

Revista del Foro Canario



90

Las Palmas de Gran Canaria, 1995

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo
Decano del Colegio

Jaime Santana Castellano
Diputado Primero

Antonio Inglott Domínguez
Diputado Segundo

Javier Ayala Galán
Diputado Tercero

Juan Delgado Rodríguez
Diputado Cuarto

Jaime Rubio López
Diputado Quinto

José C. Vidal Martínez
Diputado Sexto

Josefina Navarrete Hernández
Diputado Séptimo

Noemí Fernández Álvarez
Diputado Octavo

Luis F. Naranjo Sintes
Bibliotecario-Contador

Javier Marrero Pulido
Tesorero

Rafael Vera Comínges
Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

José Carlos Vidal Martínez

Jaime Rubio López

Joaquín Sagaseta Paradas

Luis Naranjo Sintes

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

Revista del Foro Canario

PUBLICACIÓN CUATRIMESTRAL
DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAS PALMAS

TERCERA ÉPOCA

Año XXXVIII

Enero - Abril

1995

SUMARIO

	Págs.
<i>"Otras tesis para la defensa en la declaración y calificación de la quiebra"</i> por don ARCADIO GARCÍA SÁNCHEZ.....	7
<i>"El delito de tráfico de drogas en el Derecho Penal español: Novedades introducidas por la Convención de Viena (Examen de la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre)"</i> por don ÁLVARO CAMPANARIO HERNÁNDEZ....	61
<i>"Cuestiones de personal. Posible infracción de los principios constitucionales de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley por los jueces y tribunales, tras la Ley 10/1992, de 30 de abril"</i> por doña PIEDAD MILICIA SALAMERO y doña MARÍA DE LOS ÁNGELES RAMOS GUILLEN.....	135

OTRAS TESIS PARA LA DEFENSA EN LA DECLARACIÓN Y CALIFICACIÓN DE LA QUIEBRA

ARCADIO GARCÍA SÁNCHEZ

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS PRESUNCIONES EN LA QUIEBRA Y SUS INHERENTES CONSECUENCIAS JURÍDICAS.
- III. LA DECLARACIÓN DE SUSPENSIÓN DE PAGOS.
- IV. EL PROCEDIMIENTO DEL JUICIO UNIVERSAL DE LA QUIEBRA. CONCEPTO INTRODUCTORIO Y FASES.
- V. DECLARACIÓN DE LA QUIEBRA: EFECTOS E IMPUGNACIÓN.
 - V. a) Declaración y efectos.

- V. b) Oposición a la declaración de quiebra.
 - V. b1) Nombramiento y facultades del Comisario.
 - V. b2) Apertura de correspondencia.
 - V. b3) Falta de los requisitos del artículo 874 del Código de Comercio.
 - V. b4) Impugnación del arresto del quebrado.

VI. CALIFICACIÓN DE LA QUIEBRA.

- VI. a) Presupuestos de partida.
- VI. b) Impugnación de la calificación mercantil.
 - VI. b1) Presunción de culpabilidad.
 - VI. b2) Presunción de fraudulencia.
- VI. c) Efectos de la calificación mercantil.
 - VI. c1) Procedibilidad para la vía penal.
 - VI. c2) Inhabilitaciones del quebrado.
 - VI. c3) La rehabilitación.

I. INTRODUCCIÓN

En todo sistema de libre cambio la vida de las empresas, regidas unas veces por una persona física y otras por una jurídica, tiene el mismo destino e íter que el de los seres humanos. Aparecen en el mercado de la oferta y la demanda, desarrollan su actividad mercantil, a veces generan o participan en otras entidades y, en ocasiones, fatalmente, desaparecen.

En todo momento, al unísono, aparecen y desaparecen empresas. Sin embargo, dadas las vicisitudes de la actual etapa histórica, las fluctuaciones en el ritmo de crecimiento de la actividad económica y las inherentes recesiones, la reestructuración de los distintos mercados, tanto empresariales como laborales, la archidiscutida efectividad de la política económica, no sólo patria sino mundial, y un sinnúmero de considerandos que obviamos por pertenecer al mundo de la macro y microeconomía, hacen que el tema de la *quiebra* de las empresas, desafortunadamente, recupere un papel, tanto cualitativo como cuantitativo, muy importante en la praxis jurídica y que, de manera dolorosa y traumática, se asegura que continuará en los años venideros, si bien no por el nefasto efecto directo del actual momento económico, que al parecer tiende a remitir, sino por el de histéresis de la presente década ⁽¹⁾.

En palabras de DíEZ-PICAZO, nos enfrentamos a una “[...] economía cambiante e imprevisible incluso a medio plazo, como es la que nosotros vivimos” ⁽²⁾.

Así las cosas, no será infrecuente la existencia de comerciantes que se encuentren en la tesitura de sobreseer en sus pagos, esto es, la existencia de *quebrados*. Los habrá cuya intención estaba bien lejos de convertirse en ello, es decir, empresarios que alcanzan la iliquidez de sus arcas, a la que luego haremos referencia, debido a los avatares del mercado económico. Aún más, incluso con la misma intención que los antedichos, existirán empresarios que alcancen tal estatus por negligencia. No en vano, nuestro Código de Comercio discierne entre la quiebra casual o fortuita y la negligente o culpable. El siguiente grupo de protagonistas del procedimiento del juicio universal de la quiebra lo componen aquellos empresarios cuyo sobreseimiento en sus pagos ha sido alcanzado fraudulentamente.

-
- (1) Vid. al respecto, DUQUE, *Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresa y su reforma*, Anuario de Derecho Civil, nº 33, 1980, págs. 29 y ss.; IGLESIAS PRADA y SÁNCHEZ ANDRÉS, *Perfiles generales de la crisis en la banca española contemporánea*, Revista de Derecho Mercantil, nº 171, 1984, págs. 47 y ss.
- (2) DíEZ-PICAZO, *Sistema de Derecho Civil. Vol. III*, Madrid, 1990, pág. 480.

Dicho esto, y existiendo un procedimiento de calificación de las quiebras aparentemente claro en nuestra ley sustantiva mercantil y rituarial civil, el tema parece haberse agotado. Sin embargo nada más lejos de la realidad. Por arte de birlibirloque nuestro ancestral Código de Comercio convierte los meros defectos formales en *presunción de negligencia* y el desconocimiento de la naturaleza de tal estado en la de mayor gravedad, esto es, en *presunción de fraudulencia*.

Acrecentando la gravedad de tales extremos, si esto fuere posible, nos encontramos que a tal calificación, a la calificación que se produce de partir de unas presunciones que aplastan con el megalítico peso de la imposición de una '*probatio diabolica*' al empresario, se le otorgan consecuencias penales, y ello con un empresario que, no habiéndosele dado audiencia en la declaración, ha permanecido bajo arresto domiciliario durante todo el procedimiento.

Surgen de este modo controversias que intentará abordar el presente trabajo proponiendo nuevas tesis para su discusión, tales como la cuestión, cada vez más polémica, de la reserva de ley; la vulneración de la presunción de inocencia y la defensa del quebrado invocándola; la calificación de la quiebra, sus efectos y la que se apuntará como posible inconstitucionalidad ⁽³⁾; las interdicciones que se originan y los mecanismos de protección, en sede civil y en sede penal, que posee el justiciable ante tales casos; los medios de eludir tales restricciones, y un largo etcétera.

Se convierte el tema, en principio netamente perteneciente al '*ius mercatorum*', en una cuestión interdisciplinaria que interesa en igual cuantía al ámbito de los civilistas, penalistas y procesalistas que al de los mercantilistas ⁽⁴⁾.

A efectos de corroborar lo anterior no será cuestión baladí, a la hora de abordar tal institución, apuntar la legislación vigente al respecto, por encontrarse ésta diseminada en grado superlativo ⁽⁵⁾. Tal normativa estará constituida, principalmente, por el Libro IV del Código de Comercio de

(3) Ello pese a que el Tribunal Constitucional, en sentencia de 19 de diciembre de 1985, se apresuró a dar el beneplácito a normas que allende nuestras fronteras están consideradas como aberraciones constitucionales.

(4) En este sentido, GIMENO SENDRA y OTROS, *Derecho procesal*, Tomo I, Vol. II, Valencia 1991, pág. 368, expone: "[...] de ahí, que el estudio global sobre el concurso de acreedores y la quiebra lo debe alcanzar el lector con el estudio complementario de obras civiles, mercantiles y penales".

(5) Sobre las normas aplicables en relación a la quiebra, Vid. las STS. de 15 de diciembre de 1942, 12 de enero de 1943, 2 de abril de 1946 y de 2 de marzo de 1974 —citando otras—. Al respecto, GIMENO SENDRA y OTROS, *Ob. cit.*, pág. 367, precisa: "La dispersión legislativa de los procedimientos concursales es enormemente llamativa y adolece de deficiencias graves que hacen de estos procedimientos unos instrumentos perfectamente ineficaces en la mayoría de los casos".

1829, Título IV, artículos 1.017 al 1.173 (Reformados por Decreto de 6 de diciembre de 1868 y Ley de 30 de julio de 1878) ⁽⁶⁾ y el Libro IV del Código de Comercio de 1885, Título I, artículos 870 al 941 (Reformados por la Ley 10 de junio de 1897 y de 26 de julio de 1922). Junto a este bloque que representa la dovela clave se encuentran el Libro IV, Título XVII, del Código Civil de 1889; el Libro II, Títulos XII y XIII, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881; los artículos 519 al 527 del vigente Código Penal (según redacción Ley Orgánica de 25 de junio de 1983) y la Ley de 26 de julio de 1922 sobre suspensión de pagos ⁽⁷⁾.

Ante tal avalancha, la mayor e imprescindible especialización a la que es avocado el jurista actual por parte del infatigable legislador patrio, ha hecho que discusiones de esta naturaleza desaparezcan de los foros donde prevalecía la óptica del ordenamiento jurídico en su conjunto para trasladarse a espacios, en demasía, sectoriales ⁽⁸⁾. Pese a primar aquí el prisma jurídico-penal, la institución analizada reclama un análisis y solución omnicompreensiva ⁽⁹⁾, máxima que pretende este compendio de proposiciones para su discusión.

- (6) Téngase en cuenta al respecto lo afirmado por TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid, 1986, pág. 517: “Los autores del de 1885 suprimieron casi todos los artículos relativos a los aspectos procesales de la quiebra de los comerciantes, en espera de que de esto se ocupase la futura Ley de Enjuiciamiento Mercantil; pero como esta ley nunca llegó a redactarse y como la Ley de Enjuiciamiento Civil no trató de tales cuestiones, los tribunales continuaban aplicando en nuestros días la mayoría de los preceptos del Libro IV, títulos II a XI del Código de Comercio de 1829 que se ocupan de la regulación procesal de la quiebra”.
- (7) Enumeración apuntada por BROCA-MAJADA, *Derecho mercantil*, Barcelona, 1988, págs. 2.576 a 2.579. Junto a las citadas, cabría añadir la Ley de 12 de noviembre de 1869 sobre quiebra de las Compañías de ferrocarriles, canales y demás obras públicas; Ley de 9 de abril de 1904 sobre empresas concesionarias de obras públicas; Ley de 24 de mayo de 1894, Decreto-Ley de 24 de enero de 1926 y Orden de 7 de diciembre de 1927 sobre empresas y compañías subvencionadas por el Estado; Decretos de 10 de noviembre de 1924, 31 de mayo de 1931 y Ley de 30 de diciembre de 1951 sobre Compañías de seguros; Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las Sociedades Anónimas y Real Decreto Legislativo 1.564/1989 de 22 de diciembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Vid. también, GARCÍA VILLAVARDE, *La quiebra: fuentes aplicables y presupuestos de su declaración*, Cuadernos de Derecho Judicial, II, 1992, págs. 273 y ss.
- (8) Participa de esta idea el ilustre publicista REIG REIG, *La reforma penal de la Ley 3/89. La nueva prisión por deudas*, Foro Canario, nº 81 (I), 1991, quien escribe: “[...] Junto y al lado de los anteriores tampoco puede desconocerse que el Ordenamiento jurídico patrio es un todo, integrado por disposiciones de diverso rango y distinta categoría, pero de estricta observancia, y que forman parte de él, por remisión expresa del texto constitucional [en referencia a los artículos 93 y ss.], los pactos y convenios internacionales admitidos por España”.
- (9) Definiendo de ese modo al ordenamiento jurídico, en su aspecto de Derecho positivo, como el conjunto de normas jurídicas que rigen un determinado estado formando un todo concatenado. Así, entre otros, BISCARETTI DI RUFFIA, *Derecho Constitucional*

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS PRESUNCIONES EN LA QUIEBRA Y SUS INHERENTES CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Pese a referirse exclusivamente el presente trabajo a aspectos del Derecho positivo en materia de quiebras, qué duda cabe que esbozar algunas líneas que informaron el tratamiento a que era sometido el sujeto pasivo de este procedimiento facilitará el camino hacia la comprensión más profunda de la naturaleza del presente ⁽¹⁰⁾.

La configuración de la institución de la quiebra, con las características esenciales que presenta en nuestros días, fue dada por los estatutos italianos de la Baja Edad Media considerando ésta como un *delito* ⁽¹¹⁾, arrojándola de graves sanciones penales y personales ⁽¹²⁾ y partiendo de la presunción, '*iuris et de iure*', de fraudulencia, conjunción de factores que hacen que se considere al quebrado como infame. Ya en el siglo XIII aparece la primera regulación de la quiebra en territorio peninsular. Una Ley de las Cortes de Barcelona de 1299, refiriéndose exclusivamente a los banqueros, atiende a la situación de insolvencia con el único fin de sancionarlos ⁽¹³⁾.

En ese primer estadio sobre la quiebra, que podríamos localizar hasta el último tercio del siglo XV, nos encontramos que existe un solo 'tipo de quiebra', donde el quebrado es considerado como defraudador ⁽¹⁴⁾.

(...) Madrid, 1982 (Traducción de Lucas Verdú), pág. 31, explicita: "[...] El derecho no es sólo una o más normas concentradas, pues es necesario concebirlas como conjuntos legales. Este ordenamiento no es la simple suma de sus partes, sino una unidad en sí misma, no artificial o abstracta, sino concreta y efectiva. Hay que reconocer que el ordenamiento jurídico es algo distinto a los materiales concretos que lo integran, y, además, debe estimarse que no es posible un concepto adecuado de las normas que lo componen sin un concepto previo y unitario de aquél". También la obra completa de BOBBIO, *Teoría dell'ordinamento giuridico*, Turín, 1960.

(10) "[...] el camino hacia la comprensión más profunda de la naturaleza del presente lleva a la comprensión del pasado [...]", EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, Milán, 1976, pág. 604. —Traducción italiana de *Grundlegung der Soziologie des rechts*, 1913 de Febraro—.

(11) Vid. al respecto la obra completa de ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Torino, 1902.

(12) La pena comúnmente aplicada es el bando, que conlleva la exclusión del quebrado de la sociedad civil, aplicada no sólo a los que desaparecen o hacen desaparecer su patrimonio, defraudando a sus acreedores, sino a los que, siendo citados en juicio, no comparecen.

(13) Incluso en las Cortes de Gerona de 1321 —capítulo XIII— se ordena decapitar a los fallidos. También se faculta, entre otras, para darles muerte por la Ley de Cortes de Barcelona de 1493.

(14) Vid. las obras completas de GACTO FERNÁNDEZ, *Historia de la jurisdicción mercantil en España*, Sevilla, 1971; GIRÓN TENA, *El concepto del Derecho Mercantil: desenvolvimiento histórico y Derecho comparado*, Anuario de Derecho Civil, 1954, págs. 695 a 807 y MARTÍNEZ FLOREZ, *Las interdicciones legales del quebrado*, Madrid, 1993.

Es a partir de los siglos XVI y XVII cuando tal consideración se convierte en presunción '*uris tantum*', lo que desemboca en un segundo estadio caracterizado por una clasificación tripartita, vigente aún en nuestro Derecho, de quebrados fortuitos, culpables y fraudulentos, cada uno de los cuales estará sometido, en proporción a su actuación, a determinadas sanciones. La distinción legal entre quebrados fortuitos y fraudulentos, y con ella la distinción entre quiebra y 'quiebra-delito', es introducida por STRACCHAE, quien significó a la calificación jurídica de la quiebra lo que Beccaria a las penas ⁽¹⁵⁾. Bajo el imperio de la nueva normativa, la quiebra será fraudulenta salvo prueba en contrario, y sólo el defraudador será sometido a penas, tales como prohibición de valerse de abogado, interdicción para los oficios públicos, sumisión de las penas comunes para ladrones, etc., medidas que con anterioridad eran aplicables a todos los quebrados ⁽¹⁶⁾.

Tal disposición, extrapolada a España en 1585, es recogida por las Cortes de Monzón. Sin embargo, no es hasta las Ordenanzas de Bilbao de 1737 cuando se establece una reglamentación global de la quiebra. De este modo, ya desde las postrimerías del siglo XV, se tiende a una diferenciación progresiva de los distintos comerciantes que se encuentran en la tesitura mentada. A pesar de ello, el aroma de la falta de honorabilidad, buena opinión y fama se sigue deslizando alrededor de todos los quebrados, aun de los fortuitos ⁽¹⁷⁾. Dicha orientación, iniciada por las Ordenanzas de Bilbao, será adoptada por las del Consulado de San Sebastián de 1766 y el de Burgos de 1776, llegando, pese a no alcanzar la vigencia, hasta las capitales Ordenanzas del Consulado de Málaga de 1825 que constituyen el último texto de carácter corporativo inmediatamente anterior a la Codificación mercantil ⁽¹⁸⁾.

Establecían las colacionadas normas —artículo 1.068—, siguiendo la pauta del *Code de commerce* francés de 1807, que inmediatamente que el Tribunal del Consulado tuviese conocimiento de cualquier quiebra, formaría un expediente exclusivo para su calificación y seguidamente procedería al arresto del quebrado, en su casa, dando fiador de cárcel segura y, en su

(15) Vid. al respecto su obra *De mercatura decisionis et tractatus varii*, Lugduni, 1610. La capital importancia de su obra ha hecho que se le califique como el primer tratado de Derecho mercantil moderno y cuyas partes más significativas están constituidas por el Derecho marítimo y el Derecho de quiebras. Así, entre otros, lo califican RUBIO, *Introducción al Derecho mercantil*, Barcelona, 1969, pág. 298 y TOMÁS VALIENTE, *Ob. cit.*, pág. 363.

(16) Al respecto, DE BENITO, J.L., *Al servicio de nuestra tradición jurídica. La doctrina española de la quiebra*, Madrid, 1930, págs. 17 y ss.

(17) En ese sentido, ALEJANDRO GARCÍA, *La quiebra en el Derecho histórico español anterior a la Codificación*, Sevilla, 1970, págs. 68 y ss.

(18) Vid. CORDONES RAMÍREZ y AURIOLES MARTÍN, *La quiebra en las Ordenanzas Consulares de Málaga*, Málaga, 1987, págs. 63 y ss.

defecto, se le trasladará a la cárcel pública. Si el Tribunal declarase que el quebrado lo era de primera (*suspense*) o de segunda clase (*quebrado inculpable*), se le levantaría el arresto y quedaría por el mismo hecho hábil para continuar el comercio por acreedor a su buena opinión y fama y digno del auxilio de sus semejantes ⁽¹⁹⁾. El artículo 1.069 rezaba sobre el levantamiento del arresto del *fallido* de tercera clase, quebrado *culpable*, aunque inhabilitándolo por la misma sentencia para obtener empleos honoríficos y subalternos del tribunal y para ejercer el comercio, aun satisfaciendo a los acreedores. Por último, en el artículo 1.071, se estipulaba que el calificado de clase cuarta (*fraudulento*) y quinta (*alzado*) sería ingresado inmediatamente en la cárcel pública y la sentencia del tribunal declararía su inhabilitación perpetua para ejercer el comercio en los dominios de España.

A pesar de encontrarnos en este segundo estadio en la evolución de esta institución, coetánea y paralelamente a las innovadoras normas mencionadas, continuaba reflejándose en algunas Ordenanzas aquella concepción infamante que la quiebra tenía para todos los casos en los orígenes de su regulación. A este respecto, la Real Cédula expedida por S.M. para la erección de un Consulado marítimo y terrestre, comprensivo de la ciudad de Sevilla y pueblos de su Arzobispado de 24 de noviembre de 1784, establecía, en su número XLIII, que “[...] será excluido de la Matrícula todo individuo que quiebre, o cometa delito que induzca a infamia, y también el que reclame otro fuero” ⁽²⁰⁾.

Accediendo a una tercera etapa, fruto de la existencia de esta retrógrada corriente, el llamado Código de Sáinz de Andino —Código de Comercio de 1829—, pese a diferenciar cinco clases de quiebras, como lo hacían las Ordenanzas de Málaga, otorgó una solución unitaria a todos los quebrados y acogió un sistema objetivo en lo referente a las medidas e interdicciones del quebrado, fundándolo en el mero incumplimiento de las obligaciones y no en el origen y naturaleza de tal actuación. Así, al arresto, domiciliario o carcelario, era sometido cualquier quebrado automáticamente por la mera declaración de ésta ⁽²¹⁾. Recogiendo la argumentación hecha por THALLER, el legislador olvida así la famosa escala de responsabilidad de *culpa levissima, levis, in concreto, in abstracto y lata*, acarreando idénticas limitaciones al quebrado fortuito que al fraudulento, apartándose no sólo de su anterior tradición jurídica sino del modelo del *Code de commerce* francés ⁽²²⁾.

(19) CORDONES RAMÍREZ y AURIOLES MARTÍN, *Ob. cit.*, pág. 77.

(20) CORDONES RAMÍREZ y AURIOLES MARTÍN, *Ob. cit.*, pág. 102.

(21) Vid. DE BENITO, J.L., *Ob. cit.*, pág. 73; GONZÁLEZ HUEBRA, *Tratado de quiebras*, Madrid, 1856, págs. 188 y ss.

(22) En este sentido se manifiesta MARTÍNEZ FLÓREZ, *Ob. cit.*, pág. 73, basándose en la obra de THALLER, *Des faillites en droit comparé*, I, París, 1887, págs. 241 y ss. En desacuerdo con tal afirmación, TOMÁS Y VALIENTE, *Ob. cit.*, pág. 510.

Continuando la línea de su predecesor, el Código de Comercio de 1885 establece con carácter general, sin ponderar previamente la calificación, la equiparación de todos los quebrados a efectos de prohibiciones. Desaparece la interdicción del quebrado para ser juez de comercio, como derivación de la supresión de los Tribunales de Comercio ⁽²³⁾, consecuentemente con la reforma introducida por el artículo 23 del Código Penal de 1848-1850, sustituye la pena de infamia por la de interdicción civil y continúa colocando al quebrado junto a los condenados a las penas más graves (cadena perpetua), que es la acarreada por la interdicción civil como pena accesoria ⁽²⁴⁾. Tal y como refiere MARTÍNEZ FLÓREZ, desde un punto de vista formal, la equiparación es aún más intensa que en el Código de Sáinz de Andino, porque, a diferencia de éste, el Código del 85 no contempla expresamente la posibilidad de que el quebrado fortuito y el culpable puedan realizar tras la pieza de calificación una actividad comercial por cuenta ajena y ser empleados por los órganos de la quiebra en la administración de la masa ⁽²⁵⁾.

