto material de la culpabilidad que ve en ésta una falta censurable de actitud jurídica. Su misión es reunir aquellos elementos de la figura del delito que hacen aparecer como especialmente censurable o relativamente intacta la actitud interna del autor actualizada en el hecho frente al específico mandato jurídico.

Son de tres clases: elementos de la culpabilidad objetivamente configurados: son todas causas de atenuación o de exclusión de la culpabilidad y nunca pueden operar como causas de agravación. Deben ser conocidos por el autor porque de otro modo no podrían motivarle; elementos de culpabilidad subjetivamente configurados: no basta la mera concurrencia, es preciso que hayan incidido efectivamente en la formación de la voluntad; elementos de actitud interna (*Gesinnungsmerkmale*). Han de deducirse de las circunstancias externas y consisten en el comportamiento espiritual contrario a los valores éticos que se expresan inmediatamente en el tipo. Así v.gr. son el

²⁹ SAMSON, E. (1975), *Ibid.*, comentario a los párrafos 28 y 29, GROPP, W. (2001) *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (Alemania), Ed. Springer, p. 358.

³⁰ JESCHECK, H.-H., *Ibid.*, 903 a 907.

placer de asesinar, satisfacción del instinto sexual, codicia y móviles bajos en el asesinato (parágrafo 211). Con distintos argumentos también incluyen en el parágrafo 29 los especiales elementos de la culpabilidad Stratenwerth, Otto Jakobs y Gropp³¹. Como la doctrina dominante: Schlüchter, Ebert, Cramer/Heine³². Especial es la postura de Maurach. El parágrafo 28 no se aplica, según él, a los elementos de culpabilidad, salvo a los elementos de responsabilidad por el hecho, que ubica fuera de la culpabilidad. Por ello el parágrafo 28 se restringe al ámbito del ilícito típico realizado con responsabilidad, en tanto los elementos especiales de culpabilidad (que no reconoce) son atribuidos al ámbito de la ilicitud y se someten al parágrafo 28. Es importante señalar que Maurach, entre la antijuridicidad y la culpabilidad incluye una categoría intermedia denominada «responsabilidad por el hecho» (donde incluye sobre todo los arts. 33 y 35 StGB) que recoge las causas de inexigibilidad de otra conducta, que tienen fundamento objetivo (estandarizado) frente a las causas de exclusión de la culpabilidad, que son individualizadas. Esta construcción dogmática tiene repercusión en la accesoriidad, ya que considera, frente a la doctrina dominante que defiende la accesoriidad limitada, que ésta pone el límite demasiado bajo. La comisión de una acción típica y antijurídica no es suficiente, ya que el autor principal debe haber actuado con responsabilidad por el hecho³³.

Volviendo a la exposición, existe una razón de peso a favor de la opinión mayoritaria. Como afirma Samson la accesoriidad tiene como función compaginar la falta de contornos de la acción del partícipe con las exigencias del principio de determinación del tipo. Si la acción del partícipe no se puede describir de forma suficientemente precisa, presupone al menos la realización de un hecho principal típico. Mas la opinión minoritaria debe también castigar como partícipe si falta en el autor principal un elemento de culpabilidad tipificado, pero existe en el partícipe. Este es el obligatorio efecto del art. 29 que no sólo descarga al partícipe, sino que en el caso contrario también le incrimina. La dificultad de diferenciar entre elementos personales del injusto y elementos de la culpabilidad tiene no sólo efecto en el tipo del partícipe sino que también conduce a insegurida-

³¹ STRATENWERTH, G. (2000) *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat* (Alemania) Carl Heymanns Verlag, pp. 354 y ss., OTTO, H. (1996) *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*. (Alemania), De Gruyter, pp. 297 y ss., JAKOBS, G., *Ibid.*, p. 822, GROPP, W., *Ibid.*, pp. 358 a 360.

³² SCHLÜCHTER, E. (2000) *Strafrecht Allgemeiner Teil in aller Kürze* (Alemania), EuWi Verlag, pp. 121 y ss., EBERT, U. (1985) *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Alemania), Decker & Müller, pp. 183 a 186, CRAMER/HEINE (Sch/Sch), *Ibid.*, comentario al par. 28 Rn 3, 18, 19, 30.

³³ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF (1994) *Derecho penal, parte general*, Traducción de la 7.ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson (Argentina), editorial Astrea, vol. I, p. 545, vol. II, pp. 487, 500, 501.

des en la determinación de los elementos del hecho principal. Y como el hecho principal es garante de la determinación del tipo, esta inseguridad tiene mucho peso. La opinión mayoritaria nunca pena por participación en un hecho principal que no reúne todos los elementos tipificados en el tipo de la parte especial. Esta misma idea la encontramos en España en Peñaranda Ramos: El principio de accesoriedad cumple una función de garantía. Exige para que se pueda castigar a los diferentes sujetos que intervienen en la realización de un hecho punible, que uno al menos cumpla la totalidad de los elementos típicos. Se ha de tratar de un comportamiento que también en el caso de actuar una sola persona convertiría a ésta en autora de un delito. La razón de ser del principio es mantener intacta la estructura de los tipos de la parte especial en su relación con la responsabilidad de los partícipes. Surgió para garantizar de un modo más riguroso la determinación de los tipos³⁴. La opinión mayoritaria nunca pena por participación en un hecho principal que no reúne todos los elementos tipificados en el tipo de la parte especial.

Elementos personales.—Los elementos que no pertenecen a la culpabilidad hay que decidir si son o no personales. Elementos personales pueden ser, como dice el parágrafo 14, propiedades (características corporales, físicas o jurídicas esenciales o referentes al carácter de una persona, como la cualidad de funcionario público), relaciones (conexiones de la persona con el mundo circundante) o circunstancias que pertenecen al tipo y se refieren al autor, independientemente de si tienen cierta duración o surgen en el hecho.

Los elementos que no son personales siguen las reglas de la accesoriedad: basta que el autor principal los realice y que el partícipe los conozca.

Elementos referidos al autor.—Los elementos personales se dividen en referidos al autor y referidos al hecho. También los referidos al hecho se imputan al partícipe si los realiza el autor y aquél lo sabe. La diferencia entre referidos al autor y referidos al hecho no existe en la ley y ha sido desarrollada por la doctrina. Los criterios utilizados en la jurisprudencia y en la doctrina para la distinción difieren entre sí ampliamente. El BGH (Tribunal Supremo alemán) califica un elemento de referido al hecho si aumenta la reprochabilidad del hecho como tal o marca el aspecto exterior del mismo. Referidos al autor son motivos o tendencias que caracterizan al autor. Son especiales si caracterizan al autor, es decir, si por causas que están en su persona o en una especial situación de deber unida a su persona, codeterminan el injusto, la culpabilidad o la punibilidad (el desvalor del

³⁴ PEÑARANDA RAMOS, E. (1990) *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, editorial Tecnos, pp. 327, 337, 339.

hecho en sentido amplio). Los elementos referidos al hecho son los que sirven a la caracterización objetiva del hecho. La distinción en el caso concreto es difícil, pero de modo predominante se acepta que pertenecen a esta categoría por regla general los que caracterizan al sujeto de la acción en una posición de deber especial (funcionario público), así como frecuentemente los elementos de disposición de ánimo, motivos y propósitos. Como muestra de las dificultades, en el hurto el ánimo de apropiación se fracciona en un ánimo de expropiación (referido al hecho) y un ánimo de adquisición (referido al autor). Otra propuesta es la de Herzberg, que distingue entre elementos valorativamente neutrales y referidos a un valor (quien sin embargo considera al ánimo de enriquecimiento, constitutivo en la estafa, como valorativamente neutral, porque no percibe que todos los elementos típicos son fundamentadores del injusto y por eso no son valorativamente neutrales). Tampoco es satisfactorio el intento de Schünemann, quien caracteriza como especiales personales a los que uno no puede realizar según las reglas de la autoría mediata. Jakobs limita los especiales elementos personales a los deberes especiales y a la necesidad de ejecución de propia mano. A veces la distinción entre referidos al autor y al hecho no es fácil, porque hay elementos mixtos, en los que a través de la interpretación hay que descubrir el elemento preponderante (Mezger/Blei). Harro Otto dice que los referidos al hecho son reflejo subjetivo del injusto realizado objetivamente; los referidos al autor los motivos que yendo más allá del dolo y de las intenciones especialmente nombradas en el tipo no encuentran ninguna correspondencia en la esfera objetiva.

Decisiva para la diferenciación según Samson, es la pregunta sobre si el elemento se refiere a una lesión adicional de bien jurídico. Después de haber dicho que la participación siempre presupone un hecho principal que cumpla todos los elementos de un tipo de injusto, hay que tener aquí en cuenta el pensamiento del injusto del partícipe. Esto lleva a que al partícipe se le imputen elementos que caracterizan al autor y no a la lesión del bien jurídico comprendida por el tipo, sólo si en él mismo concurren. Al revés, se le imputan a él elementos personales que sólo concurren en el autor si se refieren a la lesión del bien jurídico. Cramer/Heine dicen que habrá que partir de que el legislador, cuando introdujo la atenuación obligatoria del 28 I, tenía a la vista los casos en que la accesoriedad máxima, a causa de un deber altamente personal del autor, podía llevar a injusticias.

Si la ley limita la punibilidad a cierto círculo de personas no siempre estará el fundamento en que tienen una posición de deber especial. A veces la ley utiliza la descripción del autor para regular una situación social o un ámbito vital, sin que surja un deber especial o un injusto específico. Lo mismo vale para las posiciones de garante. La discusión se ha centrado

sobre todo en las intenciones y motivos. Como referidos al autor se designan los motivos que señalan la orientación del autor ante su hecho. Referidos al hecho, cuando la ley entiende como intención el dolo dirigido a un resultado y menciona con ello el reflejo subjetivo de un resultado que modifica el injusto del hecho.

Sólo a los referidos al autor se aplica el 28 StGB. Los referidos al hecho siguen las reglas de la accesoriedad. En los referidos al autor se puede decir que reconocimiento general tienen sólo las posiciones especiales de deber en los delitos especiales.

Elementos que modifican la pena y elementos que la fundan.—En los elementos personales que se refieren al autor hay que distinguir entre los que fundan la pena y los que la modifican. Lo determinante para la distinción es si los elementos de un tipo están totalmente incluidos en el otro. Según Jakobs, un elemento es fundamentador de la punibilidad cuando en su ausencia no se da ningún comportamiento típico. A los elementos que modifican la pena se aplica el 28 II. El partícipe será penado según el tipo cuyos elementos él cumpla. En el caso de elementos que fundan la pena el partícipe es penado por el mismo delito que el autor, según el 28 I ³⁵.

Parágrafo 29.—Tiene dos consecuencias: Es posible la participación en hecho principal inculpable, y para el castigo del partícipe es determinante su propia culpabilidad.

Se refiere sólo a las causas de exclusión o disminución de la culpabilidad o a las causas de disculpa, pero no sin embargo a los elementos contenidos en un tipo de la parte especial que se refieren a la culpa (parágrafos 17, 19 a 21, 33 y 35).

En resumen: Aunque el partícipe no realiza por sí mismo el hecho, no se puede objetar contra la punibilidad del partícipe en los delitos especiales propios que al mismo no le alcanza el deber especial previsto en el tipo. Tampoco concurren en él los elementos previstos en el tipo que fundan la autoría (dominio del hecho) sin que esto elimine su responsabilidad de partícipe. La ley puede extender la responsabilidad de partícipe también a los extraños si proclama punibles las lesiones de bienes jurídicos sin dominio del hecho. El 28 I parte no sólo de una regla posible sino también completamente compatible con el principio de accesoriedad ³⁶.

³⁵ LACKNER, K. (1993) *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen* (Alemania), Beck, comentario al par. 28 y 29; TRÖNDLE, H. (1997) *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* (Alemania), Beck, comentario al par. 28 y 29; JAKOBS, G., *Ibid.*, pp. 820 y ss.; MEZGER, E. (1935), *Ibid.*, vol. II, pp. 302; VON LISZT, F., *Ibid.*, tomo III, pp. 99 a 101; FRANK, R., *Ibid.*, p. 104; MEZGER/BLEI, *Ibid.*, p. 290; CRAMER/HEINE, en Schönke/Schröder, *Ibid.*, comentarios a par. 28 y 29.

³⁶ SAMSON, E. *Systematischer Kommentar*, *Ibid.*, Previo al par. 26 Rn 16.

Los delitos especiales se fundan en un elemento personal referido al autor que hace que en materia de participación se aplique el parágrafo 28, con la consecuencia siguiente: si es un delito especial propio el partícipe extraneus es penado por el tipo del autor intraneus con rebaja de pena obligatoria (la equivalente a la tentativa). Si es delito especial impropio se rompe el principio de accesoriedad y el extraneus responde por el delito común y el intraneus por el especial.

III. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA

El delito especial que más ha ocupado a la doctrina española ha sido el derogado delito de parricidio. La discusión se centraba (y se sigue centrandó) en si el art. 65 CP, —el antiguo art. 60 CP— era aplicable no sólo a las circunstancias atenuantes y agravantes genéricas, sino también a las específicas de la Parte Especial que forman tipos dependientes de un tipo básico e incluso a los elementos típicos que fundamentan la punibilidad de una figura delictiva, o si era preciso mantener la unidad del título de imputación y el principio de accesoriedad de la participación.

1. Autoría directa y coautoría

Partiendo de que sólo puede ser autor idóneo quien además del dominio del hecho tenga los especiales elementos de autoría, las conclusiones deben ser las mismas a las que llega la doctrina alemana. En los delitos especiales sólo puede ser autor en sentido estricto el intraneus. Así, autoría directa en los delitos especiales sólo puede tener quien siendo sujeto del deber domina el hecho. En la coautoría todos son autores, por lo que en cada uno de ellos deberán concurrir todas las características típicas exigidas para ser autor. Habrán de estar presentes por consiguiente tanto los elementos subjetivos de la autoría como los elementos objetivos de la autoría cuando el tipo delictivo concreto los prevea. En definitiva, cada autor ha de ser autor idóneo, no sólo en cuanto a su aportación, sino también con referencia a las aportaciones de los demás intervinientes. En los delitos especiales propios sólo es posible si todos los coautores infringen el deber. En el delito especial propio no es posible hablar de coautoría del extraneus. Sólo puede ser partícipe. En el delito especial impropio, el coautor extraneus responde por el delito común subyacente y el intraneus por el delito especial propio. Son importantes las matizaciones de Rodríguez Mourullo en sus Comentarios: La coautoría puede entenderse como un supuesto de participación en sentido lato, pero se dife-

rencia de la participación en sentido estricto en que en tanto ésta es cooperación en hecho ajeno, la coautoría es realización del hecho propio, razón por la que no le alcanza el principio de accesoriedad. Ya vimos que esta es también doctrina casi unánime en Alemania (en contra, Mezger/Blei).

Por ello el extraño no puede ser coautor de un delito especial, salvo que se trate de delito especial cuyo tipo esté compuesto por varios actos, pues entonces quien no puede ser autor único puede realizar directamente algún acto delictivo de los varios que integran el tipo. Si es delito especial impropio será coautor pero del delito común. Si es especial propio hay que analizar si puede entenderse su actividad participación, ya que al ser colaboración en hecho ajeno no requiere la cualidad de autor. Gimbernat por mantener la unidad del delito afirma que el extraño responde también como coautor del delito (sin distinguir si es propio o impropio). Pero pasa por alto que sólo puede realizar directamente una característica ejecutiva del tipo quien es autor idóneo ³⁷.

2. La autoría mediata

Es preciso, para que pueda decirse que se trata de un caso de autoría mediata, que la acción ejecutada por el instrumento aparezca como obra del hombre de atrás. El hombre de atrás, el autor mediato, ha de tener las características especiales de la autoría: elementos objetivos de dominio (la infracción de deber en los delitos especiales) y los elementos subjetivos (ánimo de lucro). Si el cualificado es el hombre de atrás, habrá autoría mediata salvo en delitos de propia mano. Si el hombre de atrás es el extraneus no habrá autoría mediata sino inducción o cooperación necesaria.

La doctrina ampliamente dominante rechaza la teoría del instrumento doloso no cualificado, manteniendo firme el principio general de que la autoría mediata no es posible cuando el instrumento actúa de forma plenamente responsable. De los autores consultados sólo Mir Puig la admite al considerar que la aplicación de la autoría mediata en los delitos especiales realizados a través de un instrumento doloso no cualificado puede llevar en algunos casos a la misma solución que la interpretación tradicional y jurisprudencial del art. 60 I CP (que él rechaza), mediante el concurso de leyes. Tampoco acoge la doctrina mayoritaria la categoría de los delitos de infracción de deber. La admiten Bacigalupo quien dice que en ellos la autoría mediata es innecesaria: quien infringe el deber induciendo a otro a cometer el delito ya

³⁷ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Ibid.*, pp. 63, 73, 191, 192; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Ibid.*, p. 300; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Ibid.*, vol. I, pp. 822, 838 a 840.

es autor, y Gómez Benítez, si bien la acepta con matizaciones: en los delitos especiales propios basta que el intraneus vulnere su deber aunque no tenga el dominio del hecho, pero en los especiales impropios debe infringir su deber específico y además tener el dominio del hecho. Si no lo domina sólo puede ser partícipe. Gimbernat cree que plantea problemas con el principio de legalidad, pues éste prohíbe que se considere a las acciones de inducción, cooperación necesaria o complicidad acciones de autoría si el Código Penal no lo dice expresamente. La solución la encuentra en que el intraneus en los delitos especiales de resultado, podrá ser castigado la mayor parte de las veces como autor en sentido estricto, pero no cuando se tipifique expresamente la actividad que ha de causar el resultado. Responderá entonces como inductor o cooperador necesario en un delito común con la eventual circunstancia agravante (parentesco o prevalimiento de carácter público). Rodríguez Mourullo, quien también rechaza el instrumento doloso no cualificado, dice que para paliar las posibles lagunas no existe otro expediente que recurrir a hechos típicos que no requieran ni cualidades personales ni elementos subjetivos especiales. Si no existe tal posibilidad la impunidad es inevitable (por lo dicho ya varias veces: En el caso en que el intraneus A induce al extraneus B a cometer un delito especial propio, B no comete delito por carecer de elementos de autoría, por lo que A queda impune, puesto que no existe un hecho principal al que vincular su inducción)³⁸.

3. La comunicabilidad de las circunstancias (art. 65 CP)

El art. 65 CP ha recibido elogios de la doctrina. Así del Rosal se refiere a su equivalente del Código penal anterior como el «siempre ponderado artículo sesenta, acaso el precepto de más alta significación a este respecto, puesto que corresponde en su integridad a la preconizada ley interior del pensar penal, de que el quicio y fundamento de su existencia es conferido por la culpabilidad». Antón Oneca manifiesta que estamos ante uno de los preceptos más laudables del Código por su fidelidad al principio de culpabilidad y que en él debe buscarse inspiración para varios problemas de responsabilidad no expresamente regulados por la ley, y aunque pudiera pensarse que es superfluo «es conveniente en el plano práctico por la tendencia de los tribunales a la responsabilidad objetiva». Quintano también se refería al citado artículo

³⁸ MIR PUIG, S. (1984) *Derecho penal, parte general*, Ed. PPU, pp. 339 y ss, 1.ª ed.; MIR PUIG, S. (1996) *Derecho penal, parte general*, Ed. PPU, pp. 395 y 396, 4.ª ed.; BACIGALUPO ZAPATER, E. (1997) *Principios de derecho penal, parte general* Akal iure, pp. 372, 373; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Ibid.*, pp. 186 a 190; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Ibid.*, pp. 296 a 298, 300; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Ibid.*, vol. I, pp. 809, 810.

diciendo: En nuestros Códigos penales existe ya hace más de un siglo (desde 1848, que lo tomó del napolitano) un plausible precepto. Precioso precepto que, lejos de ser superfluo, como pensara Groizard (por no hallar entonces concordancias extranjeras), de lo que se le puede reprochar es de insuficientemente extensivo ³⁹.

La discusión (con trascendencia en la aplicación a los delitos especiales) se ha centrado en si es aplicable sólo a las circunstancias modificativas genéricas o también a las específicas de la Parte Especial o incluso también a los elementos típicos que fundamentan la punibilidad. Así Cerezo mantiene que también se aplica a las circunstancias específicas de la Parte Especial, lo que permite una mayor individualización de las responsabilidades y lleva a consecuencias más justas. Y utiliza como argumento el art. 67 a sensu contrario (en el mismo sentido Conde-Pumpido). López Barja de Quiroga interpreta el precepto a la manera alemana y en lugar de hablar de circunstancias objetivas y subjetivas dice que es preferible la distinción entre elementos *vinculados al autor* (apartado primero del art. 65) y elementos *vinculados al hecho* (apartado segundo). Los elementos *relativos a la culpabilidad*, según él, es evidente que no están incluidos en el art. 65 (en ningún caso son comunicables porque la culpabilidad es personal). Tampoco los que *fundamentan la punibilidad* (esenciales en los delitos especiales propios). Aplica el art. 65 para resolver el problema de la comunicabilidad de las circunstancias, tanto genéricas como específicas, pero cree que el precepto no es de aplicación cuando se trata de elementos del tipo o de circunstancias que fundamentan la punibilidad. La cuestión de la comunicabilidad de los especiales elementos personales cree que es un grave problema que el Código penal de 1995 debió resolver pero que se ha limitado en este extremo a reproducir en el art. 65 el contenido del antiguo art. 60 y por consiguiente ha dejado un vacío sorprendente. La solución que propone es la del art. 28 StGB: el 28.2 recoge los supuestos del 65.1 español, pero falta el 28.1 alemán, aunque de hecho lo ha introducido en nuestro ordenamiento la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Bacigalupo mantiene una concepción similar a ésta, con el matiz de que en cada circunstancia hay que decidir si revela predominantemente una disposición del autor o una mayor o menor gravedad del hecho (el elemento preponderante de que hablaba Mezger). Córdoba Roda también lo considera aplicable a circunstancias cualificativas de delitos, pero no a elementos constitutivos del tipo, opinión que comparten Octavio de Toledo/Huerta Tocildo. Pero autores como Peña-

³⁹ DEL ROSAL, J. (1960) *Derecho penal español (Lecciones)*, Madrid, Imprenta de Silverio Aguirre Torres, vol. II, pp. 137 y ss.; ANTÓN ONECA, J. (1986) *Derecho penal*, 2.ª edición puesta al día por Hernández Guijarro y Beneytez Merino, Akal, pp. 463 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, A. (1958) *Compendio de Derecho penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, vol. I, pp. 390 y ss.

randa Ramos, Mir Puig y Quintero Olivares defienden que el art. 65 CP sólo se aplica a las circunstancias genéricas de los arts. 21 a 23 CP. Pacheco y Viada veían difícil la aplicación del apartado segundo a las atenuantes. Así Pacheco se preguntaba: La ley habla en el párrafo segundo de este artículo tanto de circunstancias atenuantes como de circunstancias agravantes. Nosotros, que en estas últimas comprendemos su doctrina, y podemos multiplicar los ejemplos, no la comprendemos ni hallamos ninguno que pueda referirse a las primeras. ¿Es torpeza nuestra o ligereza de la ley? ⁴⁰.

4. La participación en los delitos especiales

Bajo la vigencia de los Códigos anteriores fueron pocos los autores que defendieron que el *extraneus* participe en un delito especial cuyo autor principal era *intraneus* debía ser penado por el delito especial. Silvela decía que el extraño que a sabiendas ayuda al hijo al homicidio del padre es coautor o cómplice de parricidio, pues «sería en verdad extraño que, no habiéndose ejecutado más que un solo hecho criminal, fuese sin embargo distinto el delito para el autor que para el cómplice, o para uno de los autores en relación con otro compañero». Viada también creía que el no funcionario incurriría en el mismo delito que el funcionario. «El porqué de esta igualdad es fácil de comprender: puestos de acuerdo para cometer una falsedad, identifícanse de tal modo, que separados nada son al objeto del delito y unidos lo son todo. Sabe el particular cuál es la responsabilidad que contrae el funcionario público al cometer la falsedad, y con unirse a él para llevarla a cabo, no puede menos que aceptar aquélla y hacerse participante de la misma. Este caso no se ha presentado aún ante la jurisprudencia española; la francesa lo ha resuelto en igual sentido que nosotros lo hemos hecho». Sánchez Tejerina dijo que la solución que da Viada parece científicamente la más acertada, pero que por razones de justicia la solución pudiera ser agravarle la pena de homicidio. Quintano Ripollés, respecto del problema específico del parricidio creía que lo verdaderamente decisivo para la solución del problema era la caracterización exacta del papel a desempeñar por el parentesco. De ser mera circunstancia pudiera sos-

⁴⁰ CEREZO MIR, J., *Ibid.*, pp. 204 a 207; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (1996) *Contestaciones de Derecho penal al programa de judicatura* Colex, p. 310; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Ibid.*, pp. 122 a 127; BACIGALUPO ZAPATER, E., *Ibid.*, pp. 361 y ss; CÓRDOBA RODA, J. (1972) con RODRÍGUEZ MOURULLO, DEL TORO MARZAL y CASABÓ RUIZ en *Comentarios al Código penal*, vol. II, pp. 252 y 253; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, (1986) *Derecho penal, parte general, teoría jurídica del delito*, Editor Rafael Castellanos, pp. 507 a 524; VIADA Y VILASECA, S. (1885) *Código penal reformado de 1870*, Tercera edición, Librería de Fernando Fé, p. 110, comentario al art. 80; PACHECO, J. F. (1867) *El Código penal concordado y comentado*, Imprenta de Manuel Tello (tercera edición), p. 339 vol I, comentario al art. 65; PEÑARANDA RAMOS, E., *Ibid.*, p. 351.

tenerse la tesis de la accesoriedad del parricidio, como homicidio cualificado, no si se estimaba elemento constitutivo. Y se decantaba por considerarlo delito sui generis por las siguientes razones: a) criminológica: no es lo mismo colaborar en que alguien mate a su enemigo o en que mate a su padre o su madre, aunque no lo sean de quien colabora (la reprochabilidad extrema debe comunicarse a todo el que participa); b) el art. 60 (antecedente del actual 65 CP) se aplica a circunstancias pero no a elementos típicos, incluso es discutible que tenga carácter subjetivo, pues parece más bien objetivo; c) como razón positiva, el 17.3 CP derogado (encubrimiento del parricidio: si se puede ser encubridor se puede ser inductor o cómplice) ⁴¹.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria entendía que el *extraneus* debía ser penado por el delito común subyacente o en su caso ser absuelto si se trataba de un delito especial propio cometido por el *intraneus*. Ya Pacheco, respecto de la malversación, decía que, «conjuntamente con los empleados que cometen este delito, pueden concurrir particulares que sean co-autores, cómplices o encubridores de él. El presente capítulo no dice sobre ellos nada; pero claro está que no es aquí donde debe buscarse su pena. Tales delitos en tales delinquentes son sólo privados». Y Montalbán/Gómez de la Serna, respecto del mismo delito: «Este delito sólo puede ser cometido por empleados públicos: la sustracción efectuada por particulares recibirá otro nombre que será el que merezca el hecho en la categoría de los delitos contra la propiedad». En el mismo sentido se pronunció Puig Peña. Cuello Calón, respecto de parricidio, dice que el extraño que coopera a la ejecución de un parricidio será culpable de homicidio o asesinato, pues el parentesco constituye una circunstancia de índole personal y subjetiva, y éstas, conforme al párrafo primero del art. 60, sólo pueden agravar la responsabilidad de las personas en quienes concurren. Quien coopere como coautor, cómplice o encubridor a la muerte del pariente realizada por extraño responde por parricidio. Respecto de la malversación creía que el particular que participa en la malversación realizada por el funcionario no es culpable de este delito, sino de uno común contra la propiedad: el motivo del castigo es el quebrantamiento del deber de fidelidad y el particular no lo puede violar; la razón estaba en el 60 CP, que no sólo se apli-

⁴¹ SILVELA, L. (1884, vol. I y 1879, vol. II), *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España* Tipografía de Manuel G. Hernández, vol. I, p. 185, y vol. II, pp. 226 y 227; VIADA Y VILASECA, S., *Ibid.*, p. 501 (cuestión VI parricidio) y 369 (cuestión I del art. 314); QUINTANO RIPOLLÉS, A. (1946), *Comentarios al Código penal*, Editorial Revista de Derecho privado, vol. I, p. 371, vol. II, p. 227; QUINTANO RIPOLLÉS, A. (1962) *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, Editorial Revista de Derecho privado, vol. I, pp. 148 a 156; QUINTANO RIPOLLÉS, A. (1958), *Compendio*; *Ibid.*, pp. 390 y ss.; SÁNCHEZ TEJERINA, I. (1937), *Derecho penal español, parte general, parte especial*, Salamanca, Librería general La Facultad de Germán García, p. 539.

ca a las circunstancias genéricas, sino también a las de carácter personal que cualifican determinados delitos. Sin embargo al referirse en general a los delitos de funcionarios dice que «el sujeto del delito ha de ser forzosamente un funcionario público. Esto no quiere decir que no puedan también participar como coautores, cómplices o encubridores otras personas que participen en el ejercicio de funciones públicas (es una errata, ya que en la edición de 1957 aparece el «no participen» p. 349), pero sin la concurrencia del funcionario como agente principal no pueden entenderse estos delitos», por lo que parece admitir en los delitos especiales propios la punibilidad del particular.

Otra posición importante fue la de Rodríguez Devesa, quien, tras decir que en algunas ediciones anteriores sostuvo, siguiendo el criterio de Rodríguez Muñoz en sus explicaciones en cátedra, que había que distinguir los supuestos del 14.1 CP anterior (ruptura del título de imputación si el *extraneus* realiza actos ejecutivos) y los demás casos (mantenimiento del título de imputación), reconoce que así recibe un trato más benévolo el coautor que el auxiliador necesario por lo que cambia de criterio y cree que el *extraneus* nunca puede ser coautor porque le falta el parentesco, pero en cualquier caso debe mantenerse el principio de accesoriedad. Con ello se refiere a la crítica de Antón Oneca, quien además, de modo exacto, dice que en el tema del parricidio «en general los comentaristas alegan más razones de índole moral que jurídica». Otro posicionamiento muy influyente históricamente fue el de Cobo del Rosal/ R. Mourullo. Criticaban de Quintano que el encubrimiento no es en realidad ninguna forma de participación; de Cuello que el parentesco no es circunstancia, sino elemento del tipo. También consideraban imposible la unidad del hecho porque «el extraño, en cuanto *extraño*, jamás podrá decirse que mata o coopera en la muerte de un *pariente*» (la reprochabilidad se dirige contra un limitado número de personas que taxativamente señala en artículo). Y concluían que «en el probable conflicto entre la técnica –cifrada aquí por la unidad de calificación jurídica– y la justicia –resultado práctico – nos decidimos ahora, como siempre, en favor de esta última, a la que, en fin de cuentas, debe rendir culto la técnica penal. El extraño no puede ser ni autor ni cómplice porque jamás podrá ser pariente del ofendido».

Estos planteamientos de la doctrina dominante fueron sometidos a crítica en 1966 por Gimbernat. Dice que los autores apelan a la justicia material para fundar su posición. Pero Gimbernat cree que la justicia dice más bien esto: que no es lo mismo contribuir al «hecho» parricidio, donde al desvalor que ya lleva en sí la acción de «matar» se añade el desprecio por el vínculo parental, que contribuir al «hecho» homicidio, donde sólo existe el desvalor de matar. No es lo mismo, puesto que uno es más grave que el otro. Pero tampoco cree justa la otra solución, la que hacía responder por parricidio al partícipe extra-

ño, pues también hace iguales comportamientos que son distintos. Lleva a condenar con igual pena al extraño que induce al hijo a matar a su padre (sólo induce al hijo a matar a su padre) y al hermano que induce al hermano a matar al padre de ambos (induce al hijo a matar a su padre, que es, además, padre del inductor). La solución considera que está en el medio. La pena del *extraneus* que colabora en un delito especial debe ser superior a la del sujeto que colabora en un delito común e inferior a la del *intraneus* que lo hace en uno especial. De este modo elaboró la Teoría del término medio: *Participación de pariente en homicidio*, responde por homicidio con la agravante de parentesco (menos que el extremo por exceso que consiste en hacer responder al pariente por parricidio, que es injusto, pues se le trata igual que al hermano que induce a otro hermano a matar al padre de ambos –doctrina dominante– y más que al extremo por defecto, que castiga por homicidio, injusto porque pena igual que al extraño que colabora con extraño en la muerte de un extraño); *Participación del extraño en parricidio*, responde por parricidio con la atenuante analógica de no parentesco (más que el extremo por defecto –teoría dominante– que castiga al extraño por homicidio, lo que es injusto, pues se le trata igual que al extraño que colabora con extraño en la muerte de un extraño y menos que el extremo por exceso que hace responder al extraño por parricidio, injusto también porque le trata igual que al hermano que induce al hermano a matar al padre de ambos). En los demás delitos especiales cree que la solución debe ser la misma, el extraño responde en base al delito especial. «El extraño que induce a una malversación induce a este delito y no a una apropiación indebida que no se ha dado en la realidad, y cuya existencia sólo se puede fundamentar con juegos de prestidigitación dogmáticos que hacen aparecer delitos donde no están y desaparecer otros que sí que están»⁴².

A partir de esta obra (que ha recibido críticas por la atenuante de no funcionario y por defender la aplicación del delito especial al coautor *extraneus*, como ya vimos en Rodríguez Mourullo) son muchos los autores que defienden la unidad del título de imputación y el principio de accesoriidad en los delitos especiales⁴³. Como ejemplos, Serrano Butragueño, quien asegura que, gracias a las críticas de Gimbernat y de otros autores, actualmente se acepta

⁴² PACHECO, J. F., *Ibid.*, comentario al 314, p. 510, del vol. II; MONTALBÁN/GÓMEZ DE LA SERNA, (1885), *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, vol. III, Imprenta de Sánchez, quinta edición, p. 326; CUELLO CALÓN, E. (1948), *Derecho penal parte especial* Editorial Bosch, pp. 312 y 313, 368, 430; RODRÍGUEZ DE VESA/SERRANO GÓMEZ, (1994), *Derecho penal español, parte especial*, Dykinson, p. 58; PUIG PEÑA, F. (1969), *Derecho penal III*, Editorial Revista Derecho privado, p. 462; ANTÓN ONEGA, J., *Ibid.*, p. 464; DEL ROSAL/COBO/RODRÍGUEZ MOURULLO (1962), *Derecho penal español, parte especial (Delitos contra las personas)*, Imprenta Silverio Aguirre Torres, pp. 180 a 188; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Ibid.*, pp. 256 a 276, 283 a 287, 292.