Llegados a este extremo, pese a que quizás sea adelantar argumentaciones más propias de otros apartados, comienza a intuirse la necesidad de dar un paso más y llegar, de *lege ferenda* ⁽²⁶⁾, al siguiente estadio en el que se invierta definitivamente la carga de la prueba hacia la parte acusadora; se erradiquen, de manera conclusiva, las presunciones de culpabilidad; se difiera con claridad el tratamiento entre quebrados y se reserven las limitaciones tocantes a libertades fundamentales para los quebrados fraudulentos, y ello con posterioridad a la demostración de tal cualidad.

III. LA DECLARACIÓN DE SUSPENSIÓN DE PAGOS

Girando estas líneas en torno a la cuestión de los efectos personales aparejados al deudor fallido, el hacer una parada en el apeadero de la suspensión de pagos se hace ineludible.

(23) TOMÁS Y VALIENTE, *Ob. cit.*, pág. 517.

(24) Vid. TERUEL CARRALERO, voz *Interdicción civil*, Nueva Enciclopedia Jurídica, XIII, 1968, págs. 187 y ss.

(25) MARTÍNEZ FLÓREZ, *Ob. cit.*, págs. 67 y ss.

(26) Vid. al respecto GONZÁLEZ CAMPOS, *Aspectos internacionales de la situación concursal*, en *La reforma del derecho de quiebra*, Madrid, 1982, págs. 329 y ss.; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Ante una posible reforma del Derecho concursal español*, Sevilla, 1978; PÉREZ GORDO, *Ideas y perspectivas para un nuevo Derecho concursal*, Revista Jurídica de Cataluña, 1981, págs. 31 y ss.; VICENT CHULIA, *El contenido de nuestras instituciones concursales y las actuales perspectivas*, Revista Jurídica de Cataluña, 1979, págs. 669 y ss.

Tal y como viene señalando nuestro Tribunal Supremo en reiteradas resoluciones, entre otras ⁽²⁷⁾ la STS. de 5 de marzo de 1991, “[...] la declaración judicial de suspensión de pagos no produce en el deudor ninguno de los efectos personales inmediatos que origina la declaración de quiebra, pues conserva la administración de sus bienes y la gerencia de sus negocios”, afirmación que no viene más que a dar fuerza, de ‘*iudicatio*’, a los postulados doctrinales ⁽²⁸⁾.

Como segunda premisa habrá que tener en cuenta que, tanto la vigente Ley de Suspensión de pagos de 26 de julio de 1922 en sus desmesurados artículos 8, 10, 20 y 21, como una constante jurisprudencia ⁽²⁹⁾, admiten, contra la posición inicialmente adoptada por el Código de Comercio (artículos 870 y 871) ⁽³⁰⁾, la declaración de suspensión de pagos tanto del deudor que tiene un activo superior al pasivo y necesita una simple espera como de aquel que carece de bienes bastantes para pagar la totalidad de sus deudas y solicita una quita a sus acreedores ⁽³¹⁾.

De este modo, la doctrina ⁽³²⁾ y la más alta Magistratura ⁽³³⁾ son unánimes al afirmar que la suspensión de pagos ha venido a ser una institución

(27) STS. de 9 de abril y 28 de octubre de 1985, 11 de febrero de 1986, 22 de abril de 1987 y de 18 de noviembre de 1988.

(28) Así, BROSETA, *Manual de Derecho mercantil*, Madrid, 1991, pág. 739; GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, II, Madrid, 1983, págs. 518 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, Madrid, 1992, pág. 523; URÍA, *Derecho mercantil*, Madrid, 1992, págs. 907 y ss.; VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II, Barcelona, 1990, pág. 915.

(29) Respecto al presupuesto objetivo en la declaración de suspensión de pagos, es claro que puede ser admitido y declarado en tal estado el empresario en situación de desbalance, y, a la inversa, que puede ser declarado en quiebra un comerciante que no sea insolvente, es decir, que tenga bienes suficientes para pagar sus deudas, con tal que haya cesado de una forma general en el pago corriente de sus obligaciones. Entre otras, así se definen, las STS. de 9 de enero de 1984, 11 de mayo de 1985, 12 de marzo de 1986 y de 13 de octubre de 1989.

(30) Art. 870: “*El comerciante que, poseyendo bienes suficientes para cubrir todas sus deudas, prevea la imposibilidad de efectuarlo a las fechas de sus respectivos vencimientos, podrá constituirse en estado de suspensión de pagos, que declarará el Juez de Primera Instancia de su domicilio, en vista de su manifestación*”.

Art. 871: “*También podrá el comerciante que posea bienes suficientes para cubrir todo su pasivo, presentarse en estado de suspensión de pagos, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al vencimiento de una obligación que no haya satisfecho*”.

(31) Al respecto vid., entre otras, las obras de OLIVENCIA, *La suspensión de pagos y la quiebra en el Código de Comercio*, en Centenario del Código de Comercio, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, págs. 343 y ss.; ROJO, *La declaración judicial de la suspensión de pagos*, Cuadernos de Derecho Judicial, II, 1992, págs. 91 y ss. y URÍA, *Ob. cit.*, pág. 915.

(32) Por todos, URÍA, *Ob. cit.*, pág. 916.

(33) STS. de 29 de diciembre de 1927, 18 de abril de 1929, 23 de abril de 1931, 3 de julio de 1933 y de 7 de junio de 1968.

integrada por un conjunto de normas predominantemente procesales que, previa paralización de las ejecuciones individuales, están dirigidas a facilitar la celebración de un convenio preventivo de la quiebra entre el empresario, *provisional o definitivamente insolvente*, y sus acreedores.

Convirtiéndose la mentada pendencia en profilaxis de un ulterior estado de quiebra, se le brinda al deudor, de cualquier clase, el primero de los *medios de eludir no sólo el colacionado estado, sino sus interdicciones*. No estando condicionada la admisión del expediente de suspensión de pagos a la observancia de un comportamiento honesto por parte del comerciante, aun habiendo cometido éste abusos o fraudes en el ejercicio de su actividad empresarial, podrá esquivar el procedimiento de ejecución colectiva y sus medidas colaterales ⁽³⁴⁾ gracias no a su buen hacer profesional sino a su celeridad en la petición de declaración de suspensión de pagos ⁽³⁵⁾.

Ello es así por cuanto, al amparo de la legalidad vigente (artículos 8 y 20 de la Ley de Suspensión de Pagos), el juez deberá proceder a la calificación de la insolvencia en caso de hallarse el suspenso en situación definitiva (fortuita, culpable o fraudulenta) sin tener, sin embargo, tal calificación *ningún efecto* en lo que a interdicciones para el deudor se refiere; los interventores, los acreedores personados en esta pieza, así como el Ministerio Fiscal pueden solicitar únicamente las medidas precautorias que estimen precisas sobre los bienes de los que puedan resultar afectados a las responsabilidades que se traten de determinar y el juez acordarlas cuando aparezcan claramente indicios racionales de responsabilidad. Ni siquiera el artículo octavo de la Ley de 1922, que dispone que en los supuestos de insolvencia definitiva el órgano judicial que conozca del procedimiento fijará en todo caso los límites a la actuación gestora del suspenso mientras permanezca en este estado, impone limitaciones insalvables al eventual suspenso defraudador. Relacionándolo con el artículo sexto del mismo cuerpo legal, tales medidas de sustitución del comerciante, gerente o consejo de administración ⁽³⁶⁾, han de con-

(34) Sin entrar en las cuestionables normas, extrañas al Código de Comercio y Ley de Suspensión de Pagos, que limitan al suspenso, extremo que se abordará en otro apartado del presente estudio.

(35) En términos semejantes BROSETA, *Ob. cit.*, págs. 739 y ss.; GARRIGUES, *Ob. cit.*, págs. 518 y ss.; MARTÍNEZ FLÓREZ, *Ob. cit.*, págs. 102 y ss.; ROJO, *Ob. cit.*, págs. 130 y ss.

(36) Vid., al respecto de la responsabilidad penal de los integrantes de órganos rectores de personas jurídicas, la doctrina jurisprudencial últimamente dominante en la STC. de 20 de julio de 1993. Nuestro Tribunal Supremo, de antaño (entre otras las STS. de 22 de mayo de 1969, 19 de enero de 1974 y de 22 de junio de 1982), venía estableciendo con firmeza que la persona jurídica, esto es, la sociedad mercantil, no es más que una ficción, un instrumento en manos de unas personas físicas que son quienes se sirven de tal ficción reconocida por el Derecho y pretenden sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones.

traerse a la administración de los bienes y negocios propios, es decir, cabrá la prohibición al deudor de continuar personalmente al frente de su empresa, pero no podrá impedírsele que cree o ejercite otra nueva, con tal que no afecte a los bienes integrantes de la masa de la suspensión y sin perjuicio de que los eventuales beneficios que obtenga pasen a integrar dicha masa ⁽³⁷⁾.

En conclusión, con la loable intención de conservar la empresa y permitir, con ello, proseguir al deudor en el ejercicio de su actividad empresarial, el sistema que impone la Ley de Suspensión de Pagos española ⁽³⁸⁾ no consigue más que supeditar el sometimiento del deudor a las interdicciones legales no al estudio de su conducta sino a su propia voluntad ⁽³⁹⁾. Situaciones de hecho idénticas, dignas de sanción y frente a las cuales sería necesario tomar las prevenciones adecuadas, acarrearán consecuencias subjetivamente discriminatorias, en base a una cuestión puramente formal, como es el sistema del concordato previo, lo cual no desemboca más que en dejar exento de interdicciones legales al eventual suspenso defraudador, con incertidumbre del cobro a los acreedores, desprotegidos a los terceros, y en someter a tales medidas al deudor quebrado, aunque haya actuado sin culpa o dolo.

IV. EL PROCEDIMIENTO DEL JUICIO UNIVERSAL DE LA QUIEBRA. CONCEPTO INTRODUCTORIO Y FASES

Tal y como establece el artículo 874 de nuestro Código de Comercio,

“Se considera en estado de quiebra al comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones”.

(37) Vid. ROJO, *Ob. cit.*, pág. 132.

(38) Difieren de nuestro sistema, los establecidos por el Derecho alemán —parágrafos 17 y 18 de la Vergleichsordnung—, francés —artículos 448, 574, y 575— e italiano —artículos 154, 160, 173, 181—, los cuales imponen las medidas aplicables en consideración al merecimiento del deudor, no al procedimiento seguido. Referenciado por ÁLVAREZ DEL MANZANO, BONILLA y MIÑANA, *Tratado de Derecho mercantil español comparado con el extranjero*, I, Madrid, 1915, págs. 176 y ss.

(39) En ese orden de cosas, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, Parte especial, Valencia, 1993, pág. 327, dilucidando el bien jurídico protegido en los delitos denominados como ‘insolvencias punibles’, expone “[...] Es, desde luego, muy difícil mantener, a la vista de los pactos y convenios entre deudor y acreedores que caracterizan los procedimientos concursales, que existe en ellos un interés público por encima de los particulares”. De este modo, con objeto de dismantlar la concepción de tales delitos como garantes del interés público, hace hincapié en el hecho de que llegar a la vía penal es eludible con los acuerdos entre partes, lo cual desvanece toda argumentación que fundamente la existencia de estos injustos en el interés de la colectividad.

Pero la quiebra, como explicita URÍA ⁽⁴⁰⁾, “[...] no es sólo un estatus; es también una institución jurídica, de carácter esencialmente procesal, integrada por un conjunto de normas y actos procesales dirigidos a la liquidación del patrimonio del quebrado y a su reparto entre los acreedores, unitariamente organizados bajo el principio de la comunidad de pérdidas (*‘par conditio creditorum’*). En ese sentido la quiebra es un procedimiento de ejecución colectiva [...]” que la Ley procedimental civil dividirá en cinco secciones ⁽⁴¹⁾.

La sección primera comprenderá todo lo relativo a la declaración de quiebra, las disposiciones consiguientes a ella y su ejecución, el nombramiento de los síndicos y Comisario e incidencias sobre su separación y renovación, junto al eventual convenio entre los acreedores y el quebrado que ponga fin al procedimiento. La segunda, las diligencias de la ocupación de bienes al quebrado y todo lo concerniente a la administración de la quiebra hasta la liquidación total y rendición de cuentas de los síndicos. La tercera versará sobre las acciones a que dé lugar la retroacción de la quiebra y sobre los contratos y actos de administración del quebrado precedentes a su declaración. La cuarta, el examen y reconocimiento de los créditos contra la quiebra y la graduación y pago de los acreedores. Finalmente, la sección quinta, pieza tercera del procedimiento, será en la que se concentren las normas referentes a la calificación de la quiebra y rehabilitación del quebrado ⁽⁴²⁾. Por no ser el centro de este trabajo y por la imposibilidad material de tratar el tema al completo con un mínimo de rigor en estas líneas, obviaremos el íter procesal estipulado para fijar nuestra atención, por un lado, en la declaración de quiebra, efectos e impugnación de ésta —sección primera— y, por otro, en la calificación de la naturaleza del fallido, consecuencias, defensa y rehabilitación —sección quinta—.

(40) URÍA, *Ob. cit.*, pág. 925.

(41) Así pues, según prescribe el artículo 1.321 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: *“El procedimiento sobre las quiebras de los comerciantes se dividirá en cinco secciones, arreglando las actuaciones de cada una de ellas en su respectiva pieza separada, que se subdividirá en los ramos que sean necesarios para el buen orden y claridad del procedimiento y para que éste se curse con la rapidez posible, sin entorpecerse por incidentes que no puedan sustanciarse a la vez”*.

(42) Vid. al respecto el didáctico esquema del procedimiento del juicio universal de la quiebra de MARTÍN BERNAL, *Sinopsis sobre la quiebra*, La Ley, n° 3.035, 30 de junio de 1992.

V. DECLARACIÓN DE LA QUIEBRA: EFECTOS E IMPUGNACIÓN

V. a) Declaración y efectos.

El auto que declarará la quiebra, según dispone nuestra Ley Rituaria en el precepto 1.325, en contraposición con legislaciones extranjeras que al menos en este aspecto son más avanzadas no sólo en el tiempo ⁽⁴³⁾, se dictará sin citación ni audiencia del quebrado ⁽⁴⁴⁾. Entre otros pronunciamientos contendrá el del arresto de aquél en su casa, si diere fianza segura, y en defecto de darla, en la cárcel (artículo 1.044.2.1); el de la ocupación judicial de todas sus pertenencias, libros, papeles y documentos de giro (artículo 1.044.3.1) y el de la detención de su correspondencia (artículo 1.044.6.1, todos ellos del Código de Comercio de 1829) ⁽⁴⁵⁾, siendo el plazo para presentar oposición a tal declaración de ocho días (artículos 1.326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1.028 del Código de Sáinz de Andino) ⁽⁴⁶⁾.

En lo tocante al arresto del quebrado, se expedirá por mandamiento al Agente Judicial, que, en presencia del Secretario, requiera al quebrado para que preste fianza de cárcel segura en la cantidad fijada judicialmente ⁽⁴⁷⁾, pudiendo hacerlo en metálico, con persona abonada o en hipoteca quedando por este acto el quebrado, y desde este momento, bajo arresto domiciliario; en otro caso, se le conducirá a la cárcel, expidiéndose el correspondiente

(43) El artículo 15 de la Ley de Quiebras italiana de 1942 faculta al Juez para que pueda llamar a audiencia al deudor e interrogarlo antes de la declaración de quiebra. Este principio fue exportado a otras legislaciones, entre ellas la lusitana, que en el artículo 1.178 del nuevo Código de Proceso Civil de 1967 establece que, una vez solicitada la declaración de quiebra, el deudor es citado para responder en cuarenta y ocho horas, salvo que el requirente alegue que la audiencia es inconveniente y el Juez así lo acuerde.

(44) Al respecto, vid. **FERRÉ ORIOL**, *Inconstitucionalidad del artículo 1.325.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto a la declaración de quiebra sin citación ni audiencia del quebrado*, Revista Jurídica de Cataluña, nº 81, 1982, pág. 719, invoca el principio '*alterum non laedere*'. Entiende el autor, pág. 722, que "[...] a partir de la Constitución española la declaración de quiebra no puede pronunciarse sin informar previamente al supuesto quebrado de la acusación en su contra formulada, y de darle las posibilidades requeridas para que pueda defenderse".

(45) Vid. **MARTÍN BERNAL**, *Ob. cit.*, pág. 4.

(46) Recuérdense los supuestos previos o condiciones de fondo y forma para su declaración: cualidad del empresario deudor —STS. de 27 de abril de 1989—; sobreseimiento general en los pagos —STS. de 27 de febrero de 1965—; declaración judicial.

(47) Art. 1.336 LEC.: "*Para determinar la cantidad y calidad de la fianza, las obligaciones del fiador y el modo de hacerlas efectivas en los casos en que proceda, se estará a lo prevenido para estos casos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*". Haciendo alusión a los artículos 531 y ss. de dicha Ley.

mandamiento al Alcaide que haya de recibirlo (artículo 1.335 del Código de Comercio) ⁽⁴⁸⁾.

Respecto a la retención de su correspondencia, se oficiará al Administrador de Correos y Jefe de Telégrafos para que ponga dicha documentación a disposición del Juzgado (artículo 1.338 de la Ley Procesal Civil). Para su apertura se citará en una sola diligencia al quebrado, su apoderado o persona que hubiere quedado a su cargo en los negocios, para que concurra en los días que se fije, al lugar y horas designados por el Comisario y el Depositario (artículo 1.339 de la misma Ley). Las cartas que tengan relación con las dependencias del quebrado se entregarán al Depositario y las restantes al deudor fallido (artículo 1.058 del Código de Comercio de 1829).

Aun si considerásemos el arresto del quebrado como una medida precautoria, tesis que no compartimos, nuestro Tribunal Supremo ha reiterado hasta la saciedad ⁽⁴⁹⁾ que la diferencia con las medidas punitivas no puede justificar en ningún caso que la imposición de las primeras se haga sin respetar las garantías constitucionales del derecho a la *tutela judicial efectiva*, y este amparo se articula, única y exclusivamente, dando audiencia al inculpado para que, cuando menos y ya que existen presunciones '*contra fallido*', pueda defenderse. Es decir, el artículo 1.325 de la Ley Rituaria no es que invierta la carga de la prueba hacia el quebrado, sino que ni siquiera le permite llevar a cabo una '*probatio diabolica*', motivo por lo que se alienta desde estas líneas al jurista a invocar la inconstitucionalidad de tal precepto ⁽⁵⁰⁾, o aún más efec-

(48) Póngase en relación con los artículos 896 del Código de Comercio; 505 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 1.386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Vid. MARTÍN BERNAL, *Ob. cit.*, pág. 4.

(49) Así la STS. de 5 de noviembre de 1979. Aún con más contundencia si cabe las STS. de 3 de julio de 1980 —Sala IVª— y de 2 de junio de 1981 reiteran la misma doctrina declarando que el artículo 24 de la Constitución protege contra la omisión de cualquier procedimiento, en relación, esta última, a sanción gubernativa sin audiencia del interesado.

(50) El artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ratificado por España mediante instrumento de 26 de septiembre de 1977 —BOE. 10 de diciembre de 1979—, reconociendo, en el acto de ratificación, la jurisdicción obligatoria del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para conocer de todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio que se suscitaran con posterioridad al 14 de octubre de 1976, para reconocer, el 11 de junio de 1981, por un período de cinco años renovables (y renovable tácitamente tras la realizada los días 5 y 6 de diciembre de 1985), la competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos para conocer las denuncias de los particulares cuando se estimen víctimas de una violación por parte de las autoridades españolas de los derechos reconocidos en el Convenio, explicita:

"Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída, equitativamente, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial [...]".

Criterio que fue reflejado ya por nuestro Tribunal Constitucional en STC. de 14 de julio de 1981.

tivo, a los órganos jurisdiccionales a inaplicar éste por irrespetuosidad con nuestra Ley de leyes.

Estando en presencia de un proceso de corte monitorio, declarativo-constitutivo ⁽⁵¹⁾, “[...] en el que el Juez se limita sólo y exclusivamente a comprobar que se producen los requisitos de legitimación determinados en la ley y de las circunstancias objetivas de fondo que se concretan en lo que conocemos como insuficiencia patrimonial [...]” ⁽⁵²⁾, con la sola referencia como garantía del quebrado a “[...] probados éstos en forma suficiente [...]”, no se hace más que alimentar los abusos de derecho y los fraudes procesales, “[...] al conseguirse declaraciones de quiebra con unos simples documentos” ⁽⁵³⁾ y consecuentemente producir al supuesto quebrado un desprestigio comercial, una anulación de sus operaciones comerciales, una retirada automática de sus fuentes de financiación y unas abismales interdicciones (temporales o definitivas), en suma, unos *perjuicios de difícil reparación*. Se inicia un procedimiento de liquidación con irrisorias formalidades y requisitos, procedimiento que puede concluir en sobreseimiento. Ante operaciones mercantiles que comporten importantes ingresos económicos —verbi gratia contratas estatales— se está otorgando una muy sutil herramienta a competidores abyectos que podría solventarse, sin exponer los intereses de los acreedores, con la mera audiencia del comerciante deudor, proscribiendo, definitivamente, actuar *‘inaudita parte’*.

Ante medidas de esta guisa, sin mentar el resto de efectos personales y patrimoniales, tan amedrentadoras de derechos y libertades fundamentales, qué duda cabe que la oposición a la declaración de la quiebra, como segundo medio de evitar sus efectos, toma una carta de naturaleza precipua.

V. b) Oposición a la declaración de quiebra.

V. b1) *Nombramiento y facultades del Comisario.*

Por imperativo legal, la solicitud de alzamiento de arresto o concesión de salvoconducto no se admitirá hasta que el Comisario haya dado cuenta al Juez ⁽⁵⁴⁾ de haberse concluido la ocupación y examen de todos los libros, documentos y papeles concernientes al tráfico del quebrado ⁽⁵⁵⁾, dicho lo cual,

(51) GIMENO SENDRA y OTROS, *Ob. cit.*, pág. 371.

(52) *Ibidem*.

(53) FERRÉ ORIOL, *Ob. cit.*, pág. 719. Continúa explicitando “[...] un procedimiento con tan escasas garantías, puede constituir una plataforma para fomentar la picaresca y la planificación de objetivos con apariencia de legalidad [...]”.

(54) El Juez, por medio de providencia, expresará la conformidad de éste.

(55) Vid. el artículo 1.340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

y sin necesidad de presumir en este órgano de la quiebra una conducta cercana a la delictiva, prontamente se dilucida, de nuevo, la más que cuestionable constitucionalidad de un precepto que otorga facultades jurisdiccionales de esta enjundia a sujetos ajenos a la judicatura.

Con independencia de la inconstitucionalidad del arresto del quebrado, como luego se argumentará, existiendo tal medida, desmesurada, no debe menos que ser arropada, en su totalidad, por la ponderación del Juez que declara y tramita todo el procedimiento de la quiebra, al que, por otra parte, “[...] la ley obliga a desplegar [...] dentro de su actuación jurisdiccional una actividad en cierto modo de dirección y alta vigilancia” ⁽⁵⁶⁾, y no sólo de los intereses de los acreedores, que sin merma de importancia no son más que económicos, sino también los del empresario fallido, quien con esta medida ve vulneradas aspiraciones de otra índole mucho más preciada y consignada al arbitrio de otro comerciante la duración, nada más y nada menos, que de la privación de uno de los más fundamentales derechos de la persona, cual es la libertad.