⁴³ BAJO FERNÁNDEZ, M. (1986), *Manual de Derecho penal (parte especial), delitos contra las personas*, editorial CEURA, pp. 53 y 54.

tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, sin apenas reticencias, que la participación en los delitos especiales ha de seguir las reglas generales de la participación. Si el autor es *intrañeus*, el delito cometido será el especial (malversación) y por la unidad del título de imputación todos responden por él. Si el autor es el *extrañeus*, el delito es el común (apropiación indebida) y todos responden por él. En el mismo sentido, Orts Berenguer con el argumento añadido de que sería difícil de otro modo buscar un equivalente en los delitos patrimoniales cuando sean conductas de malversación que no consistan en apropiación (respecto de Código Penal anterior), Berdugo/Arroyo Zapatero/García Rivas/Ferré Olivé/Serrano Piedecabras, Muñoz Conde/García Arán, Octavio de Toledo y Ubieto/Huerta Tocildo, Díaz y García Conlledo. Una posición especial ocupa en este grupo Rodríguez Mourullo. Defiende que el *extrañeus* partícipe en delito especial propio responda por este delito. El sentido de la ley es prohibir toda participación en la conducta de ese círculo limitado de personas. Ante la alternativa de considerar al extraño impune o castigarle por el delito especial, la justicia material y la estructura técnica de la participación abogan por la segunda solución (el art. 60 CP anterior no es aplicable, porque la inexistencia del elemento provoca la exclusión, no la modificación de la responsabilidad, y porque la exclusión de la responsabilidad requiere un precepto especial que lo indique a tenor de los arts. 12, 49 y ss. CP anterior). En los delitos especiales impropios la regla es en principio la misma: debe responder por el delito especial. Pero de la particular estructura del tipo de la parte especial hay que deducir si la voluntad de la ley es contraer la cualificación sólo a algunos participantes y que los demás respondan por el tipo común. De todos modos las dificultades de cualquier solución quedan presentes en esta consideración del citado autor: Cuando el delito especial tiene sentido agravatorio se produce la paradójica siguiente situación: la persona cualificada responde de acuerdo con una figura delictiva más grave si actúa como autor que si actúa como partícipe. Pero si tiene significado privilegiante, el cualificado responde por una figura más grave si se limita a participar en el hecho ajeno que si lo realiza él directamente ⁴⁴.

⁴⁴ SERRANO BUTRAGUEÑO, I., en AA.VV.: *Código penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 1998, editorial Comares, comentario al art. 27, pp. 420 y ss; ORTS BERENGUER, E. (1996), con VIVES ANTÓN, BOIX REIG, CARBONELL MATEU, GONZÁLEZ CUSSAC, en *Derecho penal parte especial*, editorial Tirant lo Blanc, pp. 710, 711; en la tercera edición (1990), pp. 490; BERDUGO/ARROYO, ZAPATERO/GARCÍA, RIVAS/FERRE, OLIVE/SERRANO PIEDECABRAS (1999), *Lecciones de Derecho penal, parte general*, Editorial Praxis, p. 299; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (1996) *Derecho penal, parte general*, Tirant lo Blanc, p. 466; MUÑOZ CONDE (1991), *Teoría general del delito*, Tirant lo Blanc, pp. 185, 186; MUÑOZ CONDE (1996), *Derecho penal, parte especial*, Tirant lo Blanc, pp. 876, 877; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Ibid.*, pp. 507 a 524; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M. (1991), *La autoría en Derecho penal*, Editorial PPU, p. 167; RODRÍGUEZ MOURULLO (1972), *Comentarios, ibid.*, p. 862 a 865 y 869.

Otros autores siguen más de cerca la solución alemana y la que vimos tradicional en la doctrina española (si bien admiten que el *extraneus* que participa en el delito especial propio del *intraneus* no ha de quedar impune, sino que debe responder por el delito especial propio). Así, Bustos Ramírez/ Hormazábal mantienen que el *extraneus* que participa en delito especial propio responde por este delito. Si es impropio, el *intraneus* debe ser castigado por el especial y el *extraneus*, por el común (la cualidad de sujeto activo cofunda el injusto especificándolo, por lo que no se divide el hecho principal, ya que al cometer el especial también se realiza el básico). Por su parte Cobo/Vives defienden una división entre delitos especiales en sentido estricto (figuras para la realización de cuyo injusto se requiere la concurrencia de una determinada cualidad personal, y las particularidades del sujeto activo delimitan el tipo de injusto) y en sentido amplio (la condición del sujeto fundamentaría una punición distinta dentro del mismo tipo de injusto, pero sin afectar a su esencia, y las características del sujeto fundan una especial reprochabilidad). Los primeros, con mayor contenido de injusto, hacen que el no cualificado sea castigado según el delito del autor principal, mientras en los segundos, caracterizados por una mayor reprochabilidad, el partícipe responde por el delito común por no poder articularse una participación en las características de la culpabilidad. Como puede verse, es una aplicación de la discusión alemana sobre los especiales elementos de la culpabilidad. Este criterio le parece correcto a Peñaranda Ramos con una matización, derivada de la accesoriedad como principio liberal de garantía a la que nos referimos anteriormente. Cree que esta solución se vuelve mucho más discutible cuando se traslada al supuesto inverso: participación de un cualificado en el hecho de un no cualificado. La participación habría de entenderse referida según Cobo/Vives a la figura especial y no a la común, con lo que se adecuaría a la justicia material sin recurrir indebidamente al art. 60 CP anterior. Apelando al fundamento material de la pena de la participación, excluyen Cobo/Vives la punibilidad del partícipe o la ponen en conexión con otra figura de delito más adecuada a sus circunstancias personales, siempre que la totalidad de sus presupuestos fácticos haya sido realizada también por el autor. Esto no es criticable, según Peñaranda, pero sí cuando sirve para fundar la pena o agravarla, recurriendo a una especie de analogía. Cerezo Mir afirma que en los impropios se aplica el art. 65 CP, individualizando las responsabilidades, pues la cualidad de funcionario público es personal y no comunicable, de modo que el *intraneus* responde por el delito especial y el *extraneus* por el delito común, pero en los especiales propios el *extraneus* ha de responder por el delito especial propio, siendo la contradicción sólo aparente, porque en los delitos especiales propios las características del autor no agravan o atenúan

la pena, sino que la fundamentan. *De lege ferenda* cree conveniente una atenuación de la pena, ya que el extraño no está sometido a los deberes jurídicos que vinculan al autor. Esta solución es próxima a la del párrafo 28 StGB. Muy similar es la propuesta de Bacigalupo: En los delitos especiales propios el partícipe no cualificado es punible con pena atenuada del 21.6 CP. En los especiales impropios debe ser penado por el delito común (ya que el fundamento de la agravación es la relación personal con el ofendido o al decir «otra causa personal» tiene efecto exclusivamente personal). Sin embargo, López Barja de Quiroga, a pesar de interpretar el art. 65 CP como ya vimos, con las categorías alemanas, considera que debe mantenerse el título de imputación porque en estos casos la cualificación del sujeto no funciona como circunstancia agravante, sino como elemento típico. El *extraneus* puede participar en los delitos especiales (cómplice, o inductor), pero debe imponerse una pena atenuada para guardar la proporcionalidad entre quien infringe el deber y quien no, y porque el *extraneus* carece del elemento que fundamenta la punibilidad (solución del art. 28.1 StGB). De ello se deduce que en los delitos especiales impropios también responderá el *extraneus* por el delito especial y no por el común ⁴⁵.

5. Referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En los *delitos especiales propios*, superada la fase en que se consideró impune al *extraneus*, se acepta la participación de extraños en estos delitos. Como el partícipe no quebranta el deber especial que vincula al autor, se aplica el criterio del art. 65.1 de forma analógica in bonam partem. La sentencia que inicia esta postura y fundamentación es la de 12 de febrero de 1992 (ponente: Bacigalupo). Se trataba de un delito de apropiación indebida en que el *extraneus* cooperaba con el autor, que era quien tenía la vinculación con el titular de los bienes por una especial relación de confianza. El Tribunal Supremo afirma que se debió tener en cuenta que la acción del partícipe no cualificado en un delito especial propio se debe sancionar teniendo en cuenta que en él no concurría el especial elemento personal que fundamenta la punibilidad, y a falta de previsión legal, aplicar el art. 65 de forma analógica con los mismos efectos que una atenuante. En la STS de 18 de enero de 1994 (Ruiz Vadillo) se afirma que se puede inducir o cooperar necesariamente en un delito especial propio

⁴⁵ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALAREE (1999), *Lecciones de Derecho penal*, vol II, Editorial Trotta, p. 300; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN (1996), *Derecho penal, parte general*, 4.ª edición adecuada al CP por M. I. Valdecabres Ortiz, Tirant lo Blanc, pp. 685 y 686; PEÑARANDA RAMOS, E., *Ibid.*, pp. 344 a 349; CEREZO MIR, J., *Ibid.*, pp. 204 a 207; BACIGALUPO ZAPATER, E., *Ibid.*, pp. 381 y ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Ibid.*, pp. 182 a 186, 191 y 192.

por parte de un extraño, ya que «si la participación del extraño es cooperación, ello supone participación en acto ajeno», pero ha lugar a una atenuante analógica del 9.10 CP (hoy 21.6 CP) «a fin de obtener una mayor individualización de la pena». «Teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad que nace del artículo 1 de la Constitución Española como inseparable de la justicia, valor fundamental del ordenamiento jurídico» hay que plantearse si es posible castigar del mismo modo que al *intraneus* al *extraneus* «al carecer de la cualidad de funcionario que fundamenta la punibilidad (...) y no infringir deberes derivados de especiales relaciones personales (...), pero no se olvide que ese inductor sabe que contribuye decisivamente a que un funcionario público quebrante esa obligación fundamental de lealtad al servicio que realiza», por lo que la pena es proporcional. La STS de 24 de junio de 1994 (mismo ponente) utiliza similar argumentación: es adecuada la atenuante analógica en beneficio del reo «con la finalidad de no olvidar nunca el principio de proporcionalidad, que es inseparable del principio de justicia del que forma parte, pues sólo así la pena que haya de imponerse responderá a la exigencia de individualización y es obvio que, en estos casos, el extraño, al no concurrir en él la condición de funcionario, no actúa con la potencialidad y fuerza de antijuridicidad que caracteriza a quien sí posee esta condición, pues le falta el plus de tal carácter que en él no concurre y que es el determinante, por así decirlo, del nacimiento de la figura penal condición de funcionario, no actúa con la potencialidad y fuerza de antijuridicidad que caracteriza a quien sí posee esta condición, pues le falta el plus de tal carácter que en él no concurre y que es el determinante, por así decirlo, del nacimiento de la figura penal alrededor de la cual giran las correspondientes participaciones delictivas». Esta doctrina se encuentra también en STS de 11 de junio de 2002 (Conde-Pumpido Tourón), recurso 3499/00 (*extraneus* inductor en malversación impropia) FJ 6.º: La doctrina de esta sala ha establecido con reiteración (S. de 14 de enero de 1994, 2 de mayo de 1996, 21 de diciembre de 1999, 28 de marzo de 2001, 8 de mayo de 2001, 7 de noviembre de 2001) que cuando un particular, *extraneus*, participa en el delito especial propio cometido por un funcionario, *intraneus*, dicho particular habrá de responder por su participación delictiva conforme al principio de accesoriedad en relación con el delito realmente ejecutado, pero moderando la penalidad con aplicación de una atenuante por analogía derivada de la ausencia de la condición especial de funcionario. La cualificación se exige únicamente para la autoría en sentido propio, pero no para las modalidades de participación asimiladas punitivamente a la autoría o para la complicidad.

En cuanto a los *delitos especiales impropios*, parece imponerse últimamente la opinión que afirma que no hay que romper la unidad del delito y aboga por aplicar el principio de accesoriedad. Así, en un caso de malversación con particular cooperador necesario la STS de 5 de junio de 1998

(Granados Pérez), recurso 1724/97. En un supuesto de falsedad cometida por funcionario público con particular partícipe, la STS de 14 de febrero de 2001 (Andrés Ibáñez), recurso 1165/99, afirma (FJ 3.º) que se trata de delito especial en sentido amplio, pues tiene correspondencia con un delito común. Aunque la modalidad que aquí es objeto de aplicación requiera que el autor en sentido estricto sea funcionario, cabe la participación en él de quien carece de aquel status. Es correcto no romper el título de imputación (con cita de STS de 16 de mayo de 1996, 3 de noviembre de 1993). La STS de 16 de mayo de 1996 sobre falsedad documental (Martínez-Pereda Rodríguez) argumenta en este sentido que la condición de funcionario es elemento integrante del tipo; que se infringiría la unidad del delito; que la conducta del no cualificado pierde sustantividad a favor de la principal y que asume el plus de desvalor de la conducta del funcionario. (FJ 11.º)

La STS de 12 de julio de 1999 (Moner Muñoz) también sobre falsedad documental, recurso 1656/98, se plantea la duda de si el partícipe lo es del delito de funcionario o del delito común que subyace. Y concluye que la jurisprudencia de esta sala, en la actualidad, mantiene la unidad del título de imputación y el principio de accesoriedad (FJ 7.º).

El criterio tradicional de romper el título de imputación se encuentra en las STS de 18 de junio de 1951, 2 de mayo de 1963, 15 de octubre de 1969, 12 de diciembre de 1975, 16 de julio de 1985, 8 de marzo de 1990. La STS de 16 de febrero de 1995 mantiene *obiter dicta* este criterio en la malversación.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTÓN ONECA, J. (1986) *Derecho penal*, 2.ª edición, puesta al día por Hernández Guijarro y Beneytez Merino, Ed. Akal.
- BACIGALUPO ZAPATER, E. (1997): *Principios de Derecho penal, parte general*, Akal iure.
- BAJO FERNÁNDEZ, M. (1986): *Manual de Derecho penal (parte especial), delitos contra las personas*, editorial CEURA.
- BELING, E. (1925): *Grundzüge des Strafrechts* (Alemania), Ed. Mohr.
- BERDUGO/ARROYO, ZAPATERO/GARCÍA, RIVAS/FERRÉ, OLIVÉ/SERRANO PIEDECASAS (1999): *Lecciones de Derecho penal, parte general*, Editorial Praxis.
- BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALAREE (1999): *Lecciones de Derecho penal*, Vol. II, Editorial Trotta.
- CEREZO MIR, J. (2000): *Derecho penal parte general, Lecciones 26 a 40*, UNED.
- COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN (1996): *Derecho penal, parte general*, 4.ª edición, adecuada al CP por M. I. Valldecabres Ortiz, Tirant lo Blanc.

- *Comentarios al Código penal*, con Córdoba Roda, J; Rodríguez Mourullo, G.; del Toro Marzal, A.; Casabó Ruiz, J-R., Editorial Ariel.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (1996): *Contestaciones de Derecho penal al programa de judicatura*, Colex.
- CUELLO CALÓN, E. (1948): *Derecho penal, parte especial*, Editorial Bosch.
- DÍAZ y GARCÍA CONILLO, M. (1991): *La autoría en Derecho penal*, Editorial PPU.
- EBERT, U. (1985): *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Alemania), Decker&Müller.
- FRANK, R. (1915): *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, (Alemania), Verlag von Mohr.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. (1966): *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, Servicio de publicaciones Facultad de Derecho.
- GROPP, W. (2001): *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (Alemania), Ed. Springer.
- JAKOBS, G. (1995): *Derecho penal parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, Traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Marcial Pons.
- JESCHECK, H. H. (1981): *Tratado de Derecho penal, parte general*, Traducción y adiciones de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Editorial Bosch.
- VON LISZT, F. (1917): *Tratado de derecho penal*, Traducción de la 20.^a edición alemana por Luis Jiménez de Asúa y adicionado por Quintiliano Saldaña, Editorial Reus.
- LACKNER, K. (1993): *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen* (Alemania), Beck.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (1996): *Autoría y participación*, Akal iure.
- MAURACH/GÖSSEL/ZIPF (1994): *Derecho penal, parte general*, Traducción de la 7.^a edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson (Argentina), editorial Astrea.
- MEZGER, E. (1935): *Tratado de Derecho penal*, Traducción de la 2.^a edición alemana y notas de Derecho español por J. A. Rodríguez Muñoz, editorial Revista de Derecho Privado.
- MEZGER/BLEI (1973): *Strafrecht I Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch* (Alemania), Beck.
- MIR PUIG, S. (1984): *Derecho penal, parte general*, Ed. PPU.
- MIR PUIG, S. (1996): *Derecho penal, parte general*, Ed. PPU.
- MONTALBÁN/GÓMEZ DE LA SERNA, (1885): *Elementos del Derecho civil y penal de España*, Vol. III, imprenta de Sánchez, quinta edición.
- MUÑOZ CONDE (1996): *Derecho penal, parte especial*, Tirant lo Blanc.
- (1991): *Teoría general del delito*, Tirant lo Blanc.
- MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (1996): *Derecho penal, parte general*, Tirant lo Blanc.
- OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, (1986): *Derecho penal, parte general, teoría jurídica del delito*, Editor Rafael Castellanos.
- OTTO, H. (1996): *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre* (Alemania), De Gruyter.
- PACHECO, J. F. (1867): *el Código penal concordado y comentado*, Imprenta de Manuel Tello (tercera edición).

- PEÑARANDA RAMOS, E. (1990): *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, editorial Tecnos.
- PUIG PEÑA, F. (1969): *Derecho penal*, editorial Revista Derecho Privado.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A. (1946): *Comentarios al Código penal*, Editorial Revista de Derecho Privado.
- (1958): *Compendio de Derecho penal*, Editorial Revista de Derecho Privado.
- (1962): *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, Editorial Revista de Derecho Privado.
- QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F.; PRATS CANUT, J. M.; (2000): *Manual de Derecho penal, parte general*, Aranzadi.
- RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, (1994): *Derecho penal español, parte especial*, Dykinson.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (1972): en *Comentarios al Código penal*, con Córdoba Roda, J., del Toro Marzal, A., Casabó Ruiz, J. R., editorial Ariel.
- DEL ROSAL, J. (1960): *Derecho penal español (Lecciones)*, Madrid, Imprenta de Silverio Aguirre Torres.
- DEL ROSAL/COBO/RODRÍGUEZ MOURULLO, (1962): *Derecho penal español, parte especial (Delitos contra las personas)*, Imprenta Silverio Aguirre Torres.
- ROXIN, C. (1998): *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Marcial Pons.
- SÁNCHEZ TEJERINA, I. (1937): *Derecho penal español, parte general, parte especial*, Salamanca, Librería general La Facultad de Germán García.
- SCHÖNKE/SCHRÖDER: *Strafgesetzbuch Kommentar* (2001), Ed. Beck (Alemania).
- SCHLÜCHTER, E. (2000): *Strafrecht Allgemeiner Teil in aller Kürze* (Alemania), EuWi Verlag.
- SERRANO BUTRAGUEÑO, I., en AA.VV: *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Granada 1998, editorial Comares.
- SILVELA, L. (1884, Vol. I y 1879, Vol. II): *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Tipografía de Manuel G. Hernández.
- STRATENWERTH, G. (1982): *Derecho penal, parte general, I El hecho punible*, traducción de la 2.ª edición alemana por Gladys Romero, editorial EDERSA.
- (2000): *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat* (Alemania), Carl Heymanns Verlag.
- SYSTEMATISCHER KOMMENTAR: zum StGB (1975), con Rudolphi, Horn, Schreiber, A., Metzner Verlag (Alemania).
- TRÖNDLE, H. (1997): *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* (Alemania), Ed. Beck.
- VIADA Y VILASECA, S. (1885): *Código Penal reformado de 1870*, tercera edición, Librería de Fernando Fé.
- VIVES ANTÓN, BOIX REIG, CARBONELL MATEU, GONZÁLEZ CUSSAC, ORTS BERENGUER, (1996): en *Derecho Penal parte especial*, editorial Tirant lo Blanc.
- WELZEL, H. (1997): *Derecho Penal alemán*, traducción de la 11.ª edición alemana de J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez (Chile), editorial Jurídica de Chile.

EL REFRENDO DE LOS ACTOS DEL REY

EDUARDO PRADOS FRUTOS

Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ORÍGENES HISTÓRICOS DEL REFRENDO.—III. EL REFRENDO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.—IV. ELEMENTOS PERSONALES.—V. ELEMENTOS REALES. NATURALEZA JURÍDICA.—VI. ACTOS SUJETOS A REFRENDO Y ACTOS EXCLUIDOS DEL MISMO. LA FORMA.—VII. CLASES DE REFRENDO.—VIII. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE REFRENDO.—IX. CONCLUSIONES.—X. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se refería inicialmente al derecho proclamado en el art. 20.1 de la Constitución respecto al derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones, pero en la vertiente de su ejercicio por parte del Rey como Jefe del Estado (art. 56.1 de la Constitución).

En efecto, se trataría de estudiar en qué medida el ámbito del derecho a expresarse libremente que se reconoce a todos los ciudadanos sin más limitaciones que las previstas, en el número 4 del citado artículo 20 podría verse mediatizado, matizado o afectado por el motivo singular de ser su titular alguien en quien concurre no sólo su situación de sujeto del derecho, sino también, y conjuntamente, la de ser Jefe del Estado, con unas competencias y atribuciones que no se predicán, por así decirlo, del común de los ciudadanos.

Probablemente el Rey, a quien corresponden facultades tan amplias y a la vez de tanto contenido y trascendencia como la de ser informado de los asuntos de Estado y simbolizar su unidad y permanencia, además de arbitrar y moderar el funcionamiento regular de las instituciones (art. 62), tendría que hallarse en condiciones de poder expresarse con entera libertad en estas materias, aunque tal vez el constituyente haya optado por configurar este aspecto de su función como la de un árbitro mudo o un símbolo moderador que, por serlo, no podría manifestarse externamente de manera autodeterminada y libre.

Un objeto de estudio sería tratar de examinar si el concepto «libertad de expresión» podría suponer una dificultad en el ejercicio correcto de la función arbitral. El hecho de que las manifestaciones externas del Rey, verba-

les o escritas, sean en mayor o menor medida matizadas, mediatizadas o intervenidas por terceros, como puede ser el gobierno de turno, ¿podría hacer suponer una cierta sombra de censura previa?, ¿estaría justificada por el temor a contrariar, por ejemplo, a sectores o a algún actor de la vida social, grupo político, económico, de opinión o a representantes, formalizados o no, de intereses difusos?

El ámbito de la libertad de expresión del Jefe del Estado en cuanto tal podría plantearse en el sentido de si es más o menos extenso en función de si se está refiriendo al ámbito económico, político, autonómico, de relaciones exteriores, etc., dado el mayor consenso que unos suelen plantear sobre otros.

El Rey es también símbolo de la unidad del Estado. Recientemente estamos asistiendo a una cierta tensión entre algunas Comunidades Autónomas entre sí y entre éstas y el Estado respecto al modelo de financiación autonómica y todo lo que esta idea conlleva, como, por ejemplo, hechos diferenciales, reivindicaciones históricas, agravios comparativos más o menos difusos o existencia de presuntos privilegios. Ante esta situación, ¿cómo podría el Rey ejercer esa función moderadora que le corresponde?, ¿puede o debe expresarse?

Todo lo anterior se propondría como objeto de estudio, sin perjuicio de cuantas modificaciones, perspectivas o planteamientos fuera conveniente introducir.

En definitiva, pues, se pretendían estudiar las peculiaridades —caso de existir— que el derecho de expresión pudiera plantear en función de su ejercicio por el Rey, lo que inmediatamente conlleva a la pregunta de si la utilización, el uso o la materialización de un derecho subjetivo entendido en su acepción clásica de *facultas agendi* es cualitativamente diverso en función de quien o quienes lo usen o si depende del titular, o, si, por el contrario, habría que concluir afirmando que el derecho subjetivo, cualquier derecho subjetivo, es conceptualmente igual en su definición, contenido y estructura, sea quien sea la persona física o jurídica que de él se valga para la satisfacción de aquellas necesidades e intereses que el Derecho ampara y admite como lícitos en su seno y dignos de protección en su eficacia, fortaleciendo el carácter legítimo de las normas que lo sancionan.

El principio hoy incontrovertido según el cual toda persona por el simple hecho de serlo es titular de una posición jurídica inalienable e idéntica a la de los demás, como emanación de su dignidad (capacidad jurídica), no es, como sabemos, algo que haya sido pacífico ni generalmente aceptado en la historia del pensamiento. Ya el jurisconsulto Gayo¹ afirmaba que

¹ Gayo, 1.9 Instituciones, 1.3 pr.).

tanto el hombre libre como el esclavo eran personas, si bien este último no era sujeto de derecho. No es preciso aquí y ahora acudir a planteamientos de toda índole que afortunadamente han convertido aquella idea en algo obsoleto. Sólo traeremos a colación a Carnelutti cuando dejó escrito que «el Derecho es una necesidad del alma individual que se transfigura en alma colectiva»².

No hay, pues, posibilidad de afirmar que el titular de un derecho dote a éste de especiales características que lo hagan distinto o que lo configuren a su imagen y semejanza, estructuralmente hablando, claro está, pues la forma de ejercicio sí puede variar en función, por ejemplo, de la posición jurídica que se ocupe.

El ejercicio del derecho de expresión, aunque sea ejercitado por el Rey, no parece que como tal derecho presente perfiles peculiares.

Por las consideraciones hasta aquí expuestas, parece que el enfoque inicial debe reconducirse desde lo apuntado hacia la vertiente de la institución del refrendo, si bien no me resisto a transcribir el contenido de la viñeta que el día 20 de diciembre de 1996 publicó el dibujante Máximo en el diario *El País* y en el cual, bajo el epígrafe «Diario Regio» y en el que aparecía visible una corona real, se podía leer el siguiente «Mensaje de Navidad»: «Cómo me las arreglaré para decir lo que no puedo decir de modo que todo el mundo me entienda menos los Servicios de Inteligencia».

De una manera muy genérica, introductiva diríamos, y como primera aproximación al tema, podemos definir el refrendo, gramaticalmente hablando, como «acto por el que se legaliza un documento con la firma de persona autorizada para ello». Esto es al menos lo que podemos leer en cualquier diccionario al uso.

II. ORÍGENES HISTÓRICOS DEL REFRENDO

Conviene sentar al respecto que la institución que estamos estudiando, si bien arranca en su origen de los sistemas monárquicos, ello no es óbice para que haya sido adoptado por regímenes republicanos.

Suele asociarse en sus principios con aquel acto, generalmente formal y solemne por el que una persona competentemente autorizada legaliza una ley o un acto de un tercero, de manera que nos hallaremos en presencia de algo que pudiera ser sinónimo de sanción o acto refrendatario de una ley.

² Carnelutti: *Arte del Derecho*, Buenos Aires, 1948, p. 103.

Se trata de una institución que, como ha puesto de manifiesto Mariano García Canales³ no sólo no ha merecido excesiva atención por parte de la doctrina, sino que incluso «desde la primera posguerra no faltan voces que preconizan la supresión del refrendo ministerial, incompatible según ellas con las nuevas orientaciones del constitucionalismo en orden a la responsabilidad de las decisiones políticas».

Cabe afirmar que pocos autores se han ocupado del refrendo de una manera que pueda considerarse clásica, amplia y de manera monográfica con profundidad y extensión. Entre ellos merece ser citado expresamente el que fue profesor de la Universidad de La Laguna, Gonzalo Cáceres Crosa, que en Madrid, en el año 1934, dio a la luz su trabajo titulado precisamente «El refrendo ministerial», publicado por el Instituto González Posada de Derecho Público, obra a la que inevitablemente habremos de hacer referencia a lo largo de estas páginas.

Pero a pesar de este escaso eco que la institución ha suscitado entre los estudiosos, no podemos llegar en modo alguno a la conclusión de que estemos en presencia de algo que pertenece al pasado o que esté definitivamente hundido en el fango de las instituciones jurídico-políticas, arrinconadas, diríamos, como restos inservibles e inviables.

Por el contrario y para demostrar que no estamos ante un fósil jurídico, bastaría traer a colación ejemplos de nuestra reciente historia patria en los que, por una conjunción de factores que excederían el ámbito de este trabajo, determinadas actuaciones del titular de la más alta magistratura del Estado contribuyeron definitivamente a unas consecuencias que fueron nefastas no sólo para la institución que aquél encarnaba, sino también para la estabilidad, el orden y la convivencia entre los españoles y, por ende, de los intereses de nuestra patria.

Nos estamos refiriendo al lamentable episodio de lo que se llamó y aún hoy se conoce como «El desastre de Annual». No es éste ni el momento ni el lugar para profundizar en ello, bastando poner de manifiesto que la entonces vigente Constitución de 1876, caracterizada, en palabras de Sánchez Agesta⁴ como «flexible» y concebida sobre la base del pacto entre la Corona y el Parlamento permitía al Rey, cuando el ejército se encontraba en campaña, dictar mandatos ejecutivos sin refrendo ministerial alguno, en algunos momentos de manera especialmente desafortunada al llevar a cabo el Monarca actuaciones sin respaldo refrendatario, como aquel famoso

³ GARCÍA CANALES, Mariano, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 212, (marzo-abril de 1977. p. 235)

⁴ *Derecho Constitucional Comparado*, Curso de 5.ª edición, Madrid, 1974, Luis SÁNCHEZ AGESTA, pp. 457 y 458.

telegrama dirigido al General Silvestre, máximo responsable del desastre, que, al parecer, decía lacónicamente: «Olé los hombres», con lo que éste se vio sin duda animado a una temeraria ofensiva que acabó con la vida de varias decenas de miles de soldados españoles ⁵. Nada de ello se reflejó en el Expediente Picasso instruido en depuración de responsabilidades. Autores como Blasco Ibáñez llegaron a pedir el procesamiento del Rey Alfonso XIII. En todo caso y a los efectos que ahora nos importan, esas actuaciones no refrendadas supusieron un importante desgaste para la institución monárquica que, junto a otros factores eminentemente políticos, acabaron dando lugar al golpe de Estado del General Primo de Rivera en septiembre de 1923.

Retomando el origen histórico del refrendo, cabe afirmar que ha seguido a las monarquías en paralelo a lo largo de los años y de los siglos, con un significado, eso sí, distinto según qué tipo de régimen monárquico existiera en cada momento.

En la época de monarquía absoluta, como afirman De Esteban y González-Trevijano ⁶, al ser el Rey *legibus solutus*, al estar por encima de la ley y no encontrar superior alguno, además de ser el titular de la soberanía, no era posible, ni siquiera en hipótesis, pretender encontrar la más mínima virtualidad al instituto en cuestión.

Convencionalmente, no obstante, Cáceres Crosa ⁷ sitúa los primeros vestigios de la institución en la historia de Inglaterra, en torno al año 1042, en la época de Eduardo III el Confesor, pero en la simple vertiente de la mera utilización del sello real al pie de documentos relevantes, al menos —afirma el mismo— hasta el siglo XVII.

Aparecido el sello como objeto material, pasó a ser custodiado por un alto funcionario —el canciller— como persona de la más absoluta confianza del titular de la corona, hasta que la función va independizándose paulatinamente de su titular, concluyendo en el nombramiento de un oficial del sello privado con rango de miembro del Consejo Real.

El canciller, jefe de la capilla real y su consejero íntimo, dará paso a un funcionario a quien el Rey entrega su sello secreto o Sello Privado, con la trascendencia que ello tiene en la actuación pública del monarca, hasta que con Ricardo II el Parlamento exige asumir un derecho a intervenir en el nombramiento de aquel funcionario —forma indirecta de controlar el poder regio— si bien la vía de escape histórica consistió en volver al modelo anti-

⁵ M. LEGUINECHE, «Annual, 1921...», Alfaguara, p. 29.

⁶ JORGE DE ESTEBAN y GONZÁLEZ-TREVIJANO, *Curso de Derecho Constitucional Especial*, p. 81.

⁷ CÁCERES CROSA, *op. cit.*, p. 3

guo nombrando a otro personaje de confianza con aptitud de usar el sello, el «Keeper of the Signet».

Por contra, cuando el monarca pasó a unir en una misma mano el poder político y el religioso, la consecuencia inmediata fue su conversión en inviolable, diríamos que al estar más allá del bien y del mal, su situación pasó a cristalizar en el aforismo «The King cannot do wrong», el Rey no puede equivocarse.

Con el advenimiento del régimen nacido en Francia a partir de 1789, el constitucionalismo otorga a la institución del refrendo ciertos perfiles propios, en la medida en que pasan a distinguirse dos frentes del poder, el real y el propiamente ejecutivo, quedando el monarca a cubierto de las posibles consecuencias del acto refrendado. Ello no obstante, el Rey seguía siendo inviolable y, sin embargo, se iba afianzando paulatinamente la idea de superar las arbitrariedades regias y establecer, el menos en la teoría, un mínimo de garantías que evitasen que la voluntad del monarca, per se, siguiera siendo suprema ley.

La respuesta vino de la mano del precedente británico: que sean los ministros quienes se responsabilicen de las decisiones y actos del Rey, el cual ya no podrá actuar de manera solitaria, sino a través de una voluntad compleja de la que nacería la consecuencia jurídicamente vinculante.

Esto nos llevaría a tratar de analizar la naturaleza jurídica del refrendo, pero de momento lo dejamos aquí apuntado para hacerlo en ocasión más propicia.

Situándonos en los albores del siglo XIX hemos forzosamente de aludir al Estatuto de Bayona que atribuía a un «Secretario de Estado con la calidad de Ministro» el refrendo de todos los decretos (art. 27), al tiempo que el art. 31 señalaba textualmente que «los ministros, cada uno en la parte que le toca, serán responsables de la ejecución de las leyes y de las órdenes del rey».

El insigne tratadista en la materia Cáceres Crosa⁸ interpreta la cuestión desde la óptica de la simple responsabilidad de que la orden del rey llegara efectivamente a ejecutarse, a ponerse en práctica, pero no hasta el extremo de hacerle partícipe o responsable del contenido mismo material de la decisión o acto.

La Constitución republicana de 1931 verá en el refrendo un acto complejo en la medida en que al encontrarse el poder ejecutivo residenciado en el Presidente de la República y en el del Gobierno (arts. 60, 84, 86 y concordantes) «serán nulos y sin fuerza alguna de obligar los actos y mandatos

⁸ CÁCERES ROSA, *op. cit.*, p. 36

del Presidente de la República que no estén refrendados por un ministro» (art. 84), asumiendo el refrendante la más amplia responsabilidad que pudiera derivarse en todos los órdenes. Ahora bien, ese paralelismo con el sistema monárquico no deja de resultar cuando menos sorprendente si tenemos en cuenta que el Presidente de la República Española carecía de la irresponsabilidad política del Rey no sólo por las competencias de uno y otro, sino por el diverso origen de la legitimidad democrática que caracterizaba a una y otra magistratura.

Esta contradicción es atribuida por tratadistas, entre ellos Jorge de Esteban y González-Trevijano ⁹ a la «propia naturaleza mixta de esa República, que no era ni totalmente presidencialista ni totalmente parlamentaria, lo que falseaba la justificación última del refrendo según los orígenes».

Ya en plena época franquista la Ley Orgánica del Estado siguió otorgando carta de naturaleza a la institución. La Jefatura del Estado venía a configurarse como una magistratura personal, excepcional y de poderes no definidos.

La citada Ley Orgánica del Estado, junto con la Ley de Sucesión y, en general, las Leyes Fundamentales, pretendieron en todo momento crear o aparentar más bien la ficción de un régimen que tendería a aparecer como una monarquía sin rey, e incluso en el mismo sentido, algunas de sus más significativas instituciones, como el denominado Consejo del Reino.

De nuevo nos vemos obligados a afirmar que no es éste el momento ni el lugar para esbozar un panorama alusivo a esa idea apuntada de mimetismo regio, pero traída la cuestión al ámbito que nos es propio en este trabajo, sí podríamos señalar que los poderes, por lo demás cuasi omnímodos del entonces Jefe del Estado, a pesar de ello, no podrían actuarse sin la necesaria cooperación de otro u otros órganos: de nuevo la institución del refrendo además en su más pura acepción de garantizar la inviolabilidad del titular de la jefatura del estado derivando la responsabilidad hacia aquellos que refrendaban los actos. El art. 8 de la Ley Orgánica del Estado hacía constar que carecía de valor cualquier disposición que no se ajustase a la formalidad del refrendo, bien por el Presidente del Gobierno, del Presidente de las Cortes, de un Ministro o, en fin, del Presidente del Consejo del Reino, según los casos.

Por lo demás, el Jefe del Estado requería autorización de las Cortes o una ley para una serie de materias, tales como declarar la guerra o acordar la paz, ratificar determinados tratados o convenios internacionales, etc., si bien la Ley Orgánica no especificaba el tipo de refrendo requerido para los

⁹ JORGE DE ESTEBAN y GONZÁLEZ-TREVIJANO, *op. cit.*, p. 83

diversos supuestos. La responsabilidad derivada del refrendo en función de los diversos órganos actuantes establecen a la Corona, afirma Sánchez Agesta ¹⁰ «como una institución que actúa mediante la colaboración de todos esos órganos en el ejercicio de los poderes y atribuciones que le confieren las Leyes Fundamentales».

III. EL REFRENDO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Llegados a este punto, parece oportuno estudiar el tema del presente trabajo a la luz de la Constitución Española de 1978 y tratar de analizar algunas de las características, requisitos y exigencias que la institución plantea.

El art. 56 de la Constitución afirma textualmente:

«1. El Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuye expresamente la Constitución y las Leyes.

2. Su título es el de Rey de España y podrá utilizar los demás que correspondan a la Corona.

3. La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad. Sus actos estarán siempre refrendados en la forma establecida en el art. 64, careciendo de validez sin dicho refrendo, salvo lo dispuesto en el art. 65.2.»

Por su parte, el art. 64 de la Constitución dice así:

«1. Los actos del Rey serán refrendados por el Presidente del Gobierno y, en su caso, por los Ministros competentes. La propuesta y el nombramiento de Presidente del Gobierno y la disolución prevista en el art. 99, serán refrendados por el Presidente del Congreso.

2. De los actos del Rey serán responsables las personas que los refrenden.»

De los párrafos transcritos podemos en primer lugar extraer dos consecuencias, que no son otras que: *a)* establecimiento constitucional de la necesidad imperiosa de que los actos reales sean refrendados, y *b)* un desplazamiento o derivación de la responsabilidad de esos actos hacia aquellos que hayan sido sus autores.

¹⁰ SÁNCHEZ AGESTA, *op. cit.*, p. 477.

Abordemos estos temas comenzando con la naturaleza jurídica del instituto para, a continuación, detenemos en los elementos tanto personales como reales del mismo.

Entre los tratadistas y estudiosos del tema parece preciso comenzar con los planteamientos en su día esgrimidos por el Profesor Gonzalo Cáceres Crosa en la obra ya citada *ut supra*, para quien el refrendo adquiere una trascendental función de garantía, única en su finalidad pero dual en su origen. Ambos elementos, voluntad del Jefe del Estado y de la autoridad refrendante no pueden verse ni entenderse más que como elementos correlativos, complementarios e inseparables ¹¹, lo cual implica de forma inmediata plantearse el dilema de qué voluntad prevalece sobre la otra o cuál es realmente determinante de la eficacia del acto.

Situada así la cuestión, no parece que la solución pueda ser otra que la de concebir una relación de coordinación, toda vez que el Jefe del Estado no tiene funciones ejecutivas, sino arbitrales y moderadoras, y según criterio kelseniano ¹², «ambas declaraciones de voluntad actúan pues en idéntico plano, son entre sí equivalentes en cuanto a la concurrencia de ambas e igualmente necesarias para la validez jurídica del acto, que resulta de este modo dimanante de un órgano compuesto, del cual, tanto el Jefe del Estado como el Ministro, no son sino órganos parciales». Teoría pues dualista e integrante de una voluntad —diríamos ya objetivada— y superior cualitativamente a la de los autores que le dan vida.

Por su parte, Miguel Herrero de Miñón ¹³, sin detenerse excesivamente en este tema, pasa revista a las diversas funciones que puede desempeñar el refrendo, a algunas de las cuales ya hemos aludido con anterioridad, a saber: simple formalidad certificante en la Constitución de Bayona de 1808 —limitación formal de la voluntad del monarca en las Leyes Fundamentales franquistas—, limitación material del Jefe del Estado o técnica de coordinación en el ejercicio de las competencias, tesis esta especialmente sostenida por García Canales ¹⁴. Este autor parte de la idea de la cada día mayor complejidad y dinamismo que adquieren el funcionamiento de los órganos ejecutivos del Estado como consecuencia a su vez de unos niveles de gestión pública acordes con las exigencias del Estado moderno, probablemente impensables para mentes no muy alejadas en el tiempo. Aparecería así lo que el Consejo de Estado francés, en resolución de 6 de noviembre

¹¹ *Op. cit.*, p. 26.

¹² Kelsen. *Compendio esquemático de una Teoría General del Estado*. p. 125.

¹³ Comentarios a las Leyes Políticas, obra dirigida por Óscar ALZAGA VILLAMIL, Constitución Española de 1978, tomo V, Edesa, Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1.983. p. 318.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 246 y ss.

de 1947, ha señalado en el refrendo como imperativo para asegurar la coordinación de las actuaciones de los ministerios, pensando, sin duda, en todas aquellas decisiones o comportamientos públicos que conllevan la intervención de varios departamentos ejecutivos. De todas formas, García Canales concluye insistiendo en la tesis responsabilista como principal razón del refrendo.

Para otros sectores doctrinales, entre los que se encuentran Fernández Fontecha y Pérez de Armiñán ¹⁵ cabe incluso plantearse la duda de si el refrendo es realmente una institución jurídica a pesar de reconocer que la doctrina mayoritariamente se refiere a la «institución del refrendo». Los citados autores niegan que el refrendo alcance la categoría de institución, no yendo más allá de distinguir entre acto refrendado y acto refrendante, sin que la actividad refrendatoria tenga el más mínimo perfil de comportamiento con trascendencia jurídica. Concluye afirmando que la teoría general del refrendo no es otra cosa que una teoría general del acto refrendante.

IV. ELEMENTOS PERSONALES

Nos referiremos a los elementos personales del refrendo, debiendo hacer especial hincapié en los sujetos refrendantes, toda vez que de conformidad con el art. 64.1 de la Constitución, sólo pueden y deben ser refrendados los actos en que interviene el Rey, pero no todos, como luego veremos al analizar los elementos reales.

Tales sujetos refrendantes no pueden ser otros que el Presidente del Gobierno, los Ministros que resulten competentes y, en último lugar, el Presidente del Congreso de los Diputados. Por contra, para García Canales ¹⁶, los términos básicos los componen exclusivamente el Rey y un ministro, siendo los demás sujetos meras variantes que, eso sí, enriquecen la institución.

Cáceres reduce por su parte más aún el abanico de legitimados, al admitir exclusivamente a los ministros como «los únicos sujetos jurídicamente capacitados para refrendar los actos emanados del Jefe del Estado» ¹⁷.

Siguiendo en este punto a Mariano García Canales, vamos a distinguir diversos supuestos, primero, en función de la materia del acto; segundo, refrendo atribuido a un solo órgano; tercero, refrendo colectivo o plural;

¹⁵ *La Monarquía y la Constitución*, p. 275.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 248.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 55.

cuarto, refrendo de otros miembros del poder ejecutivo o sin departamento a su cargo, y quinto, refrendo de un órgano ajeno al ejecutivo. Pasemos a su estudio.

El refrendo en función de la materia del acto tiene una razón lógica evidente, que no es otra que hacer responsable del refrendo a quien, a su vez, lo es del departamento o ministerio afectado por la decisión o acto a refrendar. Es, en definitiva, un criterio de especialización, *ratio materiae*. Esta primera idea ha tenido y tiene más aceptación por la vía consuetudinaria o de conveniencia constitucional que a través de los textos supralegales propiamente dichos.

El incumplimiento acarrearía la nulidad radical del acto, pero la cuestión puede plantearse si tenemos en cuenta que modernamente se dan supuestos y casos en los que las competencias de los distintos ministerios, sobre todo tal vez a ciertos niveles de decisión, se entrecruzan y solapan.

La franquista LOE se refería «al ministro que corresponda», la Constitución de Cádiz (art. 225) «al secretario del ramo a que el asunto corresponda», criterio también, *mutatis mutandis*, seguido con la Constitución de 1931.

En nuestro texto constitucional, ya hemos visto cómo el art. 64 se refiere al Presidente del Gobierno o a los ministros competentes, dejando, ahora al margen, el tercer supuesto del Presidente del Congreso.

Respecto al segundo de los supuestos enunciados, a saber, refrendo atribuido a un solo órgano, el mismo suele darse en referencia al Gobierno, propiamente dicho como órgano *per se*, esencialmente en aquellas materias en que estemos en presencia de aspectos generales de la política o que implique a varios ministerios; conviene añadir, por lo demás, que esta forma de refrendo parece estar en conexión con los primeros momentos evolutivos de la institución, cuando, como vimos *ut supra*, el monarca designaba a una persona de su entera confianza como guardián del sello real.

El refrendo plural o colectivo, por su parte, pertenece a un momento más evolucionado en el devenir de la institución, pues en principio nada impide que concurren varias firmas en el acto refrendado, para reforzar que se asume colectivamente un proyecto o cuando interesa dar una proyección de coherencia interna y solidaridad, Cáceres Crosa cita el ejemplo del Real Decreto de 11 de marzo de 1919 sobre retiro obrero, que fue suscrito por todos los ministros del gabinete.

También puede aparecer cuando el gabinete no es uniforme, sino que por contra se basa en la cohabitación de varias fuerzas políticas, para reforzar la estabilidad.

Puede citarse el ejemplo también de la Constitución francesa de 1958 que determina que los actos del Presidente de la República que no estén dispensados de refrendo lo sean «por el primer ministro y, en su caso, por los ministros responsables» (art. 19).

El refrendo por miembros del poder ejecutivo carentes de departamento a su cargo nos aproxima a la figura de los denominados «Ministros sin Cartera».

Es regla general que el gobierno, y por ende los ministros, reúnan en su mano la doble condición de depositarios del poder político y administrativo al mismo tiempo, en la medida en que por una parte asumen un proyecto o ideario político que ha obtenido el apoyo en las urnas para llevarlo a cabo y por otra son los cabezas visibles y últimos responsables en la jerarquía administrativa de sus departamentos.

Si se produce esa disociación, ¿cabe válidamente el ejercicio de la facultad refrendataria? Parece en principio que la respuesta ha de ser positiva, en función del criterio interpretativo según el cual donde la ley no distingue, no debemos distinguir, y, consecuentemente, si la norma que atribuye la competencia no establece discriminación alguna entre responsables políticos y administrativos, no habría motivo de hacer exclusiones: el refrendo sería válido, al menos de forma más evidente, cuando nos estemos refiriendo a competencias políticas, pues es, puede decirse, tan ministro como otro miembro del gobierno.

Puede igualmente plantearse el problema que nace de la facultad que compete a un gobierno para fijar su propia composición y estructura interna dando cabida no sólo a los ya mencionados ministros sin cartera sino a otros cargos que pueden tener muy diversas denominaciones según los casos: ministro principal, viceministro, secretarios, etc.

En estos supuestos, tanto García Canales como Cáceres Crosa vienen a considerar que no sería posible la delegación de firma en ninguno de esos cargos por debajo de ministro, pues se vulnerarían las normas atributivas de competencias que constitucionalmente son indisponibles.

Por último, el refrendo de un órgano ajeno al ejecutivo alude a la hipótesis de que esa facultad pase a estar residenciada en un órgano que no pertenezca al poder ejecutivo, posibilidad rechazada por Cáceres Crosa.

Examinada la cuestión como hasta aquí hemos hecho, procede referirse a la Constitución de 1978 en esta materia de los sujetos refrendantes.

Los Profesores De Esteban y González Trevijano¹⁸ así como la generalidad de la doctrina, son unánimes en admitir que los sujetos refrendantes

¹⁸ *Op. cit.*, pp. 85 y ss.

de los actos en que interviene el Rey no pueden ser, otros, de acuerdo con el ya citado art. 64.1 de la Constitución, que los expresamente citados en la norma suprema: Presidente del Gobierno, Ministros competentes y Presidente del Congreso de los Diputados.

De esta trilogía, la prevalencia al menos cuantitativa corresponde al Presidente del Gobierno, bastando pensar no sólo en los nombramientos que requieren su intervención, o en el caso de las leyes, sino en el supuesto verdaderamente abundante de la producción administrativa ordinaria en la forma de los Reales Decretos, siendo tesis de los autores citados que sería a esa autoridad a la que correspondería actuar si la delimitación de competencias o designación al efecto pudiera plantear dudas o lagunas. En el caso de los Ministros competentes nos remitimos a lo ya expuesto sobre el basamento del criterio material.

Por fin y constitucionalmente la intervención del Presidente del Congreso se circunscribe al caso del art. 99.1, propuesta de candidato a Presidente de Gobierno; nombramiento del mismo, art. 99.3, y disolución de las Cortes y convocatoria de nuevas elecciones, art. 99.5.

La tríada mencionada se caracteriza por el sistema de *numerus clausus*, no siendo admisible interpretaciones ni analógicas ni extensivas, y así lo ha determinado el Tribunal Constitucional en dos sentencias del año 1987, las números 5 y 8, referidas a que el nombramiento del Presidente del Gobierno Vasco ha de ser refrendado por el Presidente del Gobierno de la nación y no por el del parlamento autónomo.

Existen sin embargo en este panorama descrito ciertas cuestiones que pueden plantear algunas dudas o que requieren ser minuciosamente matizadas, sobre la base del *numerus clausus* a que hemos aludido. Así, el refrendo no puede en modo alguno situarse al margen de los poderes legislativo y ejecutivo, por lo que se excluye radicalmente cualquier actuación del poder judicial al respecto.

En tal sentido podríamos tal vez pretenciosamente buscar una justificación en el hecho de que el poder judicial, a pesar de su denominación y al margen del contenido estructural y la carga político-autónoma que quiso otorgarle el constituyente llamándole así y empleando una expresión que no se usaba en nuestra historia constitucional desde la Carta de 1869, el poder judicial, decimos, carece de legitimación democrática directa o de primer orden, por lo cual, al adolecer sus miembros de esa deficiencia democrática, no podrían hacerse responsables, ni podía recaer en ellos —no olvidemos que estamos hablando de un poder difuso y residenciado en todos y cada uno de sus componentes— la trascendental responsabilidad de que derivase hacia ellos la función de respuesta que a la institución le es propia.

En segundo lugar, tampoco cabría dar intervención alguna en la materia al estamento militar o a determinados altos órganos de las Fuerzas Armadas ni siquiera, en situaciones excepcionales, toda vez que el sometimiento militar al poder civil es en nuestra Carta Magna concluyente y sin excepción alguna (arts. 8 y 97).

También estaría vedada la posibilidad de refrendar, o al menos la Constitución no lo recoge según afirma Miguel Herrero R. de Miñón¹⁹, el refrendo del Gobierno, pero como órgano plural y colectivo, ni siquiera de los «demás miembros del Gobierno que puede establecer la ley» (art. 98.1). Concluye afirmando el citado autor que un vicepresidente del Gobierno que refrendara un acto real no lo haría en concepto de tal vicepresidente sino de miembro del Gobierno, de ministro en suma.

Capital importancia tiene igualmente la cuestión de si las competencias de los órganos ya estudiados admiten o no delegación. Podemos definir la competencia como aquel conjunto de funciones o capacidades de actuación que el ordenamiento jurídico atribuye a un órgano, y, como tal, es consecuencia indeclinable del principio de legalidad que proclama el art. 9.3 de la Constitución.

Sabemos, porque así lo proclama el art. 12.1 CRJAP y PAC, que la competencia es irrenunciable, pero ello es en el sentido de la titularidad competencias, no del ejercicio que implica. Las técnicas administrativas y las formas de distribución de la competencia son plurales y diversas, y a su vez con diversos grados y niveles de eficacia, pero como ello no es objeto del presente estudio, no vamos a adentrarnos más en la cuestión.

Ahora bien, a los efectos que ahora nos interesan respecto a la posible delegación o no —a su admisibilidad— en materia refrendataria la respuesta doctrinalmente mejor sí es la que se decanta por la negativa. Solamente si la norma que atribuye la competencia lo permite, su delegación sería posible, de lo que podemos concluir a sensu contrario que en sede de refrendo la competencia es indelegable en terceros, primero porque la norma —la Constitución— en este caso no contempla tal posibilidad, pero, en segundo lugar, creemos que ello tampoco podría admitirse, ya que puesto que estamos tratando problemas de carácter político, competencias políticas y no desde luego ejercicio de criterios de organización puramente administrativas. La diferencia es clara: entre uno y otro concepto la diferencia no es un plus, sino un *aliud*, algo cualitativamente diverso y que además tendría mal encaje con la idea básica del refrendo que, como sabemos, es la de transferir o transmitir responsabilidad.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 331.

Existe otra materia en la que sin embargo los puntos de vista doctrinales no son unánimes, sino que, por contra, requieren algunas matizaciones. Nos estamos refiriendo al problema de si un Gobierno en funciones es apto y capaz o no para refrendar.

Cáceres Crosa ²⁰ se decanta por la tesis negativa, argumentando que un Gobierno dimisionario no puede por su situación asumir la carga de responsabilidad que supone ser su endosatario, toda vez que la responsabilidad política se exige ante el órgano legislativo a través de la censura, la cual, al ejercerse, o, si se quiere, al no pasar el filtro de la confianza acarreará inevitablemente la dimisión del gabinete. Ahora bien, ello no hace sino poner de manifiesto una realidad, por lo demás obvia y legal, y es que según el art. 101.2 de la Constitución, «el Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno», y esas funciones no son otras que las del art. 97; a saber: «dirigir la política interior y exterior, la Administración civil y militar, la defensa del Estado, ejercer la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes», sin olvidar que corresponde al Rey, según el art. 62.j) «expedir los decretos acordados en Consejo de Ministros, conferir los empleos civiles y militares y conceder honores y distinciones con arreglo a las leyes».

Para Miguel Herrero R. de Miñón conviene matizar lo dicho, ya que sí cabría, según este autor, responsabilidad civil o penal, esto es, jurídica, en suma, si bien no política, en los términos del art. 102.1 de la Constitución respecto a su exigencia —de la criminal— ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, responsabilidad, podemos añadir, de segundo grado o en un segundo escalón al menos, dice Herrero R. de Miñón «a la hora de despachar asuntos corrientes» ²¹, no obstante lo cual, «si se trata de asuntos no corrientes, o que de tal carácter implican graves decisiones políticas, el Gobierno no puede sin grave extralimitación, refrendar y al poder moderador del Rey compete negar su concurso a tales intentos». En estos segundos supuestos la estructura del acto refrendado sería simétrica por el poder moderador del Rey, no automática ni debida, lo que para el autor que estamos citando, «una vez más se demuestra así que el no automatismo de la firma es lo que preserva la funcionalidad del refrendo como institución».

²⁰ *Op cit.*, p. 62.

²¹ *Op. cit.*, pp. 332-333.

V. ELEMENTOS REALES, NATURALEZA JURÍDICA

Examinada la vertiente personal del refrendo, al menos en algunos de los aspectos que parecen relevantes, conviene a continuación detenerse en el elemento real o material del mismo, lo que vamos a tratar de exponer conjuntamente con su naturaleza jurídica, aunque quizá desde una correcta perspectiva sistemática pueda no parecer lo más recomendable. Aludiremos igualmente a los actos sujetos y a los actos exentos del refrendo, con la vertiente de la actuación del Rey, que pueda ser tenida por privada, haciendo también hincapié en lo que fue el embrión de este trabajo en la, digamos, fase de planeamiento, a saber, la libertad de expresión del Rey y otros actos de su esfera jurídica, como mero sujeto de derecho.

Parece que es posible sostener que *prima facie* el refrendo deviene necesario siempre que el acto sea potencialmente generador de responsabilidad. Dejamos aquí esbozada esta idea que más tarde intentaremos desarrollar en el punto relativo a los actos excluidos e incluidos, públicos y privados del Monarca.

Cuando hablamos de la naturaleza jurídica de una institución, cualquiera que ésta sea, ya material, ya adjetiva o procesal, nos estamos refiriendo a aquel elemento que configura su más íntima esencia, su razón última de ser, y que marca las diferencias con las otras instituciones que puedan aparecer como similares, en mayor o menor medida, incluso aunque tengan elementos comunes, razón por la cual, mientras que *v. gr.* la propiedad implica un derecho real pleno sobre las cosas en los términos del art. 348 CC, la posesión significa un derecho real de protección provisional y no definitiva (arts. 430 y ss. CC).

En el orden jurídico privado, la naturaleza jurídica de las instituciones suele aparecer con significados generalmente unívocos o, al menos, de perfiles y contornos que nos permiten movernos con relativa seguridad y, permítasenos la expresión, controlar el terreno que pisamos que, por demás, es tal vez la principal aspiración del jurista, la certeza y el saber con seguridad, con la seguridad relativa de toda obra humana, a que atenemos en cada momento.

Decimos esto porque parece que la institución del refrendo no es siempre la misma en cuanto a su significado, alcance y trascendencia, sino que, antes bien, depende institucionalmente del marco jurídico público en que desempeña su cometido, es decir, en un sistema republicano tendrá diverso perfil al propio de una monarquía que a su vez, también diferirá en función de su naturaleza. Así, De Esteban y González-Trevijano ²² rechazan la idea

²² *Op. cit.*, p. 83.

y el planteamiento de que en la actualidad siga siendo posible construir la teoría del refrendo basándose casi en exclusividad en los parámetros que en su día dejó establecidos el insigne tratadista Cáceres Crosa en el año 1934, referidos esencialmente a la Constitución de la II República Española de 1931. Sugieren los citados autores dar un paso más y tratar de deshacer equívocos a la luz de criterios doctrinales de mayor actualidad. En cualquier caso, y puesto que a esta cuestión ya nos hemos referido con anterioridad, no es lícito reiterar lo expuesto.

En todo caso, y siguiendo en este punto a Cáceres Crosa²³ hay que advertir que la institución, en su carácter autenticante, está vigente en la Monarquía y en la República.

El sistema republicano y presidencialista típico y clásico lo constituyen los EE. UU. si bien allí su finalidad es simplemente burocrática y sin alcance jurídico alguno, ya que el Presidente no deriva su responsabilidad hacia terceros, sino que la asume íntegramente en la misma medida en que se reserva y ejerce la plenitud de la función ejecutiva. Sus ministros, allí llamados Secretarios, son libremente designados por él y no responden ante las Cámaras más que como tales, diríamos, auxiliares. Se comprende fácilmente en qué medida carece el refrendo de significación en el caso que estamos comentando, ya que, primero, el Jefe del Estado no sólo no es irresponsable, sino que lo es íntegramente, y, segundo, sus ministros no responden por él ante instancia parlamentaria alguna. En suma, la antítesis de la razón de ser de la institución.

Baste en tal sentido recordar el ejemplo sucedido con el Presidente norteamericano Richard Nixon sometido a la figura del *impeachment*, con consecuencias no sólo políticas, sino incluso penales, lo que no evita que pueda alcanzar a sus Ministros o Secretarios, pero nunca vía refrendo, sino por el camino de la realización de actos propios y personales que implicasen tipicidad penal y, por ende, se tradujeran en responsabilidad de esa naturaleza.

Es claro que la razón de ser de todo lo que acabamos de decir tiene un origen histórico, al menos en gran medida: el presidente norteamericano se asemejaría al monarca inglés, afirma Sanchez Agesta²⁴, como lo concibieron Blackstone y Montesquieu, pero con una limitación temporal de sus poderes y una cuasi permanente relación con el Senado, por la vía del control.

El Jefe del Estado es *leader*; e incluso algún autor norteamericano ha enumerado hasta un total de diez funciones cuyo ejercicio efectivo le está

²³ *Op. cit.*, pp. 38 y ss.

²⁴ *Curso de Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, 1974, pp. 180 y ss.

encomendado, entre ellas la de «gerente ejecutivo», «portavoz del pueblo», etc. (Rossitter). Incluso el Presidente en su actuación no tiene tan siquiera obligación de consultar a sus Secretarios. Cáceres cita el ejemplo de la doctrina establecida por el Presidente Lincoln, según la cual y a pesar de que los Secretarios estuvieran reunidos en Consejo, sólo podía haber para la resolución y debate de los asuntos de estado el voto unánime del Presidente.

Puesto que también han quedado plasmadas algunas referencias a la naturaleza jurídica del refrendo, bástenos ahora señalar el carácter de acto complejo que tiene para tratadistas como Miguel Herrero, por oposición al acto simple, esto es, que sería realizado por una pluralidad de órganos. Este autor, y en ello vamos a detenemos brevemente, entiende que un acto complejo no es sinónimo de acto producido por un órgano plural o colectivo, ya que —afirma— la voluntad exteriorizada es única, como único es el sujeto que la emite, con independencia del proceso de formación interna. No lo sería tampoco el acto resolutorio de un procedimiento ni aquel que para producir efectos está condicionado por otra declaración ²⁵. Por contra, el acto complejo en que consistiría el refrendo tiene una pluralidad de autores con una «identidad en el interés, en el contenido, en la intencionalidad», son dos voluntades, concurrentes pero además con una estructura simétrica o asimétrica, dependiendo de cada acto concreto o de sus elementos integrantes.

Esa estructura compleja la fundamenta Miguel Herrero, a mayor ahondamiento, en la distinción iniciada en el derecho inglés entre el Monarca como persona física y el Monarca como institución, teoría que con el paso del tiempo llegaría a depurar de forma muy acabada Santi Romano con su Teoría del órgano o teoría institucionalista a partir de su obra «El ordenamiento jurídico», que veía la luz en 1917, distinguiendo entre el órgano y su titular, lo cual permite sin solución de continuidad la perduración de las instituciones con independencia de quienes la encarnan. El tercer elemento del órgano vendría dado por las facultades o competencias a él atribuidas, pero a lo que ahora nos interesa hemos de detenernos aquí.

Retomando el hilo de la exposición, el acto de voluntad del Rey institución o de la Corona se vendría a integrar por actos del Rey persona física refrendado más el del Presidente o ministro refrendante. La ausencia de esta duplicidad, de este formalismo supralegal sólo conllevaría una actuación del Rey como sujeto privado o particular, como mero sujeto privado o

²⁵ Miguel HERRERO R. DE MIÑÓN, *op. cit.*, pp. 326 y ss.

particular, como mero sujeto de derecho (Bornhak) al margen de las competencias constitucionales ²⁶.

Entre la voluntad del Rey y del refrendante se daría una «mutua adhesión», recíproca y respecto del fin.

«Vagas generalizaciones de pseudociencia política» llama Herrero de Miñón a las tesis diversas a las que él sostiene, entendiendo que la responsabilidad de la autoridad refrendante nunca iría más allá del hecho de haberse limitado a la aprobación o propuesta, pero sin trascender al acto del Rey finalmente aprobado. La consecuencia es obvia: el responsable sería el Rey, lo que no podría sostenerse en base a la Constitución, ya que nadie responde de aquello que, por así decirlo, no procede o proviene de su autor.

Por contra, la responsabilidad del refrendante ha de ser directa respecto del acto del Rey, lo que conlleva que haya tomado participación en él más allá de una mera constatación extrínseca de validez.

Sin embargo y frente a esta tesis tan ardorosamente mantenida, otros autores, entre ellos De Esteban y González-Trevijano ²⁷, niegan que el refrendo sea un acto complejo a la luz de nuestra Constitución, y rechazan las dos voluntades, la del Rey y la del refrendante como elementos que deban conjuntarse.

Sobre la idea de partida de la noción simbólica del Rey o de la Corona como institución, queda constituido como símbolo de la unidad y permanencia del Estado, su más alta representación, razón por la cual no ha de sufrir erosiones que puedan deteriorar tal símbolo y función. Si a esto añadimos que nos movemos en el ámbito de una monarquía parlamentaria, en la que quien responde ante el legislativo es el Gobierno y no el Rey, el punto final será que se produce una traslación de responsabilidad de uno a otro. Tal vez podríamos preguntarnos si estamos en presencia de responsabilidad interpuesta o por actos de otro y, aplicando las instituciones del Derecho Civil, concluir que se trataría de responsabilidad objetiva, extracontractual o, en nuestro ámbito, institucional. La idea de la doctrina civilista para justificar la responsabilidad objetiva podría sintetizarse en dos parámetros: primero, quien realiza actividades potencialmente generadoras de riesgos, las cuales redundarían en su beneficio, habrá de responder si aquél dejase de ser tal, y se materializase en evento dañoso, y, segundo, sobre la base de asumir lo que beneficia y, correlativamente, lo que perjudica, como principio de Derecho. El legislador, ante la existencia de un daño, pone el acento

²⁶ *Preussisches Staatsrechts*, I., p. 231, citado por Herrero.

²⁷ *Op cit.*, p. 84.

en su reparación y satisfacción del interés lesionado, con independencia de si hubo intencionalidad, negligencia, falta de atención, etc.

Traído lo anterior a lo que ahora nos ocupa, el mero hecho objetivo del refrendo genera responsabilidad si ha lugar a exigirla.

Del mismo modo que en la disgresión utilizada, se produce un daño, en el refrendo sólo hay una voluntad: la del refrendante, porque institucionalmente así le vendría impuesta.

La actuación constitucionalmente relevante del Rey por su carácter simbólico y superior en la unidad y permanencia del Estado hace que la mayor parte de sus actos sean debidos, esto es, obligados, preceptivos, como también los del refrendante lo son. El Rey habrá de estampar su firma aunque la decisión de actuar no proceda de él. Ésta es la forma de «estatalizar» o juridificar la actuación de los poderes del Estado. No otra cosa, creemos, significa el tenor literal del art. 91 de la Constitución referido a la elaboración de las leyes cuando en él podemos leer que «el Rey sancionará... las leyes aprobadas por las Cortes Generales, y las promulgará y ordenará su inmediata publicación», caso éste de, diríamos, refrendo invertido en que el Rey ha de obrar como es debido tras la aprobación de una ley.

Otra interesante aportación doctrinal viene de la mano de Fernández Fontecha y Pérez de Armiñán²⁸. A pesar de ser el tema del refrendo materia insuficiente y, para algunos, superficialmente tratada, no por ello deja de suscitar encontronazos y opiniones radicalmente contrapuestas entre los tratadistas. Así, los citados señalan cómo los planteamientos de Herrero de Miñón son «vagos, faltos de concreción, etéreos e imprecisos», a la par que le achacan una notoria propensión retórica a sus palabras al respecto, además de parecerles «distorsionadora y poco útil la introducción de toda la teoría del acto complejo» en sus tesis.

Esta crítica está basada en una muy distinta concepción de la institución que estudiamos, tratando de establecer una tercera vía entre una concepción de las prerrogativas regias, en extremo amplias para ellos, que es lo que achacan a Miguel Herrero, y otra peligrosa línea doctrinal española que enfocaría las competencias constitucionalmente reconocidas al Rey de modo harto automático y mecanicista, de forma que el órgano refrendante, además de asumir la responsabilidad de lo que refrenda, incluso concentraría en su seno, absolviendo la radical y última razón de ser de lo refrendado. Ninguna de estas ideas sería para los autores coherentes con el texto constitucional ni con el trazado de la actuación competencias del Monarca,

²⁸ *Op. cit.*, pp. 24 y ss.

rechazando su degradación a unos comportamientos reduccionistas y propios de un «Presidente republicano vergonzante»²⁹.

Desde la perspectiva de la actuación jurídico-pública del Monarca, parten los tratadistas citados en su construcción doctrinal de distinguir entre acto refrendante y acto refrendado, siendo la teoría general del refrendo una teoría general del primero.

Niegan, del mismo modo, que sea una institución histórica, sino una «técnica jurídica» en cuanto a su naturaleza: un acto jurídico público tendente per se a encontrarse con otro de idéntica factura con la idea teleológica de hacer surgir unos determinados efectos. Ese acto jurídico-público no sería un acto administrativo propiamente dicho.

Tampoco admiten el criterio kelseniano de que la teoría del refrendo requiera un órgano compuesto por el Rey y el refrendante, pero, que a su vez, sea distinto de ellos.

Descartado pues lo que no es, o lo que no significa propiamente hablando el refrendo, concluyen positivamente sentando la esencia del instituto: «dos voluntades, autónomas, libres e incoercibles»³⁰. Son autónomas puesto que desde la perspectiva del art. 78 de la Constitución las voluntades puestas en juego serían independientes entre sí y no sería dable admitir de ninguna manera subordinación de una a otra, ni voluntad principal y voluntad accesoria. No se necesitarían la una a la otra y sus existencias, desde esta idea, así esbozada, podrían incluso llegar a cruzarse.

Las voluntades, en segundo lugar, serían libres, ausentes de obligación o coacción. Cada una de ellas, la del Monarca y la del órgano refrendante, tienen en la Constitución propiamente dicha el dibujo de sus respectivos ámbitos y zonas de operatividad.

En tercer lugar, serían incoercibles, es decir, no aptas o idóneas para que una de las voluntades pueda obligar a que la otra actúe u observe una conducta positiva.

El Rey no estaría obligado a firmar v.gr.: un decreto, o a pasar por lo que se le propone siempre, claro está que este bloqueo o inactividad pueda estar justificado. Para los autores, estamos aquí, en este punto, ante la esencia más íntima del refrendo.

Las potestades bloqueantes del Monarca, su inactividad, insistimos, siempre que estén justificadas, bien por razones de supralegalidad o de legalidad ordinaria en sentido amplio, esa inactividad bloqueante derivaría de la propia Constitución ante infracciones notorias del carácter expuesto, con lo cual, como puede apreciarse, no habría, desde esta teoría, automatis-

²⁹ *Op. cit.*, p. 27.

³⁰ *Op. cit.*, p. 279.

mo ciego, simples y puros actos debidos en todos los casos de actuación regia, sin que de ninguna manera estemos en presencia del guardián de la Constitución en el Rey, puesto que sus guardianes, las armas con que ellos cuentan, son de muy diversa índole residenciadas y en otras áreas.