De *lege ferenda*, dicha atribución competencial al Comisario, comerciante e ínsitamente competidor del fallido, debiera desaparecer. Sin embargo, al estar engrosando la lista de dislates del Derecho positivo, resignadamente, tan sólo cabrá al protagonista de este procedimiento impugnar el nombramiento de este órgano en idéntico procedimiento al instaurado para hacerlo con los Síndicos ⁽⁵⁷⁾, teniendo en cuenta que tal nombramiento se realizará en el auto de declaración de quiebra (artículos 1.044 del Código de Comercio de 1829 y 1.333 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

V. b2) *Apertura de correspondencia.*

Pretendiendo adornar de garantías un procedimiento en el que momentos antes las ha hecho fenecer, nuestra Ley Rituaria establece la posibilidad al quebrado de asistir a la diligencia o diligencias de apertura de su correspondencia (artículo 1.339).

V. b3) *Falta de los requisitos del artículo 874 del Código de Comercio.*

También podrá el declarado en quiebra formular oposición al auto declarativo de la misma argumentando, ora su carencia de condición de

(56) URÍA, *Ob. cit.*, pág. 933.

(57) Entre otros, Vid. los artículos 1.214, 1.220 a 1.225, 1.347 y 1.348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

empresario, ora que se halla al corriente en los pagos ⁽⁵⁸⁾, no obstante, encontrándose bajo arresto domiciliario mientras se dilucidan por nuestra rauda Administración de Justicia tan pueriles extremos.

V. b4) *Impugnación del arresto del quebrado.*

Al margen de la anterior consideración de índole mercantil (en cuanto a la calificación de empresario) o contable (en cuanto al cese de los pagos), debemos abordar inexorablemente, pese a la existencia de la sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de diciembre de 1985, la defensa del quebrado ante la declaración de su arresto, medida que esperamos entre en un rápido y serio proceso de revisión por nuestros Tribunales de Justicia en tanto en cuanto el legislador patrio se decide a abordar una reforma al respecto de imperiosa necesidad.

Tal y como afirma GARCÍA SÁNCHEZ “[...] lejos de lo que a primera vista pudiera parecer, el principio de presunción de inocencia, nacido y auspiciado por y para la protección de los justiciables en los procesos penales, abarca, con idéntica intensidad que en el ámbito punitivo, al resto de las ramas del ordenamiento jurídico” ⁽⁵⁹⁾.

No puede ser de otro modo que constituya la Constitución la “[...] superley de garantía de una organización determinada que tiende a limitar al poder [...]” ⁽⁶⁰⁾, puesto que como reza la fórmula del artículo 16 de la revolucionaria Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789

“[...] las sociedades en las que la separación de poderes no está asegurada y los derechos del hombre no están reconocidos carecen de Constitución”.

Fruto de la “[...] persecución incesante del sistema de garantías [...]” ⁽⁶¹⁾ que toda Norma Suprema del ordenamiento jurídico hace o debe hacer, se recoge en el artículo 24.2 de la Constitución española que

“[...] todos tienen derecho [...] a la presunción de inocencia”.

(58) STS. de 24 de marzo de 1886, 4 de octubre de 1905, 26 de octubre de 1907, 12 de marzo de 1910, 22 de junio de 1961, 22 de abril de 1969 y la citada de 27 de abril de 1989.

(59) Cfr. GARCÍA SÁNCHEZ, *Presunción de inocencia y legislación mercantil*, Revista Jurídica Tapia, n° 70, mayo 1993, pág. 37.

(60) Definición matizada por SÁNCHEZ GOYANES, *Constitución española comentada*, Madrid, 1987, que añade que la Carta Magna es un “... compendio de enunciaciones o definiciones que entrañan principios que condicionan la actuación de todos los poderes [...] siendo una definición o declaración de libertades, que son límite del poder”.

(61) Cfr. MARTÍN RETORTILLO, y DE OTTO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988, pág. 19.

Huelga decir que en virtud del artículo 53.1 del mismo cuerpo legal, la presunción de inocencia ha de ser principio informador de toda la legislación que provenga tanto del Legislativo como del Ejecutivo, y en virtud de la Disposición derogatoria tercera tal supremacía abolirá cuantas normas anteriores existan en contra de su dicción ⁽⁶²⁾. Así las cosas, la presunción de no culpabilidad debe presidir la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional ⁽⁶³⁾, y dentro de éstas ante todas aquellas que tengan un contenido sancionador o limitativo de los derechos de las personas ⁽⁶⁴⁾.

Reproduciendo lo defendido por GARCÍA SÁNCHEZ, secundado por MUÑOZ ÁLVAREZ, “[...] desafortunada sería cualquier otra consideración, ya que, dada la clara teleología de este precepto, una limitación al ámbito penal, sería coartar la máxima constitucional y exponente de una nesciencia de su fundamento” ⁽⁶⁵⁾. Evidente es la gravitación que tiene este principio sobre los procesos penales, pero quizás no tan reconocida en otro tipo de procesos, por lo que es obligado hacer una breve referencia a los mismos.

En lo referente a la legislación administrativa, cabe afirmar, tal y como dispone la STS. de 15 de octubre de 1988 —Sala IIIª—, que “[...] el paralelismo entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador permite la extrapolación a éste de aquellos principios de aquel que, siendo de obligada observancia en la actividad procesal punitiva de la jurisdicción penal, lo han de ser en la actividad sancionadora de la Administración [...] y, dentro de él, la práctica de la prueba y su correcta valoración, así como la presunción de inocencia [...] garantía fundamental de la persona acusada, de la cual no puede ser privado sin vulnerarse con ello el artículo 24 CE. [...] haciéndose vinculante para todos los poderes públicos [...]” ⁽⁶⁶⁾. Criterio que era ya uniforme del Alto Tribunal, aceptando como recurso de amparo toda violación del precepto colacionado en los procedimientos administrativos sancionadores, reflejándose, por todos, en los Autos 628/1983 de 14 de diciembre, 598/1984 de 17 de octubre, 711/1984 de 21 de noviembre y otros. Más recientemente el Tribunal Constitucional lo extiende a todos los ámbitos del Derecho Administrativo, como resuelve la STC. de 22 de julio de 1993, que lo aplica en relación a la responsabilidad contable, siguiendo el camino abierto

(62) Sobre la prevalencia de la Constitución frente a las normas anteriores, véanse las STC. de 2 de febrero, 31 de marzo, 6 de abril y de 1 y 8 de junio de 1981.

(63) En ese sentido las STS. de 17 de febrero de 1981 —Sala IVª— y de 3 de octubre de 1983.

(64) Así las STC. de 1 de abril de 1982 y de 8 de marzo de 1985.

(65) GARCÍA SÁNCHEZ, *Ob. cit.*, pág. 38; MUÑOZ ÁLVAREZ, *El principio de presunción de inocencia en la jurisdicción contable*, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 115, 9 de septiembre de 1993, pág. 2.

(66) Vid. también la STS. de 17 de febrero de 1981 —Sala IVª—.

por la Sala de Apelación del Tribunal de Cuentas ya desde 1988 —entre otras, STCU. de 26 de abril— ⁽⁶⁷⁾.

Del mismo modo, la presunción de inocencia es invocable en *cualquier otro orden jurisdiccional*. En este sentido enumera MUERZA ESPARZA ⁽⁶⁸⁾, además de los penales y administrativos sancionadores ya comentados, los procesos laborales y civiles. En los primeros tiene cabida únicamente la invocación del artículo 24.2 del texto constitucional en los procesos por despido y en los expedientes sancionadores ⁽⁶⁹⁾, es decir, casos en los que se ejercite el '*ius puniendi*'. Respecto a los procesos civiles, es obligatorio recoger la celeberrima STC. de 1 de abril de 1982 que manifestó la generalidad de la presunción de inocencia aquí abogada, y, en consecuencia, también al proceso civil especial sobre medidas provisionales. Ampliando incluso su radio de acción, dentro del ámbito civil, se pronuncia nuestro fiel custodio de la Constitución en las novedosas sentencias de 30 de septiembre de 1989 y 28 de junio de 1993 ⁽⁷⁰⁾.

La evolución que ha seguido la aplicación del hoy precepto constitucional ha sido clara. En una primera fase se fortaleció en el ámbito penal, en el cual venía aplicándose con bastante antelación a la vigencia de nuestra Carta Magna, no siendo, sin embargo, hasta la promulgación de la Constitución, según precisa la STC. de 19 de diciembre de 1986, cuando dejó de ser un principio general de Derecho para convertirse en Derecho fundamental. Posteriormente se extrapoló tímidamente al campo del Derecho Administrativo sancionador. Allí tomó consistencia ⁽⁷¹⁾ y 'saltó' a otras ramas del ordenamiento, cobijándose en el ámbito laboral e incluso civil, esto es, en cualesquiera donde se limiten derechos merecedores de tutela constitucional, desarrollándose ahora en todos éstos.

Respecto al Derecho Mercantil, encontrándose éste en algunos aspectos, pese a ser disciplina independiente, a caballo entre el Derecho privado y

(67) Vid. MUÑOZ ÁLVAREZ, *Ob.cit.*, pág. 3.

(68) MUERZA ESPARZA, *El mínimo probatorio en la jurisprudencia constitucional*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, junio 1988, págs. 845 y ss.

(69) Así las STC. de 23 de febrero de 1984, 8 de marzo de 1985, 10 de junio de 1987 y 13 de enero de 1993.

(70) Para el resto de procesos civiles se manifiesta SALVADOR CODERCH, *Presunción de inocencia y responsabilidad civil*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, septiembre-diciembre 1985, págs. 2.895 y ss. en términos semejantes, al igual que una vasta jurisprudencia constitucional: Auto 569/1984 de 3 de octubre, STC. 147/1987 de 25 de septiembre..., e infinidad del Tribunal Supremo, por todas la de 8 de abril de 1990 que no hacen más que seguir la línea ya dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las sentencias Dewer de 27 de febrero de 1980 y Oztürk de 21 de febrero de 1984 que generalizaron a todos los órdenes tal derecho fundamental.

(71) Hoy incluso recogida en la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

la regulación pública, en la medida que se produzcan en su seno disminuciones de las libertades y derechos fundamentales de determinados sujetos en base a presunciones de culpabilidad, sería ineludiblemente invocable la presunción de inocencia pese a no ser ése su ámbito tradicional de desarrollo ⁽⁷²⁾.

Dicho lo cual, establecida una amplia aplicación de esta presunción '*iuris tantum*', entraremos en materia en lo concerniente al arresto del quebrado. Según venía declarando el Tribunal Supremo, por todas en STS. de 26 de noviembre de 1946, el arresto del fallido había que considerarlo como una medida cautelar en previsión de que el quebrado no viniera a eludir la acción de la Justicia y sus eventuales responsabilidades penales, como presunto responsable del delito de quiebra, pena que había de serle impuesta por la jurisdicción penal tras haberse agotado todo el proceso civil.

En sentencia de 19 de diciembre de 1985 nuestro Tribunal Constitucional se apresuró a acomodar tal actuación en el nuevo ordenamiento jurídico vigente tras la promulgación de la Carta Magna. Qué duda cabe que toda la anterior doctrina justificativa del arresto del quebrado, sustentada en la presunción de culpabilidad, se había venido al traste, por lo que la declaración de nuestro más Alto Tribunal, con el debido respeto, tuvo que ser más cercana a la de un prestidigitador que a la de un jurisconsulto. Tal resolución expone que el arresto del quebrado es una medida cautelar, no sancionadora ni inconstitucional, siempre que se interprete en sentido no automático, sino motivado por el Juez hasta el fin de la ocupación de la quiebra y con la finalidad de proteger los objetivos del procedimiento, no en sentido carcelario o subordinando la libertad a la prestación de una fianza. Pese a pronunciarse de esta manera, es de agradecer al Magistrado ponente que cincelara los pronunciamientos de la Sala con estos noes, probablemente reflejos de su conciencia, puesto que nos sirven más para anexarlos a los fundamentos de la misma crítica tendente a contradecir su constitucionalidad ⁽⁷³⁾ que como bastiones en defensa de la continuidad de tal medida.

Tal y como expone FERRÉ ORIOL "[...] además de otros efectos de orden material y personal, entra en función el carácter punitivo de la institución a un momento procesal anterior a la sentencia criminal [...]" ⁽⁷⁴⁾. Continúa explicitando el mismo autor, aunque con matizaciones, que esta figura ha

(72) Vid. GARCÍA SÁNCHEZ, *Ob. cit.*, pág. 38.

(73) La doctrina es prácticamente unánime al considerar tal restricción de libertad como inconstitucional. Así, por todos, GIMENO SENDRA y OTROS, *Ob. cit.*, pág. 380, declaran: "[...] la medida debe estimarse inconstitucional y clara reminiscencia de los *arrets* del derecho histórico alemán".

(74) FERRÉ ORIOL, *Ob. cit.*, pág. 716.

sido calificada como de hondo sabor a *prisión por deudas* ⁽⁷⁵⁾, y cuya raíz podría encontrarse en la antigua '*manus injectio*' romana, claro exponente del concepto de la obligación civil como un vínculo intersubjetivo y no rigurosamente patrimonial. Por la contumacia de sus argumentaciones, no cabe más que reproducir los extremos expuestos por MARTÍNEZ FLÓREZ al respecto de las interdicciones legales del quebrado, y a la cabeza de éstas al arresto: "[...] En realidad, con carácter general las interdicciones legales responden tanto a una finalidad sancionatoria como a una finalidad preventiva, idea que es común a todo tipo de sanciones, sean penales, civiles o administrativas" ⁽⁷⁶⁾.

Ello trae a colación el texto del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ⁽⁷⁷⁾ que señala de manera categórica que

"Nadie será encarcelado por el mero hecho de incumplir una obligación contractual".

Por más argumentaciones que se discurran, la naturaleza punitiva del arresto del quebrado es evidente ⁽⁷⁸⁾. Una interpretación amplia del artículo 33 del Código Penal, como viene haciendo de antaño el Tribunal Supremo ⁽⁷⁹⁾, ordena el abono del tiempo de arresto para el cumplimiento de la ulterior condena, lo cual presupone identificar cualitativamente la pena de prisión con la 'pena' de arresto, por ser ambas una restricción de libertad del quebrado. Se plantean de inmediato dos cuestiones.

(75) Condenando cualquier resquicio en la legislación de actuaciones semejantes, vid. la obra completa de REIG REIG, *La reforma penal...*

(76) Cfr. MARTÍNEZ FLOREZ, *Ob. cit.*, pág. 119. Secundado por RUBIO, *Ob. cit.*, págs. 570 a 573.

(77) De 19 de diciembre de 1966, ratificado por España el 13 de abril de 1977, BOE. 103 de 30 de abril.

(78) No ha de pasar desapercibida la afinidad de nuestro sistema legal y judicial a la articulación, el primero, y aplicación, el segundo, de medidas 'preventivas' tan restrictivas de derechos como las penas mismas. Así, el Boletín Informativo del Instituto de Reinserción Social, IRESFLASH, n° 1, 1993, expone: "[...] la larga duración de ésta [refiriéndose a la prisión preventiva] y la frecuente aplicación de la misma pueden ser motivos de que, una medida estrictamente preventiva se convierta en una medida punitiva, contraviendo el principio de presunción de inocencia", pág. 2. En ese sentido, es sintomático el hecho de que sea España el país que ostenta el dudoso honor de tener el índice más alto de Europa de presos preventivos (33,8 por cada 100.000 habitantes, frente a los 30,7 de Turquía; 30,9 de Bélgica; 28,1 de Portugal; 23,0 de Italia por no mentar el 11,6 de Noruega ó 7,2 de Finlandia) —datos aportados por la misma revista, correspondientes a 1990 cuya fuente ha sido el Boletín de Información Penitenciaria del Consejo de Europa, n° 16, junio de 1992—.

(79) Por todas las STS. de 26 de noviembre de 1946, 13 de noviembre de 1958 y de 24 de febrero de 1984. Postula la aplicación analógica del artículo 33, entre otros, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español*, Parte especial, Barcelona, 1992, pág. 428.

¿Cabría indemnización por el tiempo permanecido bajo arresto domiciliario si el procedimiento se sobresee o se califica la quiebra de fortuita? La respuesta a este interrogante no puede caer en el automatismo, sin embargo, tal opción tiene todos los visos de ser planteable. Este resarcimiento ha sido cicateramente receptado por el artículo 249 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que de una primera lectura podría deducirse que se excluyen los casos en los que el procedimiento finaliza por un auto de sobreseimiento provisional o libre basado en otras causas —ajenas a tal precepto—, o por sentencia absolutoria que no se funde en la pura inexistencia del hecho ⁽⁸⁰⁾ (en este caso sería la declaración de quiebra fortuita). Casos todos ellos que deben verse incluidos tácitamente en dicho artículo al producir el mismo efecto que el espíritu de éste quiere subsanar, aunque en caso de no prosperar esta hipótesis podría acudir a la misma indemnización por la vía de la responsabilidad del Estado por los daños causados por error judicial o por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia ⁽⁸¹⁾ (artículos 121 de la Constitución y 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Por otro lado, ¿acaso se computará igual el tiempo transcurrido bajo arresto domiciliario que el acontecido en régimen penitenciario? Aun contestando de manera negativa a tal interrogante, tal medida otorga una ventaja al fallido defraudador de incalculable valor. Teniendo en cuenta la complejidad de la documentación contable y que parte de la duración del arresto pende de la decisión de otro comerciante quizás afín al fallido (Comisario), el quebrado no fortuito ni culpable podrá dilatar el procedimiento concursal para, llegado el momento de la imposición de la ulterior condena, eludir, o al menos disminuir, el cumplimiento efectivo de la pena en régimen penitenciario, puesto que éste habrá cumplido, de una manera mucho más llevadera, esto es en su domicilio, toda o al menos gran parte de la condena a imponer.

Junto a estas apreciaciones se engloban otras que hacen que la constitucionalidad de tal medida sea hartamente discutible. Contrariamente a lo dispuesto por el mismo defensor de la constitucionalidad de tal precepto ⁽⁸²⁾, en el momento procesal de decretar el arresto no se tiene ningún argumento concreto para fundamentarlo, ni tan siquiera la declaración del comerciante que

(80) Aludiendo a estos casos, MARTÍN GONZÁLEZ, *La responsabilidad patrimonial de la Administración*, Foro Canario, nº 81 (I), 1991, pág. 141, haciendo referencia a los artículos 121 de la Constitución, 960 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(81) En ese sentido se define la obra completa de REYES MONTERREAL, *La responsabilidad del Estado por error y anormal funcionamiento de la Administración de Justicia*, Madrid, 1987.

(82) Recuérdese que el Tribunal Constitucional proscribe cualquier tipo de automatismos en su aplicación.

supuestamente sobresee en sus pagos. Esta convicción no la adquirirá el Juez hasta el momento de la calificación, y en ese momento, para más inri, asistido de presunciones.

Identificando el arresto del quebrado con la prisión provisional, podría decirse que es ésta la más grave medida cautelar que puede sufrir el individuo en un proceso antes de haber recaído sentencia firme, en este caso calificación de la naturaleza de la quiebra (no realizada hasta la pieza tercera), en aras de asegurar la presencia del sujeto inculcado en aquél, garantizar una ordenada averiguación de los hechos por el Juez y asegurar la pena que eventualmente llegara a imponerse, y ello “[...] porque la prisión es más bien un castigo que una custodia del reo”⁽⁸³⁾. No siendo el quebrado fraudulento, ni tan siquiera culpable, hasta que no se practica la calificación de su naturaleza, y practicándose ésta en la fase última del proceso, parece a todas luces incomprensible la todavía existente institución del arresto domiciliario⁽⁸⁴⁾.

Continuando con la analogía entre prisión provisional y arresto del quebrado⁽⁸⁵⁾, adoptando lo postulado por REIG REIG para la primera, cabe decir que jamás podrá establecerse “[...] pensando que haga las veces de pena anticipada, pues para atribuirle esta función sería preciso que constara una clara presunción de culpabilidad en cuanto al privado de libertad, lo que únicamente se obtiene una vez dictada sentencia en el supuesto que ésta sea condenatoria [...]”⁽⁸⁶⁾. De igual modo, no es defendible que cumpla la función de colmar la alarma social que haya podido producir el eventual hecho delictivo, concepción que resulta insostenible en un sistema constitucional como el español, que acoge un riguroso respeto por los derechos de los ciudadanos y proclama la presunción de inocencia.

(83) BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, traducción de Juan Antonio de las Casas (1774), Madrid, 1986, pág. 82. Adviértase que Beccaria refiere ‘prisión’ a la actual prisión provisional o preventiva. Criticando la vigencia del precepto que alberga el arresto del quebrado SAGRERA TIZÓN, *Más sobre el arresto del quebrado a la luz del nuevo ordenamiento jurídico español*, Revista General de Derecho, n° 567, 1991, págs. 10.625 y ss.

(84) Afirma GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el Proceso Penal*, Madrid, 1990, pág. 203: “El imputado, aun cuando no ha sido probada su culpabilidad, es privado del libre ejercicio de uno de sus derechos más preciados, el derecho a la libertad de movimientos, junto con otras restricciones adicionales. En este sentido la prisión provisional afecta materialmente al derecho a la presunción de inocencia”. Aún, si cabe, más rotundamente FERRAJOLI, *Diritto e Ragione. Teoría del garantismo penale*, Bari-Roma, 1989, págs. 559 a 572.

(85) Tesis que parece sostener la más actual doctrina, entre otros, FERRÉ ORIOL, *Ob. cit.*; MARTÍNEZ FLÓREZ, *Ob. cit.*; SAGRERA TIZÓN, *Ob. cit.*

(86) Cfr. REIG REIG, *Los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Foro Canario, septiembre-diciembre 1987, pág. 35. En términos semejantes vid. GONZÁLEZ VIDAURRI, *Alternativas a la prisión preventiva*, Serie: Estudios Jurídicos-Sistema de Justicia Penal, Universidad Autónoma de Querétaro, Número 1, México, marzo 1990, págs. 113 y 114.

Cupiendo el sobreseimiento o la aceptación del convenio, se vincula de este modo la situación de arresto a la expectativa de una eventual calificación que puede devenir años más tarde, lo cual es una desmesurada cautela. Así, *verbi gratia*, nos encontramos con situaciones, como la que resuelve la STS. de 13 de junio de 1959, en la que el quebrado arrestado lo había sido durante diez años, justificación proscrita en la actualidad al haber quedado desmantelado el andamiaje que sostenía tal medida so pretexto de una cautela del ulterior proceso penal⁽⁸⁷⁾ (motivo por el cual se hace en este estudio el comentario, por analogía, de la prisión preventiva).

La imprescindible necesidad que se pretende relacionar a tal medida desaparece cuando el juez penal, por motivos —*verbi gratia*— de inutilidad de la sanción debido al tiempo transcurrido y al cambio de vida del quebrado⁽⁸⁸⁾, califica la quiebra como no constitutiva de delito. Fenece de idéntica manera esta necesidad cuando, sin aminorar los intereses de los acreedores, que en absoluto son desdeñables, podrían articularse otras medidas precautorias mucho menos obsoletas y perjudiciales para el sujeto pasivo⁽⁸⁹⁾.

Corroboraba terminantemente lo antedicho, el vanguardista auto de la Audiencia de Barcelona, de 6 de junio de 1990, dejando sin efecto el arresto del quebrado dictado por el Juzgado de Primera Instancia, el cual, a modo de corolario de este apartado, explicita: “[...] si a despecho del derecho de la presunción de inocencia se quisiera mantener el arresto del quebrado a resultas de la calificación, como apunta el artículo 1.059 del Código de Comercio de 1829, nos encontramos [...] que el Juzgado no tiene ningún argumento concreto en el que fundamentar el arresto en ese momento procesal [...]”.

(87) En ese sentido, vid. YANES, *La reapertura de la quiebra*, Valladolid, 1992, pág. 179.

(88) Vid. al respecto la STS. de 14 de diciembre de 1991. También el artículo de PERAL RODRÍGUEZ, *La atenuante analógica número 10 del artículo 9 del Código Penal*, Actualidad Jurídica Aranzadi, n° 45, 19 de marzo de 1992.

(89) Tajantemente, MARTÍNEZ FLÓREZ, *Ob. cit.*, pág. 27, afirma: “Las interdicciones legales obedecen al deseo de sancionar al quebrado o de proteger a los terceros o ambas cosas a la vez, como se verá a lo largo de este trabajo. En ningún caso persiguen tutelar los intereses de los acreedores que deben satisfacerse en el procedimiento concursal. Antes al contrario, las interdicciones legales pueden resultar, a la postre, perjudiciales [...]”, para continuar exponiendo en la pág. 32: “[...] las interdicciones legales están vinculadas al origen mismo de la institución de la quiebra y son una manifestación del carácter penal e infamante que tenía este procedimiento en un primer momento histórico y que ha ido perpetuándose en el tiempo hasta nuestros días”.

VI. CALIFICACIÓN DE LA QUIEBRA

VI. a.) Presupuestos de partida.

Según la dicción literal del artículo 1.382 de nuestra Ley Rituaria, la pieza tercera del procedimiento dilucidado —calificación— estará encabezada por un informe que el Comisario debe dar al Juez de Primera Instancia sobre lo que resulte del reconocimiento de los libros y papeles del quebrado, incardinado a circunscribir la quiebra en uno de los tres tipos que distingue el artículo 886 del Código de Comercio: fortuita, culpable y fraudulenta. En todo caso habrá de pronunciarse sobre los extremos declarados por el artículo 1.138 del Código de Comercio de 1829:

“Para hacer la calificación de la quiebra se tendrá presente:

1.º La conducta del quebrado en el cumplimiento de las obligaciones que se le imponen en los artículos 1.017 y 1.018.

2.º El resultado de los balances que se formen de la situación mercantil del quebrado.

3.º El estado en que se encuentran los libros de su comercio.

4.º La relación que está a cargo del quebrado presentar sobre las causas inmediatas y directas que ocasionaron la quiebra y lo que resulte de los libros, documentos y papeles de ésta sobre su verdadero origen.

5.º Los méritos que ofrezcan las reclamaciones que en el progreso del procedimiento se hagan contra el quebrado y sus bienes”.

Junto al informe que redactará éste, los Síndicos realizarán una exposición (en el plazo de quince días desde su nombramiento) pronunciándose sobre extremos semejantes, todos ellos tendentes a informar la calificación de la quiebra (artículo 1.383 de la misma Ley). Tales propuestas, con los autos, serán entregadas al Ministerio Fiscal, el cual, de idéntica manera, realizará censura deduciendo pretensión formal sobre la calificación del sobreseimiento de pagos. Estos pronunciamientos, junto al resto de los autos, serán entregados al quebrado el cual tendrá un plazo de seis días para contestarlos.

Si no usa el quebrado de la comunicación de autos, o los devuelve sin oponerse, según establece el artículo 1.384 de la Ley rectora de los procedimientos civiles, el Juez, a la vista de aquéllos, realizará la calificación que

estime arreglada a Derecho ⁽⁹⁰⁾. Tal suerte será, con toda seguridad, exclusiva de las quiebras ‘precalificadas’ por los colacionados como fortuitas, ya que el artículo 1.386 del mismo texto normativo veda toda posibilidad de recurso

“[...] Cuando del expediente de calificación resultaren méritos para calificar la quiebra de fraudulenta o de alzamiento, el Juez mandará sacar testimonio de lo necesario para proceder criminalmente contra el quebrado. Contra este acuerdo no se dará recurso alguno”.

Por contra, y al amparo del ordinal 1.385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la intención de evitar una calificación distinta de la fortuita,

“Si el quebrado hiciere oposición a la pretensión de los Síndicos o del Ministerio Fiscal, se recibirán a prueba los autos y se continuará su sustanciación hasta dictar sentencia por los trámites establecidos en esta Ley para los incidentes, pudiendo prorrogarse el término de prueba, si las partes lo pidieren, hasta el máximo de cuarenta días que señala el artículo 1.142 del Código. La sentencia que recaiga será apelable en ambos efectos, ejecutándose, no obstante, en cuanto a la libertad del quebrado, si en ella se hubiere decretado” ⁽⁹¹⁾.

En todo caso, si la sentencia calificare de fortuita la quiebra habría de procederse a la inmediata ‘puesta en libertad’ del quebrado ⁽⁹²⁾.

A todo este derecho formal, referente a la calificación del fallido, le es de aplicación, principalmente, el sustantivo comprendido entre los artículos 886 y 897 de la vigente Ley de Comercio. De los extremos que la ley nos impone para considerar los diferentes tipos de quiebra, centremos nuestra atención en los artículos

889

“Serán también reputados en juicio quebrados culpables, salvo las excepciones que propongan y prueben para demostrar la inculpabilidad de la quiebra:

(90) Recuérdese que el artículo 895 del Código de Comercio dispone:

“La calificación de la quiebra, para exigir al deudor la responsabilidad criminal, se hará siempre en ramo separado, que se sustanciará con audiencia del Ministerio Fiscal, de los Síndicos y del mismo quebrado”.

(91) Texto del artículo 1.142 del Código de Comercio de 1829 reproducido en el apartado sobre la presunción de fraudulencia en la quiebra.

(92) Vid. sobre tal proceder, BROSETA, *Ob. cit.*, págs. 752 y ss.; MARTÍN BERNAL, *Ob. cit.*, pág. 12; OLIVENCIA, *Ob. cit.*, pág. 355.

1.º Los que no hubieren llevado los libros de contabilidad en la forma y con todos los requisitos esenciales e indispensables que se prescriben en el Título III del Libro I, y los que, aun llevándolos con todas estas circunstancias, hayan incurrido dentro de ellos en falta que hubiese causado perjuicio a tercero [...]”.

890

“Se reputará quiebra fraudulenta la de los comerciantes en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:

[...]

3.º No haber llevado libros o, llevándolos incluir en ellos, con daño de tercero, partidas no sentadas en lugar y tiempo oportunos. [...]”

y, finalmente, 891

“La quiebra del comerciante, cuya verdadera situación no puede deducirse de sus libros, se presumirá fraudulenta salvo prueba en contrario”.

VI. b) Impugnación de la calificación mercantil.

Siendo factible que la calificación del quebrado se fundamente en presunciones ‘*contra fallido*’, ‘*cuasi reo*’, es dable que en uso de la oposición que puede ejercer el deudor fallido frente a la ‘propuesta’ de los Síndicos o del Ministerio Fiscal (artículo 1.385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), o en el mismo recurso de apelación que interponga contra la resolución que se dicte resolviendo el incidente de calificación, se fundamenten las pretensiones de éste en que tales pronunciamientos vulneran la robra fundamental establecida por el artículo 24.2 de la Carta Magna, entre otras cuestiones, en aras de evitar que quede expedita la vía penal, a la que se llega mediante una actuación totalmente proscrita por los más elementales principios del Derecho punitivo.

Partiendo de la premisa expuesta en anteriores apartados, es totalmente factible invocar la presunción de inocencia en los procedimientos que sustenten la aplicación del derecho sustantivo de los comerciantes.

VI. b1) Presunción de culpabilidad.

El ordinal 889 del colacionado texto normativo, invirtiendo la carga

probatoria que debiera acomodarse única y exclusivamente en los dominios de la parte sindicadora, impone que, salvo que se probare lo contrario por el comerciante, se *presumirá* que su quiebra ha sido culpable si éste no llevó los libros de contabilidad en la *forma* y con *todos* los requisitos esenciales e indispensables que prescribe el Título III del Libro I ⁽⁹³⁾.

Así, a unos meros defectos formales se les atribuyen cualidades hercúleas, tan poderosas que convierten al comerciante, contingentemente inexperto, en protagonista de todo un procedimiento penal. Habrá de advertirse, en este orden de cosas, que el Código de Comercio, irritantemente, no exige que, al menos por impericia mercantil, se haya producido perjuicio a tercero. Basta que no se cumpla alguna formalidad ‘esencial’, formalidades, por otro lado, más cercanas a una pena thailandesa que a una contabilidad funcional, inteligible y sencilla, para que se califique, salvo prueba en contrario, al deudor como culpable ⁽⁹⁴⁾. Todo esto empero la existencia del haz que comienza a dislumbrar el Tribunal Supremo respecto a la aplicación del principio de presunción de inculpabilidad en la Jurisdicción Contable ⁽⁹⁵⁾.

A mayor abundamiento, es menester tener en cuenta que, respecto a tal contabilidad, el empresario habrá de endilgar balances e inventarios, realizar la llevanza de los libros de Inventarios, Cuentas anuales, Diario, eventual libro o libros de actas (sociedades mercantiles) y peregrinar por una ubérrima legislación. Así, entre otras, las formalidades establecidas por el Código Mercantil en los artículos 25 a 29; Orden de 30 de noviembre de 1933; Orden de 19 de julio de 1943; Ley de 24 de julio de 1973 (modificando el Código de Comercio ajustándolo a las necesidades creadas por la mecanización contable); Real Decreto 1.348/1985, de 1 de agosto; Ley de 25 de julio de 1989 (sobre reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directrices de la Comunidad Europea en materia de sociedades); Reglamento de Auditoría de Cuentas (Real Decreto 1.636/1990, de 20 de diciembre).

Todo este cúmulo de factores hacen que no sea desdeñable la argumentación de que, ante tal tecnicismo que desborda sobremanera al propio especialista, el enfrentarse a una contabilidad mercantil con la ayuda de tan

(93) Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *Ob. cit.*, pág. 425: “[...] dos variantes de quiebra, la fraudulenta y la culpable, terminología traducida al léxico jurídico-penal como dolosa e imprudente”.

(94) URÍA, *Ob. cit.*, pág. 61, justifica la rigurosidad de estas formalidades e, ínsitamente, tal inversión de la carga en base a unas “[...] exigencias de *orden público*, para que en el supuesto de quiebra se pueda reconstruir la integridad del patrimonio del quebrado [...]”

(95) En ese sentido la STS. de 22 de mayo de 1990, y las de la Sala de Apelación del Tribunal de Cuentas de 26 de abril de 1988 y de 22 de junio de 1993. Al respecto, vid. MUÑOZ ÁLVAREZ, *Ob. cit.*, pág. 3.

dispersas e inextricables disposiciones no produce más que la posibilidad de incurrir en el *error*. El extrapolar a este campo el espíritu que inspiró el artículo 6 bis a) de nuestro Código Penal nos conduciría a soluciones, cuando menos, mucho más acertadas, puesto que imponer una presunción '*iuris tantum contra fallido*' apoyada en pilares tan titubeantes no hace más que cercenar los más mínimos principios de seguridad jurídica y en definitiva poner en jaque todo el sistema.

Así MIR PUIG, expone, respecto al error de prohibición: "[...] si es vencible deja paso a la imprudencia por la falta de cuidado que el sujeto demuestra al no haber advertido la prohibición cuando en sus condiciones el hombre medio lo hubiera hecho, y si es vencible determina la impunidad por falta de dolo e imprudencia. Se sigue de lo anterior que, según nuestro planteamiento, no sólo debe contemplarse en el injusto el 'dolo natural' [...] debe examinarse el '*dolus malus*', con su doble contenido clásico de conocimiento de la situación y conocimiento de la prohibición [...]" ⁽⁹⁶⁾.

No obstante, no parece coherente sostener, respecto al caso de la presunción comentada, que deba considerarse como quebrado culpable al que llega a tal estado de manera fortuita pero acompañado de deficiencias formales en su contabilidad, con conocimiento o sin éste, cuando ni siquiera se han producido perjuicios a terceros más allá de los ínsitos a la quiebra. Es decir, si bien es cierto que la quiebra produce perjuicios a los acreedores del fallido, no lo es menos que la consecución del estado de sobreseimiento de pagos es un hecho totalmente inconexo con el de llevar una contabilidad que adolezca de algún requisito.

De manera indubitada, la existencia de tal presunción no puede más que calificarse de caduca y, tras la promulgación de la Ley de leyes, de inconstitucional. Será a la parte acusadora a la que incumba, comisoriamente, articular una adecuada *relación de causalidad* ⁽⁹⁷⁾ entre la defectuosa contabilidad y el 'fallimiento' ⁽⁹⁸⁾. En caso contrario, si ambas circunstancias son

(96) Así MIR PUIG, *Derecho penal*, Parte general, Barcelona, 1990, pág. 670.

(97) Postula, como no podía ser menos, la aplicación de la relación de causalidad al campo mercantil COBO DEL ROSAL y OTROS, *Derecho penal*, Parte especial, Valencia, 1990, pág. 890, afirmando categóricamente: "Incluso, desde el punto de vista mercantil, no resulta en absoluto evidente que el Código de Comercio prescindiera en todo caso de la relación causal".

(98) Cfr. MIR PUIG, *Ob. cit.*, pág. 229 acotando inicialmente el concepto de relación de causalidad: "[...] no basta la realización material del mismo, sino que es preciso que dicha realización material sea imputable jurídicamente a aquel comportamiento. Éste es el sentido de la exigencia de la llamada 'imputación objetiva' [...] es necesario que la causación del resultado se deba a la conducta contemplada, es decir: que exista una relación de causalidad entre la conducta y el resultado", para continuar matizando en la pág. 245: "[...]

independientes, la quiebra habría de calificarse de fortuita y reprimir de manera más acorde con un Estado social y democrático de Derecho ⁽⁹⁹⁾ los meros e inocuos defectos formales.

VI. b2) *Presunción de fraudulencia.*

Como refleja el artículo 890 del texto mercantil ‘puesto a la picota’, la presunción alcanzará la cota de la fraudulencia si existen no defectos formales, sino ausencia de libros de contabilidad ⁽¹⁰⁰⁾. El precepto subsiguiente, alcanzando el ‘*sumum*’ de la badomía, equipara al quebrado que, aun llevando libros de contabilidad, incluso con todas las formalidades pertinentes, y sin haber dañado intereses de terceros, no se dedujere claramente el origen y naturaleza de su fallimiento con el quebrado defraudador.

Respecto al primero de éstos, de idéntica manera que lo es la presunción de culpabilidad comentada, constituye una afrenta a la Suprema Ley de nuestro ordenamiento jurídico. Se pretende inferir que la inexistencia de libros de contabilidad es la causante del estado de quiebra del comerciante, y al haber alcanzado ésta sin aquéllos, se sanciona al comerciante con la consideración, más que infamante por sus consecuencias, de defraudador. Siendo cierto que en la actualidad es poco probable la existencia de una actividad mercantil sin un control contable de meridiana rigurosidad, no es menos cierto que en determinados campos comerciales, en los que las transacciones económicas no son de notoria importancia, este extremo es totalmente factible.

Por otra parte, matizando el precepto comentado, éste se aplicará cuando hubiese una orfandad *total* de libros de contabilidad, puesto que existiendo éstos, si no cumplieren las exigencias contables comentadas en el apartado anterior, incurrirían en lo descrito por el artículo 889 referente a la quiebra culpable y no en fraudulencia.

Dando por reproducido lo argumentado para la presunción de negligencia en presencia de defectos formales en la contabilidad, cabe aquí, con aún mayor ímpetu que en el anterior apartado, exponer que la presencia de tal planteamiento en un texto normativo patrio constituye una aberración para un ordenamiento que se dice subordinado a lo dispuesto por el Legislador constitucional. Y este abundamiento en la crítica lo es por el hecho de

(...) Siempre que falte la relación de causalidad según la teoría de la equivalencia de las condiciones, faltará la imputación objetiva por ausencia de la creación del riesgo [...]”.

(99) Vid. al respecto MIR PUIG, *Ob. cit.*, págs. 81 y ss.

(100) Vid., por todos, BROCA-MAJADA, *Ob. cit.*, págs. 2.579 y ss.

que el vetusto texto de los mercaderes considera, con todos los efectos tanto civiles como penales que acarrea, que la no llevanza de libros es condición suficiente para inferir que la quiebra, eventualmente casual o negligente, pasa a convertirse en sobreseimiento realizado por un defraudador, y esto sin necesidad, reiterándonos, de haber causado perjuicios a terceros más allá de los que atañen a la quiebra, incluso a la fortuita.

Más coherente parecería, en lo concerniente a la llevanza o no de contabilidad, deducir una clasificación tricotómica.

Deduciendo, efectivamente, que el sobreseimiento tiene su razón de ser en la intención, en perjuicio de terceros, de alcanzar éste, la existencia de libros, contenido y perfección de éstos, es un dato totalmente irrelevante, siendo éste el único caso en el que el deudor merece ser sancionado como defraudador al haber menospreciado las relaciones comerciales basadas en el crédito y la confianza mercantil y perjudicado el patrimonio de sus acreedores.

A sensu contrario, esto es, si la quiebra ha sido alcanzada fortuitamente, el mero hecho de haber llevado una contabilidad escrupulosa o no, es circunstancial. Por último, si el fallimiento no fue buscado de propósito (fraudulento) pero éste se alcanzó por una negligente actividad del comerciante en su control, para calificar la quiebra como culpable habremos de remitirnos a lo explicitado respecto al error del mercader en la llevanza de su contabilidad.

Por lo que se refiere al artículo 891 del Código de Comercio, si no quisiéramos pecar de incompletos, nos tendríamos que ceñir a explicitar, someramente, que existen pocos preceptos en nuestra legislación que sean tan discordes con el artículo 24.2 de nuestra Constitución. Sin embargo, la capital importancia de dicho ordinal, hace obligado un comentario, si no completo, al menos más extenso.

El silogismo que debemos inferir, pese al empecinamiento en inadmitirlo, es bien sencillo. El constitucional derecho a ser considerados inocentes de cualquier atribución desfavorable, hasta que fehacientemente no se probare lo contrario, es totalmente invocable en la jurisdicción civil. El principio '*in dubio pro reo*', al que en este caso podríamos denominar '*in dubio pro debitori*', pertenece al anterior que ostenta la categoría de derecho fundamental. El concluir que la quiebra de la que no se deduzca otra cosa será fraudulenta no hace más que decapitar el principio de '*in dubio pro reo*', por ende el de la presunción de inocencia y constituir una clara y diáfana vulneración del mandato constitucional.

Aduciendo el viejo brocardo que dijera Gayo “*semper in dubiis benigniora praeferenda sunt*”, o como esgrimiera Decio “*interpretatio mitior semper in dubio capit debit*”, cabe decir que nuestra jurisprudencia conceptúa el aforismo del ‘in dubio pro reo’ como un “[...] principio auxiliar que se ofrece al juez a la hora de valorar la prueba, de modo que, una vez practicada, si no llega a ser bastante para que pueda formar su convicción o apreciación en conciencia, en orden a la culpabilidad o no del procesado, sus razonadas dudas habrá de resolverlas siempre en favor del reo” ⁽¹⁰¹⁾.

Pese a que casi con unanimidad la doctrina y la jurisprudencia sostienen la autarquía entre el principio de presunción de inculpabilidad y el de ‘in dubio pro reo’ ⁽¹⁰²⁾, es más acorde con la teleología del primero sostener que el principio ‘in dubio pro reo’ es un componente sustancial de ésta, puesto que como terminantemente afirma Roxin —citado por BACIGALUPO ZAPATER ⁽¹⁰³⁾— : “[...] *El contenido material de la presunción de inocencia es, si se prescinde del núcleo que corresponde al principio ‘in dubio pro reo’, hasta ahora poco claro*”.

La postura del Magistrado del Tribunal Supremo, pese a que el mismo tribunal jamás la ha adoptado, fue ya acogida por la importante STC. de 28 de julio de 1981, la cual consideró al principio ‘in dubio pro reo’ como parte integrante del derecho fundamental albergado en el artículo 24.2 del texto constitucional, incluso en el voto particular del Magistrado don Ángel Escudero del Corral.

Junto con el argumento de la no ‘minimización’ de la presunción de inocencia ⁽¹⁰⁴⁾, habría que esgrimir que “[...] si el Juez condena sin observar

(101) Iter jurisprudencial formado por las STS. de 8 de noviembre de 1971, 18 de febrero de 1982, 30 de enero y 7 de noviembre de 1983, 18 de noviembre de 1985, 5 de mayo de 1986 y de 5 de febrero de 1987 junto con la STC. de 28 de enero de 1987.

(102) Por todos, GIMENO SENDRA y OTROS, *Derecho Procesal*. Proceso Penal. Tomo II, Valencia, 1990, págs. 79 y ss. Respecto a la jurisprudencia, vid. las STS. de 21 de mayo de 1979, 31 de enero de 1983, 6 de mayo de 1986, 14, 21 y 23 de enero y 6 de febrero de 1987, y de 19 de noviembre de 1990.

(103) BACIGALUPO ZAPATER, *Presunción de inocencia, ‘in dubio pro reo’ y recurso de casación*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales, mayo-agosto 1988, págs. 365 y ss. citando a Roxin, Claus en Strafverfahrensrecht, 19ª Ed., 1985, pág. 59. En el mismo sentido, el XII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal (Hamburgo, 1979. Actas del Congreso, págs. 554, 560 y 566), concluyó que: “[...] la presunción de inocencia es un principio fundamental de la justicia penal, que se integra, por lo menos, de los siguientes puntos: [...] d) en la duda, la decisión definitiva debe ser la más favorable al inculpado”.

(104) Postura defendida por RODRÍGUEZ RAMOS, *Presunción de inocencia no minimizada*, La Ley, Tomo IV, 1983 y por el mismo BACIGALUPO ZAPATER, *Ob. cit.*, junto a otros destacados juristas citados por este último: Roxin, *Loc. cit.*, pág. 81 y Stree, *In dubio pro reo*, 1962, pág. 19.

(105) Cfr. de BACIGALUPO ZAPATER, *Ob. cit.*, de Hanack, Löwe-Rosenberg StPO, cit. 377, núm. 14.

este principio, aplicará falsamente el Derecho de fondo”⁽¹⁰⁵⁾, por lo que si se pretende una dicotomía de estos principios, se corre el peligro de que la conculcación del ‘in dubio pro reo’ produzca una inhibición de la eficacia de la presunción de inocencia, ya que si hay duda de una, e incluso la totalidad de las pruebas, no se constituirá prueba de cargo, por lo que no habrá una actividad probatoria y por su inexistencia no se podrá inferir una culpabilidad... la ligazón entre presunción de inocencia e ‘in dubio pro reo’ es tal que pretender separarlos es causar la muerte de ambos.