Que el Monarca, en el ejercicio de sus competencias al más alto nivel no es un simple obligado, lo demuestra también la circunstancia de que el titular físico del órgano Corona se encuentra, como no puede ser en técnica jurídica ser de otro modo también amparado por lo que el Derecho Civil nos enseña relativo a la capacidad de obrar de las personas y la correlativa capacidad para no hacerlo, bastando en tal sentido una somera lectura del art. 200 y concordantes del Código Civil.

Consecuentemente, Fernández Fontecha y Pérez de Armiñán suscriben íntegramente la tesis de Miguel Herrero R. de Miñón según la que «es propio de una monarquía parlamentaria que el Monarca necesite el concurso de sus Ministros, pero que éstos no puedan suplir los actos y las opciones de aquél»³¹.

Habíamos dejado señalado más arriba que el acto jurídico-público en que consistiría el refrendo no participa de la naturaleza del acto administrativo, propiamente dicho. Los requisitos del mismo se encuentran regulados en el Capítulo II del Título V de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, arts. 53, 54 y 55.

A pesar de que parece claro que ésta no es la sede idónea para tratar el tema, a los efectos que ahora nos interesan, sí podemos afirmar que los actos realizados por el Rey no son actos administrativos aunque tal vez no sea descabellado pretender que hay ciertos elementos teóricos que sí resultarían aplicables como por ejemplo la competencia y todas y cada una de las características y predicamentos que implica, como su irrenunciabilidad, no cabiendo evocación ni delegación en el actuar regio, la territorialidad, el criterio material como determinante de la competencia, las causas de recusación, etc., etc., en definitiva, todo el entramado que a la materia le dedican los arts. 11 a 21 de la citada ley 30/92, aunque sí el criterio del respeto a la forma y al procedimiento, como ya expusimos.

A nuestro juicio, la conclusión a la que llegan Fernández Fontecha y Pérez de Armiñán es perfectamente asumible para no perder nunca de vista la perspectiva que implica afirmar de manera indubitada que las competencias que la Constitución otorga al Monarca no son meramente nominales y/o ficticias, sino por el contrario, reales y efectivas. Pero ello sólo podrá concluirse desde la óptica de entender, permítasenos el símil, lo que los

³¹ FERNÁNDEZ FONTECHA, *op. cit.*, p. 281, citando a M. Herrero, *op. cit.*, p. 323.

administrativistas han acuñado como la teoría de los «actos separables», si bien como técnica jurídica para enfrentar problemas de muy distinta naturaleza a la que aquí nos ocupa. Es decir, que acto refrendante y acto refrendado son, serían, autónomos e incluso independientes. El Jefe del Estado es el titular de un órgano del Estado y, por ello, cabría la posibilidad de actos reales carentes de refrendo, nulos en consecuencia, y actos refrendantes que no operasen sobre realidad alguna si el Monarca en la práctica no ejerciera una competencia a él atribuida.

En suma, estaríamos a presencia de las dos caras de la moneda, distintas pero integradas e integrantes de una unidad superior y amalgamadas entre sí por la, de nuevo, idea administrativista de la «adherencia al fin».

VI. ACTOS SUJETOS A REFRENDO Y ACTOS EXCLUIDOS DEL MISMO

La forma

Al referirnos a esta materia, hemos de partir forzosamente de la mera dicción literal del art. 56.3 de nuestra Carta Magna que dice así: «La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad. Sus actos estarán siempre refrendados en la forma establecida en el art. 64, careciendo de validez sin dicho refrendo, salvo lo dispuesto en el art. 65.2».

El insigne tratadista Cáceres Crosa³², al estudiar este aspecto del problema, parte de dejar bien sentado que la forma de manifestarse el refrendo se vincula de manera directa con las funciones constitucionales del Jefe del Estado para que las mismas tengan validez jurídica, para lo cual apela a la parte orgánica de las Constituciones europeas de la época, así la checoslovaca, la austríaca, etc. y puesto que su agotador y pormenorizado estudio describe un panorama completísimo, sólo nos queda referirnos a él y tratar de extraer algunas ideas que puedan sernos útiles en este más reducido, por muchos motivos, trabajo.

Parece en tal sentido que no es factible, ni tal vez deseable, entrar a pormenorizar de manera casuista e individual todos y cada uno de los actos regios susceptibles de refrendo, y en opinión del autor, es preferible recurrir a términos tales como «actos», «decisiones», «órdenes», «mandatos» y otros sinónimos a pesar de la relativa carga de imprecisión jurídica que conllevan, sin que quepa olvidar el criterio hermenéutico según el cual

³² *Op. cit.*, pp. 74 y ss.

donde la ley no distingue nosotros no debemos distinguir y, en ese sentido, recordar que nuestra Constitución se refiere genéricamente a la fórmula actos del Rey mediante la expresión «sus actos...» (art. 56.3).

De tal forma, cabe decir, en principio, que estarían sujetos a refrendo aquellos actos de Rey realizados en su condición de tal, es decir, como Jefe del Estado, quedando excluidos los actos inherentes a su personalidad a actos personalísimos, excluyéndose también el supuesto del art. 65.1 de la Constitución en función del cual el Monarca distribuye libremente la asignación que recibe de los Presupuestos Generales del Estado para el sostenimiento de su familia y Casa, sin que quepa hablar de zonas exentas, en modo alguno al control presupuestario en sede de asignación de recursos, ya que no se puede olvidar que el presupuesto es un acto por el cual el legislativo designa o cuantifica la cifra máxima que la Administración y el sector público está autorizada a gastar durante el ejercicio. Por ello, es posible referirse a una clasificación orgánica del presupuesto en función de quién se encarga de su ejecución, mediante secciones que corresponden o bien a un departamento ministerial o bien a un órgano constitucional como la Casa del Rey, Tribunal Constitucional, Consejo de Estado, etc.

Los temas de carácter económico relacionados con la suprema Magistratura del Estado son, o han sido, delicados. No vamos, por razones obvias, ni siquiera a entrar en este tema, pero bástenos decir que la situación financiera de La Casa del Rey no se regularizó hasta la entrada en vigor de la Constitución, pues, como dato anecdótico, baste constatar cómo el Monarca ³³ tenía sueldo de Capitán General, de alrededor de medio millón de pesetas a finales de los años setenta, fijándose con posterioridad un sueldo al Monarca regido por un convenio especial entre su Casa y el Ministerio de Hacienda con nómina incluida y retenciones del I.R.P.F.

Tampoco estaría sujeto a refrendo otro supuesto constitucional, a saber el previsto en el art. 65.2, según el cual «el Rey nombra y releva libremente a los miembros civiles y militares de su Casa».

La Casa del Rey fue creada por Decreto 2942/1975, de 25 de noviembre («BOE» de 26 de noviembre 1975). También por Decreto de 13 de febrero de 1979, número 310, se reestructuró la misma. Una nueva reestructuración de la Casa Real se produjo por decreto de 30 de diciembre de 1987 y 6 de mayo de 1988. También cabe citar el Real Decreto 445/1992, de 30 de abril, por el que se nombra al General Fernández Campo conde de Latores, con Grandeza de España.

³³ «Sabino FERNÁNDEZ CAMPO: La sombra del Rey». MANUEL SORIANO. Ed. Temas de Hoy, p. 278.

En fin, tras el Consejo de Ministros de 8 de enero de 1993, tuvo lugar el cese del citado general como responsable máximo de la Casa Real, cese que se publicó en el «BOE» del día siguiente, 9 de enero de 1993 y que fue refrendado por el entonces presidente del gobierno Felipe González.

Vemos pues, y de ahí la justificación de estos últimos datos, cómo la práctica constitucional ha venido a aplicar el refrendo incluso a aquellos supuestos en que constitucionalmente no serían en principio exigibles.

También estarían excluidos del refrendo, dentro de los actos personalísimos del Rey, aquellos en los que, ello no obstante, se da una importante relevancia público-constitucional, a saber, el consentimiento matrimonial o el nombramiento del tutor del Rey menor de edad.

Los profesores Fernández Fontecha y Pérez de Armiñán también en esta materia realizan fuertes críticas a otros autores como Miguel Herrero R. de Miñón y Luis López Guerra en su obra con Jorge de Esteban relativa al «Régimen Constitucional Español» cuando dividen en tres bloques las funciones reales: simbólica u honorífica, moderadora y arbitral ³⁴.

No existe para Fernández Fontecha la posibilidad admitida por Rodríguez de Miñón del uso de prerrogativas regias al estilo del derecho inglés al aludir el art. 64 de la Constitución a todos los actos del Rey, sin excepción, prerrogativa anglosajona que no se utiliza desde el siglo XVIII, por lo demás, al margen del peligro que podría implicar convertir al Rey en la antítesis del principio moderador si pudiera usar el veto en ciertos casos y no en otros, con lo que el equilibrio constitucional de su función podría, en este punto, sufrir irremediamente.

Pero, en este contraste de pareceres lo que importa destacar es que mientras Miguel Herrero R. de Miñón asume que los actos regios siempre tienen una dimensión pública o jurídico-pública, aunque sean personalísimos y atinentes a cuestiones privadas o de índole familiar ³⁵, para Fernández Fontecha nada hay más lejos de la realidad, como tampoco admite que el refrendo opere no sobre los actos del Rey como persona sino sobre los de la Corona como institución, en teoría que retoma así la vieja dualidad de los dos cuerpos del Rey.

Para este segundo autor, la idea de partida o la regla general al respecto no sería otra que aquella según la cual el Rey «siempre actúa potestades públicas, si bien, en determinados supuestos, lo hace como ciudadano privado» ³⁶, siendo contrario a que de una forma íntegra y agotadora sea facti-

³⁴ Jorge DE ESTEBAN y Luis LÓPEZ GUERRA, *op. cit.*, p. 28.

³⁵ Miguel HERRERO R. DE MIÑÓN, *op. cit.*, p. 334

³⁶ FERNÁNDEZ FONTECHA, *op. cit.*, p. 312.

ble encajar todas las posibles actuaciones regias en el molde de los criterios jurídico-públicos o jurídico-privados.

Un acto límite –de admitirse hipotéticamente la dualidad anunciada– podría estar en el otorgamiento del testamento real. ¿A cuál de las dos categorías pertenecería?. Para tratar de responder a esta pregunta, consideramos que de nuevo hay que acudir a las reglas propias del Derecho Civil como cuestión obligada.

El Título III del Libro III del Código Civil, «de las sucesiones» estudia unas Disposiciones Generales (arts. 657 a 661) en las que no vamos a entrar por exceder del contenido de este trabajo, pero a partir de ahí no podemos obviar que el art. 662 del citado cuerpo legal señala que «pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente», al tiempo que el art. 663 determina como incapaces para testar a los menores de 14 años y a los que habitual o accidentalmente no se hallaren en su sano juicio. Parece pues que si estas reglas de capacidad las ponemos en conexión con el art. 670 que en su párrafo primero sienta cómo «el testamento es un acto personalísimo», sin que su formación pueda en todo o en parte quedar al arbitrio de un tercero, la conclusión evidente sería la de que el testamento del Rey es un acto de los citados, esto es, personalísimo, o procedente de su capacidad jurídica y de obrar.

Parece que la naturaleza jurídica de una institución no puede entenderse deforma diversa dependiendo de su titular, pero lo que sí es lícito preguntarse es acerca de si el testamento del Rey puede implicar consecuencias que excedan de las que acarrearía ese mismo acto realizado por cualquier otro ciudadano: disponer de la totalidad o parte de sus bienes para después de su muerte (art. 667 CC). No desconocemos que el acto testamentario puede tener otras implicaciones al margen de las económicas, como el reconocimiento de un hijo, por ejemplo, pero ello es materia en la que no debemos detenernos ahora.

Pero insistimos: ¿es un acto jurídico público o privado? La respuesta tendrá consecuencias distintas en lo tocante al refrendo. Nos inclinamos más bien hacia el punto de vista de Fernández Fontecha, porque, a nuestro juicio, afirmar como hace Herrero de Miñón que no existen procedente del Rey más que actos jurídico-públicos, incluso en el caso testamentario que comentamos «dada la vinculación vitalicia y familiar del Monarca con la suprema institución del Estado»³⁷ supone desconocer no sólo la naturaleza y personalidad jurídica del titular del órgano Corona, sino yendo un poco más lejos, que la función absorba a su sostén físico, y de nuevo habría que

³⁷ HERRERO Y RODRÍQUEZ DE MIÑÓN, *op. cit.*, p. 334.

volver a Santi Romano y distinguir entre el órgano y su titular. Si como nos enseña el Derecho Civil etimológicamente, persona proviene de la expresión griega «prósopos», con la que se designaba a la máscara escénica usada por los actores para desfigurar o impostar la voz y por trasposición acabó aludiendo a los actores de la vida social, los seres vivos, no podemos hacer exclusiones precisamente en quien encarna la suprema magistratura del Estado ni, por supuesto, en ningún otro sujeto de derecho.

Por ello mismo lo que Menéndez Rexach llama «actos domésticos del monarca», privados, participan de la naturaleza de los actos personalísimos, siempre, claro está, que no tengan relevancia o trascendencia constitucional o que pueda afectar al ejercicio de sus funciones derivadas de la Carta Magna. Se puede además apelar al art. 10 de la norma suprema en su referencia a la dignidad de la persona y el respeto a los derechos inviolables que le son inherentes. Será, en resumen, el contenido material del acto el que nos indicará en cada caso si el mismo se sujeta o no a refrendo.

No obstante, y a pesar de lo dicho, cabe plantearse cuestión en los supuestos de los arts. 57.4 y 60.1 de la Constitución relativos como sabemos al veto regio matrimonial y al nombramiento de tutor del Rey menor en la persona que en su testamento hubiera designado el Rey difunto. La doctrina en estos casos, entre ellos De Esteban y González Trevijano³⁸ se decantan por la tesis de considerarlos como actos de la vida privada, y, consecuentemente, exentos de refrendo, tal vez, nos atrevemos a opinar, que ello es debido a que no se trata de vetos exclusivamente dejados a la actuación real, sino que en ambos casos se concita una segunda voluntad, en el del art. 57.4, la prohibición no sólo ha de ser del Rey, sino también, y acumulativamente, de las Cortes Generales, y en el segundo de los supuestos aludidos tampoco deja de haber intervención de la misma instancia: las Cortes Generales, en los supuestos que enumera el propio precepto cuando por ejemplo puedan no darse esas condiciones de idoneidad.

VII. CLASES DE REFRENDO

El refrendo, o la institución del refrendo en su doble vertiente relativa a refrendante y refrendado, tiene, como ya hemos visto, la característica de ser acto obligado, o debido, emanante de una voluntad superior y distinta de las instancias intervinientes, según algunos autores. Ya hemos visto tam-

³⁸ *Op. cit.*, p. 84.

bién que no estamos a presencia de actos administrativos sometidos a control jurisdiccional.

Podemos señalar y establecer un paralelismo entre la manera en que se expresan o exteriorizan los actos del Rey con la forma que el refrendo debería asumir o a la cual debería conformarse.

Fenández Fontecha y Pérez de Armiñán ³⁹ aluden a cómo esos actos regios cabe que sean escritos, verbales o de manifestación de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio, sin olvidar lo que llaman actos implícitos y sin admitir el principio expansión de los actos sujetos a refrendo.

Mariano García Canales ⁴⁰, por su parte, reconoce que estamos ante un terreno «movedizo y difícil de precisar» y alude a una realidad que es muy importante en nuestros tiempos cual es no sólo la existencia de los medios de comunicación, sino su profusión, añadimos nosotros, relevancia, capacidad expansiva, intereses que cada uno pretende defender, etc., etc., sin olvidar que la materia objeto de cualquier noticia puede en la «aldea global» ser conocida prácticamente en tiempo real en los lugares más remotos del planeta. Haremos alguna referencia posteriormente al ámbito español.

García Canales alude a aquellos actos solemnes que implican al Rey y a los ministros, tales como mensajes, tomas de posición motivadas, comunicaciones escritas con los altos órganos del Estado, etc., sin olvidar determinadas solemnidades que suelen producirse, tales como el inicio de una legislatura, o cuando el Monarca se dirige a las Cámaras, es habitual que tenga lugar la lectura de discursos que generalmente han sido previamente conocidos y aceptados —refrendados— por el Gobierno. En otros momentos, viajes, etc. lo común es que el monarca sea acompañado del Jefe del Gobierno, o un ministro o «ministro de jornada» para con su presencia, refrendar el contenido del acto, el cual se entiende que asumen como regla general y no hay protesta. Se trata, en nuestra opinión, de un problema que no es baladí y que ha de ser cuidado especialmente no sólo por cuestiones, diríamos, protocolarias, o formales, sino porque si el acto, un acto de los que estamos en estas últimas líneas, carece de refrendo, por ejemplo, presencial, entraría de lleno en causa de nulidad con todo lo que ello conlleva e implica, además del desgaste para la institución.

En tal sentido, cabe traer a colación lo ocurrido en fechas recientes con el viaje del Rey a Méjico, de carácter oficial, en el que por enfermedad del ministro de Asuntos Exteriores fue sustituido por el Secretario de Estado de Cooperación Internacional. La noticia que fue publicada en prensa el lunes 7 de abril de 1997, resultó ampliamente comentada y entre quienes se

³⁹ *Op. cit.*, p. 312.

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 269

hicieron eco de ella estuvo el Profesor D. Jorge de Esteban, quien calificó la decisión gubernamental relativa a la alta autoridad que acompañó al Rey como «errónea e inconstitucional»⁴¹, ya que este acto real de política internacional careció del refrendo debido al no estar presente un miembro del gobierno. Si la regla general en los viajes al exterior es que el monarca sea acompañado del ministro de Asuntos Exteriores, tendría que haber sido designado otro miembro del gobierno, y un Secretario de Estado, hoy por hoy, no lo es.

Por ello el más alto magistrado, la más alta representación del Estado Español careció en su viaje del refrendo tácito que como tal refrendo ya vimos que tiene el carácter de competencia no susceptible de delegación, careciendo también de interlocutor válido el gobierno de Méjico con lo que puede implicar en este tipo de viajes.

Cita García Canales⁴² como significativo, ya dentro del área de la libertad de expresión del Rey, el discutido, como él califica, discurso de Alfonso XIII en Córdoba el 23 de mayo de 1921, cuando tomó la palabra tras el ministro La Cierva, censurando indirectamente ciertas actuaciones gubernamentales. Cítase también en sede de libertad de expresión del Rey como anécdota la pregunta que formuló Alfonso XIII siendo adolescente en Santamaría de Paredes relativa a qué tendría que hacer si la observancia de la Constitución se opusiera en conciencia a sus deberes para con España. Insistiríamos de nuevo en lo ya apuntado: no se trata tanto de cercenar la libertad de expresión del Rey, sino de adecuarla o ponerla al servicio de los intereses constitucionales, dada además su irresponsabilidad e inviolabilidad.

Por otra parte, los Profesores De Estaban Alonso y González-Trevijano⁴³ distinguen entre refrendo expreso, tácito y presunto.

El primero de ellos, el más común, sería el que tiene lugar por escrito, y por escrito figura en el «BOE» con la contrafirma de la autoridad legitimada para ello. En función de la iniciativa, distinguen a su vez dentro de esta primera categoría entre el refrendo derivado al partir aquella de quien refrenda precisamente, como sucedería en los Reales Decretos. Si la iniciativa parte de un órgano tercero, como las leyes aprobadas por el Parlamento, lo denominan refrendo traslaticio, admitiendo una tercera subcategoría de refrendo expreso que denominan originario, al partir genuinamente de la voluntad del Rey, que sería el único competente para hacerlo, limitándose el refrendante a tal actividad pero sin haber tenido parte alguna en su

⁴¹ Diario *El Mundo*, lunes, 7 de abril de 1997.

⁴² M. G. C., *op. cit.*, p. 273.

⁴³ *Op. cit.*, pp. 86 y ss.

génesis. Estamos hablando de casos como el nombramiento de los cargos civiles y militares de la Casa Real.

Un segundo grupo de refrendo sería el denominado tácito, que haría alusión a la presencia junto al Rey de un ministro «ratio materiae» que le acompañe en las actividades que no son propiamente de contenido jurídico, como un viaje fuera del país. Nos remitimos al supuesto antes citado del viaje real a Méjico. Finalmente podría hablarse del refrendo presunto, relativo también a actividades reales no propiamente jurídicas y se entiende como categoría residual respecto a las otras dos enunciadas. Así, el mensaje de Navidad o declaraciones reales que, si normalmente son conocidas por el gobierno en su contenido al menos esencial con carácter previo, se entienden asumidas y refrendadas salvo dimisión ministerial o más del jefe del gobierno.

Doctrinalmente existiría una matización que creemos importante y viene de la mano de los Profesores Fernández Fontecha y Pérez de Armiñán ⁴⁴ relativa al refrendo implícito y que como ya apuntamos ut supra, viene dado por la forma de exteriorización de los actos regios. En tal sentido, rechazan los actos implícitos del Rey por entender que las potestades jurídico-públicas habrán de ser expresas y concretas, no difuminadas, diríamos, si se nos permite, con los contornos bien definidos, a fin de que el refrendante pueda clara y nítidamente saber qué es lo que está contrafirmando, sabiendo su contenido jurídico para así poder asumir la responsabilidad derivada. Otra interpretación excedería lo preceptuado en el art. 64 de la Constitución, en su mención a «actos del Rey». De todas maneras, creemos que no cabría confusión en materia de declaración de voluntad dependiendo de la forma en que se exterioriza. La doctrina civilista, entre la que destaca Albaladejo ⁴⁵ considera como uno de los elementos esenciales del negocio jurídico la voluntad, en línea con lo que positivamente dispone el art. 1.156.1 del Código Civil, y es lo cierto que la voluntad entendida como «conducta por la que el sujeto exterioriza lo querido» puede manifestarse por cualquier medio apto e idóneo que sirva para hacerla patente exteriormente, bien sea a través de la palabra o mediante signos o gestos de cualquier índole. De esta forma, creemos que podría afirmarse que en la medida en que existe una voluntad, sería reflexiva y exteriorizada con ánimo de producir un efecto amparado y tutelado por el ordenamiento jurídico, estaríamos a presencia de una entidad real y no meramente ficticia, es decir, aprehensible y congoscible y, por lo tanto, susceptible, en el caso ahora del refrendo, de ser sometida al mismo por parte de quien, según los casos, resulte competente. Por lo demás, dicha

⁴⁴ *Op. cit.*, pp. 313 y ss.

⁴⁵ *Derecho Civil*, Tomo I, volumen II, cuarta edición. Librería Bosch. Barcelona, p. 153.

voluntad habrá de ser no sólo exteriorizada sino proveniente de sujeto capaz, no viciada y en la que exista concordancia entre la faceta interna y la manifestada. Así pues, no estaríamos a presencia de conclusiones ficticias, sino de auténticas voluntades expresadas de manera en que la forma no pueda nunca desvirtuar los contenidos.

Ahora bien, el alto componente jurídico público que los autores citados atribuyen a toda actuación real y que ellos asocian con la idea de expansión de los actos sujetos a refrendo, no puede hacernos olvidar, en nuestra opinión, que la ley, como sinónimo de norma jurídica general a pesar de su pretensión omnicomprendensiva, no puede llegar a prever todas las situaciones que pudieran darse en el devenir ordinario de las instituciones, las personas y las naciones, ni siquiera a pesar de que, por ejemplo, nuestra Constitución ha previsto supuestos de discontinuidad político-jurídica al citar los estados de alarma, excepción y sitio en el art. 116 y hacer nacer en ese sentido de remisión la LO 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio.

Nos estamos refiriendo a momentos especialmente delicados y peligrosos en los que la situación de ruptura pura y simple del orden constitucional estuvo a punto de hacerse desgraciadamente patente y en trance de materializarse. En los hechos ocurridos en nuestra patria la tarde del 23 de febrero de 1981, la teoría del refrendo, su operatividad y contenido, además de su forma, hubo de operar y amoldarse al momento preciso que estaba fatalmente planteado de facto. El criterio de «salus publica suprema lex» operado dentro de los parámetros constitucionales, consiguió resolver aquel aterrador trance mediante la actuación real, que, por razones obvias, careciendo de cualquier contrafirma, puso de manifiesto en su más genuina expresión, el contenido del art. 62.h) del texto constitucional (mando supremo de las Fuerzas Armadas), en directa conexión con el art. 5 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, de Criterios Básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar, reformada por Ley Orgánica 1/1984, de 5 de enero, que determina que «corresponden al Rey las funciones que en materia de defensa nacional le confieren la Constitución, las Reales Ordenanzas y las demás leyes y, en especial, el mando supremo de las Fuerzas Armadas».

Aquella fatídica fecha, la intervención real salvó directamente el orden constitucional que, por las circunstancias que concurrieron, no pudo tener refrendo formal alguno, si bien, y esto constituye una disgresión directamente personal, lo tuvo del pueblo español en su práctica integridad. Conviene señalar además que, ante la ausencia del gobierno, se creó en el Ministerio del Interior una Comisión de Secretarios de Estado y Subsecretarios como medio para adoptar cuantas medidas fueran necesarias.

En este especialísimo supuesto, el Rey, como Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, ordenó actuaciones a los mandos militares con plena aplicación jurídica que estimamos no puede ser puesta en tela de juicio.

Ahora bien, una vez dicho esto, hay que añadir que no podemos elevarlo a la categoría de norma general, sino situarlo en los términos justos y no fuera de ese contexto, pero sí creemos firmemente que las facultades regias otorgadas por la Constitución no son meramente formales o nominales. El Rey constitucional es plenamente hábil y con su capacidad de obrar plena en el ámbito jurídico público debidamente cohonestada con la institución refrendataria.

VIII. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE REFRENDO

Vistos los aspectos diversos que conlleva la institución refrendataria, nos resta aludir a los problemas o consecuencias jurídicas que acarrea su falta o insuficiencia. De nuevo, el punto de partida no puede ser otro que la Constitución, que su art. 56.3 determina que «... sus actos estarán siempre refrendados en la forma establecida en el art. 64, careciendo de validez sin dicho refrendo, salvo lo dispuesto en el art. 65.2».

Vemos pues que el efecto esencial no es otro que la carencia de validez, lo cual, por lo demás, no es decir mucho en términos jurídicos. Trataremos pues de ahondar en ello y a tal fin hemos una vez más de acudir al Código Civil. En efecto, el citado texto legal en su art. 13.1 determina que las disposiciones de su Título Preliminar en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación tendrán efecto general y directo en toda España, y en materia de interpretación de normas jurídicas hemos de atenernos al tenor del art. 3.1 del Código que nos proporciona unas reglas precisas par interpretar y aplicar las normas.

El problema aparece desde el momento en que el término «validez» no es unívoco en modo alguno sino susceptible de ser entendido de maneras diversas y con distinto alcance jurídico, pero necesariamente hemos de detenernos aquí ya que no nos parece procedente enfocar la cuestión a la luz de la teoría general del derecho, ya que ello excedería los límites de este trabajo. Simplemente dejamos apuntada la ambivalencia del concepto y trataremos de enfocar el problema exclusivamente desde la perspectiva jurídico-pública.

Cáceres Crosa se detiene a analizar la cuestión ⁴⁶ y afirma que el refrendo «valida el acto emanado del Jefe del Estado, y a sensu contrario, su

⁴⁶ *Op. cit.*, pp. 50 y ss.

ausencia nulifica cualquier manifestación de la actividad de éste». Parece que hemos de entender esa expresión como plena carencia de efectos jurídicos si bien como sabemos, los conceptos de inexistencia, nulidad, anulabilidad, rescisión, etc. son en opinión de Castán a veces utilizado de forma muy incorrecta incluso por nuestro primer texto civil.

Continúa Cáceres Crosa haciendo alusión a la polémica suscitada en la doctrina alemana acerca de si el acto carente de refrendo es nulo o no ejecutable, categoría esta que no tiene mucho predicamento en nuestro Código Civil, en sede de eficacia de actos jurídicos.

La no ejecutabilidad, sigue diciendo el autor que comentamos, fue defendida, antes que la nulidad, por los partidarios de la supremacía de la voluntad real, considerando al refrendo una simple formalidad limitativa, pero que no afectaba a la materia, concluyendo que más que un requisito «ab substantia» lo sería «ad probationem».

García Canales se hace eco de la polémica aludida ⁴⁷ pero afirma que la misma no tiene justificación.

Parece que la consecuencia de la falta del requisito de la firma refrendante no es otra que la ineficacia del acto, entendida como falta de producción de efectos jurídicos, aunque también creemos que podría hablarse de nulidad en el sentido que otorga a este concepto el art. 6.3 del Código Civil, como acto contrario a norma imperativa, y en este caso el texto constitucional actuarla como ley de referencia. En cualquier caso el efecto, cualquiera que sea el punto de vista que se sostenga, es la carencia de validez.

Internamente, el proceso de gestación puede también ser simultáneo en las firmas o sucesivo pero será esencial que las mismas aparezcan en el momento no de la promulgación de la norma sino, en nuestra opinión, en el momento de su publicación oficial, y aquí sí parece que nos sea lícito distinguir entre las categorías jurídicas de aprobación, promulgación y publicación de una ley, siempre en alusión al art. 91 de la Constitución en relación con el art. 62.a) de la misma y sin olvidar que el art. 2.1 del Código Civil señala cómo las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el «BOE».

La distinción viene justificada ya que tras la aprobación de la decisión o la norma, ésta pasa a ser promulgada, es decir, constatado su carácter de tal y por fin publicada o exteriorizada ya que no pueden existir normas secretas, por imperativo del art. 9.3 de la Constitución, que consagra el principio de publicidad de las normas.

Problema importante que puede plantearse es el que alude a la posibilidad de convalidación o ratificación «ex post facto» del acto no refrendado

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 278.

o refrendado por quien no es competente para ello, y hemos de decir que en nuestra opinión, la solución, si nos atenemos a criterios de teoría general del derecho, no puede ser unívoca, si bien hemos de reconocer que el enfoque que tiene esta materia a la luz del derecho público le proporciona una muy distinta contextura técnica.

En sede de teoría general o si se quiere, de derecho civil, no es posible en principio aceptar como sinónimos términos tales como inexistencia, nulidad, anulabilidad, rescisión y resolución, englobados todos ellos en la superior categoría de ineficacia del acto o negocio jurídico, instituciones todas estas en las que una de sus principales notas diferenciales según los casos nos la proporciona precisamente la posibilidad o no de convalidación con lo que ello significa, sin duda, para cuestiones tan esenciales como la validez o no de los efectos ya producidos. En cualquier caso, en materia de refrendo nos inclinaremos por considerar que cuando el art. 64 de la Carta Magna emplea la expresión «... careciendo de validez...» lo está haciendo en sentido radical, es decir, de nulidad plena, absoluta, e insubsanable y, por ello, no susceptible de convalidación a posteriori, salvando la omisión que se hubiera podido producir ni tampoco de prescripción, ya que si ello ocurriera, habría, siempre a nuestro juicio, un nuevo acto distinto temporal y cualitativamente del que se publicó o exteriorizó inadecuada o improcedentemente por carecer de los requisitos propios de validez.

Por otra parte, al ser el Rey inviolable, es también irresponsable, no sólo política sino jurídicamente y tanto en vía civil como penal, contencioso-administrativa, etc. Por ello habrá de responder –ser responsable– la autoridad refrendante, la cual responsabilidad se deducirá si es penal o civil en los términos previstos en las normas y reguladoras de la materia y si es política, ante la Cámara o ante el Presidente del ejecutivo, si se trata de individuo del gobierno, aisladamente considerado.

Nos resta para concluir este apartado traer a colación la tesis que mantiene Miguel Herrero Rodríguez de Miñón⁴⁸ para quien el tema de la ineficacia del acto no refrendado ha de ser examinado a la luz de la doctrina administrativista, prudente en lo tocante a la teoría de la conservación de los actos jurídicos, declarando la nulidad sólo ante defectos esenciales e insubsanables pero no más allá de esas deficiencias «ab sustantia». Así y a la luz del derecho vigente, habría que encontrar apoyo en los arts. 62 y 63, siguientes y concordantes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; 30/1992, de 26 de noviem-

⁴⁸ *Op. cit.*, pp. 35 y 36.

bre, que restringe los supuestos de nulidad absoluta a las infracciones más graves del ordenamiento jurídico, conservando así el criterio de la Ley de Procedimiento Administrativo de mantener la anulabilidad como categoría general de invalidez.

IX. CONCLUSIONES

De todo lo anteriormente expuesto, podemos terminar extrayendo a modo de resumen las siguientes consecuencias:

1. Las instituciones jurídicas en general y el refrendo en particular no tienen distinta naturaleza dependiendo de quiénes sean las personas o instituciones titulares de aquellas.

2. El refrendo, si bien tiene un origen histórico de carácter monárquico, encuentra también aplicación en los regímenes republicanos, con distinta factura y contextura técnicas en función del tipo organizativo del Estado a que afecte y de las competencias que en cada caso asuma según la Constitución el Jefe del Estado respectivo.

3. La razón de ser del refrendo o contrafirma no es otra que trasladar la responsabilidad del Jefe del Estado por los actos realizados en uso de sus funciones constitucionales a la autoridad refrendante para así salvaguardar su posición como vértice del Estado y, en el caso español, por su carácter inviolable por imperativo constitucional, función, pues, de garantía.

4. El Rey siempre actuaría potestades jurídico-públicas y sólo en determinados supuestos lo haría como sujeto-ciudadano particular.

5. No cabe en nuestro sistema el uso de prerrogativas regias al estilo anglosajón.

6. Las competencias del monarca español como Jefe del Estado no son ficticias o nominales, sino reales y efectivas.

7. Acto refrendante y acto refrendado son, desde el punto de vista jurídico-estructural actos autónomos que encuentran su razón de ser en la adherencia al fin.

8. La consecuencia de la ausencia de refrendo o de refrendo realizado por autoridad incompetente es su nulidad radical e insubsanable y no convalidable.

Madrid, 3 de junio de 1997

BIBLIOGRAFÍA

- *El refrendo ministerial*. Gonzalo CÁCERES CROSA. Instituto González Posada de Derecho Público. Madrid, 1934.
- «El refrendo en las monarquías». Mariano GARCÍA CANALES. *Revista de Estudios Políticos*. núm. 212. (marzo-abril), 1977
- *Curso de Derecho Constitucional Español*. Jorge DE ESTEBAN Y GONZÁLEZ-TREVIANO. Madrid.
- «Refrendo de los Actos Reales». Miguel HERRERO RODRIGUEZ DE MIÑÓN. Comentarios a las leyes políticas, dirigidos por Óscar ALZAGA VILLAMIL. Constitución Española de 1978. Tomo V. *Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1983.
- *La Monarquía y la Constitución*. FERNÁNDEZ FONTECHA y PÉREZ DE ARMIÑÁN. Ed. Civitas. Madrid, 1987.
- *Comentario Sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Ed. Carperi. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR y otros. Obra colectiva.
- *Curso de Derecho Constitucional Comparado*. Luis SÁNCHEZ AGENTA. Quinta edición. Ed. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. 1974.
- *Derecho Civil*. Introducción y parte general. Manuel ALBALADEJO. Volúmenes primero y segundo. Ed. Librería Bosch. Barcelona, 1975.
- *Curso de Derecho Administrativo*. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. Editorial Civitas. Madrid, 1975.
- *Derecho Romano*. Juan IGLESIAS. Ed. Ariel, Barcelona, 1972.
- *El Arte del Derecho*. CAMELUCCI. Buenos Aires, 1948.
- *Annual. 1921. El desastre de España en el Rif*. Manuel LEGUINECHE. Alfaguara. 1996. Madrid.
- *Compendio Esquemático de una Teoría General del Estado*. Hans Kelsen.
- *Sabino Fernández Campo. La sombra del Rey*. Manuel SORIANO. Ed. Temas de Hoy. Madrid, 1995.
- «La Posición Constitucional de la Corona». Miguel HERRERO Y R. DE MIÑÓN. En *Estudios sobre la Constitución Española*. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Volumen III. La Corona. Ed. Civitas. Madrid, 1991.