Expuesta la pertenencia del principio ‘pro debitoris’ al artículo 24.2 de la Constitución y la aplicación de éste en el orden mercantil, no es de recibo otorgar la calificación de fraudulenta a una quiebra sobre la cual no se ha deducido su naturaleza. Tal práctica nos podría llevar a suplir la impericia del Comisario o de los Síndicos en su estudio contable con una automática consideración de defraudación. De ninguna de las maneras es admisible sostener que la tenebrosidad sobre el origen del fallimiento es el fundamento que tiene el Juez para dar luz a la calificación más grave posible en lo tocante a la quiebra, máxime cuando el artículo 1.142 del Código de Comercio de Sáinz de Andino, referenciado por el ya reproducido artículo 1.385 de la Ley Rituaria, no pudiendo ser de otro modo, impone que incumbirá a las partes la probanza de los extremos defendidos, incluso aquéllos postulados por las acusadoras, con la dicción

“En el caso de oposición podrán, así los Síndicos y el Promotor fiscal como el quebrado, usar de los medios legales de prueba para acreditar los hechos que respectivamente hayan alegado. El término para hacer esta prueba no excederá de cuarenta días”.

En conclusión, y sin escatimar epítetos, huelga decir que este compendio de presunciones ‘contra fallido’ no son sólo cortapisas para la creación de empresas y fortalecimiento del mercado de trabajo, sino que constituye un verdadero atentado contra el texto cuspide de la pirámide normativa patria. Argumentando la inconstitucionalidad de las presunciones de culpabilidad y fraudulencia, se pretende, en primer lugar, articular un mecanismo que evite calificaciones asentadas en terrenos pantanosos y sus colaterales efectos civiles, apuntar una nueva solución para impedir la apertura de un injustificado procedimiento penal y erradicar las interdicciones del quebrado no fraudulento. En segundo lugar, aunque de mayor importancia, acotar dos tesis de impugnación en orden a hacer efectivos unos derechos fundamentales que en muchos casos el propio legislador, y lo que es más grave el juzgador, provocan que sean intrascendentes del ámbito de la mera declaración de principios.

VI. c) Efectos de la calificación mercantil.

Llegados a este punto de la exégesis que realizamos del juicio universal de la quiebra, nos encontramos que con la calificación de no fortuita se producen unos efectos, tanto civiles como penales, de enjundioso calibre.

Partiendo de unos presupuestos tan falaces como son las execrables presunciones colacionadas, es factible constreñir al quebrado a un cúmulo de interdicciones legales de orden 'privado' y hacerle protagonista de un procedimiento penal del que, cuando más, es posible, que no probable, que sea culpable. Ante tales premisas del silogismo es algo más que desproporcionado el desplegar toda esta '*maquinaria pesada*' del sistema, más propia de invocar en la defensa de otros bienes jurídicos que, notoria y realmente agredidos, son mucho menos amparados.

Según se tratará de exponer a continuación, las '*presunciones mercantiles*' que califican al quebrado no alcanzan la categoría de los '*indicios racionales de criminalidad*' que han de ser palpables siempre en la incoación de un procedimiento penal, por lo que, a pesar de querer justificarlo aduciendo la independencia del juez civil y el penal, el abrir un procedimiento penal cuando el juez civil calificó en base a conjeturas, es totalmente injustificado.

VI. c1) Procedibilidad para la vía penal.

Tal y como preceptúa el artículo 1.300 de la Ley procesal de 1881

"Declarada por sentencia firme la culpabilidad del concursado, cuya declaración se entenderá sólo para los efectos civiles, el Juez mandará proceder contra él criminalmente en la misma pieza tercera. La sustanciación se acomodará en adelante al orden de proceder establecido para el juicio criminal" ⁽¹⁰⁶⁾.

Al unísono, tanto la doctrina científica ⁽¹⁰⁷⁾ como las Salas de nuestros

(106) En relación, entre otros preceptos, con el 896 del Código de Comercio, cuya dicción literal reproducimos

"En ningún caso, ni a instancia de parte ni de oficio, se procederá, por los delitos de quiebra culpable o fraudulenta, sin que antes el Juez o Tribunal haya hecho la declaración de quiebra y la de haber méritos para proceder criminalmente".

(107) Vid. la obra completa al respecto de BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico*, Madrid, 1978, por citar dos corrientes dispares, vid. COBO DEL ROSAL y OTROS, *Ob. cit.*, pág. 894, quien lo cataloga no como condición objetiva de penalidad ni como cuestión prejudicial, sino como, "[...] simplemente, de presupuestos necesarios para la apertura del proceso penal" frente a MUNOZ CONDE, *Ob. cit.*, pág. 335, que sí estima que constituya condición objetiva de penalidad. A los efectos que comentamos, tal diferenciación no es indiferente, ya que lo que nos interesa destacar es su ineludible necesidad para procecer en la vía penal.

más altos Tribunales ⁽¹⁰⁸⁾, declaran que la culminación del juicio universal de la quiebra, esto es, la calificación, es requisito previo e indispensable para que quede expedito el proceso penal ⁽¹⁰⁹⁾.

Sin embargo no cualquiera de éstas faculta la apertura del procedimiento punitivo. Siguiendo a COBO DEL ROSAL y OTROS, “[...] existe una vinculación negativa del Tribunal penal a lo resuelto por la jurisdicción civil: sin la declaración de quiebra fraudulenta o culpable, el delito de quiebra no puede perseguirse” ⁽¹¹⁰⁾. Conociendo el quebrado fraudulento que la llave de las Salas de lo penal de nuestros tribunales está ubicada al final del procedimiento civil, tal y como se comentó anteriormente, la dilatación del proceso de liquidación constituye una atractiva fórmula para disminuir los efectos penales ⁽¹¹¹⁾, coyuntura que sólo podría solventarse, pese a no compartirla por la supremacía de los efectos negativos, acogiendo la tesis propuesta por QUERALT JIMÉNEZ ⁽¹¹²⁾, la cual, a tenor de la legalidad vigente, sólo es considerable de *‘lege ferenda’*.

Abierta la vía penal, el procedimiento irá incardinado a dilucidar si el quebrado, culpable o fraudulento civilmente, tiene la misma consideración para el Derecho penal. En ese orden de cosas, habrá que resaltar hasta la

(108) Criterio sentado desde resoluciones que datan del 13 de julio de 1898 hasta las STS. de 4 de abril de 1977 y de 17 de mayo de 1982.

(109) Contra este parecer se decanta QUERALT JIMÉNEZ, *Ob. cit.*, pág. 425, el cual declara: “[...] En efecto, el juez civil declara la quiebra de un comerciante; posteriormente, transcurrida otra fase procesal procede a la calificación de la quiebra. Pero para iniciar un procedimiento penal por quiebra lo único que es necesario es disponer del testimonio de la declaración de quiebra”. Este proceder, además de ser contrario a una clara interpretación de los textos legales mentados hasta el momento y de lo que rezan los artículos 520 y 521 del Código penal, acarrearía infinidad de problemas y contradicciones. Verbi gratia, se iniciaría un procedimiento penal de unos hechos que quizás, ni siquiera en vía civil, podrían calificarse de culpables o fraudulentos.

(110) Cfr. COBO DEL ROSAL y OTROS, *Ob. cit.*, pág. 894. Sin embargo, como recoge el mismo autor, “[...] la declaración de quiebra fortuita no impide el procedimiento criminal por los demás hechos punibles que hubieran podido cometerse, pero sí, desde luego, por la quiebra misma”. Ello es consecuencia de lo establecido por el artículo 897 del Código de Comercio cuyo tenor literal es

“La calificación de quiebra fortuita por sentencia firme no será obstáculo para el procedimiento criminal, cuando de los juicios pendientes sobre convenio, reconocimiento de créditos o cualquiera otra incidencia resultaren indicios de hechos declarados punibles en el Código Penal, los que se someterán al conocimiento del Juez o Tribunal competente. En estos casos deberá ser oído previamente el Ministerio Público”.

(111) Criticando tan perjudicial normativa, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte especial, Madrid, 1990, pág. 489: “[...] Prácticamente son delitos perseguibles a instancia de parte, a causa de estar condicionada la persecución penal a la calificación de la quiebra en el procedimiento civil, lo que favorece la impunidad de las formas más graves donde los acreedores se retraen de acudir a los Tribunales por no haber perspectivas de recuperación, siquiera parcial, de sus pérdidas”.

(112) Vid. nota 109.

saciedad, que la declaración y la calificación de la quiebra en sede civil no prejuzga para nada la calificación de la quiebra en sede penal ⁽¹¹³⁾.

Estudiadas las pruebas, el juzgador penal habrá de dilucidar si éstas han compelido su íntima convicción en el sentido de considerar al quebrado como reo de los injustos tipificados en los artículos 520

“El quebrado que fuere declarado en insolvencia fraudulenta, con arreglo al Código de Comercio, será castigado con la pena de prisión mayor”.

y 521 del vigente Código penal

“El quebrado que fuere declarado en insolvencia culpable por alguna de las causas comprendidas en el artículo 888 del Código de Comercio incurrirá en la pena de prisión menor”.

En efecto, el eventual reo del delito de quiebra lo será de alguno de estos dos tipos según “[...] la calificación jurídico-penal que haga el juez penal siguiendo los criterios del Código de Comercio [...]” ⁽¹¹⁴⁾.

Se trata, por tanto, de *normas penales en blanco* ⁽¹¹⁵⁾, lo que conlleva infinidad de problemas en cuanto a una escrupulosa aplicación del Derecho punitivo de un Estado que propugna en su Carta Magna ser de Derecho ⁽¹¹⁶⁾. Ello es así, por cuanto hay que considerar totalmente inconstitucional todo precepto que disponga de algún derecho fundamental, aquí la libertad, con remisión a textos cuya promulgación no haya sido por norma con rango de *Ley Orgánica* ⁽¹¹⁷⁾, como ha repetido hasta la saciedad nuestro Tribunal Constitucional, por todas, en STC. de 18 de enero de 1993. Tal categoría debieran

(113) Vid. la esclarecedora STS. de 13 de junio de 1959. En el mismo sentido BAJO FERNÁNDEZ, *Ob. cit.*, págs. 145 y ss.; COBO DEL ROSAL y OTROS, *Ob. cit.*, pág. 895 (reseñando algunas reservas al respecto realizadas por RODRÍGUEZ DEVESA, *Ob. cit.*, págs. 489 y ss.); LANDROVE DÍAZ, *Las quiebras punibles*, Barcelona, 1970, págs. 89 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Ob. cit.*, pág. 335; QUERALT JIMÉNEZ, *Ob. cit.*, pág. 425; VILADAS JANE, *Los delitos de quiebra*, Barcelona, 1982, págs. 105 y ss.

(114) Por todos, QUERALT JIMÉNEZ, *Ob. cit.*, pág. 425. Obviamos el estudio de la figura del cómplice, tipificada en el artículo 522 del Código penal, por no tener trascendencia en los comentarios a realizar.

(115) Sobre tales normas, vid. las STS. de 19 de febrero de 1981 y de 24 de septiembre de 1988. Comentan la suerte de esta remisión, entre otros MUÑOZ CONDE, *Ob. cit.*, pág. 335, calificándolo de ‘desafortunado’; RODRÍGUEZ DEVESA, *Ob. cit.*, pág. 489.

(116) Respecto a la pertenencia del principio de legalidad, en sus vertientes formal y material, como fundamento del Estado social y democrático de Derecho, vid. MIR PUIG, *Ob. cit.*, págs. 81 a 97.

(117) En términos semejantes, la obra completa de BACIGALUPO ZAPATER, *Las bases institucionales de la política criminal española en los últimos años. El principio de legalidad como tarea inconclusa*, Foro Canario, nº 87, enero-abril 1993, págs. 11 y ss.

ostentarla, al menos, los preceptos a la que se remite la norma penal sustantiva ⁽¹¹⁸⁾, en defecto de tenerla el texto completo.

La inobservancia de los ‘padres de la patria’ hacia tal postulado, no es más que un modo de burlar la reserva de Ley, para más abundamiento Orgánica, a que se halla afecta la materia penal.

Por otro lado, no deja de ser, cuando menos paradójico, que un texto represivo se remita en sus consideraciones a otro cuya finalidad dista mucho de ser la del primero ⁽¹¹⁹⁾.

No obstante, como ya declarase la STS. de 5 de diciembre de 1988, el juez penal debe examinar los presupuestos de la declaración desde la perspectiva que le es propia, esto es, analizando si concurren los presupuestos de la infracción criminal ⁽¹²⁰⁾. Y como propio, donde fue auspiciado su nacimiento, cabe mentar el presupuesto fundamental de la Justicia penal que no es otro que el derecho a la presunción de inocencia.

Por encontrarse más que argumentada la aplicación de tal principio en este campo que le es propio, obviamos su referencia. Por ello, la aplicación de aquellas presunciones que cobijaba el texto de los mercaderes para calificar las quiebras como culpables y fraudulentas, no son propias de un derecho como el punitivo que, afortunadamente, tiene más que superados tan arcaicos procederes. Superación que, en la búsqueda de una consideración, cuando menos de mayor seriedad, debieran anhelar esas otras ramas del ordenamiento jurídico ⁽¹²¹⁾.

Así pues, la sentencia penal deberá declarar la culpabilidad del quebrado ‘culpable’ y del fraudulento, basándose inexorablemente en contundentes

(118) Solución apuntada por QUERALT JIMÉNEZ, *Código penal y Ley Orgánica*, Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, I, 1992, págs. 49 y ss. Vid., también, el texto completo de BORJA JIMÉNEZ, *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal: estado actual de un debate permanente*, Revista General de Derecho, nº 585, 1993.

(119) Así, MUÑOZ CONDE, *Ob. cit.*, pág. 345, dando propuestas de ‘*lege ferènda*’, explícita, como fin a alcanzar: “[...] evitar que sea toda una definición jurídica mercantil la que entre en el campo represivo”.

(120) Doctrina que fue sentada por el Tribunal Supremo ya desde las STS. de 14 de abril de 1906, 26 de diciembre de 1914, 27 de mayo de 1929, 4 de julio de 1931, 29 de marzo de 1968 y de 15 de octubre de 1974.

(121) Rechazando todo valor absoluto en Derecho penal a las presunciones establecidas por el Código de Comercio, BAJO FERNÁNDEZ, *Ob. cit.*, pág. 147. En idénticos términos, MUÑOZ CONDE, *Ob. cit.*, pág. 339.

pruebas de cargo ⁽¹²²⁾, y no en conjeturas, indicios y presunciones ⁽¹²³⁾ que si bien pueden significar algo para otros sectores, en el Derecho penal, laureándolo, están proscritos desde tiempos inmemoriales.

Se aduce un nuevo mecanismo para abstraerse de la ‘irradiación’ de los nefastos efectos derivados de la declaración y calificación de la quiebra, basado en que, junto a la discutible constitucionalidad de los preceptos penales, por no estar cincelados por la mano de las Cámaras legislativas en su más garante procedimiento de creación de normas, en lo referente a su remisión, nos encontramos que en el orden penal las presunciones que desde aquí se abogaban como inaplicables en el campo mercantil, lo son, aún más si cabe, en el punitivo.

Por si ello no bastare, en lo tocante a la quiebra culpable, es menester comentar que dada la remisión explícita del ordinal 521 del Código Penal al artículo 888 del Código mercantil, no cabrá, de ninguna de las maneras, ampararse en las presunciones de culpabilidad establecidas en el precepto número 889 del Código de Comercio ⁽¹²⁴⁾.

Por último, hemos de comentar la redacción que tienen dichos tipos en el denominado “Código penal de la Democracia”, último Proyecto de Código penal que no pasó, como tantos de sus antecesores, de ser simplemente futurible. El ahora decaído Proyecto de 1992 recoge sustanciosas reformas al respecto. Así, el artículo 267 reza

“1. El que fuere declarado en quiebra, concurso o suspensión de pagos será castigado con las penas de prisión de dos a seis años

(122) El único e imprescindible ‘modus operandi’ que ha de adoptar la parte acusadora para desvirtuar la presunción de inocencia que le es inherente al sujeto imputado, es la presentación en el juicio oral de pruebas de cargo legalmente obtenidas y suficientemente contundentes como para romper tal presunción iuris tantum garantizada por la Ley Constitucional de 27 de diciembre de 1978. Entre infinidad de ellas valgan las expresivas STC. de 3 de octubre y de 21 de diciembre de 1983.

Ha de entenderse por actos de prueba enervantes de la presunción comentada, aquella actividad de la acusación, dirigida a obtener la ‘íntima convicción’ del Tribunal sobre la preexistencia del hecho punible afirmado y la participación de su autor con todas sus circunstancias. Así las STS. de 5 de noviembre de 1979 y de 27 de junio de 1980. En el mismo sentido, inclinándose los tribunales a adoptar la postura de la acusación única y exclusivamente en el caso de que ésta venga robustecida por datos objetivables de incontestable contumacia, las STS. de 27 de mayo de 1988, 4 de mayo y 8 de octubre de 1990 y la de 9 de septiembre de 1992.

(123) Así, COBO DEL ROSAL y OTROS, *Ob. cit.*, pág. 891, expone: “[...] Que, en el ámbito penal, se exija, en todo caso, la *realidad* del fraude, sin plegarse a las ficciones mercantiles, no es más que una consecuencia de la naturaleza de la regulación punitiva”.

(124) Así se manifiestan, LANDROVE DÍAZ, *Ob. cit.*, págs. 212 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Ob. cit.*, pág. 340.

y multa de ocho a veinticuatro meses, cuando la situación de crisis económica e insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o por persona que actúe en su nombre.

[...]

3. El presente delito y los delitos singulares relacionados con éste, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa.

4. En ningún caso la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la Jurisdicción penal”.

En el texto proyectado se da unicidad en el tratamiento a las insolvencias clásicas (suspensión de pagos y quiebra frente a la figura de nueva creación de opacidad crediticia y al también clásico alzamiento de bienes —artículos 265.1 y 266—), sin prestar atención, como ya venía siendo reclamado por la doctrina, a la clase que fuere ni a la condición que tuvieran sus protagonistas, comerciantes o no. Se incluye en el texto penal sustantivo el mandato, inicialmente propuesto por la jurisprudencia, de independencia entre el juez civil y su homólogo penal. Siendo un texto que incrimina explícitamente las formas imprudentes, abandonando la práctica actual de la genérica aplicación —si cupiere— del artículo 565 del texto positivo, se observa que la quiebra culpable, loablemente, desaparece del cuerpo del texto represivo.

Quizás la medida de mayor notoriedad la constituye el hecho de facultar la apertura del procedimiento penal sin necesidad de esperar a la calificación de la quiebra hecha por el juez civil. Al adoptar la postura de cierto sector doctrinal, y de alcanzar la categoría de Derecho positivo, el legislador que promulgue éste no podrá menos que amoldar las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y Código de Comercio que hasta el momento disponen lo contrario. En esa tesitura, no sería cuestión baladí el plantearse el futuro del arresto del quebrado, aún menos justificado con la aparición de tal posibilidad. Tampoco sería de recibo omitir una reflexión acerca de la posibilidad de que la dualidad de procesos coetáneos sobre unos mismos hechos, por dificultad en la defensa del quebrado, quizás vulnere el inalienable derecho a la *tutela judicial efectiva* de que goza todo justiciable por mor del artículo 25 de la Constitución.

VI. c2) *Inhabilitaciones del quebrado.*

Con el mismo menosprecio que durante todo este estudio venimos observando en determinados preceptos legales hacia el texto legal vigente de mayor importancia en nuestro ordenamiento, nos encontramos que desde el momento en que se declara la apertura del procedimiento civil ‘contra’ el quebrado, esto es, desde que en la pieza primera se le declara como tal, el comerciante deudor comienza a sufrir unas interdicciones en base a unas tenebrosas presunciones respecto a la solución de la quiebra.

Estas *pretendidas* medidas cautelares, puesto que son más cercanas a las represivas ⁽¹²⁵⁾ pese a que tal carácter sea negado por el artículo 26.4 del Código penal, se prolongan durante todo el procedimiento hasta llegar a la fase esclarecedora del origen del fallimiento, la pieza tercera de calificación.

Así, sin conocer la naturaleza de la quiebra, e incluso conociendo su carácter fortuito, mantenemos al deudor que sobresee en sus pagos en una posición, como comerciante que aún es, en ocasiones mucho más gravosa que la del propio procesado de cualquier delito común que no sufra prisión provisional ⁽¹²⁶⁾.

En contraposición a lo que ocurre en legislaciones extranjeras más avanzadas al respecto ⁽¹²⁷⁾, en nuestro ordenamiento las interdicciones legales nacen de manera ‘automática’. Sufrirá pues las restricciones no sólo el quebrado fraudulento o culpable, sino el ‘*simple quebrado*’, que no es otro que el aún no calificado. Podrá serlo así aquel empresario cuyo fracaso se deba no a su intención y ni siquiera a sus aventuradas decisiones, sino al riesgo normal de la actividad comercial o a la misma crisis económica general.

(125) Así, BAVETTA, *Efecti personali del fallimento e prospettive di riforma*, en Actas del Congreso de legislación de quiebras, Monza, 1972, pág. 572, mantiene que estas limitaciones tienen naturaleza penal y representan la sanción a un hecho que perjudica a los intereses generales.

(126) Justificando la existencia de estas medidas, la STS. de 30 de junio de 1978 señala que la insolvencia, o al menos, la puesta en entredicho de la solvencia patrimonial “[...] es precisamente lo que en el Derecho histórico y en el vigente hizo entrar en juego determinadas disposiciones legales excluyentes de ciertos cargos y facultades a quienes carecen de plenitud de poder patrimonial y a las que tienen en cuenta la insolvencia, en favor de la estabilidad jurídica o de determinadas clases de personas, tales como en orden al ejercicio del comercio en nombre propio o ajeno [...], para ser Agente de Cambio y Bolsa [...], a efectos de ser tutor o protutor [...], no poder ser elector ni elegible [...], y no poder ser Juez o Magistrado”. Afortunadamente en los últimos tiempos se ha iniciado en nuestro país una tendencia dirigida a la supresión de las interdicciones de carácter público. Así por Real Decreto-Ley de 18 de marzo de 1977 (artículo 2), criterio adoptado por el ordinal 3.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, se vino a concluir la práctica del legislador que venía vedando el ejercicio del sufragio activo y pasivo al quebrado.

(127) La legislación francesa (Ley 88-89 de 25 de enero), vincula tales efectos a una contingente declaración de culpabilidad del deudor, no a la mera declaración de quebrado.

Estas interdicciones legales del '*simple quebrado*' constituyen verdaderas afrentas a la Ley de leyes, al vulnerar descarnadamente derechos fundamentales exaltados y tutelados en aquélla ⁽¹²⁸⁾.

Comentamos anteriormente la frontalidad del arresto del quebrado con el derecho a la presunción de inocencia. Junto a ello, cabe decir que, constituyendo una retribución anticipada, como de facto es, se defenestra el *principio de resocialización y prevención de la pena*.

Calificado el quebrado, si ésta no ha sido fortuita, las consecuencias no se harán esperar. Es más, junto a la inminente apertura del procedimiento penal antes aludida, se reforzarán las interdicciones que ya desde la declaración de quiebra venían operando sobre el comerciante, todo ello, sin doler-nos en prenda repetirlo, partiendo de tan titubeantes fundamentos como son las presunciones '*contra fallido*'.

Con la apertura del proceso penal en las quiebras consideradas civilmente como culposas se decapita el principio de *intervención mínima* que debe inspirar al Derecho penal, puesto que tal consideración dista, en ocasiones abismalmente, de la apreciación de indicios de criminalidad con que han de iniciarse tales procesos. Siendo el Derecho penal la '*última ratio*' de un Estado social y democrático de Derecho, no parece justificado tutelar con tan contundente herramienta unos intereses que no son otros que los particulares, puesto que, resaltando este carácter fragmentario, habría que reconsiderar si el sistema crediticio, las relaciones comerciales y el sistema económico, en definitiva, el bien jurídico-penal protegido, se ven peligrados con quiebras no fraudulentas.

Junto a las ya comentadas limitaciones que vienen a ser desplegadas desde la pieza primera del procedimiento ⁽¹²⁹⁾, el elenco de disposiciones que

(128) La doctrina más vanguardista, haciéndose eco de las posturas existentes en el Derecho comparado, comienza a criticar la limitación de los Derechos fundamentales a que se ve sometido el declarado en quiebra. Por todos, MARTÍNEZ FLÓREZ, *Ob. cit.*, pág. 33.

(129) Una vez más el legislador español se destaca por mantener unas medidas tan desmesuradas en la represión como en la ineficacia. Así el artículo 13.2 del Código de Comercio establece

"No podrán ejercer el comercio ni tener cargo ni intervención directa o administrativa debidamente inscritas en el Registro Mercantil

[...]

2.º Los declarados en quiebra, mientras no se haya obtenido rehabilitación o estén autorizados, en virtud de convenio aceptado en junta general de acreedores y aprobado por la autoridad judicial, para continuar al frente de su establecimiento; entendiéndose en tal caso limitada la habilitación a lo expresado en el convenio.

[...]"

Por contra, el Derecho italiano —legislación cit.— inhabilita para el comercio a aquellos que hayan sido declarados culpables de delito de bancarrota. La Ley belga de 1851 y la

merman las constitucionales garantías de todo ciudadano, incluso del quebrado no calificado, es aberrantemente extenso. Siendo imposible realizar un excurso por la totalidad de ellas, sí cabe, al menos, mentar algunas de las más significativas.

Al desaparecer el crédito, entendido como la confianza del acreedor en que el deudor pagará al vencimiento, aparecen no sólo consecuencias personales que excluyen a aquél de actividades que requieren estar en posesión del mismo, sino que el hidalgo legislador patrio le atañe efectos tocantes al honor, la buena reputación y la fama del sujeto ⁽¹³⁰⁾, en definitiva, se le aparta de responsabilidades públicas y privadas ⁽¹³¹⁾ amparados en la nebulosa que le rodea y que no tiene más color que el de la sospecha de la falta de moralidad, cuando, como ya hemos visto, los avatares económicos son los que han podido, en muchas ocasiones, desencadenar el sobreseimiento de pagos.

Indubitadamente estas palabras podrían ser tachadas, en un primer momento, de arcaicas. Sin embargo, esta idea inicial se desvanece al contemplar la vigencia de textos como el Real Decreto 1.144/1988, de 30 de septiembre, de creación de bancos privados e instalación en España de entidades de crédito extranjeras, el cual considera expresamente que la quiebra afecta al honor de la persona.

Este carácter infamante, lejos de desaparecer, se multiplica en toda nuestra legislación. Entre otras, podrían citarse la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que imposibilita la pertenencia al consejo de administración de agencias o sociedades de valores a los *declarados* en quiebra, o la Ley General de Cooperativas y la de 26 de mayo de 1989, que disponen tal

(...) holandesa de 1893 prevén la posibilidad de que el quebrado continúe ejerciendo la actividad mercantil siempre que no afecte a la masa de la quiebra, solución que se apunta, cuando menos, de mayor valor efectivo en cuanto a los intereses de los acreedores, cuyas expectativas de cobro no se ven malogradas con la declaración de quiebra.

(130) Así GUYÓN, *Droit des affaires II, Entreprises en difficultés*, París, 1987, pág. 412, afirma "[...] es inhumano el hecho de no pagar las deudas y que, por lo tanto el quebrado decae de toda su función pública electiva, es borrado de las listas electorales... etc."

(131) Tristemente, los darwinianos argumentos de fines de siglo pasado siguen siendo el fundamento de tales medidas. Así, BENITO Y ENDARA, *Lecciones de Derecho mercantil con sujeción al programa oficial publicado en la Gaceta de 5 de agosto de 1889 para las oposiciones a la judicatura*, Madrid, 1889, pág. 357, explicita que la quiebra es para la sociedad "[...] un depurador de los elementos malsanos que le perjudican [...] viene a recaer en los naturalmente menos capaces, y hay, por consiguiente, una depuración o selección continuada que favorece de un modo extraordinario el desarrollo de la industria mercantil [...] no entran en esta consideración aquellas quiebras producidas por accidentes naturales que perturban el equilibrio económico, y ante las que el hombre se declara impotente [...], también en estos cataclismos las leyes de la mecánica biológica imperan y por virtud de ellas, sucumben los más débiles y resisten los más fuertes, los que tienen complexión más robusta para la vida económica".

imposibilidad a los fallidos para ser directores de cooperativas (artículos 62.1d) y 8.a), respectivamente) equiparándolos a sujetos condenados y procesados por determinados delitos ⁽¹³²⁾, limitación que se aprecia recogida, de igual forma, en el ordinal 9 de la Ley de Contratos de Estado, vedando todo acceso a licitación pública a los declarados como fallidos ⁽¹³³⁾.

En términos semejantes el Real Decreto 1.393/1990, de 2 de noviembre, que desarrolla la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva, establece, para abstraerlos del tráfico mercantil, que en los declarados en quiebra no se apreciará el requisito de 'honorabilidad'.

No faltan tampoco las normas que privan al quebrado de la posibilidad de integrar determinados cuerpos o ejercer determinadas funciones. Así, no podrán ser nombrados registradores ⁽¹³⁴⁾, ni pertenecer al Ministerio Fiscal ⁽¹³⁵⁾, así como ingresar en el notariado ⁽¹³⁶⁾. Por último, procurando no dejar ningún resquicio, en infinidad de textos legales, si bien no recogen explícitamente el término 'quebrado', sí acuden al recurso general de añadir la 'coletilla' del 'pleno ejercicio de los derechos civiles' como cauce eventual para excluir al quebrado de otros derechos y funciones ⁽¹³⁷⁾.

Ante tan generoso catálogo de limitaciones en materias cuya vulneración de derechos fundamentales es, cuando menos, planteable, provoca la perplejidad de cualquier justiciable observar cómo determinadas normas (escasas) cuya enjundia, relevancia e importancia cuantitativa (respecto al colectivo al que va dirigido) es infinitamente menor respecto a las mentadas y que, sin embargo, abordan la cuestión con una sutileza y exquisitez florentinas.

(132) Falsedad, contra la Hacienda Pública, infidelidad en la custodia de documentos, violación de secretos, malversación de caudales públicos, descubrimiento y revelación de secretos, etc.

(133) Aún más, a los que por tan 'poderosas' presunciones son declarados como fallidos culpables o fraudulentos, si esta quiebra sobreviene a la adjudicación del contrato, se les resolverá éste y el quebrado perderá la fianza, pudiendo, ahora sí, provocarse una verdadera e irreparable quiebra. (Artículos 53 y 76 de la Ley de Contratos del Estado y 165 del Reglamento que la desarrolla).

En el artículo 108 del Proyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 26 de octubre de 1992 (serie A, número 109-1) se prevé la posibilidad de continuación del contrato con carácter general para todos los contratos administrativos.

(134) Artículo 280.1 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946.

(135) Ley del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, artículo 44.3 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Ministerio Público.

(136) Artículo 7.3 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944, declarado vigente por el Real Decreto de 8 de junio de 1984, que modificó el primero.

(137) Por todas, la Ley Orgánica 8/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, respecto al ingreso en la Carrera Judicial y la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988, para asumir la función de dirimente de controversias.

Como muestra, se trae a colación el artículo 6.1.c) del Decreto número 444/77, de 11 de marzo, relativo a los juegos ⁽¹³⁸⁾, que establece que la entrada en los locales de juego a los que se refiere el mismo (casinos de juego y círculos y establecimientos turísticos) está prohibida

“[...] a los que por decisión judicial hayan sido declarados [...] culpables de quiebra fraudulenta, en tanto no sean rehabilitados”.

Coligiendo que el vocablo ‘culpables’, lógicamente, hace referencia a lo que el Código de Comercio entiende como ‘calificación’. La dicción reproducida es, sencillamente, plausible. El ‘*automatismo*’ que inspira toda nuestra legislación en lo tocante a la aplicación de medidas cautelares sobre el quebrado, se rompe, desgraciadamente en una regulación tan nimia, para dar paso a una loable ‘*motivación de la interdicción*’. Justificación que no es otra que el haberse dictado por el Juez, pese a la existencia de las presunciones criticadas, que el fallido no lo ha sido casualmente.

Constituye quizás la ‘pica en Flandes’, por tratarse de una norma que regula una actividad mercantil de crucial importancia económica, la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres. En su ordinal 42.1, establece que el transporte público por carretera, así como las actividades auxiliares y complementarias del mismo, únicamente podrán ser llevados a cabo por personas que acrediten las condiciones necesarias de capacitación profesional, *honorabilidad* y capacidad económica. El acierto, que a continuación comentaremos, lo encontramos en el ordinal 44 del mismo texto legal, que reza

“[...] a los efectos previstos en la presente Ley, se entenderá que poseen el requisito de honorabilidad las personas en quienes no concurra ninguna de las circunstancias siguientes:

a) Haber sido condenadas, por sentencia firme, por delitos dolosos con pena igual o superior a prisión menor, en tanto no hayan obtenido la cancelación de la pena.

b) Haber sido condenadas, por sentencia firme, a penas de inhabilitación o suspensión, salvo que se hubieran impuesto como accesorias y la profesión de transportistas no tuviera relación directa con el delito cometido.

c) Haber sido sancionadas de forma reiterada, por resolución firme, por infracciones muy graves en materia de transportes, en los términos que reglamentariamente se determinen”.

(138) Reiterado por el artículo 29.a) de la Orden de 9 de enero de 1979 sobre casinos y círculos de recreo.

Con ello se consigue, por un lado y compatibilizándolo con el artículo 1.046 del Código de Comercio de 1829, permitir al ‘simple quebrado’ continuar ejerciendo su actividad profesional, en base al argumento, entre otros, del desconocimiento de la importancia de su sobreseimiento. Por otra parte, salvaguardadas las ganancias que implementarían la masa activa, los intereses de los acreedores se verían con mayor expectativa de alcanzarse ⁽¹³⁹⁾. Como es de recibo, la contingentemente posterior sanción sería impuesta, sin apartarse un ápice del artículo 24.2 de la Constitución, en atención a la conducta del transportista, esto es, una vez dilucidada ésta.

Continuando en la perplejidad, que alcanza cotas de estupefacción, observamos cómo economías que, de manera indubitada, se caracterizan por ser fuertemente capitalistas, presentando notoria disparidad con nuestro sistema, resuelven el conflicto de intereses planteado, esto es, ‘*intereses de acreedores versus derechos del quebrado*’, en favor de este último, aunando la sapiencia de no desamparar a los primeros.

Mereciendo la emulación, al menos en este sentido, por parte de nuestros legisladores, cabe destacar la posición del sistema estadounidense que, acogiendo la doctrina sentada por la sentencia *Pérez versus Campbell*, “[...] ha establecido una regla general dirigida a la protección del quebrado contra cualquier tratamiento discriminatorio ⁽¹⁴⁰⁾, impidiendo así que las organizaciones gubernamentales o afines puedan denegar, revocar o suspender una licencia, permiso o concesión, o rechazar, poner término o establecer cualquier tipo de discriminación en el empleo con respecto a una persona declarada en quiebra” ⁽¹⁴¹⁾. Aún más, este criterio se ha ido extendiendo hasta alcanzar a los particulares la prohibición de establecer discriminaciones en relación con un quebrado en materia de empleo ⁽¹⁴²⁾.

(139) La tesis de que las interdicciones legales, por contra de beneficiar a los acreedores, en numerosos casos perjudican sus intereses, es defendida, entre otros, por MARTÍNEZ FLÓREZ, *Ob. cit.* La misma autora defiende la continuación del comercio por el fallido, con las cautelas sobre el patrimonio pertinentes. Así, en la pág. 136 expone: “[...] como consecuencia de la inhabilitación para administrar y disponer de los bienes que integran la masa activa y de la ocupación de los mismos, el quebrado queda privado de la posibilidad de continuar ejerciendo el comercio con los bienes que forman el establecimiento o establecimientos existentes; pero nada le impediría iniciar una nueva actividad empresarial o continuar en la misma, por ejemplo, con bienes prestados al efecto por familiares o terceros (siempre que ello no afectara a la masa). [...] estas consideraciones llevan a concluir que el quebrado no está comprendido en el artículo 4 del Código de Comercio [...]”.

(140) Principio que denominan ‘*protection against discriminatory treatment*’.

(141) Cfr. HERZOG KING, *Bankruptcy code*, III, Nueva York, 1979, pág. 254.

(142) En ese sentido, CASTAGNOLA, *La nuova disciplina del fallimento negli Stati Uniti*, Revista Giurisprudenza commerciale —Società e fallimento—, 1987, págs. 362 y ss., recogiendo lo acordado por la *Bankruptcy Amendments Act* de 1984.

Ante el elenco de cortapisas tan efectivo que recoge la legislación española, envidiable para otras cuestiones a las que el legislador sorprendentemente presta menos atención, al ‘simple quebrado’ y al que ya tiene calificación sólo le queda acudir a una vía que roza el fraude de ley para, al menos, subsistir. La solución más propia para tal actividad quizás sea la institución de las *cuentas en participación* ⁽¹⁴³⁾. Permiten éstas eludir, en cierto modo, la prohibición de participar en la actividad empresarial que pende sobre el quebrado, pues su mecánica se fundamenta en la actividad del gestor de cuenta en nombre y cuenta propia ⁽¹⁴⁴⁾, pero con el patrimonio de los aportantes, que bien podría ser un quebrado que incluso colateral o internamente participe activamente en la vida de dicha cuenta.

VI. c3) *La rehabilitación.*

A tenor del artículo 1.168 del Código mercantil de 1829, la rehabilitación del quebrado corresponderá al Juzgado que hubiere conocido la quiebra, no antes, como es de suponer, de haberse concluido el trámite de calificación, según disponen los ordinales 1.388 de la Ley Rituaria y 1.169 del Código de Comercio antes mentado.

En cuanto al trámite, cabe decir que a la solicitud se acompañarán las cartas de pago o recibos originales por donde conste el reintegro a los acreedores ⁽¹⁴⁵⁾. De estos documentos y de los antecedentes del procedimiento, por encargo judicial, tendrá cuenta el Comisario, una vez más ‘plenipotenciario’, quien tras su estudio informará sobre la rehabilitación del fallido ⁽¹⁴⁶⁾. Evacuado este informe, se comunicarán los autos al Ministerio Fiscal para que emita su dictamen sobre la procedencia de la rehabilitación ⁽¹⁴⁷⁾.

(143) Reguladas escuetamente en los artículos 239 a 243 del Código de Comercio. Más esclarecedor, BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Sociedad mercantil oculta: diferencia con cuentas en participación. Comentario a la sentencia de 4 de abril de 1992*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil, 30, 1993.

(144) Al respecto, vid. las STS. de 10 de diciembre de 1946 y 24 de octubre de 1975.

(145) Artículo 1.173 del Código de Comercio de Sáinz de Andino, el cual explicita:

“A la solicitud de rehabilitación acompañarán las cartas de pago o recibos originales por donde conste el reintegro de los acreedores. El Juzgado encargará al Comisario que, haciendo el examen de los documentos presentados por el quebrado, y de todos los antecedentes del procedimiento de quiebra, informe si procede la rehabilitación con arreglo a las disposiciones de los artículos 1.171 y 1.172, en sus casos respectivos. No habiendo reparo justo, decretará la rehabilitación o, en caso contrario, la denegará si el quebrado, por su clase, fuese inhábil para obtenerla, o la suspenderá, si sólo faltare algún requisito subsanable”.

(146) Párrafo segundo del ordinal colacionado anteriormente.

(147) Artículo 1.388 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Continuando con la tónica que inspira todo el procedimiento, desde la pieza primera, carente del más mínimo atisbo de garantías, el Juez dictará resolución *sin más trámites*, parapetado por el artículo 1.388 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que recoge lo antedicho rezando

“Las instancias de los quebrados para su rehabilitación se instruirán, concluso el juicio de calificación, en la misma pieza en que éste se haya ventilado, procediéndose en ellas según está prescrito en el título XI, libro IV del Código de Comercio.

Luego que el Comisario evacúe el informe que ordena el artículo 1.173 del mismo Código, se comunicarán los autos al Ministerio Fiscal para que emita su dictamen sobre si procede la rehabilitación, y sin más trámites dictará el Juez la resolución que estime justa con arreglo a dicho artículo. El auto que recaiga será apelable en ambos efectos”.

Según disponen los artículos 1.174 del Código de Comercio de 1829 y 922 del vigente, por la rehabilitación cesan todas las interdicciones sufridas por mor de la declaración de quiebra. Estos efectos de cesación son de distinta índole.

De carácter civil destacan, entre otros, el cese de la inhabilitación para la administración de los bienes (artículo 878 del Código mercantil); de la prohibición para ejercer el comercio (artículo 13.2 del mismo cuerpo legal) y de la prohibición de ejercer el cargo de tutor (artículo 244 del Código Civil).

Entrando de lleno en la cuestión, sorprende sobremanera, de lo reproducido anteriormente, la facultad casi omnímoda que se le otorga, de nuevo, al Comisario. Tal situación viene a ser agravada con la posibilidad de resolución del Juez sin que el deudor fallido tenga trámite informativo o de audiencia, no ya de contradicción que parecería mucho pedir.

Pese a la vigencia de tales extremos, en lo tocante a la rehabilitación, la posición de adalid en las filas del desatino la ocupan los artículos 1.170 y 1.171 del Código de Comercio de 1829 y 920 del vigente. A su tenor, los quebrados fraudulentos no podrán ser rehabilitados *nunca*. Los calificados culpables sólo podrán serlo acreditando el pago íntegro de todas las deudas liquidadas en el procedimiento de quiebra y el cumplimiento de la pena correccional impuesta.

Tales disposiciones, a la espera del posterior comentario sobre su constitucionalidad, conducen a resultados rocambolescos. Así, al quebrado calificado ‘fraudulento’ (con pilares tan sólidos como las presunciones criticadas) que adquiere, durante la tramitación del procedimiento concursal, bienes

suficientes para satisfacer a sus acreedores —donación, herencia...— se le veda toda posibilidad de recuperación de sus derechos y libertades ⁽¹⁴⁸⁾.

El carácter perpetuo de la inhabilitación casa bien poco con precipuos derechos fundamentales, así la *proporcionalidad* y la *resocialización y reinserción* que deben estar presentes e inspirar todas las medidas sancionadoras.

Esta pena de por vida, desproporcionada ⁽¹⁴⁹⁾, caduca e injusta, se fundamenta, como tantos otros pasajes de un Código que se dice *mercantil*, pese a emular ordenanzas ancestrales de naturaleza represiva, en una '*presunción de reincidencia*' en el quebrado civilmente calificado como fraudulento.

Al legislador mercantil no le basta apartar al 'simple quebrado' de la sociedad durante todo el tiempo que dura el procedimiento concursal. Llegados al final de éste, si intuye, mediante un complejo proceso cabalístico, que el fallido es defraudador, le amputará toda posibilidad de desarrollo normal, presente y futuro, en un sistema que no aplica penas tan severas ni tan siquiera con delinquentes que atentan contra bienes jurídicos de supuestamente más entidad en nuestro ordenamiento jurídico, así la vida, integridad física, libertad sexual... etc.

Afortunadamente esta medida tan absoluta, basada en la presunción de que el *infame* volverá a cometer futuras quiebras, no ha sido amparada por nuestro principal texto punitivo. Lo cual, por otra parte, no deja de ser una aporía, puesto que nos presenta una situación en la que un texto que regula las relaciones privadas y tutela bienes jurídicos estricta y económicamente personales, impone una medida que por su severidad no encuentra parangón en el Código penal. Y ello pese a que, si pretendemos dar vigencia al carácter fragmentario y de *última ratio* que debe inspirar todo cuerpo penal, hemos de presuponer que los bienes jurídicos que se recogen en tal texto, esto es, los bienes jurídico-penales, son los únicos que, al tener mayor entidad, merecen la contundencia, por las consecuencias que atañe, del cobijo y protección de un texto de dicha naturaleza. Fenece tal principio cuando,

(148) Vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, *Ob. cit.*, págs. 23 y ss.

(149) Ya COBO DEL ROSAL y OTROS, *Derecho penal*, Parte General, Valencia, 1990, pág. 755 se plantea la constitucionalidad, en la medida en que suponen una privación de derechos que no aparece explícitamente en el fallo condenatorio ni en la Ley Orgánica General Penitenciaria ni tampoco está justificada por el sentido de la pena. Sobre el principio de proporcionalidad, magistralmente, MAPELLI CAFFARENA y TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1993, pág. 38 disertan "[...] sin el freno de la proporción con la gravedad del delito, puede llevar a extremos inadmisibles. La carencia de una política criminal, y aun social, adecuada, tendería a ser suplida por una exasperación ad infinitum del rigor penal, que podría acabar transformándose en auténtico 'terror penal'".

como en este caso, preceptos extraños al Código penal prevén consecuencias de mayor enjundia, cuantitativa e incluso cualitativamente, que ordinales recogidos en aquél.

Unida a dichos argumentos de inconstitucionalidad, ha de esgrimirse la cuestión, tampoco baladí, de vulneración ⁽¹⁵⁰⁾ del artículo 25.2 de la Carta Magna

“Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados [...]”.

Ninguna, o al menos poca, readaptación social constituirá un escarmiento que, transcurrido un período de tiempo prudencial y equitativo atendiendo a la defraudación cometida, no permita al quebrado reintegrarse pleno de facultades en la sociedad. Siendo el Derecho penal el que ostenta la facultad de incriminar las conductas merecedoras de reproche jurídico punitivo, no parece adecuado a un Estado de Derecho que un texto mercantil establezca semejante interdicción al que un día fue declarado defraudador. Máxime cuando, a *sensu contrario*, del espíritu que inspira el precepto constitucional reproducido, se infiere que el carácter retributivo de las penas, como única justificación de éstas, está totalmente proscrito ⁽¹⁵¹⁾. Inadmisibles, de igual forma, es pretender dar a dicha limitación perpetua el carácter de prevención especial, puesto que toda prevención ha de tender a la readaptación del sujeto ⁽¹⁵²⁾ y si ésta es inútil o imposible, la pena, llevando esos postulados al extremo, carecería de sentido ⁽¹⁵³⁾.

Tampoco es dable el argumento que sostiene la citada STC. de 8 de enero de 1993 refiriendo que el artículo 25.2 de la Ley que supuestamente debe aplicar tal Tribunal, no hace alusión a las penas restrictivas o privativas de derechos. Tan sutil matización no es más que reflejo de una cicatera aplicación del texto constitucional. El por qué aplicar unos beneficios, pretender la reinserción de unos sujetos, condenados por atacar bienes jurídico-penales

(150) Plantean en estos términos su discutible constitucionalidad, BAEZA, *La rehabilitación*, Madrid, 1983, págs. 222 y ss.; y la ya citada obra de COBO DEL ROSAL y OTROS, *Ob. cit.*, Parte General, pág. 755.