CONTAMINACIÓN ACÚSTICA. SOLUCIONES JURÍDICAS

MAR CUESTA SÁNCHEZ

Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: RUIDO Y SONIDO. 2. LOS EFECTOS DEL RUIDO EN LA SALUD: A) Sobre el sistema auditivo. B) Sobre el sistema nervioso. 3. SOLUCIONES JURÍDICAS: A) Derecho comunitario: a) Directivas de la Unión Europea; b) Sentencias del T.E.D.H. Evolución jurisprudencial. B) Derecho español: a) Soluciones judiciales. C) Preparación de la prueba: a) Toma de muestras. Ordenanza General de Medio Ambiente Urbano de Barcelona de 26/03/99; b) Otras pruebas. 4. CONCLUSIÓN.

«El ruido es el mayor enemigo de la inteligencia; únicamente las sociedades modernas lo combaten.»

Félix de Azúa

I. INTRODUCCIÓN: RUIDO Y SONIDO

Resulta sorprendente que, en el país más afectado por la contaminación acústica, la aplicación de la ley en la materia sea tan escasa, sobre todo si consideramos que sus efectos perjudiciales se detectan, cada vez, en capas más extensas de una sociedad cada día más sensibilizada. El ruido como contaminante sigue siendo poco y mal conocido y, quizá por tal razón, la Administración de Justicia no ha comprendido aún la grave incidencia de este tipo de inmisiones en la colectividad, los cambios de patrón de conducta que produce en los afectados y, en general, la degradación de la convivencia cívica que conlleva. Dado que es un problema creciente, surgen constantemente, asociaciones, plataformas y grupos de vecinos que reclaman una solución efectiva y a los que debe ofrecerse la posibilidad de conocer los medios de defensa legal frente a esta forma de agresión.

Con carácter previo a la exposición de tales posibles soluciones, se hace imprescindible la exposición de unas nociones generales sobre el sonido, el ruido y sus efectos, que faciliten la comprensión del problema.

Aunque con carácter general podemos decir que ruido es todo sonido no deseado, técnicamente, el artículo 4 de la Ley Catalana 16/2002, de 28 de junio, de Protección contra la contaminación acústica, define el ruido como «contaminante físico que consiste en una mezcla compleja de sonidos de frecuencias diferentes, que produce una sensación auditiva considerada molesta o incómoda y que, con el paso del tiempo y por efecto de su reiteración, puede resultar perjudicial para la salud de las personas». A la vista de tal definición, para poder entender qué es el ruido, será necesario conocer, primeramente, qué es el sonido y cómo se transmite.

El sonido es una vibración constituida por ondas de frecuencia y amplitud variables, que precisa de un medio, que puede ser sólido, líquido o gaseoso para su transmisión. A diferencia de las ondas electromagnéticas que transmiten luz, televisión o radio, las ondas sonoras son de naturaleza mecánica y, en consecuencia, necesitan un medio conductor, ya que no pueden transmitirse en el vacío, siendo la velocidad de transmisión tanto mayor cuanto más denso sea el medio conductor. Así, la velocidad de transmisión del sonido en la atmósfera, a 0 °C de temperatura, es de 331 metros por segundo, en agua salada es de 1.540, 1.450 en el vidrio y 5.000 metros por segundo en el acero. Estas ondas sonoras producen una vibración que estimula el oído dentro de ciertos parámetros. Si el oído es humano, se estima que su capacidad de percepción se encuentra comprendida entre 20 y 20.000 ciclos por segundo, capacidad superada por varias especies animales como los perros, que pueden percibir hasta 30.000, o los murciélagos, que pueden percibir frecuencias de hasta 100.000 ciclos por segundo. No obstante, la sensibilidad del oído varía en función del sujeto, la edad, e incluso el sexo. Se considera que la mayor sensibilidad del oído se halla comprendida en una zona que va de los 1.000 a los 5.000 ciclos y que la edad produce una notable pérdida de sensibilidad, especialmente para frecuencias altas.

La razón por la que somos capaces de discriminar distintos tonos de sonido viene dada por la longitud de onda. Un sonido será más grave cuanto mayor sea la longitud, es decir, la distancia entre crestas, entre valles o entre dos puntos homólogos de una misma onda. Por el contrario, un sonido será más agudo cuanto menor sea dicha distancia. Técnicamente, se considera que un sonido es agudo si sobrepasa los 1.000 Hz, y grave, en caso contrario.

El número de ciclos que se producen en una unidad de tiempo determina la frecuencia de onda. Para medir tal magnitud se emplea el Hertz (Hz) que mide el número de ondas (o ciclos) que se producen en un segundo. Por ello podemos decir que cuanto mayor es la frecuencia, menor es la longitud entre ondas, y, con ello, el sonido es más agudo. Por el contrario, cuanto menor es la frecuencia, mayor es la longitud entre ondas, y, en consecuencia, el sonido es más grave. Como ejemplo podemos citar la nota LA con la que se afina un instrumento, que tiene una frecuencia de 440 Hz.

En lo referente al volumen o nivel sonoro, éste queda determinado por la amplitud de onda. Una conversación en susurros emite ondas bajas o planas (en torno a 20 dB), mientras que esa misma conversación en voz alta, producirá ondas mucho más altas (sobre los 60 dB). En 0 dB se estima el umbral de audición (aunque, en la práctica, comienza a percibirse el sonido entre los 15 y 18) y, alrededor de 120 dB comienza el umbral del dolor. La unidad de intensidad del sonido, empleada universalmente en ingeniería

electrónica, es el deciBelio (dB). Se considera que el dB es el cambio más pequeño en volumen que es capaz de distinguir el oído humano en un tono de 10.000 Hz. Comoquiera que el dB sólo expresa intensidad, esta unidad de medida se depura teniendo en cuenta las frecuencias mejor percibidas por el oído humano, que se sitúan entre los 400 y los 12.000 Hz, dando lugar a la escala A de deciBelios (dBA) que es la habitualmente utilizada en la normativa reguladora de esta materia. El instrumento para medir el volumen en dB es el sonómetro. Si este medidor está calibrado para responder en los mismos términos que el oído humano, diremos que está ecualizado.

Por otra parte, las ondas sonoras pueden reflejarse bajo ciertas condiciones, especialmente cuando se emiten dentro de un objeto de dimensiones reducidas como una habitación pequeña, la caja de un instrumento musical o el interior de un tonel, en cuyo caso, cada onda sonora resulta reforzada por las ondas estacionarias anteriores reflejadas en la estructura. A este fenómeno se le conoce como resonancia y consiste en el aumento de la intensidad de una onda por los ciclos siguientes debido a que el oído humano sólo puede distinguir entre dos sonidos si entre ambos media un intervalo de más de una décima de segundo. Si este intervalo es inferior se perciben como sobrepuestos. Si las dimensiones del lugar donde se emite el sonido son más amplias y las ondas reflejadas en paredes, techo o suelo recorren mayores distancias, llegarán, sucesivamente, en intervalos superiores a 0,1 segundo, perdiendo parte de su energía en cada reflexión. A este fenómeno se le conoce como reverberación, o, coloquialmente, eco.

Por último, si se producen diversas ondas, de distinta amplitud y frecuencia, pero superpuestas de modo ordenado y formando una estructura, el resultado será la armonía o sonido musical. Si, por el contrario, se emiten distintas ondas mezcladas aleatoria y desordenadamente, el resultado, al margen de apreciaciones subjetivas, se percibe como algo molesto que denominamos ruido.

No obstante, debe insistirse en que la percepción del sonido, o del ruido, incluye un factor marcadamente subjetivo, de manera que una misma intensidad puede ser tolerable para una persona y no para otra, e incluso, una misma persona puede soportar, o no, una fuente de sonido dependiendo de la hora, situación, capacidad auditiva, estado de salud y circunstancias personales de cada momento. Este hecho dio lugar al conocido sarcasmo de Shopenhauer: «La cantidad de ruido que puede soportarse sin que moleste, es inversamente proporcional a la capacidad mental.»

II. LOS EFECTOS DEL RUIDO EN LA SALUD

De una manera intuitiva, el hombre siempre ha sabido que el ruido produce ciertos efectos sobre el organismo. Señala el profesor Ramón Martín Mateo, en su «Tratado de Derecho ambiental» cómo, tradicionalmente, se ha excitado la belicosidad de los ejércitos mediante sonidos metálicos agudos y redoble de tambores.

Ciertamente, el ruido es interpretado por los seres vivos como una señal de peligro, ante la cual, nuestro organismo se prepara para dar una respuesta. Para ello, aumenta el ritmo cardíaco, acelera la respiración y se produce una descarga hormonal necesaria para huir o atacar. Al quedar inhibida tal respuesta física, se genera *stress* con sus efectos característicos de irritación y agresividad. En otras ocasiones, actúa como precipitante de crisis en casos de enfermedades crónicas o psicóticas. En términos generales, es un hecho probado que la tensión o la agresión acústica erosiona el nivel de vida de personas y animales.

De modo sintético podemos decir que los efectos del ruido sobre la salud afectan al sistema cardiovascular, produciendo alteraciones del ritmo cardíaco, hipertensión arterial, riesgo coronario y excitación vascular por defectos de carácter neurovegetativo; al sistema endocrino, causando alteraciones hipofisarias y aumento de la adrenalina; al sistema digestivo, con aumento de las enfermedades gastroduodenales causadas por falta de descanso; al sentido del oído, con pérdida progresiva de la capacidad auditiva, pues esta capacidad se deteriora entre los 75 y los 125 dB, aunque la exposición continuada a niveles inferiores puede producir la pérdida gradual de esa capacidad. En general, se estima que el ruido disminuye la calidad de vida y el bienestar personal al generar *stress*, agresividad, dolores de cabeza y falta de concentración. También se ha comprobado que, por consecuencia de la falta de descanso, disminuye el rendimiento académico y aumenta el riesgo de accidentes.

En condiciones de laboratorio o en granjas avícolas, el ruido extremo puede causar la muerte de ciertos animales y, en la antigua China y durante el III Reich alemán, eran de sobra conocidos tales efectos y aplicados como método de tortura.

A) RUIDO Y LESIONES EN EL SISTEMA AUDITIVO

La relación entre ruido y sordera era ya conocida en tiempo de la Antigua Roma, pues el historiador Plinio el Viejo describió en sus tratados la sordera que padecían los pobladores próximos a las cascadas del Nilo y, en los textos

médicos clásicos se refiere la sordera de los caldereros como aquella que afectaba a éstos y otros trabajadores del metal (herrereros o, en la actualidad, mecánicos y chapistas) producida por el continuo entrecuchar de los metales. Posteriormente, se estudió la sordera de los artilleros y de los trabajadores textiles en las fábricas catalanas de principios del siglo xx. Paradójicamente, la sordera profesional también afecta a los músicos de orquesta sinfónica ya que, aunque agradable, el sonido musical intenso –en este caso, en torno a los 110 dB– también puede provocar lesiones auditivas.

En el año 2001, el Servicio de Otorrinolaringología del Hospital del Vall d'Hebron de Barcelona llevó a cabo un experimento dirigido por el Dr. Quesada Marín y supervisado por la Dra. García Arumi. El objetivo del trabajo era comprobar los efectos de una sesión de tres horas de discoteca en los oídos de once jóvenes de uno y otro sexo, de edades comprendidas entre los quince y los veintidós años, teniendo en cuenta que el nivel acústico del interior de una discoteca es superior a 110 dB, con valores máximos superiores de 120 dB. Al término de la sesión, los voluntarios fueron examinados con un audiómetro detectándose una pérdida de audición de tonos, de un 65 % sobre el valor inicial en frecuencias entre 1.000 y 2.000 Hz y, en cuanto al volumen, para frecuencias de entre 4.000 y 8.000 Hz, se estimó una pérdida de 15 dB.

Al tratarse de una exposición al ruido puntual, la pérdida auditiva registrada en el anterior experimento es temporal, aunque posee cierto carácter acumulativo.

El oído cuenta con ciertos mecanismos de defensa frente a la agresión acústica. Algunos de estos mecanismos son involuntarios, como el llamado reflejo estapedial, mediante el cual, ante sonidos que superen los 70 dB de volumen, los músculos tensores del tímpano y del estribo bloquean la cadena osicular del oído medio –compuesta por: martillo, yunque, lenticular y estribo– con el fin de evitar daños en la estructura por sobrecarga mecánica. De modo análogo, el reflejo olivo-coclear, mediante el cual se reduce el movimiento de las células ciliadas externas (CCE), del interior de la cóclea, disminuye su movimiento interno para evitarles daños irreversibles. Por último, la recomendación que se hace a los artilleros sobre que mantengan la boca abierta mientras disparan, tiene por objeto la apertura de la trompa de Eustaquio, lo cual equilibra la presión entre el oído interno y el externo, evitando la perforación del tímpano frente a cambios bruscos de presión.

No obstante, la capacidad defensiva del oído, en ocasiones, resulta insuficiente frente a la multitud e intensidad de estímulos acústicos propios de la era industrial. La presión acústica excesiva puede conducir a una pérdida permanente de audición total o parcial.

El tímpano puede perforarse en casos de trauma acústico agudo. Sería el caso de una variación brusca de la presión (trauma isobárico del submarinista) o por acción de la onda expansiva de un explosivo cuya combustión dure más de 1,5 milisegundos. La rotura del tímpano, o incluso, de alguno de los huesos del oído puede resolverse de modo espontáneo, ya que el tímpano puede regenerarse, y si esto no sucediere en un plazo de seis meses, cabe la posibilidad de aplicar técnicas de cirugía reparadora (timpanoplastia).

Mayor gravedad presenta el trauma acústico crónico que produce pérdida irrecuperable del oído en los sujetos sometidos a ruidos superiores a 80 dB durante largos períodos de tiempo. En estos casos suelen producirse lesiones irreversibles en las células ciliadas de la cóclea (oído interno), lo que determinará una sordera progresiva e incurable. También puede dañarse el oído interno con las detonaciones (disparos próximos al oído), es decir, por combustión de material inflamable que dure menos de 1,5 milisegundos, lo que es frecuente en cazadores respecto del oído del lado donde apoyan el arma. En tales casos, el individuo comienza perdiendo la sensibilidad para los tonos agudos (entre 4.000 y 6.000 Hz) puede seguir por los tonos medios y terminar por los graves, pero ya desde el principio, la pérdida del umbral de los agudos —que son los que llevan la información de inteligibilidad, sobre todo en las consonantes— hace que al afectado le sea cada vez más difícil la comprensión de las palabras, quejándose de que oye pero no entiende, lo que conlleva a un progresivo aislamiento social.

Sea cual fuere la causa, la pérdida de audición es algo que cada día observan con mayor frecuencia las autoridades sanitarias y, aunque su mayor incidencia se produce en el medio laboral, resulta preocupante su incremento asociado a actividades de ocio (conciertos, auriculares, discotecas...) sobre todo porque, en el momento actual, no existe solución satisfactoria para la sordera por lesión coclear.

B) RUIDO Y TRASTORNOS NEUROLÓGICOS

Sin embargo, los efectos más graves y de efecto más inmediato, no son los registrados en el sistema auditivo, como pudiera suponerse, sino en el sistema nervioso, es decir que no es sólo un problema acústico sino neurológico, tal como ha puesto de manifiesto el Dr. José Antonio Muñoz Yunta del Hospital del Mar de Barcelona.

Para poder comprenderlo, debemos partir de la base de que la información del sonido (la vibración, en suma) puede llegar al cerebro por dos vías: a través del sentido del oído, que dirige la información al tálamo y éste al área auditiva del cerebro, o bien, a través de mecanismos más complejos, de sensibilidad profunda, en los que interviene el sistema nervioso central.

Teniendo en cuenta que la piel es el órgano más extenso que poseemos y que está saturado de células nerviosas, la vibración es transmitida por ella al sistema óseo y la médula espinal, por donde llega al tálamo. Una vez allí, éste estimula, no el área auditiva del cerebro, sino todo el córtex cerebral sensitivo (estaríamos hablando casi de un 20%) lo que provoca la irritación de esta parte del cerebro, si el estímulo no cesa. La situación se agrava si la vibración continua a la que se somete al sujeto se produce durante los períodos de tiempo en los que el cerebro debe descansar. Ya que el córtex funciona siguiendo un patrón de estímulo-descanso-estímulo, el tiempo de descanso es fundamental para el correcto funcionamiento intelectual, de manera que, si no es posible un período de sueño reparador van a producirse trastornos de memoria, atención y comportamiento, cambios cognitivos, vértigo, disminución de audición, daño visual, epilepsia y otras enfermedades neuropsicológicas.

A este conjunto de síntomas se le denomina: síndrome vibro-acústico y afecta tanto al comportamiento general del sujeto como a su capacidad intelectual y sensorial. Lo sorprendente de este síndrome es que, dada la vía de acceso al cerebro, las personas sordas, aunque no puedan oír, pueden presentar esta perturbación ya que son agredidas, no a través del oído, sino del sistema nervioso.

Por otra parte, el déficit de sueño natural y reparador, entendiendo por tal tanto el número de horas de descanso que el individuo precise como la calidad de éste, produce microespacios de sueño durante el período de vigilia. En estos microespacios, que pueden durar entre 10 y 20 segundos, el sujeto está realmente dormido, aunque mantenga los ojos abiertos.

No es necesario insistir sobre los posibles riesgos de estos microespacios si acontecen mientras el afectado utiliza un vehículo para desplazarse, maneja herramienta o maquinaria peligrosa, se encuentra subido a un andamio o realiza tareas que requieren precisión (pensemos en un cirujano).

Tampoco puede olvidarse que la situación de irritación mantenida, conduce a cambios hormonales, concretamente a la producción de adrenalina, lo que determina cambios en el comportamiento con componentes agresivos e insolidarios, dentro y fuera del marco familiar.

En síntesis, el ruido puede graduarse en función de los efectos que produce, pudiendo ser determinante de «molestias» si se sitúa entre 30 a 60 decibelios (equiparable a una conversación mantenida a un metro de distancia), «peligroso para la salud», entre 60 y 90 dB (equiparable a una calle de intenso tráfico) y «causante de daños en la salud», entre 90 a 120 dB. (equivalente al claxon de un vehículo a un metro de distancia). A partir de 120 dB se considera por encima del «umbral del dolor» y, a 140 dB comienza la sensación física de dolor. Sin embargo, la evaluación del daño

por exposición a presión acústica no sólo debe considerar la intensidad o volumen, sino la perturbación general que experimenta el sujeto por percepción de vibraciones que, en ocasiones, puede incluso no oír.

III. SOLUCIONES JURÍDICAS

A) DERECHO COMUNITARIO

a) *Directivas de la Unión Europea*

El Consejo de la CEE, hoy Unión Europea, se ha ocupado de la problemática de la contaminación acústica, no abordando el tema en su integridad, aunque sí de forma sectorial, a través de distintas directivas referidas a fuentes concretas de ruido. Así, la Directiva 70/157 de 6 de febrero de 1970 que regula los niveles sonoros admisibles producidos por vehículos de motor destinados a circular por carretera, la Directiva 77/311, de 29 de marzo de 1977, que establece los mismos niveles sonoros aplicables a conductores de tractores agrícolas o forestales de ruedas, la Directiva 80/51, de 20 de diciembre de 1979, relativa a la limitación de las emisiones sonoras de las aeronaves subsónicas, o la más reciente Directiva 2000/14/CE, de 8 de mayo, que regula las emisiones sonoras en el entorno debidas a determinadas máquinas al aire libre, por citar sólo algunas aplicables a esta materia.

b) *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

La primera cuestión a dilucidar en la materia que nos ocupa es si la contaminación acústica puede afectar a alguno de los derechos garantizados en el Convenio hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (ratificado por España el 4 de noviembre de 1979), y, muy concretamente, si afecta al derecho a la inviolabilidad del domicilio consagrada en el artículo 8, que reza: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que en una sociedad democrática, sea necesaria [...] para el bienestar económico del país [...]».

Un primer pronunciamiento a tener en cuenta es la STEDH de 21 de febrero de 1990, asunto Powell y Rayner contra el Reino Unido de G.B e Irlanda del Norte. A pesar de que Tribunal desestima la queja de los afectados, le cumple el mérito de reconocer que: «El ruido de los aviones del aeropuerto de Heathrow ha disminuido la calidad de la vida privada y el disfrute del hogar de los dos demandantes, aunque en grados muy distintos. Por consiguiente, el artículo 8 ha de tenerse en cuenta en relación con señor Powell y el señor Rayner.» Más adelante añade. «Tanto si se aborda el litigio en el ámbito de la obligación positiva del Estado de tomar medidas razonables y adecuadas para proteger los derechos de los demandantes a tenor del ap.1 del artículo 8, como en el de una “injerencia de una autoridad pública” que ha de justificarse con arreglo al ap. 2, los principios aplicables son muy parecidos. En los dos casos *hay que tener en cuenta el justo equilibrio que debe existir entre los intereses concurrentes del individuo y del conjunto de la sociedad*; y en los dos casos, el Estado goza de algún margen de apreciación para determinar las disposiciones que deben tomarse con el fin de asegurar el cumplimiento del Convenio.»

Por lo tanto, aun a pesar de desestimar la queja de los demandantes por entender que, en este caso, no existen razones para suponer que las autoridades del Reino Unido hayan sobrepasado su margen de apreciación (o justo equilibrio), quedan asentados unos principios básicos sobre los que se asentarán ulteriores pronunciamientos de transcendental importancia.

Estos son:

1. El ruido puede afectar al derecho a la inviolabilidad del domicilio del artículo 8.
2. Al Estado le incumben obligaciones positivas de adopción de medidas razonables y adecuadas para proteger tal derecho de los ciudadanos.
3. Toda injerencia en alguno de los derechos reconocidos en el artículo 8 exigirá una ponderación justa entre los intereses individuales y los de la colectividad que pudieren entrar en conflicto.

En segundo lugar, la STEDH de 9 de diciembre de 1994, caso López Ostra contra España, da un importante paso adelante en la protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio en lo referente a la contaminación por inmisiones y emanaciones. Se trata de un supuesto de emanaciones de gases, olores pestilentes y gases contaminantes producidos por una planta depuradora en la localidad de Lorca (Murcia), que había ocasionado molestias y trastornos a diversos vecinos de la localidad, en particular, en el de la demandante: Gregoria López Ostra. El Tribunal entiende que: «Tanto si se aborda la cuestión bajo el ángulo de una obligación positiva del Estado –adoptar medidas razonables y adecuadas para proteger los derechos del

individuo en virtud del apartado 1 del artículo 8— como desea la demandante, o bajo el de «una injerencia de una autoridad pública», según los términos del apartado 2, los principios aplicables son muy semejantes. En ambos casos hay que tener en cuenta en *justo equilibrio* entre los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad en su conjunto» [...] «Desde luego, las autoridades españolas, y especialmente el Ayuntamiento de Lorca, *no eran en principio directamente responsables* de las emanaciones de las que se trata. Sin embargo, como señaló la Comisión, el Ayuntamiento permitió la instalación de la planta en unos terrenos que le pertenecían y el Estado concedió una subvención para su construcción.» Por todo ello el Tribunal estima que: «[el Estado demandado] no ha sabido mantener un justo equilibrio entre el interés del bienestar económico de la ciudad de Lorca —el de disponer de una planta depuradora— y el disfrute efectivo por la demandante del derecho al respeto de su domicilio y de su vida privada y familiar. Ha habido, por tanto, violación del artículo 8». Por tal razón, estima la queja de la demandante y decide que el Estado deberá satisfacer una compensación en equidad de 4.000.000 pesetas más gastos y costas.

STEDH 735/1998 de 19 de febrero, caso Guerra y otras contra Italia. La Sra. Anna María Guerra y otras demandantes presentan queja contra el Estado Italiano con motivo de las emanaciones en sus domicilios de gases inflamables, sustancias nocivas y contaminación sonora, producidas por Enichem, una fábrica de fertilizantes y caprolactame. Curiosamente, las demandantes apelaron a la Comisión invocando el artículo 2 del Convenio (derecho al respeto a la vida y a la integridad física) y consideraron vulnerado el artículo 10 —referente el derecho a la libre información— por estimar que no se había explicado a la población los riesgos a los que se hallaba expuesta ni las medidas a adoptar en caso de catástrofe. El Tribunal, considera que no existe violación del artículo 10, pues estima que éste tan sólo es aplicable en los casos en los que un gobierno impide a cualquiera recibir información. Sin embargo estima, también, que el contenido de una demanda queda determinada por los hechos y no por los argumentos de Derecho invocados y que, por ello y en aplicación del principio *«iura novit curia* procede examinar la posible vulneración de otros derechos reconocidos por el Convenio aunque no hubieren sido invocados por las partes pues «la plenitud de la jurisdicción —del Tribunal Europeo— actúa en los límites del asunto, que son fijados por la decisión de admisibilidad de la demanda. En el marco así trazado, el Tribunal puede tratar toda cuestión de hecho o de derecho que surja durante el desarrollo del proceso seguido ante él». Por tal razón «la incidencia directa de las emisiones nocivas sobre el derecho de las demandantes al respeto de su vida privada y familiar permite concluir en la aplicabilidad del artículo 8». El Tribunal estima que: «[...] no

puede considerarse que las demandantes hayan sufrido una injerencia por parte del Gobierno italiano en su vida privada o familiar; *no se quejan de un acto, sino de la inactividad del Estado*. No obstante, si el artículo 8 tiene esencialmente por objeto prevenir al individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, no se contenta con obligar al Estado a abstenerse de injerencias similares: a dicho compromiso más bien negativo, *pueden añadirse obligaciones positivas inherentes a un respeto efectivo de la vida privada o familiar [...]* El Tribunal constata, por lo tanto, que el Estado demandado ha fracasado en su obligación de garantizar el derecho de los demandantes a su vida privada y familiar, ignorando el artículo 8 del Convenio». A la vista de todo lo anterior, tras declarar, por unanimidad, la vulneración de tal precepto, condena al Estado demandado a pagar 10 millones de liras por el daño moral sufrido, a cada demandante.

STEDH de 2 de octubre de 2001, caso Hatton y otros contra el Reino Unido. La Sra. Ruth Hatton y otros presentan demanda contra el Reino Unido por la vulneración de su derecho a la salud (por pérdida o impedimento del sueño) y disfrute de su domicilio a causa de las emisiones sonoras del aeropuerto de Heathrow durante el período nocturno. El Tribunal señala que: «el aeropuerto de Heathrow y los aviones que lo utilizan no son propiedad del Gobierno u otra agencia gubernamental, ni los controlan o dirigen. El Tribunal considera que, según esto, no se puede decir que el Reino Unido haya interferido en las vidas privadas y familiares de los demandantes. En cambio, las denuncias de los demandantes deben ser analizadas en términos de la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas razonables y adecuadas para proteger los derechos de los demandantes según el artículo 8.1 del Convenio [...] Además, en un campo tan sensible como el de la protección medioambiental, la mera referencia al bienestar económico del país no es suficiente para superar los derechos de los demás. El Tribunal recuerda que en el asunto López Ostra contra España anteriormente citado, y a pesar del interés económico indudable para la economía nacional de los curtidos en cuestión, el Tribunal examinó con bastante detalle si las autoridades nacionales tomaron todas las medidas necesarias para proteger el derecho de la demandante al respeto de su domicilio y de su vida privada y familiar. Debe exigirse a los Estados que minimicen, hasta donde sea posible, la injerencia en estos derechos, intentando encontrar soluciones alternativas y buscando, en general, alcanzar los fines de la forma menos onerosa para los derechos humanos». Por último, el Tribunal concluye que: «aunque sea probable que los vuelos nocturnos contribuyan en cierta medida a la economía nacional en su conjunto, la importancia de esa contribución nunca ha sido valorada de forma objetiva, ni por el Gobierno directamente, ni por una investigación independiente

encargada por él». Por todo lo anterior, el Tribunal estima que concurre violación del artículo 8 y concede a cada uno de los demandantes una indemnización de 4.000 libras por daño moral, más costas y gastos.

Una vez fijados los principios generales anteriores, que deberán inspirar la interpretación de los derechos fundamentales y libertades reconocidos en nuestra Constitución por imperativo del artículo 10.2, debemos examinar las vías de protección contra la contaminación acústica existentes en el Derecho interno.

B) DERECHO ESPAÑOL

a) *Soluciones jurisprudenciales*

Dados los cambios producidos en el seno de la sociedad española y, más concretamente en los hábitos de ocio en los últimos años, el problema de la contaminación acústica ha comenzado a afectar a amplios sectores de la sociedad que ven limitado e impedido su derecho al necesario descanso nocturno ante la absoluta pasividad de los entes públicos.

La pluralidad de pronunciamientos judiciales atinentes a la materia que nos ocupa, debe responder a dos órdenes de problemas distintos. En primer lugar, si la contaminación acústica afecta a los Derechos Fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y en tal caso, cuáles. En segundo lugar, debe resolver sobre la prioridad de los intereses comunes y particulares en posible conflicto.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ya la sentencia 22/1984, de 17 de febrero, sin plantear, directamente, la problemática de la contaminación acústica, determina el concepto de inviolabilidad del domicilio de los particulares y la extensión de su protección jurídica. El Fundamento Jurídico quinto contiene la siguiente afirmación: «El artículo 18.2 de la Constitución contiene dos reglas distintas: una tiene carácter genérico o principal, mientras la otra supone una aplicación concreta de la primera y su contenido es por ello más reducido. La regla primera define la inviolabilidad del domicilio, que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido, según hemos dicho, para garantizar el ámbito de privacidad de éste dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública. Como se ha dicho acertadamente, el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su liber-

tad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de la esfera privada de ella. Interpretada en este sentido, la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de *vedar toda clase de invasiones, incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos.*»

Esta sentencia, de la que fue Ponente el Magistrado Luis Díez Picazo, ha sido determinante para la comprensión de la inviolabilidad del domicilio y constituye el fundamento de multitud de resoluciones posteriores, entre ellas la STC 119/2001 de 24 de mayo, que aborda, ya directamente, el problema que nos ocupa.

Sentencia 119 del Pleno del Tribunal Constitucional. 29 de mayo de 2001

Esta sentencia no otorga el amparo pretendido por los recurrentes: vecinos de la zona de San José de Valencia, por insuficiencia en los medios probatorios ya que no se efectuaron las mediciones de ruido en el interior de las viviendas; es decir, no se valoró la inmisión acústica, ni quedó acreditada la relación causal entre el ruido y el insomnio padecido por algún afectado.

No obstante lo anterior, el supremo intérprete de la Constitución, constituido en pleno, no quiso desaprovechar la ocasión que se presentaba para dejar asentados los criterios de interpretación que deben observarse en lo sucesivo.

Por tal razón, en el Fundamento Jurídico c), el Tribunal declara: «En relación con el derecho fundamental a la integridad física y moral, este Tribunal ha tenido ocasión de señalar que su ámbito constitucionalmente garantizado protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular (SSTC 120/90, de 27 de junio; 215/94, de 14 de julio; 35/96, de 11 de marzo; 207/96, de 15 de diciembre.)

Por lo que se refiere al derecho a la intimidad personal y familiar, hemos declarado reiteradamente que tiene por objeto la protección de un ámbito reservado de la vida de las personas excluido del conocimiento de terceros, sean éstos poderes públicos o particulares, en contra de su voluntad (por todas, SSTC 144/99, de 22 de julio, y 292/00, de 30 de noviembre.) Igualmente, hemos puesto de relieve que este derecho fundamental se

halla estrictamente vinculado a la propia personalidad y deriva, sin ningún género de dudas, de la dignidad de la persona que el artículo 10.1 CE reconoce (SSTC 202/1999 de 8 de noviembre y las resoluciones allí citadas), e implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (SSTC 186/00 de 10 de julio) [...].

En efecto, *habida cuenta que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos*, se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada [...] En efecto, el ruido puede llegar a representar un factor psicopatógeno destacado en el seno de nuestra sociedad y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos. Así lo acreditan, en particular, las directrices marcadas por la Organización Mundial de la Salud sobre el ruido ambiental, cuyo valor como referencia científica no es preciso resaltar.

A este respecto, habremos de convenir en que, cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE.) En efecto, si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del artículo 15 CE, sin embargo cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el artículo 15 CE [...].

Teniendo esto presente, podemos concluir que una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida.»

Finalmente, el voto particular formulado por el Magistrado Fernando Garrido Falla contiene una afirmación que, por evidente, en ocasiones se olvida: «Nadie tiene el derecho a impedir nuestro descanso o la tranquilidad mínima que exige el desempeño de nuestro trabajo intelectual. Por el contrario, puede existir un deber de los poderes públicos de garantizarnos el disfrute de ese derecho.»

Una vez reconocida la dimensión constitucional de los derechos afectados por la contaminación acústica, procede examinar el triple frente de protección de este aspecto del medio ambiente. Así pues, examinaremos la protección penal, civil y contencioso-administrativa y las acciones que pueden ejercerse en garantía de tales derechos.

JURISDICCIÓN PENAL

a) La contaminación acústica como delito contra el medio ambiente:

El tipo penal básico, contenido en el referido artículo 325 del Código Penal, sanciona la conducta del que: «[...] contraviniendo las Leyes y otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directamente emisiones, vertidos [...] ruidos, vibraciones [...] en la atmósfera, el suelo [...]»

Por ello, merece comentario específico la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo número 52/2003 de 24 de febrero, por cuanto trata la aplicación del artículo 325 del Código Penal en materia de contaminación acústica, lo cual, en términos de la propia sentencia «no plantea cuestión, pues, que el ruido es una de las manifestaciones de agresión al medio ambiente y a la salud de las personas y ello ha exigido una respuesta del Derecho».

En dicha resolución, se analizan, pormenorizadamente, los elementos fácticos que deben considerarse en la aplicación del precepto, de manera que su lectura y estudio resultan imprescindibles para la comprensión y posterior aplicación de este tipo penal.

A diferencia del artículo 347 bis del Código Penal de 1973, la actual redacción del artículo 325 del Código actual, concibe el delito medioambiental como un delito de peligro abstracto, de manera que, para estimar la ilicitud del comportamiento no se precisa la creación de un peligro concreto para el bien jurídico. Esta interpretación, según STS 24 de febrero de 2003, «[...] redundará indudablemente en una mayor eficacia de la protección del medio ambiente, especialmente en los supuestos de contaminación más graves, en los que resulta difícil, si no imposible, identificar con la certeza que requiere el proceso penal, el origen de la contaminación cuando se trata de zonas sometidas a una intensa agresión, pues los delitos de peligro abstracto, no exigen para su consumación la producción de un verdadero resultado de peligro como elemento del tipo objetivo, sino, *únicamente, la comprobación del carácter peligroso de la acción*».

De este modo se consolida la evolución jurisprudencial iniciada con las sentencias de la Sala 2.^a de fecha 12 de diciembre de 200 y 9 de octubre de 2000, mantenida en pronunciamientos de fecha 15 de diciembre de 2000,

31 de mayo de 2001, 25 de octubre de 2002 y 23 de octubre de 2002, lo que determina un planteamiento político-criminal más actual, más idóneo para ofrecer una respuesta jurídico-penal, no sólo efectiva, sino acorde con el contenido del artículo 45 de la Constitución y la línea de interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya expuesta.

En cuanto al requisito de la «gravedad» elemento esencial del tipo exigido por el artículo 325 CP, la sentencia de 24 de febrero de 2003 antes referida dice: «Cuando se trata de contaminaciones acústicas, tanto el Tribunal de Derechos Humanos como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ponen de manifiesto las graves consecuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tienen sobre la salud de las personas, integridad física y moral, su conducta social y en determinados casos de especial gravedad, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, *resaltando que constituyen supuestos de especial gravedad cuando se trata de exposición continuada a unos niveles intensos de ruido.*»

Respecto al elemento subjetivo del tipo, como ya señalara la STS 822/1999 de 19 de mayo y reitera la sentencia de 24 de febrero de 2003: «[...] se integra por el conocimiento del grave riesgo originado por su conducta, activa u omisiva, en una gama que va desde la pura intencionalidad de causar el efecto al dolo eventual, según el nivel de representación de la alta probabilidad de que se produjera esa grave situación de peligro [...]»

Conviene aclarar, como hace la STS de 24 de febrero de 2003 que la toma de muestras, en éste como en cualquier otro caso de delito medioambiental tiene la naturaleza de *diligencia de investigación* y no de prueba preconstituida, como pretenden algunos letrados y refiere alguna sentencia. Como tal diligencia de investigación, deberá ser practicada por los agentes de la Autoridad del modo previsto en las leyes y disposiciones respectivas, pero no le son aplicables los requisitos material, objetivo, formal y subjetivo propios de la prueba anticipada. Por ello, no necesita practicarse en condiciones que garanticen la contradicción (es decir, en presencia del denunciado o imputado) puesto que tal contradicción debe satisfacerse en la fase del juicio oral, donde deberán comparecer y declarar los agentes que practicaron tal diligencia y que deberán hacer constar en el acta las circunstancias de lugar, tiempo y ocasión en que se encontraren, tal como previene el artículo 334 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Tal aclaración se hace necesaria por cuanto, a pesar del pronunciamiento expreso del Tribunal Supremo en la materia, tanto en la anterior sentencia

como en otras de fecha: 2031/2002 de 4 de diciembre, 2184/2001 de 23 de noviembre, 724/2002 de 24 de abril y 30 de mayo de 2000, continúa alegándose en los tribunales como causa de nulidad de actuaciones por supuesta indefensión la ausencia del denunciado en el momento de la toma de muestras o medición. Basta extrapolar tan hiperbólico concepto del derecho de defensa a otros delitos para apreciar la magnitud del dislate pues, ¿cabe imaginar que en un delito de homicidio hubiera de convocarse al sospechoso, detenido o imputado para la recogida de huellas y vestigios? Y, en caso de no ser conocido o no poder ser hallado ¿habría de dejarse todo, incluido el cuerpo del delito, en espera de su localización? Evidentemente, lo absurdo de tales situaciones, hace innecesaria cualquier explicación adicional.

b) Contaminación acústica y prevaricación medioambiental:

En otro orden de cosas, tal como hemos ido anticipando, buena parte de la gravedad del problema de la contaminación en general y de la acústica en particular, viene determinada por la pasividad de los administradores públicos. Éstos, en ocasiones incumplen deberes específicos de vigilancia, inspección y cuidado de los derechos e intereses comunitarios, pudiendo incurrir, con ello, en un delito de prevaricación medioambiental del artículo 329 del Código Penal. Así lo declara la sentencia 449/2003, de 24 de mayo, por la que se condena al Alcalde de un municipio barcelonés por el delito de prevaricación medioambiental del que había sido absuelto por la Audiencia de instancia. Entiende el Supremo Tribunal que: «Cualquiera que sea el criterio y la técnica de tutela penal elegida en materia medioambiental (delitos de riesgo, o peligro abstracto o concreto), la responsabilidad cabe extenderla, no sólo a los causantes o titulares de la fuente de contaminación, sino a los administradores públicos, a los que se debe exigir un escrupuloso cumplimiento de sus responsabilidades, aún reconociendo, que es necesario dejar en sus manos una cierta discrecionalidad técnica, para conjugar las políticas de desarrollo sostenible, con la promoción de fuentes de creación de riqueza y desarrollo. Como se ha dicho por la doctrina, debemos resignarnos a un derecho penal intervencionista y preventivo, impuesto por las modernas sociedades de riesgo, que encuentra, en la materia ambiental, un campo que debe ser tutelado no sólo en función de los intereses nacionales, sino también supranacionales.» Más adelante añade: «La acción típica, viene integrada, no sólo por conductas activas (informar favorablemente), sino también omisivas (silenciar infracciones normativas de carácter general con ocasión de sus inspecciones). Nadie discute que, a pesar de la descripción utilizada, el tipo específico encierra en sí el contenido de la prevaricación genérica, lo que nos lleva a la posibilidad de admitir la comisión por omisión [...] no se puede olvidar que la

prevaricación omisiva, ha sido admitida por esta Sala en Acuerdo General de 30 de junio de 1977, por lo que no existe obstáculo alguno para acudir a la cláusula general del artículo 11 del Código Penal.»

JURISDICCIÓN CIVIL

Desde el punto de vista de la aplicación del artículo 1.902 y siguientes del Código Civil, que regulan la responsabilidad extracontractual o culpa aquiliana, no cabe duda de que la realización de conductas dañosas mediante exposición al ruido a terceras personas es susceptible de compensación o indemnización, siempre que, conforme a los principios generales del Derecho Civil, especialmente del artículo 1.214 CC respecto a la carga de la prueba, tal daño quede debidamente acreditado por cualesquiera medios adecuados a Derecho. Por otra parte, no debe olvidarse que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio también puede ser protegido en este orden jurisdiccional, a través de procedimientos especiales y sumarios como la Ley Orgánica 1/1982 para la protección civil de honor, la intimidad personal y familiar y la imagen, lo que determina una doble vía procesal de actuación en este orden jurisdiccional.

a) Procedimiento ordinario:

La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo número 70/2001, de 2 de febrero, contempla un supuesto de aplicación del procedimiento ordinario (entonces aplicable) de menor cuantía, a un caso de producción de daños derivados de inmisiones ilícitas por causa de polvo, humo, vibración y ruidos provenientes de una empresa de áridos sita en la localidad de Dueñas, provincia de Palencia. El tercer Fundamento Jurídico de dicha sentencia afirma que es evidente «[...] que los daños y perjuicios referidos tienen por causa la contaminación pulvígena y acústica producida por el funcionamiento de las industrias propiedad de los demandados, que iniciaron sus actividades con la tolerancia de las Administraciones mas sin tan siquiera poseer licencia al efecto, ni adoptar medida alguna tendente a minorar su impacto en el entorno [...]». Más adelante, con cita de la de la STS 16 de enero de 1989, el Tribunal reitera el parecer de la Sala, manifestando que: «[...]no hay que olvidar que la contaminación medioambiental intensa, masiva y continua (además de generalizada al tratarse de emanaciones de polvo, humos y ruidos ...) supone un peligro latente para la vida de la población próxima por el riesgo notorio de llegar a desarrollar graves dolencias [...] y ello integra un claro perjuicio moral a quien lo soporta que debe ser indemnizado. [...] El derecho civil es la expresión jurídico-formal de las relaciones de intercambio de una sociedad concebida en términos individualistas, como simple suma o agregado de individualidades. En este sentido la responsabilidad por el hecho

ilícito se consagra en función del individuo y de su capacidad como ente racional y autónomo para responder de sus actos cuando éstos lesionan, sea dolosa o culposamente, el derecho de otro [...]

En otro momento, el Tribunal reflexiona sobre el deterioro de la calidad de vida por consecuencia de la acción incontrolada del hombre: «Al lado de los derechos públicos [...] se puede afirmar la existencia de los derechos vinculados a la calidad de vida y el pleno desarrollo de la personalidad, cuya expresión más sobresaliente es el derecho a la calidad ambiental [...] y, en especial, ya dentro del Derecho Civil, se afirma que una de las características más destacadas de la crisis en las relaciones sociedad-naturaleza, que se producen u originan a causa de las actividades o prácticas agresivas de deterioro y degradación, afectan tanto a derechos e intereses de carácter público como de orden privado.»

b) Procedimiento especial de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen:

La sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, núm. 431/2003, de 29 de abril, examina un supuesto en el que, los particulares demandan a una empresa de congelados («V») por la inmisión de los ruidos que han venido sufriendo desde el año 1990. Asimismo, se demanda al Ayuntamiento de Alguazas (Murcia) por omisión, al no aplicar las medidas que exige la reglamentación sobre actividades molestas de 1961 y permitir, con ello, el mantenimiento de la conducta dañosa.

El Tribunal confirma el fallo de la Audiencia Provincial de Murcia de 24 de mayo de 1997 (Sentencia 139/97), quien condenó solidariamente a ambos demandados (empresa particular y Ayuntamiento) a satisfacer una indemnización de daños y perjuicios. Refiere el Tribunal, la aplicación de lo dispuesto en los artículos 1.902, 1.903 y 1.908 del Código Civil en sentencias de 12 de diciembre de 1980, 3 de septiembre de 1992 o 15 de marzo de 1993, entre otras, recordando el principio general propio de las relaciones entre particulares conforme al cual es exigible un comportamiento correcto con la vecindad, así como la «prohibición general de toda inmisión perjudicial o nociva.» Asimismo, atendiendo a la protección reforzada que merecen los derechos fundamentales, dice la sentencia, «[...] se ha abierto paso con gran empuje, la tendencia doctrinal y jurisprudencial, a considerar estas inmisiones gravemente nocivas, cuando afectan a la persona, en relación con su sede o domicilio, atentados o agravios inconstitucionales a su derecho a la intimidad, perturbado por estas intromisiones. En efecto, el derecho a la intimidad, reclama para su ejercicio pacífico, muy especialmente, dentro del recinto domiciliario y su entorno, un ámbito

inmune frente a las agresiones perturbadoras, procedentes del exterior, que no exijan el deber específico de soportarlas, entre las que se encuentran, a no dudarlo, los ruidos desaforados y persistentes, *aunque estos procedan, en principio, del desarrollo de actividades lícitas que dejan de serlo, cuando se traspasan determinados límites.*»

Tanto la sentencia del Tribunal Supremo como la de instancia, consideran que existe prueba suficiente para valorar el carácter insoportable de los ruidos, a pesar de no haberse practicado la correspondiente prueba del sonómetro y ello en base al resto de las pruebas practicadas, entre las que destacan la amplia testifical de los afectados, personas que habían estado en su casa, vecinos, declaración del arquitecto que elaboró el informe aportado a la demanda, agentes de la Policía Local que fueron requeridos en varias ocasiones, reclamaciones del actor que no fueron atendidas, reclamación previa en vía administrativa frente al Ayuntamiento, actos de conciliación contra la empresa «V», queja elevada al Defensor del Pueblo y el propio informe de la Comisión de actividades molestas de la Comunidad Autónoma que consideraba «molesta» la actividad de «V» porque los niveles de ruido propios de las operaciones de carga y descarga de camiones las veinticuatro horas del día, se consideran inadmisibles.

La línea doctrinal marcada por ambas sentencias resulta interesante, no sólo desde el punto de vista material antes descrito, sino desde la perspectiva procesal, en la medida en que declara la compatibilidad de la acción derivada del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982 y la acción propia de la culpa extracontractual del artículo 1.902 CC, entendiendo que no son acciones contradictorias (como ya había declarado el Tribunal Constitucional en sentencias 90 y 92/1985) y decidiéndose por la norma prevalente, es decir, por la protección del derecho fundamental a la intimidad frente a la agresión ilegítima. También determina la *vis attractiva* de la jurisdicción civil en los supuestos en los que la Administración es demandada conjuntamente con personas físicas o jurídicas privadas existiendo un vínculo de solidaridad entre ellas. En aras a la satisfacción del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, debe evitarse, tanto el «peregrinaje de jurisdicción» como la división de la continenencia de la causa, lo que obligaría al actor a litigar ante dos órdenes jurisdiccionales diferentes, con el consiguiente riesgo de encontrarse con soluciones si no contradictorias, no plenamente coincidentes, entre sí.

JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-AMINISTRATIVA

La Sala Tercera del Tribunal Supremo viene manifestando una preocupación constante por la contaminación acústica, no sólo a través de la mul-

titud de sentencias en la materia, sino denunciando, de modo constante la pasividad de los poderes públicos.

Por otra parte, la Jurisdicción contenciosa puede dar respuesta a un problema de difícil solución penal o civil cual es la acumulación o adición acústica, es decir, los supuestos en los que la emisión de distintas fuentes de sonido se ajusta a la legalidad por separado pero sus inmisiones en un punto, por efecto de la acumulación, exceden del máximo legal.

Debe, también, tenerse en cuenta que, al resultar lesionados derechos fundamentales de los artículos 15 y 18 CE, cabe que el particular recabe la tutela judicial a través del procedimiento especial y sumario referido en el artículo 53.2 CE y regulado en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa de 13 de julio de 1998 en los artículos 114 a 122, normativa que, como es bien sabido, sustituyó a la contenida en la Ley 62/1978 en materia administrativa. Asimismo, debe contarse con la posibilidad legal de impugnación de actos expresos y presuntos, pero también cabe recurso contra la inactividad de la Administración en los términos del artículo 25, reconociéndose formalmente esta posibilidad, ya admitida por reiterada Jurisprudencia.

Ya en 1990, la STS de 7 de noviembre de 1990 dice de modo taxativo: «Es claro, por tanto, que el recurrente tenía que saber que si su local es al aire libre casi en su totalidad, no podía pretender que ese derecho al medio ambiente adecuado —que implica, entre otras cosas, medio ambiente acústicamente no contaminado— deba verse abatido en su beneficio. Los vecinos tienen derecho al descanso y a la salud, y uno y otro se ven gravemente conculcados si no se respeta la moderación en la música ambiental. En este problema del respeto por el medio ambiente —en cualquiera de sus manifestaciones, la acústica entre ellas— *los Ayuntamientos y, en general, todos los poderes públicos —por tanto también los Tribunales— tienen que mostrarse particularmente rigurosos.* Y este Tribunal Supremo, con machacona insistencia, así lo viene recordando con apoyo precisamente en el artículo 45 de la Constitución. Y obviamente, esto no es una moda jurisprudencial más o menos pasajera, porque ante preceptos constitucionales tan claros como el citado, no hay opción distinta de la aquí postulada. Y esto sin necesidad de recordar que el grave deterioro del medio ambiente en todos sus aspectos ha transformado el problema de su conservación en un problema esencial, cuya solución es urgente e ineludible, pues muchos de sus aspectos afectan a la supervivencia, y otros, como el de la contaminación acústica, a la salud y a la convivencia civilizada. Es notorio que se han elevado voces autorizadas procedentes del campo de la medicina denunciando cómo afecta al oído y al corazón el sometimiento continuado del individuo a un excesivo número de decibelios. *Y lo único que hay que lamentar es que todavía haya poderes públicos que manifiesten una cierta pasividad en la adopción de medidas*

eficaces en defensa contra las múltiples agresiones al medio ambiente que se dan todos los días y en todas partes.»

Posteriormente, una rica Jurisprudencia ha venido a consolidar la decidida defensa de la inviolabilidad del domicilio, tanto frente a las agresiones directas de los particulares, como frente a la inactividad de las Autoridades a quienes se encomienda funciones de inspección y control.

A mero título de ejemplo, destacaremos las siguientes sentencias del Tribunal Supremo, en orden inverso a su antigüedad:

STS de 10 de abril de 2003.—«Es de apreciar una pasividad reproachable del Ayuntamiento porque, a pesar de la propuesta del instructor, en ese mismo expediente al que se ha hecho referencia, no consta que el Ayuntamiento adoptara las medidas cautelares que le fueron solicitadas. [...] Baste recordar que los apartados f) y h) de artículo 25.2 de la Ley 7/1985 de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, atribuyen al Municipio el ejercicio de competencias en las materias de protección del medio ambiente y la salubridad pública; que el artículo 42.3 a) de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, señala el control sanitario del medio ambiente, como responsabilidad de los Ayuntamientos; y que el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas declara la competencia general de los órganos municipales para la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones sobre la materia y, más particularmente, les reconoce funciones de inspección sobre las actividades que vengán desarrollándose y potestad para adoptar medidas frente a las deficiencias comprobadas.»

En tal supuesto, el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el perjudicado contra el Ayuntamiento de Boiro, por violación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, acreditado por las más de diez actas de inspección levantadas por los agentes municipales y que probaban que el nivel del ruido del interior de la vivienda excedía de los niveles máximos permitidos. Asimismo, el Ayuntamiento desatendió, tanto los escritos del particular en los que solicitaba la adopción de medidas cautelares, como la proposición de paralización temporal inmediata hecha por el instructor del expediente sancionador. Por tales razones, se condena a dicho Ayuntamiento al pago de los daños y perjuicios sufridos, así como a las costas del proceso de instancia.

STS de 19 de enero de 2002.—En este supuesto, la recurrente pretende la impugnación de una resolución del Alcalde de Santander por la que se declara la improcedencia de una actividad con destino a bar restaurante por no cumplir con la Ordenanza Municipal en materia de distancias mínimas entre establecimientos para evitar ruidos y vibraciones, alegando que con ello se conculca su derecho a la propiedad y a la libertad de empresa.

La sentencia, desestima el recurso y condena en costas a la recurrente, al tiempo que unifica la doctrina ya creada por la anterior sentencia de 20 de septiembre de 1994 afirmando que: «El derecho de propiedad y el de libertad de empresa se hallan normalmente condicionados a los derechos establecidos en la Constitución y limitados en la forma prevista, en este caso, por los artículo 4 y 30 c) del Reglamento de 30 de noviembre de 1961, por el que se habilita a la Administración Municipal para el emplazamiento de las actividades clasificadas como molestas, insalubres, nocivas y peligrosas para autorizarlas, según lo dispuesto en una Ordenanza, *teniendo en cuenta sus posibles efectos aditivos.*»

STS de 15 de marzo de 2002.—Inexplicablemente, el TSJ del Principado de Asturias estimó el recurso del dueño de un pub que, desobedeciendo las órdenes expresas de la Autoridad local continuó desarrollando la actividad musical incumpliendo manifiesta y gravemente las condiciones acordadas en la licencia de actividades, manipulando el limitador de sonido, rebasando los límites de presión acústica, desarrollando la actividad con las puertas abiertas y, en último extremo, quebrantando el precinto del local acordado por Decreto de la Alcaldía. Por último, el Tribunal Superior, acordó se satisficiera una indemnización de daños y perjuicios a favor del infractor.

Contra esta resolución recurre en casación el propio Ayuntamiento, resolviendo el Tribunal Supremo lo siguiente: «La rebelde actitud del recurrente, que incumple de manera deliberada las normas aplicables y las órdenes y medidas que fueron ordenadas, no puede resultar premiada con una indemnización por un cierre que sólo a él es imputable. Que su actitud constituya la base de una indemnización a cargo de los ciudadanos de Oviedo carece de sentido y de base legal». Más adelante añade: «De acuerdo en los principios en que se inspira esta jurisprudencia, la actividad jurídico-administrativa de protección de los ciudadanos frente a los ruidos ambientales adquiere una indudable relevancia en consideración a los bienes que el poder público está llamado a proteger. El principio de proporcionalidad en la actividad administrativa restrictiva de los derechos individuales impone la ponderación de la gravedad que las conductas infractoras pueden alcanzar, especialmente cuando adquieren una notable intensidad en el exceso de ruido o se prolongan en el tiempo. [...] De esta suerte, si el interesado no se muestra favorable en el trámite de audiencia concedido a subsanar de modo inmediato las deficiencias observadas o esta falta de voluntad puede deducirse racionalmente de su conducta pertinaz o prolongada en el tiempo, no parece proporcionado concederle un nuevo plazo para este objeto si se aprecia que la continuación de la actividad durante el mismo puede suponer por sí misma una prolongación y con ello una agravación de la lesión o menoscabo de la tranquilidad de los vecinos por el

grave exceso de ruidos. [...] La gravedad de los incumplimientos y del riesgo o molestias generados por la actividad son las que deben determinar la graduación de la reacción de la Administración, con el fin de preservar el interés general de los ciudadanos en relación con los intereses particulares del afectado.»

STS de 4 de noviembre de 1998.—Se examina el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Zalla (Vizcaya) contra sentencia del TSJ del País Vasco en la que se estima el recurso contencioso-administrativo presentado por el particular contra el Acuerdo del Ayuntamiento por el que se concedió licencia para cambio de maquinaria de una serrería, sustituyendo la antigua por otra más moderna y potente, así como contra la desestimación del recurso de reposición contra tal resolución, por silencio administrativo.

Desestima, íntegramente, el recurso el Tribunal Supremo, por entender que se ha omitido un trámite esencial cual es la audiencia de los vecinos, y que tal omisión, según Jurisprudencia ya consolidada en Sentencias de 18 de noviembre de 1987 y 6 de junio de 1991, entre otras muchas, es determinante de nulidad del expediente ya que: «[...] en modo alguno puede minimizarse la importancia de las posibles alegaciones de quienes tienen derecho a ser oídos antes del otorgamiento, puesto que, precisamente teniendo en cuenta las mismas, ha de proveerse sobre las medidas correctoras a adoptar en la industria molesta de que se trate. [...] La posible responsabilidad imputada ha de tener su origen en el defectuoso funcionamiento de la Administración municipal, que no solamente ha omitido el procedimiento legalmente establecido para otorgar la autorización impugnada, sino que ha guardado un obstinado silencio e inactividad frente a las concretas reclamaciones del recurrente a causa de las molestias sufridas. En consecuencia ha de mantenerse el pronunciamiento indemnizatorio de la sentencia de instancia.»

Asimismo, el Supremo Tribunal viene a compartir el criterio del TSJ en su cuarto Fundamento de Derecho: «Bien es cierto que directamente el ruido lo genera la actividad de serrería y no la Administración demandada pero es la conducta omisiva de ésta, al no seguir el procedimiento legalmente establecido para la concesión de licencias de actividades molestas, la que posibilita que se genere un nivel de ruido superior a lo permitido dado que el procedimiento de los artículo 29 y siguientes del Reglamento de Actividades Molestas establece una serie de controles y garantías que debían evitar que esta situación se produjese. Por ello, puede afirmarse que la omisión del procedimiento por parte de la Administración demandada es causa generadora del daño sufrido al actor. De ahí que sea procedente declarar la responsabilidad de la Administración municipal demandada.»

STS de 27 de febrero de 1996.—Se plantea si la concesión de licencia para el establecimiento de un gimnasio ha de seguir el procedimiento ordinario o el prevenido por el Reglamento de Actividades Molestas. Entiende el Tribunal que le es aplicable este último: «[...] a pesar de que la actividad de gimnasio no aparezca entre las definidas como molestas, pues el propio Reglamento de Actividades Molestas, aprobado por Decreto 2414/1961 de 30 de noviembre, declara en sus artículos 1 y 2, que la enumeración de actividades es meramente enunciativa y que se pueden y deben incluir todas las que resulten molestas, como es, ciertamente, la de Autos.» Por tal razón, la licencia concedida sin los requisitos prevenidos en el Reglamento, es nula de pleno derecho y se recuerda que: «[...] por tratarse de una actividad molesta, las condiciones, las medidas correctoras, tratan de compatibilizar el derecho a la libertad de empresa con el derecho de los ciudadanos al descanso, al disfrute de su vivienda, a una convivencia adecuada y a no percibir más ruidos que los autorizados y sean compatibles con los derechos afectados [...] el ejercicio sin licencia de la actividad molesta que desarrolla, que es lo que en definitiva pretende la parte apelante, comportaría, además del ejercicio de un derecho que no tiene, unos perjuicios para terceros y un menoscavo de los derechos que estos terceros ya tienen.»

STS de 6 de febrero de 1996.—Ante una situación de conflicto entre los distintos derechos e intereses dignos de protección jurídica, el Tribunal Supremo establece, tajantemente, la prioridad del respeto al ámbito de libertades de la comunidad o de otro ciudadano. Así, en su fundamento de Derecho primero, el Tribunal dice: «Respecto del tercero de los fundamentos alegados por el demandante en relación con los artículos 23 y 40 de la citada Ordenanza, no podemos seguir su tesis ni la petición en el sentido que se expresa. En efecto, la regulación que aquéllos hacen de los locales de pública concurrencia y de las distancias a observar para la concesión de licencias de apertura de nueva implantación en ningún caso atenta contra el principio de libre iniciativa personal (que no es un principio general constitucionalizado) ni al derecho de propiedad e iniciativa privada, incurriendo en discriminación. En primer lugar, porque es bien conocido el criterio del Tribunal Constitucional respecto del modo de entender la propiedad a partir del artículo 33.2 CE y su función social que delimita su contenido, integrando uno de sus límites el de las inmisiones en la propiedad ajena, y su interpretación no como un derecho absoluto sino limitado por el de la colectividad o el de cada uno de los demás ciudadanos. Asimismo, es un principio general reconocido aquel por el que la libertad de cada uno termina donde comienza la del otro. Por otra parte, la limitación a la iniciativa privada, además de poder entenderla mejor como a la libre empresa constitucionalmente garantizado en el artículo 38 CE, se trata de un derecho ciu-

dadano fuera de la protección especial del artículo 53.2 CE dejado a la regulación legal pertinente; mientras que el artículo 45 CE, a pesar de ser un principio rector, «informará la práctica judicial».

Resultan, asimismo, ilustrativos algunos fallos de los Tribunales Superiores de Justicia de distintas Comunidades Autónomas.

Así, la *Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 18 de julio de 2002* plantea la posible aplicación del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales a supuestos de pasividad del ente administrativo frente a la agresión acústica de un tercero. El Tribunal Superior, confirmando la Sentencia de 20 de marzo de 2002 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Girona, y siguiendo la línea argumentativa de la anterior sentencia del mismo Tribunal Superior de 6 de abril de 1998, entiende que el procedimiento especial conserva las notas de preferencia y sumariedad que le confiere el artículo 53.2 de la Constitución y que es cauce procesal «idóneo para enjuiciar la inactividad municipal consistente en no adoptar las medidas necesarias para que cesen las molestias y los perjuicios irrogados a los habitantes de esa residencia, derivados del ruido provocado por el funcionamiento de un almacén, al afectar al derecho a la integridad física y a la tutela de la vida privada que se desarrolla en su domicilio. [...] El enjuiciamiento de la inactividad del Ayuntamiento de Palamós es procedente en sede procesal, al constatarse que interpuesto el recurso de amparo judicial ordinario, mediante escrito presentado ante los Juzgados de Girona en fecha ... denunciando la ineficacia de los Acuerdos adoptados por la Corporación municipal en orden a que las denuncias y quejas presentadas en fechas ... para restablecer a la recurrente en la integridad de sus derechos fundamentales constitucionales, persiste la contaminación acústica que provoca un deterioro en la vida familiar que se desarrolla en el domicilio».

Por todo ello, se confirma la sentencia de instancia que estimaba el recurso de los perjudicados, ordena al Ayuntamiento de Palamós adoptar las medidas oportunas para impedir la vulneración de los derechos de los artículos 15 y 18 CE y se reconoce el derecho a ser indemnizados por el Ayuntamiento, por los daños y perjuicios morales.

Por su parte, el *Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en Sentencia de fecha 29 de octubre de 2001*, estimó el recurso interpuesto por una asociación de vecinos contra una resolución desestimatoria (por silencio) de la petición de adopción de medidas tendentes a evitar el consumo de bebidas alcohólicas fuera de los establecimientos públicos y uso de aparatos musicales que sobrepasaran los límites de emisión permitidos. Frente a los argumentos esgrimidos por el Ayuntamiento, el TSJ declara que el artículo 25 de la nueva Ley de la Jurisdicción Contenciosa (Ley 29/1998

de 13 de julio) contempla como actividad administrativa impugnabile tanto los actos expresos como los presuntos, así como la inactividad de la Administración, por lo que resulta procedente la vía impugnatoria emprendida por los afectados. Asimismo, declara que: «... no estamos enjuiciando aquí a los padres, educadores, a la sociedad, sino revisando una inactividad de la Administración municipal denunciada por los vecinos afectados en una concreta zona de movida y particularizada en tres cuestiones relativas a impedir el consumo de bebidas alcohólicas en la calle, la utilización de aparatos musicales de gran potencia en la calle o fuera de ella, control de ruido de motocicletas y facilitar la circulación de los vecinos a pie y en vehículo a sus domicilios. Siendo posible todas las medidas legislativas ... la prueba practicada en los Autos ... pone de manifiesto que la permisividad por una parte y la inactividad municipal por otra contribuyen a las molestias y ruidos que impiden el descanso de los vecinos de la zona. En efecto no basta con regular mediante las oportunas ordenanzas la protección del medio ambiente, la prohibición de venta del alcohol fuera de los establecimientos que tengan licencia para ello, la limpieza en los lugares públicos, sino con los medios adecuados hacer efectivas dichas ordenanzas impidiendo se sobrepasen los límites de emisión de ruidos, procediendo al cierre de los establecimientos que lo incumplan e incluso dispersando las concentraciones de jóvenes cuando se sobrepasen dichos límites» [...] «Ciertamente dichas medias resultan impopulares y pueden tener un coste electoral por parte del sector afectado, pero *no hay que olvidar que la Administración, como proclama el artículo 103 CE, debe servir con objetividad a los intereses generales con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho así como a los fines que la justifican*».

Este mismo Tribunal ya había tenido ocasión de pronunciarse, en parecidos términos, en la *Sentencia de 29 de marzo de 2001*, con ocasión de la actuación del Ayuntamiento de Chiclana (Cádiz), que había concedido una «licencia provisional» a los empresarios de unas carpas lúdicas, durante la época estival y en zona muy próxima a la vivienda de la parte actora. En este caso, el TSJ de Andalucía se pronunció en duros términos respecto a la actuación municipal. En su cuarto fundamento de Derecho, el Tribunal afirma: «... cuando el Alcalde de Chiclana concede a los empresarios de las carpas, previamente a la conclusión del expediente, una así llamada autorización provisional durante todo el verano de 1996, en realidad lo que viene a otorgar es una licencia de apertura prescindiendo del procedimiento legalmente establecido, es una decisión que ignora cualquier consideración de legalidad ... abandonándose así –de forma injustificable y en perjuicio de los vecinos– las potestades de policía que obligatoriamente tenía que ejercer la Corporación. La gravedad de esta

arbitraria actuación –pues como arbitrario se ha de calificar el acuerdo que prescinde del procedimiento legal y que desprecia manifiestamente la legalidad– queda patente por los perjuicios que para los vecinos ocasionó el desarrollo de la actividad molesta sin previa exigencia de medidas correctoras, lo que se probó con las innumerables denuncias por el nivel insoportable de ruidos y con las quejas de los vecinos que dieron lugar, incluso, a la apertura de diligencias penales, así como con las numerosas intervenciones de la Policía Local, no obstante lo cual, el Alcalde, con su acuerdo de fecha ... persistió en la ilegal autorización provisional. Por ello se ha de concluir con que los dos actos administrativos objeto de examen de legalidad son nulos.

La concurrencia de perjuicios derivada de los ilegales acuerdos municipales, y la naturaleza de tales perjuicios está fuera de toda duda, así como la pertinencia de su reparación ... por ello se considera adecuada la indemnización de ... a satisfacer por la Corporación».

También el *Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, en Sentencia de 11 de diciembre de 2001* reconoce la posibilidad de que pueda existir vulneración de derechos fundamentales, incluso en presencia de actividades que cuenten con licencia municipal cuando se ejercita en tales circunstancias que se materializa una lesión a tales derechos, ya que los poderes públicos deben garantizar la inviolabilidad de la persona no sólo frente a los ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento del titular, tal como afirma el Tribunal Constitucional, entre otras, en Sentencias de 27 de junio de 1990, 14 de julio de 1994, 11 de marzo de 1996 y 15 de diciembre de 1996. No deja de denunciar el Tribunal la ineficacia de la Administración que se deduce, sin esfuerzo, de las más de 14 denuncias presentadas por los afectados desde enero de 1997 a abril de 2000, atribuyendo el carácter de prueba relevante a las mediciones practicadas por el propio Ayuntamiento, las cuales constaban aportadas al expediente, aunque sólo en número de cuatro. Así, el Tribunal dice: «En el caso que nos ocupa, se aprecia esta abusiva dejación de funciones, ya que, a pesar de la reiteración de denuncias antes detalladas, el Ayuntamiento toleró la actividad comercial del bar-restaurante ... su tolerancia ha supuesto que el negocio del bar-restaurante –sin temor ante una inexistente represión administrativa– siguiese causando molestias reiteradas y de notable intensidad».

Por lo anterior, se estima el recurso de los perjudicados declarando que la inactividad del Ayuntamiento de Palma de Mallorca supone una violación de los derechos reconocidos en los artículos 15 y 18 CE y reconoce el derecho a percibir una indemnización a cargo del Ayuntamiento, quien responde solidariamente con el causante de las inmisiones.

C) PREPARACIÓN DE LA PRUEBA

Una vez examinadas las diferentes vías de protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio y la salud, puede resultar útil la consignación de un método a seguir en los supuestos de toma de mediciones del nivel de presión sonora. Si bien, en algún caso concreto –como el examinado en las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia de 24 de mayo de 1997 y sucesiva del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2003– el Tribunal considera prueba suficiente la testifical, pericial o documental aportada por las partes, goza de especial consideración la prueba técnica de medición del nivel de decibelios mediante sonómetro.

Por tal motivo, sirva de criterio orientativo la excelente *Ordenanza General del Medio Ambiente Urbano de la ciudad de Barcelona*, aprobada por Pleno del Consejo en 26 de marzo de 1999 (la Ordenanza, en lo sucesivo).

La Ordenanza parte de la base de la definición de los distintos tipos de ruido, distinguiendo entre:

Ruido continuo: el que se presenta en el ambiente de forma permanente, es decir, durante largos períodos de tiempo.

Ruido esporádico: el que se presenta en períodos de tiempo cortos.

Ruido periódico: el que se presenta de manera intermitente.

Ruido impulsivo: de duración muy corta, generalmente inferior a un segundo, con un incremento muy pronunciado de nivel y una rápida disminución (disparos, explosiones, golpes, caídas ...).