(151) Ello, por más que el Tribunal Constitucional haya establecido que la función que dictó el legislador constituyente no es la única aneja a las penas y que lo prescrito en el artículo 25.2 de la Carta Magna, pese a su ubicación, no conforma derecho fundamental alguno, sino una mera orientación de política criminal. Por todas, en ese sentido: STC. de 23 de febrero y Auto de 10 de octubre de 1988, STC. de 18 de enero de 1993.

(152) En ese sentido LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1985, pág. 22.

(153) En términos semejantes, MAPELLI CAFFARENA y TERRADILLOS BASOCO, *Ob. cit.*, págs. 33 a 45.

que superan con mucho el económico (verbi gratia, bienes jurídico-penales colectivos, difusos) y no aplicarlo a los quebrados, no puede menos que calificarse de inextricable.

Por todo ello, esta medida, y en general la mayor parte del procedimiento del juicio universal de la quiebra, hacen que tal institución y su regulación formal en la legislación patria puedan ser calificadas como obsoletas, intimidatorias, desproporcionadas y, lo que aún es más grave, dudosamente respetuosas con el mandato de sometimiento a la Ley de leyes.

Quizás, como corolario, y a la vista de todo lo explicitado en este trabajo, el postulado más coherente con que debemos cerrar éste, es el que ya escribiera con letras de oro en la historia literaria española el insigne Quevedo:

“Al delincuente venga el rey a enmendarle y a reducirle, que atormentar no es blasón sino vituperio”.

EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL: NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA CONVENCIÓN DE VIENA

EXAMEN DE LA LEY ORGÁNICA 8/1992, DE 23 DE DICIEMBRE

ÁLVARO CAMPANARIO HERNÁNDEZ

SUMARIO

I. PREÁMBULO Y EXPOSICIÓN.

- A) Manifestaciones doctrinales.
- B) Fiscalía General del Estado: Datos actuales del tráfico de drogas.
- C) Plan Nacional de Droga y Proyecto Hombre: su aportación.
- D) Exposición de la sistemática a seguir.

II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.

- A) Consideraciones Generales.

- B) Los Códigos Penales hasta 1971.
- C) La Reforma de 1971.
- D) La L.O. 8/1983 de 25 de junio.
- E) La Reforma de 24 de marzo de 1988.
- F) La Reforma de 1992.

III. LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1988.

- A) Características.
- B) Nuevas tendencias.
- C) Aspectos criticables.

IV. ADICIÓN DE NUEVAS CAUSAS DE AGRAVACIÓN.

V. EL COMISO.

- A) Evolución hasta 1983.
 - a) Aspecto legislativo.
 - b) Criterios del Tribunal Supremo.
- B) El Comiso en la Ley 1/1988, de 24 de marzo.
 - a) Críticas doctrinales.
 - b) Ampliación del comiso a las ganancias.
- C) El Comiso según la Ley 8/1992.
 - a) Críticas doctrinales.
 - b) Utilización por la Policía Judicial.
 - c) Adjudicación al Estado.

VI. TRÁFICO DE PRECURSORES.

VII. ENCUBRIMIENTO ESPECÍFICO: Art. 344 bis h. Art. 344 bis h.

- a) Encubrimiento doloso.
- b) Encubrimiento por negligencia.

VIII. LA RECEPCIÓN ESPECÍFICA DEL ART. 344 BIS.

IX. LA ENTREGA VIGILADA.

- A) Consideraciones generales.
- B) El artículo 263 bis en relación con las normas procesales.
- C) Valor y eficacia de la entrega vigilada.
 - 1) Circulación.
 - 2) Entrega.

X. RESUMEN DE LA LEY DE 1992.

XI. POLÍTICA CRIMINAL.

- A) Consideraciones generales.
- B) Consecuencias del fracaso represivo.
 - a) Ineficacia del endurecimiento de la represión.
 - b) Menoscabo del principio de proporcionalidad.
 - c) Dureza de las penas.
 - d) Alternativas al sistema tradicional.
 - 1) Alternativas despenalizadoras.
 - 2) Propuesta de una solución ya existente.
 - 3) Resumen.

I. PREÁMBULO Y EXPOSICIÓN

A) Manifestaciones doctrinales.

“El fenómeno social que hoy día causa conturbación mayor es, sin duda, el del tráfico y subsiguiente consumo de drogas.

Por encima del terrorismo, pese a su dramatismo sangriento. Por encima del desempleo, no obstante los tres millones de parados, más del veinte por ciento de la población activa, de los que tan sólo el veintiséis por ciento percibe prestaciones de paro.

Ocupa el primer lugar en la generalidad de las encuestas, lo que pone de relieve que para la colectividad es uno de los más graves problemas y de ello es trágica al par que elocuente muestra la eliminación de ciudadanos vascos a manos de ETA, por su presunta implicación en el tráfico de drogas”.

Escribía MARINO BARBERO estas palabras en unas fechas en que recién se había producido la reforma llevada a cabo en el artículo 344 del Código Penal a virtud de la LO. 1/1988 de 24 de marzo, largo tiempo ansiada por la doctrina y el clamor popular que demandaban una profunda modificación del texto introducido en 25 de junio de 1983. Por pura paradoja, el legislador español, tan proclive en otras ocasiones a alterar o suprimir las normas legales existentes⁽¹⁾ o introducir nuevas disposiciones, hizo oídos sordos a las insistentes peticiones procedentes de los más diversos lugares, por lo que hubieron de transcurrir cinco años hasta que, al amparo de la Ley mencionada, dio nueva redacción y amplió los preceptos dedicados a la prevención y represión del tráfico de drogas.

Aunque parecía que el tratamiento punitivo se presentaba más completo a la luz de la reforma y, por ende, de presumible mayor eficacia, aún así el ilustre magistrado no podía por menos de manifestar su preocupación ante unas actividades delictivas cuya profunda trascendencia aparecía sobradamente contrastada, como también las funestas consecuencias procedentes de las mismas, y de las que bastaría citar “las secuelas de enfermedades como el

(1) El legislador, desde 1983, ha efectuado diecinueve modificaciones en el Código Penal, y otras varias en la legislación especial, y todas ellas sin respetar el sistema legal establecido en la elaboración de proyectos de Ley. En lo tocante a la Comisión General de Codificación, ésta informó en el Proyecto de 1980, sin que fuera posteriormente oída ni en cuanto a la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal, ni en el Borrador de la Parte General de 1990, ni, por supuesto, en el Proyecto de 1992, siguiéndose así un proceso autoritario en el que apenas se hacen valoraciones a las enmiendas presentadas a los distintos proyectos por otros grupos parlamentarios.

SIDA y la hepatitis B; las alteraciones graves y, en ocasiones irreversibles, producidas en la psiquis del individuo drogadicto; los trágicos y continuos accidentes de tráfico, domésticos y laborales surgidos al calor de la ingestión de aquellas sustancias; la desvertebración comunitaria que se produce en los ámbitos familiar, social y colectivo y el auge de la criminalidad violenta, con el progresivo e inquietante aumento de la inseguridad ciudadana”.

Este sentimiento de desasosiego era compartido por LATORRE DÍAZ, cuando se refería a la importancia y a las derivaciones de estas conductas criminales, en los siguientes términos:

“Es necesario, aunque no por ello menos penoso, reconocer el gran protagonismo que en nuestros días ha alcanzado este tipo de delincuencia que llega, en ocasiones, a colapsar las instituciones con que el Estado cuenta para atajarla.

El aumento incesante del tráfico y consumo de drogas tóxicas y de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, ha contribuido de manera decisiva a la aparición de un singular fenómeno social, pues el problema ha alcanzado tales cotas que los mismos ciudadanos de ciertas localidades y barriadas han comenzado a organizarse con el fin de patrullar las calles más conflictivas de sus municipios y evitar así, en la medida de lo posible, acciones delictivas que pudieran perpetrarse contra las personas y los bienes”.

Con un sentido igualmente realista, señala QUERALT JIMÉNEZ que “el tráfico de drogas y, en consecuencia, su consumo, no cesa de crecer y las dimensiones que cobra el problema permiten suponer que sólo se emplea a fondo la huida hacia el Derecho Penal.

Por todo ello, en este contexto formado por hipocresía, fatalismo, indiferencia y no poca desesperanza, el Derecho Penal tiene que operar, y las más de las veces en solitario, a posteriori y contra los sujetos menos relevantes, lo que lleva a que la droga se convierta en una lacra social más, con la que habrá que habituarse a convivir”⁽²⁾.

Era obligado admitir, ante estas manifestaciones duras aunque concretas, que tanto para el jurista y el sociólogo, como para el médico, el político y el ciudadano de a pie, la situación en orden a la lucha contra esta especie de delincuencia se presentaba con tintes sombríos y ofrecía escasas posibilidades de éxito, cuando menos a corto plazo y máxime con la vista puesta en el con-

(2) En sentido crítico similar escribe MUÑOZ CONDE que “si se considera la regulación jurídico penal desde el punto de vista de su eficacia preventiva, la historia de la represión penal del tráfico de drogas es la historia de un sonado fracaso”.

cierto internacional donde se respiraban aires igualmente proclives al pesimismo. En el Preámbulo de la sexta sesión plenaria de la Convención de Viena, celebrada el día 19 de diciembre de 1988, las partes manifestaban su profunda preocupación ante una serie de situaciones, claramente señaladas y comprobadas:

· “La magnitud y la tendencia creciente del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, que representan una grave amenaza para la salud y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad y, particularmente, por la utilización de menores para esta distribución, lo que entraña un peligro de gravedad incalculable⁽³⁾.”

El reconocimiento del tráfico ilícito como una actividad delictiva internacional, cuya supresión exige urgente atención y la más alta prioridad; su íntima conexión con otras actividades delictivas organizadas, que socavan las lícitas economías y amenazan la seguridad, la estabilidad y la soberanía de los Estados; así como que este tipo de delincuencia genera considerables rendimientos financieros que permiten corromper las estructuras de la Administración Pública”.

B) Fiscalía General del Estado: Datos actuales del tráfico de drogas.

En nuestro ámbito interno, este clima de intranquilidad se veía confirmado por los datos fríos de los Centros especializados. En este sentido, la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al ejercicio de 1987, ya advertía que “se trata del principal problema sociopenal al que debe hacerse frente, pues en otro caso cualquier previsión de libertad, de seguridad ciudadana y de mejora social, puede hacerse inviable”.

Posteriormente, la Memoria para el Año Judicial de 1991 comenzaba el capítulo dedicado al tráfico de drogas con breves palabras, siquiera suficientemente significativas:

“Al contrario de lo sucedido en el ejercicio anterior, se han incrementado espectacularmente los principales indicadores de esta actividad delictiva”.

Era obvio, a la vista de esta afirmación, acompañada de los números que la avalaban, que resultaba necesario plantearse bajo nuevos parámetros

(3) DÍEZ RIPOLLÉS se hacía eco de estas afirmaciones en términos idénticos: “la capacidad económica y organizativa desplegada por los narcotraficantes es tal que está socavando las economías lícitas de muchos países, corrompiendo las estructuras financieras, administrativas y comerciales de naciones enteras y afectando ya, de modo directo, a la estabilidad, seguridad y soberanía de las naciones”.

y desde una perspectiva diferente, la problemática de la lucha contra esta especie de criminalidad, tratando de buscar y encontrar la solución adecuada, eficaz y verdaderamente positiva. Lo mismo esta situación que aquella lógica urgencia se describían en la Memoria con trazos ciertamente realistas:

“Parece pues evidente, que aun reconociendo una mayor efectividad y contundencia en la acción represora del Estado frente a las organizaciones de traficantes, la expansión continua e incesante de esta actividad criminal es un hecho cierto.

La detención de aquellos históricos personajes que lideraban las grandes familias de traficantes contrabandistas ha propiciado la aparición de pequeños y numerosos grupúsculos que han asumido y ampliado las actividades de transporte y distribución de droga.

Es el desafío del crimen organizado a la Sociedad, a las Instituciones y a las Leyes y, frente a este reto intolerable no cabe otra solución que intensificar la investigación, persecución y castigo de estas conductas criminales en la seguridad de que, tarde o temprano, responderán ante los Tribunales de Justicia”.

Ya en el terreno de los datos concretos y siquiera de manera sucinta, es dable señalar, de acuerdo a las aportaciones ofrecidas por la Memoria a que se hace referencia, el notable incremento experimentado por la droga denominada HACHÍS. Bien sea por la proximidad de Marruecos al territorio nacional, ya por la conexión de la Mafia italiana con los traficantes andaluces, la realidad acreditada es que el aumento de la sustancia intervenida se sitúa en el 49'8 por ciento, superando la droga aprehendida, y por primera vez, la cifra de los cien mil kgs.⁽⁴⁾.

Por lo que a la COCAÍNA se trata, “nuevamente el año 1991 ha batido todos los registros, pues de los sorprendentes 5.382 kgs. de 1990 se ha pasado a los 7.574 del presente año”. La explicación de esta subida pudiera encontrarse en alguna, o algunas, de estas tres razones: la mayor demanda procedente de los países europeos, la saturación del mercado norteamericano y el mayor valor de la cotización de la mencionada droga.

La citada cantidad de COCAÍNA decomisada en territorio nacional supera el total de la misma sustancia intervenida en el resto de Europa; unido este dato a la considerable cuantía de HACHÍS aprehendida, hacen que España figure con el dudoso honor de colocarse a la cabeza y en primer

(4) De 70.075 kgs. decomisados en 1990, se pasó al año siguiente a 104.750 kgs.

lugar en capturas de estas dos clases de drogas, en cuanto al viejo continente se refiere ⁽⁵⁾.

También en el campo de las drogas sintéticas se dispararon las cifras en el año 1991: las cantidades intervenidas de LSD y psicotrópicos se elevaron a 8.707 y 8.556 dosis, lo que evidencia un aumento importante del tanto por ciento respectivo ⁽⁶⁾.

En este panorama desalentador ⁽⁷⁾, un solo dato emergía con alguna posibilidad de desvanecer, siquiera en parte, las sombras que dominaban el año 1991: la HEROÍNA presentaba una disminución, ligera ciertamente, de la cuantía de lo decomisado con relación al año anterior, un dieciséis por ciento menos, al ser la cifra de lo intervenido de 742 kgs. Sin embargo, las posibles razones de esta variación, ofrecidas por la Jefatura de Investigación e Información de la Guardia Civil, pudieran enfriar esta ligera nota de optimismo:

a) el menor consumo de esta sustancia es debido, en buena parte, a una mayor sensibilización social por considerarla una droga de efectos mortíferos y causante de enfermedades infecciosas.

b) las modificaciones en el modo y los medios de transporte han contribuido a la aprehensión de una cifra muy inferior, al utilizarse el tráfico por vía terrestre, mucho más difícil de controlar que el aéreo.

Es innecesario insistir, a la vista de los datos numéricos acabados de exponer, que resultaban plenamente justificados, tanto el clima de preocupación y el sentimiento de intranquilidad general, como las manifestaciones vertidas por los autores y la crítica al referirse al estado actual de la delincuencia consistente en la distribución de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

C) Plan Nacional de Drogas y Proyecto Hombre: su aportación.

No obstante, y siempre partiendo de los elementos y resultados que para el Año Judicial de 1992 han aportado, tanto la Fiscalía General del

(5) En el año 1991 y por Comunidades Autónomas, se decomisaron en Canarias 1.399 kgs. de COCAÍNA, lo que supondría colocar a las Islas Afortunadas en el tercer lugar europeo por aprehensiones, detrás de Holanda en cuyo territorio se intervinieron 2.228 kgs.

(6) Tanto por ciento que es, respectivamente, del 32'65% y 44'75%.

(7) Tanto más proclive al desaliento por cuanto, afirma SERRANO, las capturas vienen a ser como la punta del iceberg, pues representan un tres por ciento del total de la mercancía distribuida. Para otros autores, se sitúa esta cifra entre el 10 y 20 por ciento. DE LA CUESTA ARZAMENDI —conferencia pronunciada en Las Palmas de Gran Canaria, UPLGC 24-1-94—, habla del siete por ciento.

Estado, como el Plan Nacional de Drogas⁽⁸⁾ parece abrirse una puerta a la esperanza, bien que el resquicio sea todavía mínimo, pues es factible admitir que comienzan a vislumbrarse aspectos positivos en la lucha contra esta especie de criminalidad y el fundamento de este nuevo enfoque, más distendido, radica y se centra en las cifras concretas que se manejan con referencia al citado año 1992.

Y así el HACHÍS continúa su escalada pero por debajo de la cantidad y, lógicamente, del tanto por ciento que corresponde a los doce meses anteriores; pero es que la COCAÍNA experimenta un acusado descenso frente a los datos de 1991 y, también, la HEROÍNA mantiene el mismo sentido a la baja del año anteriormente transcurrido. Desciende igualmente el nivel de psicotrópicos intervenidos.

En cambio, debe apuntarse el alza notable del LSD y, sobre todo, del llamado "éxtasis" —MDA—: con relación a esta última droga las cantidades decomisadas en 1992 doblan las intervenidas en 1991, y este más que notable y sorprendente incremento parece apoyarse en la ausencia de temor al posible contagio de enfermedades que sí pudieran adquirirse a través de drogas más tradicionales⁽⁹⁾.

En cualquier caso y aunque tales signos deban interpretarse en un moderado sentido de optimismo, no cabe olvidar que se trata simplemente de situaciones en las que se ha marcado una cierta estabilización. Por lo demás, el problema del delito de tráfico de drogas, amén de sus funestas consecuencias, sigue ofreciendo caracteres preocupantes y resulta difícil aventurar a corto plazo, una solución apta, idónea y eficaz para superarlo y resolverlo.

De esta manera es como lo entendía el resumen del Proyecto Hombre⁽¹⁰⁾

(8) El Plan Nacional de Drogas obtuvo su visto bueno por el Gobierno en 24 de julio de 1985, ante la moción aprobada en el Congreso de los Diputados en su sesión de 7 de octubre de 1984 y trata de abordar el complejo fenómeno de las drogas "desde un enfoque multidisciplinar, estableciendo una política coherente que coordine las distintas instancias competentes en esta materia".

(9) 121.000 kgs. de HACHÍS; 4.154 kgs. de COCAÍNA; 672 kgs. de HEROÍNA. Por contra y como señalan la Memoria de la Fiscalía y el Plan Nacional de Drogas de los 2.221.650 dosis de éxtasis, se ha pasado a 4.535.000. Recientemente, la Audiencia Nacional, en sentencia de 12-1-94, ha declarado que la droga del amor —MDA— y la del éxtasis —MDMA— no deben ser consideradas drogas duras, pese a su contenido anfetamínico.

(10) El Proyecto Hombre tiene su origen en la Comunidad Terapéutica de Daytop, EEUU. El 20 de agosto de 1984 abrió sus puertas en Madrid, a los pocos meses lo hizo en San Sebastián y, posteriormente, en León. Actualmente existen 21 programas en España con 86 centros en 14 Comunidades Autónomas, y su objetivo es que "la persona en tratamiento pase de la dependencia de la droga a la autonomía personal", lo que se desea lograr a través de un proceso educativo terapéutico.

emitido en septiembre de 1993, en el que se recogían una serie de conclusiones que, extractadas, eran del siguiente tenor:

“El noventa y cuatro por ciento de los encuestados confiesa haberse iniciado en el consumo de la heroína y de cocaína entre los dieciséis y los dieciocho años; es también entre esas edades cuando tiene lugar el comienzo en la ingestión de drogas sintéticas y speed, que están adquiriendo una enorme incidencia.

Inquietante es, en grado sumo y ante lo anterior, la temprana edad en que los jóvenes comienzan a adentrarse en el mundo de la droga y, frente a esta situación el Proyecto Hombre se ve en la necesidad de hacer una llamada a los Poderes públicos, a fin de que éstos, y también la Sociedad, sean conscientes de que todavía queda mucho por hacer en este tema, y que uno de los primeros puntos debe ser la reforma del Código Penal en materia de drogas.

Al mismo tiempo, el Proyecto Hombre quiere manifestar su más rotunda oposición en cuanto a los intentos de legalización de las mismas.

De no atajarse el problema, esta lacra seguirá cobrándose infinidad de víctimas, destruyendo familias y convirtiendo la vida de muchos adolescentes y jóvenes en un callejón sin salida, plagado de miseria y desolación”.

De las manifestaciones resumidas que se contienen en la memoria del Proyecto Hombre destaca con caracteres propios una nota por demás atractiva en orden a su consideración de elemento eficaz en la lucha contra este tipo de criminalidad, y no es otra que la llamada a la conciencia social y a la solidaridad común para que, en aras de estas ideas básicas, los Poderes públicos actúen de modo conjunto, abandonando su respectiva torre de marfil y empeñándose en una lucha con garantías contra la que bien puede considerarse como una de las formas más virulentas y nocivas de la moderna delincuencia.

Y es de notar que el Plan Nacional de Drogas⁽¹¹⁾, en su estado de cuentas del año 1992, expresa la necesidad de solicitar de los Ministerios de Hacienda y de Asuntos Exteriores su implicación en la lucha política contra la droga, junto y en íntima conexión con los demás departamentos, mostrando así una clara visión de presente y de futuro.

Por contra, la Memoria de la Fiscalía General del Estado, frente a estas declaraciones reveladoras de una indispensable actuación múltiple y coordi-

(11) El Plan Nacional de Drogas parece haber terminado su periplo ministerial al abandonar el Ministerio de Asuntos Sociales y asentarse, quizá de manera definitiva, en el de Interior.

nada, adopta una postura quizá exclusivamente inclinada al aspecto jurídico penal:

“Todos los servidores del Estado, particularmente quienes ostentamos responsabilidades en este terreno, debemos redoblar esfuerzos e intensificar nuestra labor en la investigación, persecución y castigo de estas actividades tan claramente criminales”.

Estas frases son atrayentes, poseen indudable sonoridad y pudieran tener un público adicto, pero acentúan lo que ya había indicado la doctrina patria al poner de relieve que la política criminal del legislador español en torno y a propósito de estos delitos —a ello se aludirá más adelante—, se han decantado de forma sensible hacia una mayor dureza en la represión⁽¹²⁾.

Y no basta con ello, ni es suficiente el endurecimiento de las penas privativas de libertad, ni la exacerbación de las sanciones pecuniarias hacia límites millonarios.

Esto es así, porque la consecución de resultados positivos que desemboken en una erradicación del, por ahora, insoluble problema de la distribución y consumo de drogas requiere y va inevitablemente unida a la presencia y esfuerzo común de estamentos, órganos, clases, poderes e instituciones de cualquier índole y naturaleza, y es claro que, entre ellas, ocupará lugar destacado el Derecho penal aunque, por supuesto, no de manera exclusiva⁽¹³⁾.

D) Exposición de la sistemática a seguir.

Pues bien, conforme al sentido jurídico positivo que preside la convocatoria del certamen “Foro Canario”, el estudio de las nuevas normas incluidas en el texto punitivo en orden a la prevención y represión del tráfico de drogas constituirá el elemento central de este trabajo, contraído a si el tratamiento penal es el correcto y las medidas adoptadas las más idóneas para la consecución del fin pretendido. Si, en especial, las modificaciones recogidas

(12) Es prueba que domina en la doctrina patria el sentido represivo en materia de tráfico de drogas la propuesta del Partido Popular, en diciembre de 1993, de interesar el cumplimiento íntegro de las penas para los terroristas y narcotraficantes. Propuesta rechazada por el pleno del Congreso de los Diputados aduciéndose por las fuerzas políticas contrarias a la proposición de ley que es una cuestión que por su gravedad, debe debatirse en el contexto del proyecto de ley del Gobierno del nuevo Código Penal.