Ruido de fondo: el que existe en ausencia del foco perturbador.

Siguiendo las directrices de la OMS, la Ordenanza regula unos niveles sonoros guía, tanto para ambiente exterior como interior. Por ello se considera que los niveles guía para ambientes interiores de ámbito doméstico son:

En dormitorios: 35 dB de día y 30 dB durante la noche.

En salas de estar: 40 dB de día y 35 dB de noche.

En cocinas, baños, etc.: 55 dB de día y 40 dB de noche.

Se considera período diurno desde las siete a las veintidós horas y nocturno, desde las veintidós a las siete horas del día siguiente.

Resulta interesante el protocolo referido en la misma Ordenanza, respecto al modo de determinación del nivel de inmisión sonora en ambientes interiores:

1. Si la fuente de ruido se encuentra en el mismo edificio o en otro adyacente, se seguirá el siguiente protocolo:

Calibrado del aparato a utilizar.

Instalación de un trípode en el punto de la habitación donde el ruido sea más molesto. Si fuere similar, se colocará en el centro. En todo caso, deberá colocarse a 1 metro de cualquier pared.

Colocación del sonómetro sobre el trípode, a 1,2 m del suelo y con una inclinación de 45°.

Ajustar la escala según el nivel de ruido que se ha de medir.

Puesta en marcha del aparato.

Parada del aparato una vez terminado el tiempo de medición.

Lectura del resultado de la medición.

Calibrado del aparato utilizado.

Cumplimento de la ficha con los datos necesarios.

Si no puede contarse con un trípode, bastará que el operador mantenga el sonómetro con la mano, a 30 cm del cuerpo y con la inclinación antes referida.

2. Si la fuente de ruido origen de la molestia está fuera del edificio, se seguirá el siguiente protocolo:

Calibrado del aparato que va a utilizarse.

Instalación del trípode en medio de la ventana o balcón de la habitación, abierta de par en par.

Colocación del sonómetro sobre el trípode a una altura de 1,5 m y una inclinación de 45°.

El micrófono del sonómetro debe estar orientado al exterior.

Selección de los parámetros que se han de medir.

Ajustar la escala según el nivel de ruido que deba medirse.

Puesta en marcha del aparato.

Parada del aparato después del tiempo de medición.

Lectura del resultado.

Calibrado del aparato utilizado.

Cumplimento de la ficha, con los datos necesarios.

3. En cualquier caso, cualquier toma de muestras o cualquier intervención ordinaria de los agentes de la autoridad puede ir acompañada de una simple comprobación física. Basta colocar la mano en pared, suelo o cristal de las ventanas para *determinar si registra alguna vibración*. De ser así, no debe dejar de consignarse en el acta o boletín que elaboren, ya que es un elemento valioso a la hora de determinar la posible existencia de Síndrome Vibro-Acústico.

Es importante que, durante la medición, sólo el operador esté en la habitación para, así, evitar la distorsión que pudiese provenir de una fuente interna de ruido. También debe indicarse que, si fuese necesario efectuar mediciones en el exterior, el sonómetro deberá ir provisto de pantalla antiviento.

Aunque las anteriores pruebas técnicas ofrecen un gran interés, no debe subestimarse el contenido de otras pruebas como las testificales de afectados, vecinos o agentes de la autoridad. Puede resultar muy ilustrativa la pericial practicada por otorrinolaringólogos, neurólogos e ingenieros electrónicos y, en general, cualquier documento acreditativo de la perturbación que experimenta una persona en su vida, por causa del ruido.

Particularmente, en el ámbito jurídico-penal, respecto a las pruebas médicas, no es suficiente la consignación de la patología en un escueto parte de primera asistencia. Es preciso que se acredite la relación causal entre el ruido y la perturbación del sueño o afección a la salud si queremos acreditar la gravedad de la conducta denunciada, en los términos exigidos por el Código Penal.

IV. CONCLUSIÓN

Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), España es el país más ruidoso de Europa.

Sin embargo, contamos con una normativa municipal y laboral lo suficientemente amplia para evitar los riesgos derivados del exceso de presión acústica. No es la insuficiencia de normas –de hecho, nuestro país padece una verdadera inflación legislativa– sino la falta de aplicación de éstas, lo que determina el actual estado de la cuestión. La pasividad de la Administración, que se pliega, sistemáticamente, a los intereses creados en detrimento del bien común y la ineficacia de otros resortes punitivos, conduce al inquietante fenómeno de la falta de credibilidad del poder público. En la Sentencia, antes citada, de 24 de mayo de 2003, el Magistrado del Tribunal Supremo José Antonio Martín Pallín reflexiona sobre la naturaleza del daño causado en los delitos medioambientales: «Dicho daño está constituido por la quiebra que en los ciudadanos va a tener la credibilidad de las instituciones y la confianza que ellas debe merecerle, porque, como custodios de la legalidad, son los primeros obligados, y esta quiebra puede producir efectos devastadores en la ciudadanía, pues nada consolida más el Estado de Derecho que la confianza de los ciudadanos en que sus instituciones actúan de acuerdo con la Ley y que, por tanto, el que se aparta de la norma recibe la adecuada sanción que restablece aquella confianza rota».

Decía Thomas Hobbes que los pactos sin espada sólo son palabras. Nuestro país cuenta con leyes, reglamentos y ordenanzas emanados de parlamentos y consistorios que expresan la voluntad popular y, sin embargo, existe una actitud generalizada de dejación de funciones e inhibición de

aplicación de la legalidad que sólo podría explicarse frente a leyes ilegítimas emanadas de un poder autocrático. Continuar anquilosados en actitudes más propias de otra época en lugar de atender las necesidades actuales sólo puede comprometer el delicado Pacto Social sobre el que se asienta el actual sistema político y sembrar dudas, entre los ciudadanos, sobre la eficacia del sistema democrático.

Toda persona tiene derecho a desarrollar libremente su personalidad, al respeto a su integridad física y moral, a ser libre y sentirse seguro, al respeto a su intimidad personal y familiar, a elegir su residencia con libertad, a expresar y difundir pensamientos, ideas y opiniones, a la creación literaria, artística y científica, a reunirse, asociarse y participar en los asuntos públicos, al pleno desarrollo de su potencialidad a través de un sistema educativo basado en principios de respeto y convivencia y a ser protegido por un Tribunal si sus derechos fueran vulnerados.

Todo aquello que nos hace *humanos*, en el sentido más profundo de la palabra, requiere ciertas dosis de sosiego, silencio y reflexión. La generosidad, el altruismo, la filosofía, el arte y la ciencia, son expresiones de lo más elevado del espíritu humano, incompatibles con la presión del ruido continuo que nos embrutece.

En palabras del profesor de Ética Norbert Bilbeny: «Para dejar de oír la conciencia, todo lo que uno ha de hacer, con apoyo social o sin él, es dejar de practicar ese diálogo silencioso y solitario que llamamos *pensar*».

BIBLIOGRAFÍA

BORWICK, John: «Sonido. Técnicas y prácticas modernas», ed. Rede.

MACKENZIE, G. W.: «Acústica moderna», ed. Rede.

MARTÍN MATEO, Ramón: «Tratado de Derecho Ambiental».

SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, José María, y col.: «Sordera por ruido» *Otology (Cuadernos de Otología)*, núm. 3, Año II.

BILBANY, Norbert: «El idiota moral», ed. Anagrama.

«Referencia oral y documentación médica cedida por el Dr. José Antonio Muñoz Yunta, neurólogo infantil del Hospital del Mar de Barcelona.

«Referencia oral y documentación médica cedida por el Dr. Pedro Quesada Marín, Catedrático y Jefe del Servicio de Otorrinolaringología del Hospital Vall d'Hebrón de Barcelona.

«Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi».

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

DETERMINACIÓN MÉDICO-FORENSE DE LA EDAD. PROTECCIÓN DE LOS MENORES EN DESAMPARO. LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR

AMELIA SUÁREZ RICO

*Abogada Fiscal sustituta de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia
del País Vasco*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. DETERMINACIÓN MÉDICO-FORENSE DE LA EDAD. 2.1 Fórmulas de determinación de la edad. 2.2 El médico forense y los Institutos de Medicina Legal. 2.3 Pruebas a realizar en centro hospitalario.—3. SISTEMÁTICA DE ACTUACIÓN EN RELACIÓN CON LOS MENORES.—4. NECESIDAD DE UN PROTOCOLO DE ACTUACIÓN RESPECTO A LA PRÁCTICA DE PRUEBAS DETERMINANTES DE LA EDAD.—5. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000, de Responsabilidad Penal del Menor, la intervención del Ministerio Fiscal en relación a los menores alcanza una doble vertiente: por un lado, en relación a los menores que se encuentren en situación de «desamparo», tal y como se regula en el vigente Código Civil, y, por otro –y ésta es la novedad–, en materia de menores infractores, en la labor instructora que asume el Ministerio Fiscal en los expedientes en que esté incurso un menor de dieciocho años.

Tan importante es determinar si estamos ante un menor de edad, en cuanto a otorgarle la protección que el Estado prevé para aquellos que se encuentren en desamparo, como lo es para determinar si estamos ante una persona penalmente responsable. Entrarían en juego pues dos edades relevantes, la minoría y mayoría de edad civil, que serían los dieciocho años, a fin de valorar si estamos ante un menor que deba ser protegido, y, por otra parte que nos encontremos ante un menor o mayor de catorce años, y esto a los efectos de valorar si la ley le ve como sujeto infractor de las normas penales.

Esto, que en una primera aproximación puede parecer una cuestión de escasa relevancia, dada su evidencia y fácil acreditación, y que no planteó problema alguno hasta épocas recientes, no lo es actualmente.

Cierto es que todos los sujetos se identifican en el Estado a través de su documentación personal, que nos corresponde a todos, no sólo por los registros administrativos y policiales, sino también por la inscripción de cada persona en los Registros Civiles de los diferentes Partidos Judiciales

que hay en todo el territorio. Esa inscripción en el Registro consta prácticamente respecto a todos los ciudadanos de nacionalidad española, y es la prueba suficiente y necesaria para acreditar la edad del sujeto.

Pero aparecen otros supuestos en los que estando la persona indocumentada se dificulta esta determinación de la edad, y por tanto las consecuencias que en su caso deban seguirse para la persona incurso en esa determinación, ya sea en materia de reforma o de protección de menores. En estos casos se puede acudir a las partidas bautismales, que puedan constar en los archivos de la Iglesia Católica, dado que la tradición religiosa hace que la mayoría de las personas estén inscritas en dichos registros. Que son pruebas que también son tenidas en cuenta a la hora de practicar inscripciones de nacimiento fuera de plazo de personas que no constan inscritas en ningún Registro Civil del territorio nacional o consular.

Todo lo expuesto puede predicarse de los nacionales que, como se ha dicho, han sido los supuestos originados hasta épocas recientes. Se complica la cuestión con el gran movimiento de población inmigrante que se ha dado en los últimos dos o tres años, y que genera un volumen de población extranjera, que, por haber entrado en territorio nacional de forma ilegal, no constan en ningún registro público ni archivo, que nos pueda ayudar a determinar su edad.

Edad, que en otras franjas pueda ser irrelevante, pero que si estamos hablando de determinar que un sujeto deba de ser protegido por nuestro Estado, o que se siga contra él un procedimiento penal por estar incurso en un ilícito de esta categoría, la cuestión cambia radicalmente. Conclusión necesaria es cómo ha de hacerse esa determinación de la edad, y, en caso de duda, cómo ha de solventarse ésta. Debemos concluir que en beneficio del menor, claro está.

- fundamento jurídico: protección y reforma del menor por el Ministerio Fiscal.
- La ley de Extranjería, puntos de interés. Esta materia viene regulada por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, que fue desarrollada, entre otros, por el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio.

Nos referiremos a esta Ley en cuanto a los menores indocumentados extranjeros, y procedimiento que prevé para su tratamiento, así como sujetos que intervienen en todo ese proceso.

En primer lugar, la previsión legal en el momento en que aparece un extranjero cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad,

aparece en el artículo 35¹ estableciendo que intervendrán los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, entendiéndose que serán éstos los que localicen a un joven, que pudiera ser menor de edad. La primera conclusión que hay que extraer de esta regulación es que se le tratará como menor, no sólo por el tratamiento que ha de darse al *menor*, como porque se pondrá de inmediato en conocimiento del Ministerio Fiscal, que será quien ha de disponer que se determine la edad de éste. Para esto último habrán de colaborar las instituciones sanitarias oportunas, que literalmente dice la Ley *con carácter prioritario*, realizarán las pruebas necesarias.

Cabe preguntarse si significa esto que directamente se habrá de acudir a las instituciones sanitarias, o realmente acudiremos a los dos estadios, primero, remisión al médico forense, y sólo si éste no puede apreciarlo por los signos externos habremos de acudir a los centros hospitalarios. Parece lógico entender que no se ha introducido novedad alguna, sino únicamente ataja el problema práctico de la dificultad que se plantea para realizar lo más rápido posible las pruebas radiológicas óseas y de estudio de piezas dentarias.

Una vez determinada la minoría de edad, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores, que será la entidad pública que en cada Comunidad Autónoma tiene esta función.

¹ Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley 5/2000. Artículo 35. Residencia de menores:

«1. En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo en lo establecido en la legislación del protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias.

2. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores.

3. La Administración del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor y previo informe de los servicios de protección de menores, resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España.

4. Se considera regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración pública. A instancia del organismo que ejerza la tutela, y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se le otorgará un permiso de residencia cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores.

5. Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado adoptarán las medidas técnicas necesarias para la identificación de los menores extranjeros indocumentados, con el fin de conocer las posibles referencias que sobre ellos pudieran existir en alguna institución pública nacional o extranjera encargada de su protección. Estos datos no podrán ser usados para una finalidad distinta a la prevista en este apartado.»

El Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, desarrolla aspectos concretos de la citada ley, y en lo que a nosotros interesa, la sección II, en cuanto a los Centros de Internamiento de Extranjeros, y la sección VI, sobre los menores extranjeros.

Prevé este reglamento expresamente que los menores extranjeros no podrán ser ingresados en dichos centros, debiendo ser puestos a disposición de los servicios competentes de Protección de Menores, salvo que el Juez de Menores lo autorice, previo informe del Ministerio Fiscal y sus padres o tutores se encuentren ingresados en el mismo centro, manifestando su deseo de permanecer juntos y existan módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar.

El artículo 62² del Reglamento citado se refiere a los menores extranjeros en situación de desamparo, reproduciendo casi literalmente la prescrip-

² Artículo 62 Real Decreto 864/2001, de 20 de julio:

«1. En los supuestos en que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tengan conocimiento de o localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, informará a los Servicios de Protección de Menores para que, en su caso, le presten la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias.

2. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los Servicios competentes de Protección de Menores.

3. Si durante el procedimiento de determinación de la edad el menor precisara atención inmediata, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado lo solicitarán a los Servicios competentes de Protección de Menores.

4. La Administración General del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor, después de haber oído al menor, y previo informe de los Servicios de Protección de Menores, resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o a aquel donde se encontrasen sus familiares, o, en su defecto, sobre su permanencia en España.

El procedimiento se iniciará de oficio por la Administración General del Estado o, en su caso, a propuesta de la entidad pública que ejerce la tutela del menor. El órgano encargado de la tutela del menor ha de facilitar a la autoridad gubernativa cualquier información que conozca relativa a la identidad del menor, su familia, su país o su domicilio, así como comunicar las gestiones que haya podido realizar para localizar a la familia del menor.

La autoridad gubernativa pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal todas las actuaciones llevadas a cabo en este procedimiento.

La Administración General del Estado es la competente para llevar a cabo los trámites relativos a la repatriación desde España de un menor extranjero en situación de desamparo, según la legislación civil, actuando a través de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, y éstas por medio de las Brigadas Provinciales de Extranjería y Documentación, que se pondrán en contacto con la Comisaría General de Extranjería y Documentación para que realice las gestiones necesarias ante las Embajadas y Consulados correspondientes, con el fin de localizar a los familiares de los menores o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país de origen

ción legal que hemos visto, remitiendo al Ministerio Fiscal, y a las instituciones sanitarias. Si resultare menor quedará a disposición de los Servicios competentes de Protección de Menores. Previendo que directamente las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado se podrán dirigir a los Servicios de Protección de Menores, si durante el procedimiento de determinación de la edad el menor precisara atención inmediata.

A todo lo expuesto debemos añadir la creación del Registro Central de Extranjeros en la Dirección General de la Policía y más concretamente un registro de menores extranjeros en situación de desamparo a efectos puramente identificadores que contendrá una serie de datos: nombre y apellidos, nombre de los padres, lugar de nacimiento, nacionalidad, última residencia en el país de procedencia, su impresión dactilar, fotografía, centro de acogida donde resida, organismo público bajo cuya protección se halle, resultado de la prueba ósea de determinación de la edad, según informe de la Clínica Médico-Forense, así como cualquier otro dato de referencia a los efectos identificadores, únicamente³. Esto ha de ser necesariamente así dado que toda esta información contenida está protegida por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Per-

que se hicieren responsables de ellos. Si no existiera representación diplomática en España, estas gestiones se canalizarán a través del Ministerio de Asuntos Exteriores.

Una vez localizada la familia del menor o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país, se procederá a la repatriación tras la verificación de que no existe riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares.

En el caso de que el menor se encontrase incurso en un proceso judicial, la repatriación quedará condicionada a la autorización judicial. En todo caso, deberá constar en el expediente la comunicación al Ministerio Fiscal.

La repatriación del menor será acordada por el Delegado del Gobierno o por el Subdelegado del Gobierno, cuando tuvieren la competencia delegada para ello, y ejecutada por los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía.

La repatriación se efectuará a costa de la familia del menor o de los servicios de protección de menores de su país. En caso contrario, se comunicará al representante diplomático o consular de su país a estos efectos. Subsidiariamente, la Administración General del Estado se hará cargo del coste de la repatriación.

5. Transcurridos nueve meses desde que el menor ha sido puesto a disposición de los Servicios competentes de Protección de Menores a la que se refiere el apartado 2 de este artículo, y una vez intentada la repatriación con su familia o al país de origen, si ésta no hubiere sido posible, se procederá a otorgarle el permiso de residencia al que se refiere el artículo 35.4 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 4/2000.

6. Si se trata de menores solicitantes de asilo, se estará a lo dispuesto en el párrafo cuarto del artículo 15 del Reglamento de Ejecución de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, aprobada por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero.»

³ «Los organismos competentes de protección de menores [...] cuando tengan conocimiento de que un menor se halle en situación de desamparo, deberán comunicar, con la mayor brevedad, a la Dirección General de la Policía, a través de sus órganos periféricos, los datos que conozcan relativos a la identidad del menor.»

sonal, estando puesta a disposición tanto sólo de los órganos de las Administraciones Públicas para el ejercicio de competencias en materia de extranjería, y, en su caso, de los interesados.

II. DETERMINACIÓN MÉDICO-FORENSE DE LA EDAD

Fórmulas de determinación de la edad.—El médico forense y los Institutos de Medicina Legal.—Pruebas a realizar en centro hospitalario.

1. Fórmulas de determinación de la edad

Refiere C. Simonin que la determinación de la edad se funda, durante el crecimiento, en el desarrollo de los sistemas óseo y dentario⁴. Por un lado, la formación del esqueleto está dirigido por la aparición sucesiva de núcleos de osificación, y por la soldadura de las epífisis a las diáfisis. Igualmente la evolución del aparato dentario permite cierta precisión para determinar la edad de un sujeto.

El estudio radiológico de los huesos y dientes son elementos de gran ayuda para el médico forense cuando tiene que valorar el desarrollo físico desde el nacimiento hasta la edad adulta. En esencia, el desarrollo óseo y dental depende de dos hechos:

- a) Crecimiento de las partes sometidas a osificación.
- b) Depósito de calcio en ellas⁵.

Los aspectos para determinar la edad cronológica de un individuo niño/adulto son:

- a) Cronología de puntos de osificación.
- b) Aparición y fusión de la epífisis.
- c) Soldadura de suturas craneales.
- d) Cronología dentaria.

Como nota curiosa cabe decir que en algunos países, y especialmente en China, a los niños se les suele asignar una fecha de nacimiento que se corresponde con el momento en que fue abandonado, con la fecha de

⁴ C. SIMONIN, *Medicina legal judicial*, Editorial Jims, Barcelona, 1962, p. 854.

⁵ CASTRO BOBADILLA, Dennis A., y DICKERMAN KRAUNICK, Arema, «Edad por diagnóstico radiológico y odontológico», www.arrakis.es/ja/coello/edad.

ingreso en el orfanato o con su apariencia física, lo cual, ciertamente, no parece lo más adecuado, para obtener unos resultados ajustados a la realidad. En los casos en que existan dudas de la edad cronológica, ésta se determinará a través de: la edad ósea (radiografía de mano izquierda y atlas de Greulich-Pyle), la edad dental (dentograma, ortopantomografía), la edad de desarrollo psicomotriz (test de Denver/test Haizea-Llevant en menores de seis años) y la edad de desempeño escolar y madurez social (psicopedagogo). Debe realizarse a la llegada y doce meses después de la adopción (período de transición adecuado para la evaluación formal de la edad cronológica).

Como refiere Elena Fairi, la edad biológica se determina a partir de la edad ósea, dental y morfológica o del momento de la maduración sexual ⁶.

Nos referiremos a continuación al análisis óseo y al análisis dentario, a fin de examinar las posiciones de los autores al aplicar las diferentes técnicas a la determinación de la edad.

Análisis óseo.—Marcos José Miquel Feucht y Manuel Polo Cerdá ⁷se refieren en su estudio a la sinostosis de las epífisis de crecimiento de los huesos constituye un método muy eficaz y bastante preciso para determinar la edad de sujetos adolescentes y juveniles. Siendo muy importante para aplicar este método tener en cuenta el sexo del individuo, dado que la osificación de los cartílagos depende fundamentalmente de este dato antropológico, asimismo, también tiene incidencia, aún en menor medida, del estado nutricional o alimentario del individuo ⁸.

La edad ósea sería la madurez esquelética de un individuo, existiendo variaciones que deben ser considerados por el médico en el diagnóstico por edad ⁹.

⁶ «Indicadores de maduración esquelética, edad ósea, dental y morfológica», en la Conferencia dictada en el curso básico de Ortodoncia, en el Instituto Odontológico Interdisciplinario de Rosario, Argentina.

⁷ J. D. VILLALAIN BLANCO y F. J. PUCHARLT FORTEA, «Estimación de la edad en restos óseos», en la obra colectiva dirigida por J. D. Villalain Blanco y F. J. Pucharlt Fortea *Identificación antropológica policial y forense*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 115-116.

⁸ Hay que tener en cuenta que la maduración ósea está influenciada por diferentes factores: genéticos, ambientales, socioeconómicos, etc., por lo que se recomienda la adaptación de los estándares a cada población por lo que se han publicado variantes del atlas de maduración ósea de Greulich-Pyle.

⁹ Castro Bobadilla Dennis, A., y Dickerman Kraunick, Arema, ponen de manifiesto en su estudio, que los negros muestran una maduración más rápida que los caucásicos y las niñas suelen ir a la cabeza de los niños en la primera infancia.

PROMEDIO DE EDAD EN QUE SE FUSIONAN LAS EPÍFISIS MÁS IMPORTANTES ¹⁰

Edad niños	Edad niñas	Fusión de epífisis
6	6	Cabeza y tuberosidad mayor del fémur.
7	7	Isquión y pubis.
12	12	Tróclea y capitulum del húmero.
14	13-14	Olecranon cúbital.
14	13-14	Epífisis del calcáneo.
15-17	14-16	Epífisis proximal del radio.
15-17	14-16	Trocánter y cabeza del fémur.
16-18	15-17	Epífisis de metacarpianos y metatarsianos.
17	16	Coracoides.
18-20	17-19	Epífisis distal del radio.
18-20	17-19	Epífisis distal del cúbito.
18-20	17-19	Epífisis distales de tibia y peroné.
18-20	17-19	Acromión.
18-20	17-19	Cabeza y tuberosidad mayor del húmero.
18-20	17-19	Epífisis distal del fémur.
18-20	17-19	Epífisis proximal de tibia y peroné.

PROMEDIO DE EDAD EN QUE SE UNEN LAS EPÍFISIS DE LOS HUESOS DEL CARPO SEGÚN SEXO

- 4, edad ósea del niño recién nacido de niños sanos.
- 5, edad ósea al año están presentes los huesos grande y ganchoso.
- 6, 1-2 años se calcifica la epífisis distal de radio.
- 7, 2-3 años aparece el piramidal y se añaden las epífisis metacarpales y de las falanges.
- 8, 3-4 años se añade el semilunar.
- 9, 4-5 años aparece el trapecio.
- 10, 5 años aparecen todos los centros del carpo menor al pisciforme.
- 11, 7 años aparece la epífisis distal de la ulna.

¹⁰ Ídem. Cuadro incorporado por estos autores, sobre edad aproximada y comparativa entre niños y niñas.

- 12, 7-8 años no hay cambios.
- 13, 8-9 años sólo crecimiento.
- 14, 9-10 años en niñas puede aparecer el pisciforme.
- 15, 10-13 años aparece el pisciforme.
- 16, 17 años las epífisis metacarpales y falanges se han unido y al año la epífisis del radio y la ulna también.

La fusión de la epífisis de los huesos sirve de comparación en el diagnóstico forense como dato comparativo de edad cronológica y edad ósea.

Por último, se va a incorporar un tercer cuadro comparativo entre la edad cronológica y la edad ósea, tomado de Dennis A. Castro y Arema Dickerman Kraunick, que resume todo lo expuesto por estos autores.

COMPARACIÓN ENTRE LA EDAD CRONOLÓGICA Y LA ÓSEA

Edad	Medida del desarrollo óseo
Nacimiento	Epífisis distal del fémur. Astrágalo, cuboides, calcáneo.
1 año	Muñeca: hueso grande, hueso ganchoso, epífisis distal del radio. Tobillo adición del tercer cuneiforme, epífisis distal de la tibia.
2 años	Capitélum del húmero. Muñeca: no hay cambio.
3 años	Muñeca: adición del piramidal. Tobillo: adición del segundo caneiforme y del navicular. Cadera: epífisis de trocánter mayor.
5 años	Muñeca: adición del trapecio y del escafoides. Rodilla: rótula.
6 años	Muñeca: adición del trapezoides, epífisis cubital. Hombro: unión de la cabeza y la tuberosidad del fémur.
8 años	Tobillo: epífisis del calcáneo.
10 años	Muñeca: pisciforme.
12 años	Cóndilo externo del húmero. Unión del olécranon y la ulna.
14 años	Unión de la epífisis proximal del radio. Unión de olécranon y la ulna.
16 años	Unión de las epífisis de metacarpianos y metatarsianos; aparición de la cresta ilíaca.
18 años	Unión de las epífisis distales de cúbito y la ulna. Unión de las epífisis distales de tibia y peroné.

Begoña Sobradillo ¹¹ realiza una clasificación de los diferentes métodos de valoración de la maduración ósea según diversos criterios, que son:

1) técnica utilizada:

- radiografía: la técnica habitualmente empleada
- ecografía: Aunque se ha empleado en diferentes zonas anatómicas (cabeza femoral), la única utilizada en la actualidad es la ecografía de rodilla en el recién nacido descrita por Shunk y Colsi, siendo de gran utilidad en algunos casos de hipotiroidismo neonatal, ya que es capaz de detectar pequeñas calcificaciones no visibles en la radiografía.

2) zona anatómica empleada: hemicuerpo, mano, codo, hombro, rodilla, cadera, pie.

De todas ellas la más empleada es la mano por su fácil accesibilidad, escasa radiación y la existencia de un amplio número de huesos en una pequeña zona corporal.

3) método.

a) Planimétricos: utilizan el tamaño o superficie de determinados huesos. Son indicativos de crecimiento pero no de maduración.

b) Atlas: se basan en la comparación de una radiografía problema con una serie de radiografías estándares, tomadas de una muestra de la población general y se le adscribe la edad ósea que corresponda al estándar más parecido o a una edad intermedia entre dos estándares sucesivos.

Aunque existen atlas para la rodilla, codo y pie, el más conocido y utilizado es el de Greulich y Pyle ¹² para la mano y muñeca ¹³.

¹¹ BEGOÑA SOBRADILLO, «Estudio de la maduración ósea y predicción de la talla adulta», www.comtf.es/pediatrica/congreso.IEP.2000/ponencias.htm/Bego%c3%B1a_Sobradillo.htm.

¹² PRIETO CARRERO J. L., «Métodos para valorar la edad en el adolescente». *Rev. Española. Med. Legal.* 1998. XXII (84-85), 45-50. Considera que cabe resaltar como inconveniente de este método que las valoraciones entre años son difíciles de precisar.

¹³ PRIETO CARRERO J. L., «Métodos para valorar la edad en el adolescente», *op. cit.* Cita este autor además:

TW1 (Tanner-Whitehouse), cada hueso de la mano y muñeca se clasifica en 8-9 estadios a los que se asigna una puntuación. Sumando ésta se obtiene la madurez esquelética con precisión de mes a mes.

TW2 (Tanner-Whitehouse modificado), el que considera el más utilizado, tras haber modificado las puntuaciones y separados los grupos por sexos.

Hernández, método similar al Tanner, con la ventaja de utilizar estándares españoles, el que considera idóneo para nuestro ambiente.

Por último cabe referirse a los problemas que plantea Begoña Sobradillo, interfieren en la evaluación de la maduración ósea, que pueden dar lugar a grandes diferencias de evaluación, destacando dos como principales, que serían relativas a la técnica utilizada, por un lado, y al método, por otro.

En cuanto a la técnica de la radiografía, el problema relativo a la posición del paciente, la oblicuidad en el momento de realizar la radiografía y la calidad de éste. Y respecto al método, en el atlas los estándares de comparación van a intervalos de medio año o un año, y en algunas edades el atlas de Greulich-Pyle tiene intervalos –entre dos estándares consecutivos– de más de un año, además, no estamos valorando la maduración ósea, sino comparando con la maduración que presentan la media de la población a esa determinada edad cronológica. Y al numérico, el peso diferente de los núcleos de osificación, siendo el de algunos de ellos tan grande, que la asignación de un estadio de diferencia, por ejemplo del radio (por la visualización o no de alguna carilla articular) nos puede dar una diferencia en algunas edades de hasta un año. En radiografías en las que o bien por su calidad o porque se encuentran varios de los núcleos en estadios más o menos intermedios, las diferencias poco importantes en cada uno de los núcleos se van a magnificar al sumarse con las diferencias de los otros.

Cabe hacer una descripción expresa del Método Hernández al que se ha referido José Luis Prieto Carrero, el cual, utilizando la descripción de los estadios originales de Tanner, ha evaluado una muestra de 5.266 radiografías, obteniendo las curvas y tablas de edad ósea para nuestra población. Considera este autor que APRA la realización de la radiografía se debe de mantener una distancia tubo-placa de 80 centímetros, palma apoyada firmemente contra la placa, dedo medio alineado con el eje del antebrazo y los dedos juntos sin tocarse entre sí con el pulgar separado unos 30°. Para valorar la maduración ósea se compara la radiografía problema con los modelos del atlas, observando los indicadores que se describen en el texto, en el siguiente orden:

- Epífisis distal de radio.
- Epífisis distal del cúbito.
- Epífisis del primero, tercero y quinto metacarpianos.
- Epífisis de la falange proximal del primero, tercero y quinto dedos.

Continúa José Luis Prieto describiendo cómo la radiografía se coloca sobre un negatoscopio con el pulgar a la derecha del observador. La asignación del estado o etapa madurativa se debe hacer comparando la situación del hueso de la radiografía problema con los modelos y diagramas; y obtenida la puntuación individual de cada uno de los trece huesos, la suma de cada uno de ellos permitirá conocer la maduración ósea en función del sexo.

Análisis dentario.—El estudio de las modificaciones de los dientes en formación es el primer método para establecer la edad desde el nacimiento hasta los catorce años¹⁴; y ello dado que los dientes crecen y se suceden de forma regular hasta la edad adulta. Para Simonin¹⁵ el sistema dentario sufre una evolución lenta y continua marcada por los siguientes acontecimientos: aparición de folículos dentarios, calcificación de gérmenes dentarios, tabicamiento alveolar, orden de sucesión de dientes temporales y de dientes permanentes, caída de los dientes de leche.

Introduce Elena Fairi dos métodos para valorar la edad dental, por un lado, el estado de erupción dental, y por otro, el estado de gemación, y esto se realiza mediante la comparación del estado de desarrollo radiológico de los diferentes dientes frente a una escala de maduración¹⁶.

José Luis Prieto Carrero¹⁷ entiende que, aun considerando la radiografía panorámica el método más práctico para determinar la edad, considera que la fiabilidad de la estimación de la edad no es uniforme desde el nacimiento a la madurez, puesto que en etapas infantiles puede ser determinada con estrechos márgenes de variación, pues la mayoría de los dientes se encuentran en periodos de formación y los intervalos entre los distintos estadios son cortos.

Refiere María Carmen Negre¹⁸ que desde los catorce a los veinte años se observará la erupción del tercer molar y el grado de desarrollo de la raíz del segundo molar¹⁹. Siendo superior la dificultad a partir de los treinta

¹⁴ En el mismo sentido DENNIS A. CASTRO y otro, «Edad por diagnóstico radiológico y odontológico», *op. cit.* «las pequeñas variaciones en la formación dental y la erupción alrededor de los individuos ha sentado la estimación dental de edad cronológica como el método primario de determinación de la edad desde el nacimiento hasta los catorce años. Tales determinaciones están basadas en el grado de formación de la raíz y estructura de la corona, grado de erupción y la intermezcla de la dentición primaria y la adulta.»

¹⁵ C. SIMONIN, «Medicina legal judicial», *op. cit.*, p. 871.

¹⁶ «Indicadores de maduración esquelética. Edad ósea, dental y morfológica», *op. cit.* Considera esta autora que de esta forma no sólo se mide la última fase de desarrollo dental, sino todo el proceso de mineralización, con un sistema de puntuación, que se adjudica a cada diente, se valora su estadio de desarrollo. Con ello se puede convertir esa valoración en la edad ósea. La escala de puntuación del grado de mineralización depende del tipo de diente y del sexo del paciente.

¹⁷ PRIETO CARRERO, J. L., «Métodos para valorar la edad en el adolescente». *Op. cit.*

¹⁸ NEGRE MUÑOZ, M. C., «Identificación dental. Sistemática», en la Obra colectiva *Identificación antropológica policial y forense*. *Op. cit.*, pp 249 y ss.

¹⁹ PRIETO CARRERO, J. L., *op. cit.* Dado que en la adolescencia sólo continúan los terceros molares o muelas del juicio en desarrollo, no considera este autor el tercer molar el ideal de marcador para el desarrollo por su frecuente ausencia congénita, malformación o extracción, así como por los diferentes periodos de formación entre ambas arcadas dentales siendo ésta más precoz en maxilar superior y la erupción generalmente más temprana en valores al contrario que el resto de la dentición.

años, si bien esto es algo irrelevante para el objeto de nuestro estudio, que limitamos a la edad infantojuvenil²⁰.

Distingue esta autora entre erupción alveolar y clínica, constituyendo esta última un proceso largo, hincándose cuando las primeras cúspides rompen la encía y acaba cuando contactan con las caras oclusales de los antagonistas o incluso un poco después. Continuando que el término erupción está mal empujado si se interpreta de forma estricta su significado, pues, en realidad, sólo se usa para indicar la primera fase de la erupción clínica, cuando asoman los dientes en la encía²¹.

Orden cronológico de erupción de los dientes²²:

DENTICIÓN	PIEZA	EDAD
Decidua	Incisivos centrales	6-9 meses
	Incisivos laterales	8-11 meses
	Primeros molares	12-16 meses
	Caninos	16-20 meses
	Segundos molares	20-26 meses
Dientes permanentes	Primer molar	6 años
	Incisivo central	7-8 años
	Incisivo lateral	8-9 años
	Primer premolar	9-11 años
	Caninos	11-13 años
	Segundo premolar	11-13 años
	Segundo molar	12-14 años
	Tercer molar	18-30 años

Si bien el proceso de dentición está sujeto a variaciones, no se trata de un desarrollo uniforme. Los premolares requieren más tiempo que los molares para alcanzar el plano oclusal. La erupción no es simétrica en ambos maxilares, ni tampoco en cada uno de ellos, excepto para el primer molar permanente que en ambos maxilares surge de los seis a los siete años. También existen diferencias sexuales y climáticas²³.

²⁰ NEGRE MUÑOZ, M. C., «Identificación dental. Sistemática», *op. cit.* Citando a CLEMENT, 1998, «para algunos autores el uso del término erupción para designar el momento de aparición de los dientes es incorrecto puesto que la erupción es un proceso continuo, muy prolongado en el tiempo y no un momento determinado y limitado.»

²¹ Ídem. Justifica esta autora la utilización de este término por su amplia difusión del significado restringido y no encontrar otra palabra más adecuada que represente el fenómeno, p. 256.

²² Ídem., p. 256.

²³ Ídem., p. 257. Refiere Carmen Negre Muñoz que «La edad de erupción por sí sola no es un parámetro que deba aplicarse en odontología forense, pues está sometida a múltiples variaciones individuales. Se afecta por diversos factores que pueden ser externos (clima, dieta, caries, por ejemplo) o internos (sexo, raza, de tipo fisiológico o patológico, como síndrome de Down). La calcificación del diente es un proceso más constante que la erupción.»

También debe tenerse en cuenta que no existe un patrón universal de crecimiento y desarrollo dental²⁴. No se deben valorar sujetos de una población con los patrones de otra población distinta. Aun cuando refiere Maria Carmen Negre que son márgenes de error asumibles. Y considerando importante prestar atención a la evolución del tercer molar, pieza que es la última en formarse, calcificarse y brotar, por lo que sirve para obtener información sobre el periodo de maduración dental a partir de los quince años²⁵.

Aun todas las imprecisiones existentes, que no conducen a una certeza en cuanto a la determinación de la edad, al no haber otros indicadores biológicos para este intervalo de tiempo, los terceros molares son utilizados para valorar la edad juvenil o adulta.

2. El médico forense y los Institutos de Medicina Legal

El Real Decreto 296/1996, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Médicos Forenses, desarrollo de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, regula entre otros aspectos sus funciones, y en su artículo 3, apartado a) recoge que a los mismos corresponde «la emisión de informes y dictámenes médico legales que les sean solicitados a través de los Institutos de Medicina Legal por los Juzgados, Tribunales, Fiscalías, Oficinas del Registro Civil y otros órganos de la Administración de Justicia»²⁶.

²⁴ SIMONIN C, *Medicina Legal Judicial*, *op. cit.*, pp. 871 y ss. Mantiene Simonin que las tablas de erupción dentaria no representan más que una media dado que son frecuentes las anomalías de erupción, respondiendo a trastornos del crecimiento, factores locales y deficiencias alimenticias.

²⁵ NEGRE MUÑOZ C., «Identificación dental. Sistemática», *op. cit.*, p. 258. Existe dificultad para su estudio dado que su erupción tiene gran variabilidad, puede no brotar y quedarse incluido en el alveolo o incluso no llegar a formarse el germen. A pesar de ello la competencia erupción generalmente indica que se trata de un sujeto mayor de veinte años. Si la erupción es completa, pero la formación de la raíz no ha finalizado, se estima una edad entre veintidós y veinticuatro años.

²⁶ R. D. 296/1996, de 23 de febrero, artículo 3.

«Los médicos forenses tendrán a su cargo las siguientes funciones:

a) La emisión de informes y dictámenes médico-legales que les sean solicitados a través de los Institutos de Medicina Legal por los Juzgados, Tribunales, Fiscalías, Oficinas del Registro Civil y otros órganos de la Administración de Justicia.

b) La realización de las investigaciones en el campo de la Patología Forense y de las prácticas tanatológicas que les sean requeridas a través de los Institutos de Medicina Legal, por los Juzgados, Tribunales y Fiscalías, y que se deriven necesariamente de su propia función en el marco del proceso judicial.

c) El control periódico de los lesionados y la valoración de los daños corporales que sean objeto de actuaciones procesales, así como la asistencia o vigilancia facultativa a los detenidos que se encuentren a disposición judicial, y cuantas otras funciones establezca la legislación aplicable.

d) La asistencia técnica que les sea requerida a través de los Institutos de Medicina Legal, por Juzgados, Tribunales, Fiscalías y Oficinas del Registro Civil y demás órganos de la Adminis-

Igualmente recoge el R. D. 296/1996 cualesquiera otras funciones de colaboración e investigación, propias de su función, con el Ministerio de Justicia o, en su caso, con las Comunidades Autónomas que hayan recibido los traspasos de medios personales para el funcionamiento de la Administración de Justicia, así como con otros órganos de las Administraciones públicas, derivadas de convenios o acuerdos adoptados al efecto.

Esta configuración del Médico Forense se mantiene en prácticamente todas las legislaciones, si bien en alguna se hace con mayor concreción a la materia que nos referimos. Así, el Reglamento del Servicio Médico Forense dependiente de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, en su artículo 11²⁷, o el Reglamento del Servicio Médico Forense para el Estado de Baja California de 1989²⁸.

En relación a la actuación del médico forense cabe señalar también que la Ley 6/1985 prevé que los Médicos Forenses serán destinados a un Instituto de Medicina Legal, éstos regulados en el artículo 504 de la citada norma, pero que en la realidad no se ha visto aún materializado²⁹. Actualmente no se han creado todos, pero sí alguno de ellos, como el Instituto de Medicina Legal de País Vasco, de Asturias, La Rioja, muy recientemente.

Mediante el Real Decreto 386/1996, de 1 de marzo, fue aprobado el Reglamento de los Institutos de Medicina Legal, los cuales se constituyen como órganos técnicos que centralizan las funciones realizadas por los Institutos Anatómico-Forenses y Clínicas Anatómico-Forenses, realizando prácticas periciales médicas, tanto tanatológicas como clínicas y de laboratorio. Estos Institutos dispondrán de Servicios de Patología y Clínica Médico-Forense, los primeros para la investigación médico-legal en todos los casos de muerte violenta o sospechosa de criminalidad, así como identifi-

tración de Justicia del ámbito territorial en el que estén destinados, en las materias de su disciplina profesional y con sujeción a lo establecido en las leyes procesales.

e) La emisión de informes que les sean encomendados por el Director del Departamento del Instituto de Toxicología en el que estén destinados, así como la atención a la demanda de información toxicológica.»

²⁷ En este sentido, recoge expresamente la función de determinación de la edad en su artículo 11, apartado IX, así «a reconocer a las personas cuya edad ha de determinarse clínicamente, por carecerse de acta de nacimiento o ser ésta dudosa.»

²⁸ En el artículo 2, punto II, «Expedir los certificados ginecológicos de edad y demás que les soliciten la representación Social y las Autoridades Judiciales, el mismo día en que se les notifique y tenga a su disposición las personas objeto del dictamen.»

²⁹ Artículo 504, «Existirá un Instituto de Medicina Legal en las capitales de provincia en las que tenga su sede un Tribunal Superior de Justicia, así como en las capitales de provincia en las que tengan su sede Salas de Tribunal de Justicia con jurisdicción en una o más provincias. En las restantes ciudades podrán existir Institutos de Medicina Legal, con el ámbito que reglamentariamente se establezca por el Gobierno a propuesta del Ministerio de Justicia o, en su caso, de la Comunidad Autónoma con competencias en la materia.»

cación de cadáveres y restos humanos; y los segundos, para realizar los peritajes médico-legales³⁰.

Esta nueva configuración de los servicios médico-forenses tendrá incidencia en la realización de las funciones por cada uno de los forenses adscritos a cada Juzgado, si bien realmente no introduce en la práctica cambios en cuanto al modo y lugar de realización de las pruebas para determinación de la edad biológica, como veremos.

No obstante, y aun dada la dificultad práctica para configurar una Sala de Radiología en dichos Institutos Forenses, no sólo por el coste económico elevado que supondría, sino por las necesidades personales que también exigiría, su falta de previsión puede explicarse por la fecha de la normativa que regula estos Institutos. Realmente el *problema* por el número de casos de menores indocumentados cuya edad no es conocida se está produciendo actualmente. Tampoco es un fenómeno generalizado, puesto que sólo se origina en ciertas ciudades que son el punto de entrada de estos jóvenes.

Y es que al número elevado de casos que se presenta ante cada médico forense debemos añadir que prácticamente la totalidad de ellos deberán

³⁰ El artículo 8 del Real Decreto 386/1996, de 1 de marzo, dispone: Servicios de los Institutos de Medicina Legal.

1. Los Institutos de Medicina Legal dispondrán de Servicios de Patología y Clínica Médico-Forense. Además de los servicios señalados, el Ministerio de Justicia e Interior podrá establecer en cada Instituto, a propuesta, en su caso, de la Comunidad Autónoma que haya recibido los trasposos de medios para el funcionamiento de la Administración de Justicia, un Servicio de Laboratorio Forense y aquellos otros que sean precisos para una adecuada asistencia a la Administración de Justicia.

2. En los Institutos de Medicina Legal cuya dimensión y complejidad así lo requieran, podrán crearse secciones dentro de los correspondientes servicios.

3. A los Servicios de Patología Forense les corresponde la investigación médico-legal en todos los casos de muerte violenta o sospechosa de criminalidad que hayan ocurrido en la demarcación del Instituto y sea ordenada por la Autoridad Judicial así como la identificación de cadáveres y restos humanos.

Asimismo, el Director del Instituto de Medicina Legal interesará la colaboración del Instituto de Toxicología en aquellos supuestos que pudieran considerarse convenientes para los resultados de la investigación.

Excepcionalmente, el Director del Instituto de Medicina Legal interesará la colaboración del Instituto de Toxicología en aquellos supuestos que pudieran considerarse convenientes para los resultados de la investigación.

Excepcionalmente, el Director del Instituto podrá autorizar que determinadas prácticas necrópsicas se puedan realizar en lugar distinto de los locales propios del Instituto y de los habilitados con carácter general en el territorio de actuación del Instituto, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 353 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

4. Los Servicios de Clínica Médico-Forense se encargarán de los peritajes médico-legales, en particular, del control periódico de los lesionados y de la valoración de los daños corporales que sean objeto de actuaciones procesales, así como de la asistencia o vigilancia facultativa a los detenidos en los términos establecidos en el artículo 3.c) del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Médicos Forenses.

pasar a los centros sanitarios a realizar la radiología de carpo. Ello porque los casos que por la experiencia se presentan son casos muy dudosos, casos límite, en los que a simple vista, ni con un reconocimiento del señor médico forense, cabe precisar si estamos ante un joven menor o mayor de edad.

Consecuencia de lo expuesto es que se mantendrá la fórmula actual de colaboración de los Centros Hospitalarios con las Fiscalías de Menores y Juzgados de Guardia, necesaria para la determinación de la edad de estos menores, que como dispone la LO 8/2000, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su artículo 35, que una vez que es localizado un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará a atención inmediata que requiera, así como *se pondrá en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias.*

Es decir, que las instituciones sanitarias actuarán en colaboración con el Fiscal con carácter prioritario. Es necesario interpretar el *carácter prioritario* de la colaboración de estas instituciones sanitarias. E incluso determinar a qué instituciones sanitarias se refiere.

Cabría decir que la institución sanitaria a la que deba dirigirse el Fiscal será aquella que se encuentre en la sede de la Fiscalía, el más próximo, que disponga de medios técnicos para realizar las pruebas radiológicas. Se señala el más próximo, si hubiere varios, por razones de celeridad para intentar que se realice a la mayor brevedad y de este modo que el menor esté el menor tiempo posible de un lado a otro, esperando concretar su situación final.

El carácter prioritario que recoge la Ley deberá interpretarse literal, esto es, lo más rápidamente posible, dentro del desarrollo normal del trabajo y prestación de servicios de ese centro hospitalario. Por lo que no podemos pretender que se haga inmediatamente, si no hubiere personal que pudiera realizarlo, pero sí se puede exigir que notificada la existencia de un menor cuya edad es necesario determinar, a la mayor brevedad, sino seguidamente, se disponga todo lo necesario para hacer las radiografías.

3. Pruebas a realizar en centro hospitalario

Resumiendo todo lo expuesto, y a fin de explicar de modo sencillo el contenido de las pruebas que se realizan en los centros hospitalarios para determinación de la edad de los menores, que como se ha repetido sufi-

cientemente consisten en la realización de estudios radiológicos (ortopantomografía dental y radiografía de carpo).

Una radiografía panorámica u ortopantomografía es una imagen tomada por fuera de la boca con un aparato que gira alrededor de la cabeza del paciente y a su vez lo fija al mismo, da una imagen amplia y completa de las estructuras de soporte dental incluido una visión de las articulaciones temporomandibulares y del seno maxilar.

También podemos definir la ortopantomografía como tipo especial de radiografía que nos permite estudiar toda la boca del paciente, tanto el hueso como los dientes, y se llaman radiografías panorámicas.

De todas las partes del cuerpo, la más empleada es la mano por su fácil accesibilidad, como refiere Begoña Sobradillo³¹, escasa radiación y la existencia de un amplio número de huesos en una pequeña zona corporal.

III. SISTEMÁTICA DE ACTUACIÓN EN RELACIÓN CON LOS MENORES

Pueden plantearse diferentes situaciones:

a) menor en desamparo, entre 0 y 18 años.

Según dispone nuestro Código Civil, en el artículo 172, está en desamparo el menor, *que se encuentra en una situación de hecho causada por el incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecido por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material*³².

El Código del Niño de Uruguay, de abril de 1998, que es bastante reciente en comparación con el nuestro, habla de menores abandonados moral o materialmente, términos estos con un contenido ético-moral que concreta con bastante precisión. No así nuestro derecho, en que se valorará en cada caso y cada momento social el contenido de ese concepto jurídico casi indeterminado. El artículo 119 del citado Código del Niño recoge que los menores que se encuentren en esa situación serán puestos a disposición

³¹ SOBRADILLO BEGOÑA, «Estudio de la maduración ósea y predicción de la talla adulta», *op. cit.*

³² Redacción dada en la reforma del Código Civil de 1987. La disposición adicional 1.ª de la ley 21/1987, de 11 de noviembre, establece que «Las entidades públicas mencionadas en esta Ley son los organismos públicos del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales, a las que, con arreglo a las leyes, corresponda, en el territorio respectivo, la protección de menores.»

del Juez letrado de menores, a los que protege, pero curiosamente en caso de menores infractores, no le permite intervenir al defensor del menor en las diligencias a practicar³³.

Los motivos de estar en situación de desamparo pueden ser diferentes:

1.º Menor tutelado o en guarda en un establecimiento, y éste se fuga del centro. En estos casos se acordará el traslado del menor al centro de donde se ha fugado. Estamos ante un menor del que conocemos su identidad, dado que está interno en el centro previamente, por lo cual no va a plantear problemas en relación de la edad, que pudieron haberse originado pero haber sido resueltos.

Deberá comunicarse al centro que el menor ha aparecido, a la Fiscalía de Menores pudiendo el Fiscal explorarle a fin de conocer los motivos de la fuga, y remitir a la Fiscalía de Menores toda esta documentación y de ese modo unirlo al expediente personal de ese menor que exista en la Fiscalía.

2.º Denuncia o aparición de un menor en el Juzgado de Guardia que manifiesta que recibe malos tratos, o que ha sido expulsado del hogar. Se explorará al menor, y procederá al examen del médico forense, a fin de acreditar si es cierto lo que el menor manifiesta. Puede interesarse por el Ministerio Fiscal del Juez de Guardia que se acuerde el internamiento como medida cautelar, al amparo del artículo 158.3 del Código Civil³⁴. También al amparo del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se refiere expresamente entre las primeras diligencias a practicar ante la presunta comisión de un delito dar protección al perjudicado.

Una vez acordada la medida, se notificará a los padres este hecho, y remisión de lo actuado a la Fiscalía de Menores en cuanto al expediente de protección a fin de averiguar la situación del menor y comunicación a la entidad pública para asunción en su caso de la tutela.

³³ El artículo 121 del citado texto entiende como abandono moral «la incitación por los padres, tutores o guardadores a la ejecución por parte del menor, de actos perjudiciales a su salud física o moral; la mendicidad o la vagancia por parte del menor; su frecuentación a sitios inmorales o de juego o con gente viciosa o de mal vivir. Estarán comprendidas en el mismo caso las mujeres menores de 18 años de edad y los hombres menores de 16 que vendan periódicos, revistas u objetos de cualquier clase en calles o lugares públicos, o ejerzan en esos sitios, cualquier oficio, y los que sean ocupados en oficios perjudiciales a la salud o a la moral».

³⁴ En el apartado tercero del artículo 158 se posibilita que el Juez, a instancia del Ministerio Fiscal, acuerde «las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios». E incluso el mismo menor o un pariente de éste puede interesar la adopción de estas medidas, que si bien no quedan concretadas en este precepto, esto amplía la capacidad del actuación del Juez de Guardia, siempre en interés del menor y de protección de sus derechos, siendo derecho básico y fundamental para éste el constitucional derecho a la vida y a la integridad física, que puede verse menoscabada ante una actuación ilícita de sus padres o cuidadores.

Supuestos que pueden darse en la práctica, sería el que los padres estén ejerciendo la mendicidad con los menores, o que los padres sean toxicómanos y descuiden la atención de aquéllos.

Es difícil que se planteen problemas de determinación de la edad en estos supuestos, dado que aun cuando puedan ser familias desestructuradas, la franja de edad prevista en la ley, esto es la minoría de edad, supone que raramente se presentarán indocumentados en el Juzgado de Guardia, o comisarías de policía porque los que están en estos supuestos realmente no tienen familia que les acoja, al ser menores desarraigados que suelen entrar en nuestro territorio solos o acompañados de otros menores.

Un último supuesto es que se trate de un menor hijo de padres extranjeros; en este caso se recibirá declaración a los padres, enviando al menor al centro de acogida, y con comunicación a Fiscalía de Menores, como en los casos anteriores, así como comunicación al Consulado hasta que se haga cargo del menor, la familia o un centro.

b) menor infractor, de catorce a dieciocho años.

Este supuesto no suele darse en la práctica ante el Juzgado de Guardia, puesto que el atestado debe presentarse ante el Fiscal de Menores que esté de guardia, que será el instructor de las causas seguidas por éstos. Pero puede darse algún supuesto, puesto que de no haber certeza de minoría de edad y por la mera declaración de la minoría de edad hecha por el muchacho, en principio hay presunción de que la persona es mayor de edad, salvo que notoriamente nos encontremos ante un niño.

Puede ser presentado un atestado en el que aparezcan implicados mayores y menores de edad penal. En este caso, se remitirá testimonio de las actuaciones a la Fiscalía de Menores, previa acreditación de la edad. Y esto porque la presunción es de la mayoría de edad aun cuando el *menor* manifieste lo contrario, por mera declaración, salvo en supuestos muy aparentes, en los que estemos ante una persona que por su apariencia física se presente como menor. Pero si el *menor* manifiesta serlo, en este último caso, deberán practicarse las pruebas médicas para su determinación, remitiéndolo al médico forense. No debe admitirse la inhibición a la Fiscalía de Menores salvo que exista certeza de esa minoría de edad penal, a salvo, como se ha dicho, la evidencia.

Esto va a ser determinante para los plazos que entrarán en juego, dado que la policía que actúe habrá de presentar al menor ante la Fiscalía de Menores, y no ante el Juzgado de Guardia, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la detención, como regla general —excepto delitos de terrorismo—. Por lo que la actuación ha de ser muy rápida para poder cumplir ese

plazo. Sobre todo cuando estamos ante la comisión de un delito complicado, que exija la realización de diligencias de investigación laboriosas, y de las que dependa la presunta participación del «menor» en el hecho.

Y debemos añadir que siempre que fuera necesario practicar diligencias con el menor durante más de un día, y es puesto a disposición del Fiscal, un sábado por la tarde por ejemplo, no es conveniente que el menor pernocte en la comisaría ni cuartel, sino que el Fiscal de Menores acordará su traslado a un centro adecuado, hasta tanto se terminen las diligencias. Si bien no puede estar allí indefinidamente, sino que existe un nuevo plazo de cuarenta y ocho horas previsto en la ley, que debe ser cumplido, que prevé que no podrá transcurrir más de ese tiempo desde la detención hasta que el Ministerio Fiscal acuerde la libertad del menor o su puesta a disposición judicial a fin de adoptar una medida de internamiento.

Otra cuestión, es si estamos ante el Juez de Menores, que en realidad según la Ley de Responsabilidad Penal del menor es el que ha de intervenir, o genéricamente el Juzgado de Guardia ante el que sea presentado. Este problema ha sido resuelto por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial en su reunión de 13 de octubre de 1993³⁵. Este criterio fue adoptado por la Junta de Jueces Mixta de Valencia el 2 de junio de 1993.

c) menor indocumentado extranjero. Peculiaridades.

Tenemos las dos posibilidades que acabamos de ver, y a las que venimos refiriéndonos a lo largo de la exposición. Que estemos ante menores extranjeros susceptibles de protección, de cero a dieciocho años, o ante un menor extranjero infractor, mayor de catorce años y menor de dieciocho.

Si estamos ante un menor en protección, no puede ser expulsado, es necesario remitirlo a un centro de protección previa comprobación de la edad. Suele ocurrir que aparecen con documentación falsa, siendo inciertos todos los datos contenidos, incluida la edad. Que en la práctica suele ser corregida para poder acogerse a esta fórmula de protección.

Deberán ser explorados con un intérprete. Y existiendo duda entre la edad manifestada y contenida en el documento que presentan, y la que aparentan, deberá ser remitido al médico forense para examen y acreditación de la edad. Este constituye el núcleo central del problema. Puesto que en

³⁵ El Informe elaborado por el Gabinete Técnico de 30 de octubre de 1993 recoge expresamente que «La adopción de medidas preventivas, en caso necesario, fuera de horas de Audiencia, corresponde cuando no exista un Servicio de Guardia específico de Jueces de Menores, organizados conforme indica el Acuerdo del Pleno del C. G. P. J. de 8 de octubre de 1996 al Juzgado de Instrucción de Guardia, conforme a las normas de la L. E. Cr.»

los casos dudosos, y muchos lo son, el forense no puede acreditar con total certeza la edad, y como decía, en caso de duda, deberá jugar la presunción en beneficio del menor, entendiendo que el sujeto es menor de dieciocho años y por tanto sujeto a protección.

Al no poder determinar el forense este punto, el menor será remitido al hospital con el que se tenga concierto o protocolo a fin de realizar las pruebas radiodiagnósticas necesarias mediante la realización de una radiografía del carpo de la mano izquierda y una ortopantomografía dental.

Si el menor es un menor infractor, se plantean los mismos problemas procesales que en un menor no extranjero. Más que extranjero, debería utilizarse la terminología de menor documentado y con edad cierta, o indocumentado, o con edad incierta. Y ello porque en este caso la franja de edad que nos interesa es la de catorce a dieciocho años. Por un lado, debemos precisar si ese menor que ha cometido la infracción se puede decir que es mayor de catorce años; y de ese modo, como exige la ley, se podrá considerar sujeto con responsabilidad penal con arreglo a aquella; y por otro lado precisar exactamente si es menor de dieciocho años, pues si ese fuere el caso estaría sujeto a la Ley de responsabilidad penal del menor, y no a la de mayores, del Código Penal y leyes procesales.

Y ciertamente dado que está extendido en ciertos ambientes que la justicia penal de menores es más «permisiva» que la de adultos, se trata por todos los medios de intentar aparentar no haber cumplido los dieciocho años y de ese modo quedar dentro de su ámbito de aplicación.

Un nuevo problema que se puede plantear es la hipotética negativa del sujeto que manifiesta que es menor a realizar las pruebas radiológicas de determinación de la edad. Parece algo extraño, y que en la práctica no va a darse, dado que si consentimos que vamos a mantener que nos encontramos ante un mayor de edad, si no nos consta que sea menor, mientras no haya duda razonable sobre este punto, como decía, parece imposible pensar que alguien pueda negarse a realizar voluntariamente esas pruebas.

Más bien es todo lo contrario, que se suele manifestar que se es menor de edad, y es cuando se remiten al señor médico forense, y posteriormente a la realización de pruebas radiológicas.

Pero si así se planteara, habría que concluir que sería el Juez de Guardia, y no el Fiscal de Menores, que no ha intervenido todavía, dado que no estamos ante un menor, el que deberá acordar el traslado de esta persona a realizar pruebas para determinación de edad.

Siendo la solución diferente si el supuesto fuera de protección: aparece un menor que interesa la tutela del Estado por encontrarse en situación de desamparo pero, a la par, el menor se niega a realizar las pruebas. El objeto de determinar su edad biológica realmente es para otorgarle una protección

del Estado, parece también improbable que en la práctica se dé este supuesto. Aunque si así sucediera resultaría más adecuado pensar que no pueda el Ministerio Fiscal acordar su realización sino con autorización judicial para ello, por ser una medida que incide en la integridad de la persona aun cuando sea para su beneficio. Cuestión esta última no pacífica, no habiendo un criterio unánime a la hora de entender exigible en estos supuestos la autorización judicial.

IV. NECESIDAD DE UN PROTOCOLO DE ACTUACIÓN RESPECTO A LA PRÁCTICA DE PRUEBAS DETERMINANTES DE LA EDAD

Con todo lo expuesto hasta este momento, parece clara la necesidad de realización de protocolos de actuación entre la Fiscalía de Menores y los centros hospitalarios cercanos, con disponibilidad para realizar pruebas radiológicas, y de ese modo cumplir la prescripción legal de pronta colaboración con los Fiscales de Menores, para concreción de edad de los menores.

La mayoría de casos que se dan en la práctica son respecto a indocumentados extranjeros, y parecería adecuado proceder siguiendo los pasos siguientes:

1.º Realización de un reconocimiento médico preliminar que se realizará en la clínica médico-forense, si la hubiere, o en el Partido Judicial que corresponda. El médico forense de guardia, en función del reconocimiento físico, determinará qué casos son susceptibles de realizar pruebas complementarias (radiografías). Excluirá de estas aquellos supuestos en que notoriamente nos encontremos ante personas que superen la mayoría de edad.

2.º Realización de estudios radiológicos (ortopantomografía dental y radiografía de carpo) para estudio de edad ósea.

Estas pruebas precisan de material técnico y personal especializado que no existe en una clínica médico-forense, para lo cual parece conveniente y necesario llegar a un acuerdo con el director médico del hospital más próximo y con los especialistas en esta clase de materia.

Parecería igualmente conveniente que dichas pruebas pudieran realizarse en el hospital con que se haya concertado, durante un amplio horario, en días laborables, si bien comunicando a la dirección médica del hospital el que va a ser conducida una persona en estas circunstancias para la realización de las pruebas, y estas puedan llevarse efectivamente a cabo.

3.º Para poder realizar las pruebas deberá acordarse el traslado del menor que se ha presentado al hospital y servicio de radiodiagnóstico, lo

cual se hará por la autoridad ante la que se ha presentado éste, o funcionarios de la entidad pública a que corresponde la protección de los menores.

4.º Deberá preverse que por razones de urgencia se realicen las pruebas fuera del horario en día laborable, en cuyo caso deberá acudir al Servicio de Urgencias para que sea aquí donde se realice la radiografía de carpo.

5.º Una vez realizadas las pruebas sería necesario crear un modelo de informe a remitir por los especialistas del centro médico en que se realicen, a fin de que consten una serie de contenidos mínimos necesarios para la correcta comprensión de la exploración, y que ese contenido no varíe dependiendo de las personas concretas que intervengan.

6.º A continuación se remitirá la exploración complementaria junto con la interpretación de esta al médico forense que se encuentre de guardia, y que valorando dichas pruebas emitirá un informe sobre la edad del sujeto.

José Luis Prieto Carrero³⁶ ha elaborado lo que él titula como «protocolo para la determinación de la edad», que es en realidad una especie de formulario en que se recogen los datos del médico forense, Juzgado, procedimiento, persona explorada, exploración física y exploraciones complementarias.

Recoge la exploración física, primera, que realiza el señor médico forense a la persona explorada, así como las complementarias. Aquellas que han de realizarse en el centro hospitalario consistentes en radiografía de muñeca y radiografía panorámica. Es interesante el hecho de que incorpora a continuación no sólo los datos concretos del lugar de realización, fecha, sino del centro que la ha interpretado, lo que conlleva que el centro incorpora un informe en que interpreta los resultados de las radiografías.

Lo que quiere decir que para este autor el informe del médico forense estará compuesto no sólo por el dictamen de éste, sino de las exploraciones complementarias interpretadas por el centro en que se han realizado, cuestión esta discutible, no existiendo fundamento legal alguno. Dado que lo único que se hace realmente es acordar la realización de dos radiografías del menor a un centro médico colaborador a través del servicio de radiología, y una vez realizadas estas el que deberá interpretarlas es el médico forense, a quien corresponde legalmente esta función conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Real Decreto 296/1996, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Médicos Forenses.

³⁶ PRIETO CARRERO J. L., *op. cit.*

Cabe pensar que dado que son especialistas en la materia, difícilmente en la práctica podría haber discrepancias entre unos y otros, si bien de darse este supuesto tenemos que pensar que la última palabra será la del dictamen del médico que es el interlocutor directo del Fiscal de Menores, o del Juez de Guardia.

Se recoge a continuación dicho protocolo.

PROTOCOLO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE DESARROLLO

MÉDICO FORENSE:

JUZGADO:

NUMERO DE PROCEDIMIENTO:

DATOS DE LA PERSONA EXPLORADA:

NOMBRE Y APELLIDOS.

LUGAR DE NACIMIENTO:

FECHA DE NACIMIENTO (Según manifestaciones):

EXPLORACIÓN FÍSICA:

EXPLORACIONES COMPLEMENTARIAS

RADIOGRAFÍA DE MUÑECA:

(Lugar de realización, fecha, centro que la ha interpretado)

RADIOGRAFÍA PANORÁMICA (OPT)

(Lugar de realización, fecha, centro que la ha interpretado)

RESULTADOS

EDAD ÓSEA:

EDAD DENTARIA:

Del estudio realizado se desprende que la edad de desarrollo de _____ determinada en base a su edad (ósea /dentaria), es de _____, no siendo posible en el estado actual de la ciencia establecer una correspondencia directa con la edad cronológica.

Fdo:

V. CONCLUSIONES.

Como se ha expuesto repetidamente estamos ante un fenómeno que se ha iniciado en diferentes puntos del Estado hace relativamente poco tiempo, y que va unido al fenómeno de la inmigración. Está protagonizado por una parte importante de la población extranjera joven y adolescente, en su mayoría menores indocumentados sin apoyo familiar, y con absoluto desarraigo en nuestro país.

Es un fenómeno que incide en España desde diferentes vertientes, tanto intrínsecamente a los propios jóvenes indocumentados, en su difícil situación; y por otro, trasciende al resto de la población, que ve con preocupación este fenómeno, y los cambios que origina.

Con el fin de buscar soluciones, consideramos que deben llevarse a cabo diferentes actuaciones:

1.º Realización de un estudio completo, detallado y minucioso de la cuestión, y de este modo centrar la situación, y ver en qué puntos del territorio se puede considerar preocupante la situación actual, cuantificarlo y de ese modo adoptar soluciones adecuadas.

2.º Una vez valorado el alcance real de esta situación, concretar en relación a los menores un plan de actuación que permita asumir de una manera global, y en todos los aspectos, su protección.

3.º Para poder adoptar soluciones, sería necesario una coordinación de Administraciones, teniendo en cuenta la distribución de competencias estatal, autonómica y local, de modo que actuasen conjuntamente, sin superponerse unas a otras o incurrir en conflicto.

4.º Deberá preverse también la coordinación de todas las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que intervienen en esta materia, dado que su intervención en relación a los menores tanto en protección como en reforma, es determinante. No sólo en el aspecto meramente represor, sino básicamente en la mecánica de actuación protectora con los menores, cómo han de ser tratados, y la adecuación de lugares en que puedan ser acogidos.

5.º En cuanto a la vertiente judicial del problema debería adecuarse en aquellas ciudades cuyo número de menores así lo demandare personal especializado en los Juzgados de Guardia que valorasen e interviniesen con una mayor especialización ante la presencia de un menor. Fundamentalmente en las clínicas médico-forenses sería conveniente que una persona se dedicara exclusivamente a estas cuestiones, y atendiera exclusivamente a los menores, con un adecuado sistema de guardias, que posibilitare que las mismas personas sean las que intervengan en estos casos.

6.º Fundamental es la existencia de acuerdos o protocolos con los centros hospitalarios con disponibilidad para realizar las pruebas biológicas de determinación de la edad, de modo que se realicen inmediatamente a la aparición de un menor. Esto acabaría con los tiempos de espera y traslados sucesivos de los menores, de un lado a otro hasta poder materializar la realización de aquellas. E incluso indirectamente acabaría con la picaresca de los jóvenes que pretenden burlar el sistema de protección, queriendo aparecer como menores sin serlo.

Una vez cuantificado el problema será el momento de solucionarlo, ciertamente cerrar los ojos al mismo no es la fórmula, pero tampoco lo es no prever recursos económicos, que como hemos visto son necesarios, ni zanjar la cuestión mediante la expulsión o presunta «reagrupación familiar».

La realidad es que hay muchos jóvenes extranjeros indocumentados, a los que hay que dar una solución, porque son menores y el Estado está obligado a protegerlos, y toda su actividad no debe quedar en una mera represión de los infractores. Máxime cuando hemos visto que coinciden en muchos casos las dos condiciones, lo que traslada el problema de la calle a los centros de protección.

Sin recursos económicos no podrá solucionarse todo esto, en todos los ámbitos. Y no podemos asumir que se superponga la función represora de los jóvenes infractores a la función protectora asumida por el Estado.



ISSN 1135-0628