(13) “Naturalmente, dice MUÑOZ CONDE, debe seguir interviniendo el Derecho penal, pero únicamente para reprimir el tráfico por cauces ilegales, o para sancionar el suministro de drogas a menores y a deficientes mentales. En cambio, hay que reforzar la actuación de la Administración para ir imponiendo programas asistenciales, verdadero aspecto de la función preventiva”.

en el Código Penal han de mantenerse tal cual se incorporaron o resulta procedente su variación o, incluso, la supresión de alguna de ellas. Y se dedicará atención preferente a la por ahora postrera reforma producida por mor de la LO. 8/1992 de 23 de diciembre.

Concretamente, el comiso, la responsabilidad civil y el nuevo orden establecido para el pago de las responsabilidades que han surgido para el penado; la introducción de sanción penal para la elaboración y tráfico de los llamados precursores; la denominada nueva modalidad de encubrimiento y la entrega vigilada, serán los puntos a examinar, ofreciendo el indudable interés para su estudio y obtención de conclusiones de haber sido los últimos en incorporarse al Código, con lo que ello significa de ausencia de criterios doctrinales y jurisprudenciales sobre los que comparar y trabajar, máxime cuando algunas de las nuevas normas ofrecen por su redacción, sentido e, incluso terminología, aspectos de no muy fácil conciliación con el Derecho positivo.

De otra parte ha sido constante la doctrina patria, quizá incluso mayoritariamente, en censurar la labor de Política Criminal desarrollada por el legislador español al promulgar las normas atinentes al delito de tráfico de drogas. Censura y crítica que principalmente se centran en dos puntos: el amplio arbitrio judicial y la excesiva dureza de las penas.

Por lo anterior se antoja oportuno abordar, aunque sea de forma resumida, la evolución legislativa en esta materia, a través de sus distintas etapas: ello permitirá conocer los orígenes y la razón de ser de las instituciones arriba señaladas, como también la motivación que ha guiado a los legisladores al configurar el sistema, preventivo y represivo, instaurado en torno a esta delicada al par que inquietante problemática.

II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

A) Consideraciones Generales.

Si la necesidad crea el órgano, y según todos los indicios esta afirmación es válida, la aparición en los Códigos penales españoles de un tratamiento concreto y específico en torno al tráfico de drogas debe considerarse reciente, y ello por la sencilla razón de que sólo en los últimos años se ha notado el trasiego y consumo de estas sustancias en cantidad bastante como para, vista la alarma social que comenzaba a manifestarse, motivar la publicación en los textos legales de normas represivas y sancionadoras.

“La irrupción masiva de las drogas en las sociedades occidentales constituye, al menos en lo que a España respecta —escribe MANZANARES SAMANIEGO—, un fenómeno cercano en el tiempo pues, hasta hace unas décadas su consumo parecía limitado a los soldados que probaban el Hachís durante su servicio militar en los territorios africanos, así como a algún que otro médico o paciente que caía en la adicción de la Heroína, por lo que desde esta perspectiva, el problema distaba mucho de ser preocupante y se situaba en el terreno de lo anecdótico”.

En esta labor del legislador español dando vida a las normas reguladoras de esta nueva forma de criminalidad pueden distinguirse estas etapas:

B) Los Códigos Penales hasta 1971.

En lógico y obligado paralelismo con lo expuesto, los redactores de los primeros Códigos apenas si prestaron atención a estas situaciones episódicas y únicamente consideraron oportuno sancionar aquellas conductas que consistían en la fabricación, venta y/o comercio de ciertas sustancias cuando estas operaciones se llevaban a cabo huérfanas de las oportunas licencias o autorizaciones administrativas, de donde era factible apreciar una doble nota de esta regulación:

una, que se trataba, en puridad de principios, de simples infracciones administrativas elevadas a la categoría de actividades delictivas, y

dos, que el tráfico de drogas, tal y como hoy, desgraciadamente, domina en el terreno de la criminalidad, no era conocido, y, por ende, idéntico desconocimiento había que predicar en cuanto a normas penales sancionadoras del mismo.

Hay que señalar en justicia que el Código de la Dictadura de Primo de Rivera puso en esta materia una pica en Flandes al apartarse por vez primera del rutinario esquema de los cuerpos legales que le precedieron y aludir, por fin, de manera clara y concreta, al tráfico ilícito de estas sustancias, poniendo de relieve, como apunta BELTRÁN BALLESTER, “la especial consideración que ante la ley merecen las drogas tóxicas y estupefacientes, al separarlas de las restantes sustancias nocivas a la salud e incriminar expresamente su ilícito trasiego”.

Acertadamente indica PRIETO RODRÍGUEZ, que la preocupación mostrada por los legisladores de 1928 se tradujo no sólo en la formulación legal del correspondiente precepto inserto en el Código⁽¹⁴⁾, sino “también en

(14) El artículo 558 del texto de 1928 establecía: “el tráfico ilícito de drogas tóxicas o estupe-

la publicación de diversas disposiciones administrativas tendentes a regular el consumo de drogas”, acentuando el intervencionismo del Estado ⁽¹⁵⁾, y es que parece como si ya por entonces se hubiera visto, a través del tiempo, la necesidad de una acción directa estatal, habida cuenta de la peligrosidad y de las funestas consecuencias del incipiente delito que sancionaba el artículo 558, y cuya razón de ser se describía claramente en la Exposición de Motivos:

“la razón de esta agravación no precisa de explicación alguna, pues es notoria la necesidad de reprimir el comercio internacional criminal de estas sustancias, cuyo empleo causa cada día mayor número de víctimas” ⁽¹⁶⁾.

Sin embargo, el Código de 1928 tuvo desde el primer momento de su aparición la enemiga declarada del partidismo político que, como indica PUIG PEÑA ⁽¹⁷⁾, “exageraba sus defectos y ocultaba sus virtudes”. Unido este ambiente al nuevo cambio nacido de la Constitución de abril de 1931, nada de particular tiene que aquella innovación, interesante por demás, cayera en el olvido y se abandonase el sistema de considerar estas acciones típicas como autónomas, generadoras de alarmantes secuelas y productoras de una sensible alarma social, para retornar al criterio tradicional.

Así, el Código de 1932 siguió la orientación de los anteriores cuerpos legales y el mismo camino tomó el Texto de 1944. Incluso con la reforma llevada a cabo en el artículo 344 por el Decreto de 1963, este delito aparecía enmascarado, carente de autonomía, como una simple figura agravada por la especial condición del objeto del tráfico:

“En el caso de los cuatro artículos anteriores, cuando se trate de drogas tóxicas o estupefacientes, se impondrán al culpable las penas inmediatamente superiores a las establecidas para los mismos”.

Seguía, por consiguiente, el Código Penal sin contemplar el delito propiamente dicho de tráfico de drogas, ni tampoco podía hablarse de prevención o represión de estas actividades, desde el momento en que se volvía al sistema de normas penales en blanco ⁽¹⁸⁾ subsumiendo aquella grave conducta

(...) facientes será castigado con pena de seis meses a tres años de reclusión, y multa de dos mil a veinte mil pesetas”.

(15) Principalmente, el Reg. de 31 de julio de 1918, fruto de la ratificación por España del I Convenio de La Haya de 1912; el R.D. de 22 de julio de 1920 y el R.D. de 30 de abril de 1928, dimanante del Convenio de Ginebra de 1925.

(16) En este sentido debe considerarse al Código de 1928 portador de una clara visión de futuro, en cuanto que se anticipó en sesenta años al contenido del Preámbulo de la Convención de Viena de 1988.

(17) “Se le criticaba por criticar, aludiendo machaconamente a su origen político y sin querer ver sus excelencias de contenido”.

(18) No anda muy conforme la doctrina patria en torno al sistema de leyes penales en blanco:

en los tipos anteriores que se caracterizaban porque las actividades en ellos tipificadas se tornaban delictivas por el mero hecho de la ausencia de formalidades administrativas en la venta, fabricación o comercio en general, y en la entrega, elaboración, tráfico, despacho o suministro si se carecía de autorización o si se omitían las exigencias reglamentarias.

Así cuidaba de acentuarlo HERNÁNDEZ GIL, con base en la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, indicando que “con anterioridad a la reforma de 1971, el artículo 344 presentaba el carácter de precepto penal en blanco, de donde se infería que para la existencia de la figura punible del delito de tráfico de estupefacientes era preciso que, sin autorización bastante, se elaboraran, vendieran o comerciare con ellos, por lo que la antijuridicidad surgía a través de la ilicitud administrativa, y esto convertía al citado artículo 344 en un subtipo de los preceptos que le precedían”⁽¹⁹⁾.

C) La reforma de 1971.

Pese a que España había ratificado en 1966 el Convenio Único de Naciones Unidas de 1961, hubo que esperar cinco largos años para que las modificaciones introducidas en el Código Penal por la Ley de 15 de noviembre de 1971 llegaran al artículo 344, otorgando al precepto en cuestión una redacción nueva que seguía las directrices fijadas tanto por las disposiciones internacionales como las derivadas del propio texto de la Convención.

Así lo afirma la Exposición de Motivos de la Ley:

“La ratificación por España del Convenio Único de 30 de marzo de 1961 ha determinado la modificación del artículo 344 del Código Penal, si bien esta reforma viene impuesta no sólo por el compromiso internacional, sino también por la necesidad de disponer de los medios legales precisos para atajar con eficacia el problema social que entraña el tráfico y consumo ilícito de sustancias tóxicas y estupefacientes”.

Por supuesto que las fuentes internacionales no eran las únicas que podían proporcionar elementos válidos en orden a la modificación que se pretendía; el mismo derecho interno, representado principalmente por la Ley de 1967, debía ser tenido muy en cuenta, y por ello la Exposición de Motivos continuaba delimitando los respectivos campos de la competencia, lo que ya

(...) “la concepción amplia de la ley penal en blanco procedente de Mezger es rechazada por la generalidad de la doctrina, escribe MIR PUIG. En los autores españoles parece acentuarse un sentido estricto: la ley penal en blanco se entiende y concibe como autorización a una instancia inferior”.

(19) Citado por PRIETO RODRÍGUEZ, J., *El delito de tráfico de drogas...*, pág. 100.

supuso un precedente acerca de la necesidad de actuación conjunta y no puramente punitiva:

“Al Código Penal corresponde la prevención y castigo de las conductas tipificadas; a la Ley especial, que configura los estados de peligrosidad social, ordenar las medidas de seguridad convenientes para la curación del drogadicto, sin perjuicio de otros objetivos afines”.

A virtud de lo expuesto, la reforma protagonizada por la Ley de 1971 determinó que el artículo 344⁽²⁰⁾ perdiera su condición de simple figura agravada por su referencia a otras conductas y, al abandonar esta situación de dependencia, adquiriera sustantividad una regulación específica y un tratamiento diferente del seguido hasta entonces, si bien es verdad que esta autonomía no puede ni debe oscurecer las numerosas y duras críticas dirigidas a la nueva fórmula sancionadora, que se centraban, casi de manera absoluta, en el desmedido arbitrio judicial⁽²¹⁾. Los Tribunales, en efecto, podían recorrer prácticamente, toda la escala de las penas privativas de libertad llegando a reclusión menor, sin que estas facultades tuvieran más freno ni límite que las “circunstancias del hecho y del culpable”.

No obstante y aun siendo exacto que el arbitrio judicial, aparentemente, se presentaba desmesurado, las críticas adversas en torno a esta cuestión no dejaban de constituir una clara censura hacia la profesionalidad de los jueces, desconfiando de su recta manera de proceder⁽²²⁾.

Sí era merecedora de mayor y más severa censura la expresión legal de “otro modo”, empleada en la descripción típica, al permitirse dar cabida con estas palabras a actividades que no hubieran sido previstas por la mente del legislador, pese a la amplitud de la fórmula legal, y abriendo de esta suerte una puerta a la peligrosa aplicación de la analogía, o cuando menos, de la interpretación extensiva, con el ataque que ello supone a la seguridad jurídica⁽²³⁾.

(20) Art. 344: “los que igualmente ejecuten actos de cultivo, fabricación, elaboración, tenencia, transporte, venta, donación o tráfico en general de drogas tóxicas o estupefacientes o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten su uso, serán castigados con prisión mayor y multa.

Los Tribunales, atendidas las circunstancias del culpable y del hecho, podrán imponer la pena inferior o superior en grado”.

(21) Este criterio de tomar en consideración las circunstancias del hecho y del culpable no es nuevo en nuestra legislación penal. Figura, por ejemplo, en el artículo 318 del Código y, sobre todo, se tiene en cuenta por el Juez de Instrucción para resolver, al margen de otras circunstancias y en la pieza de situación personal, sobre la libertad o prisión del acusado, conforme a los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(22) Para RODRÍGUEZ DEVESA, la posibilidad de imponer penas de seis meses a veinte años se le antojaba “inconciliable con el principio de legalidad”, afirmación un tanto gratuita por cuanto la facultad citada aparecía claramente descrita en la Ley.

(23) Esta fórmula legal “de otro modo” fue eliminada por la reforma de 1983 aduciéndose y

En parecidos términos, se pronunciaba MUÑOZ CONDE, criticando la reforma de 1971, caracterizada “por su gran confusión, fruto de su ambigüedad” y constatando que, “no obstante el salto eminentemente cualitativo en la dureza de las penas, a mediados de los años setenta el tráfico y consumo de heroína y cocaína en España experimentó un aumento vertiginoso”.

Al margen de las críticas y consideraciones apuntadas, merece destacarse, por su referencia a los motivos del legislador de la época, el punto de vista sostenido por PRIETO RODRÍGUEZ: “los defectos señalados al artículo 344 obedecían a que el legislador español se propuso en 1971 hacer frente de manera tajante al ya por aquel entonces, más que previsible aumento del tráfico y consumo de drogas, utilizando para ello especialmente, por no decir de manera exclusiva, medios represivos, característica ésta que es la que mejor dibuja la esencia de la reforma de 1971 y que ha continuado vigente en las sucesivas y posteriores modificaciones siempre que el legislador ha puesto manos en los preceptos relativos al delito que es aquí objeto de examen”.

En suma, la política criminal desplegada por el legislador español en materia de tráfico de drogas y sin perjuicio de otras notas igualmente importantes que se descubren en las restantes reformas, se dibuja claramente por una manifiesta tendencia a la severidad de las penas. En la Ley de 1971, dejando al criterio judicial su determinación; en las posteriores redacciones de los delitos correspondientes, fijando las circunstancias susceptibles de exacerbar las sanciones penales: se puede en ambos casos alcanzar una notable dureza, sólo que en la actualidad yendo de la mano y al compás de las causas agravatorias taxativamente señaladas⁽²⁴⁾.

D) La L.O. 8/1983 de 25 de junio.

El cambio democrático surgido a partir de 1975 propició, según es sentir general, el aumento de las críticas a una legislación excesivamente ambigua que favorecía, de manera casi descarada, el arbitrio judicial en torno a la individualización de las penas. A la vera de esta razón, casi siempre enarbolada por los autores patrios como principal defecto a la reforma de 1971, se unieron voces que proclamaban la necesidad de distinguir, y no solamente a

(...) con razón, el carácter analógico que presentaba. Renació, sin embargo, y se mantiene en la actual redacción del artículo 344.

(24) La última adición de causas de agravación ha venido de la mano de la reforma introducida en el artículo 344 bis a) por la Ley 8/1992 de 23 de diciembre. En la actualidad y a virtud del juego combinado de las circunstancias reflejadas en el Código, es factible llegar a los veintitrés años de reclusión mayor.

efectos penológicos sino que también en cuanto a tratamiento rehabilitador, entre drogas llamadas blandas y las calificadas de duras.

Se aducía asimismo la urgencia de afirmar de forma indubitada que el simple consumidor realizaba una conducta atípica y quedaba extramuros del Código Penal, lo que no dejaba de ser una fútil e innecesaria reclamación, toda vez que la Jurisprudencia había repetido hasta la saciedad que el simple autoconsumo estaba despenalizado⁽²⁵⁾. Finalmente no faltaron tampoco críticas a las sanciones penales, estimadas totalmente insatisfactorias.

Unido lo anterior a razones de significado eminentemente pragmático y no obstante el precedente del Proyecto de 1980⁽²⁶⁾, la consecuencia de las críticas y aspiraciones apuntadas fue la aparición de la denominada por sus redactores Reforma Urgente y Parcial del Código Penal que, pese a este pretendido carácter, vino a constituir una auténtica modificación en profundidad del texto legal. Era inevitable, pues, que se acometiera el cambio de la normativa vigente en los delitos de tráfico de drogas y, debe reconocerse así, se hizo de manera más selectiva y diferenciadora aunque, y también hay que indicarlo, con la nota característica de una cierta autolimitación del poder punitivo en esta materia, reduciendo las penas en general.

La Exposición de Motivos de la Ley quiere expresar las razones que guiaron a sus autores al regular el delito en cuestión, justificando sus innovaciones; sin embargo, el preámbulo elude pronunciarse con claridad y sitúa una vez más el eje de la crítica en el defecto, en tantas ocasiones ya apuntado, del arbitrio judicial excesivo.

Así, “la experiencia acumulada desde la introducción del artículo 344 en nuestro derecho punitivo pone de manifiesto defectos cuya trascendencia no permite postergar por más tiempo una profunda modificación, suprimiendo uno de los inconvenientes más graves del vigente artículo 344, cual es el marco punitivo que va, de hecho, desde seis meses a veinte años, desvinculando de toda indicación normativa y fiado exclusivamente al arbitrio judicial; en su lugar se indican las circunstancias en que la pena debe reducirse y aquellos otros en que debe exasperarse”.

Distintas fueron las opiniones de la doctrina ante la reforma presentada. No cabe negar que cumplió la modesta misión que le fue encomendada,

(25) Con anterioridad a 1971 ya lo habían entendido así las sentencias de 13 de febrero de 1966, 29 de noviembre de 1968, 25 de febrero de 1971 y 11 de septiembre de 1971. Con posterioridad, esta declaración de atipicidad del propio consumo es pacífica y continuada.

(26) Se contenía la regulación de esta materia en el artículo 326 del citado Proyecto de 1980.

esto es, suprimir los más graves defectos de la normativa anterior, y que consiguió mayor coordinación y equilibrio en la materia, adoptando criterios análogos a los seguidos en otros ordenamientos jurídicos cercanos a nuestro entorno⁽²⁷⁾. No obstante, tampoco cabe silenciar que de una parte, los posibles aciertos de la reforma de 1983 proceden en buena medida de la experiencia acumulada desde que en 1980 se inició la tarea de modificar el artículo 344; de otra, salvo la restricción del arbitrio judicial, prácticamente nula es la aportación que, en orden a la labor de política criminal, puede atribuirse a la Ley de 1983⁽²⁸⁾.

Siendo la disminución de las sanciones penales la nota quizá más acusada de la ley que examinamos, queda en pie, a pesar del tiempo transcurrido, una pregunta que se formulan los estudiosos del Derecho penal y, de forma especial, quienes siguen con atención estas sucesivas reformas: ¿hasta qué punto la nueva regulación contribuyó, dada la benignidad punitiva, al relevante aumento experimentado por esta criminalidad en España?⁽²⁹⁾

E) La reforma de 24 de marzo de 1988.

La virulencia de las críticas dirigidas contra las modificaciones que la Ley de 1983 había insertado en el delito de tráfico de drogas determinó que el legislador pusiera manos nuevamente en el articulado, pensando en aprovechar la coyuntura propicia que suponía el intento codificador, que no llegó a buen puerto y se quedó en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal. Al no resultar viable este camino, se acudió al procedimiento usual de regulación de esta materia, a través del mecanismo de una ley especial, en este caso la L.O. 1/1988, cuya necesidad urgente y apremiante se reconocía al afirmar que “el artículo 344 ha devenido insuficiente para afrontar la pluralidad y heterogeneidad de manifestaciones criminales que surgen en torno al complejo mundo de las drogas”.

- (27) No menciona, sin embargo, la doctrina un mérito importante a contar en la reforma de 1983, cual fue incluir como objeto del delito a las drogas psicotrópicas, junto a las tóxicas y estupefacientes, ya que como los psicotrópicos no se encontraban comprendidos en 1971, podía pensarse que su tráfico era atípico, no obstante su consignación expresa en el Convenio de Viena de 1971, ratificado por España en 2 de febrero de 1973.
- (28) No son de recibo aquellas críticas que sostienen que, a virtud de la reforma de 1983, las drogas habían sido legalizadas en España. Sí en cambio, resultaba cierto que ante la penalidad establecida, podía correrse el riesgo de traficar con ellas en territorio español.
- (29) La diversidad de criterios se refleja claramente en estas dos opiniones contrapuestas: MUÑOZ CONDE considera que “nada hay que demuestre que el incremento notable del tráfico y consumo de drogas esté en relación con el sistema punitivo fijado en la Ley de 1983”. Por contra SERRANO entiende que esta reforma, “al suavizar las sanciones, tuvo sin duda efectos criminógenos ya que influyó en el aumento de la criminalidad”.

Es un hecho que la nueva ley se presenta con trazos que la definen como más ambiciosa y completa, y su Preámbulo es claramente expresivo en cuanto a estos caracteres, ya que recoge los aspectos más delicados y los puntos calificables de problemáticos del tráfico de drogas, asumiendo sus dificultades y procurando una solución conforme a los criterios, tanto internos como internacionales.

En este sentido puede afirmarse que se ofrece una perspectiva seria de Política Criminal, acertada o no, pero concretamente formulada y de la que es posible, a la luz de las directrices de la nueva regulación, señalar las siguientes líneas maestras:

a) Era inevitable que la ley de 1988 exacerbase las sanciones, tanto privativas de libertad como pecuniarias y que adicionara supuestos no previstos con anterioridad, a virtud de los cuales podía llegarse a cotas sumamente altas en la penalidad. Se ha escrito, por ello, que esta ley nace con el carácter de la represión o, al decir de MANZANARES, “se ha hablado de una contrarreforma en el sentido de que el péndulo ha oscilado esta vez hacia la agravación”.

Y esto es cierto, pero tampoco debe olvidarse que la propia Ley quiere explicar el porqué de esta sensible elevación punitiva y lo hace de estas dos formas: “matizando que el incremento del rigor penal se efectúa desde el respeto al más elemental principio de justicia de tratar de manera distinta aquello que es diferente”, y resaltando el deseo de fortalecer “la idea de la prevención general”.

b) Nuevamente se reitera la necesidad de una actuación conjunta internacional mediante una estrecha y fluida cooperación susceptible de conseguir y alcanzar resultados eficaces en esta materia, dada la estructura organizativa de las asociaciones criminales.

c) Ya se ha abierto paso en el concierto universal —no sin algún retraso—, la idea, mejor la convicción, de que tras las conductas delictivas relacionadas con la droga no existe sino la realización de un gran negocio económico, por lo que desde las propias leyes internas deben buscarse instrumentos que “permitan aproximar la lucha contra la droga a su indiscutible entidad económica”.

Tres son los mecanismos arbitrados por la Ley para atajar los beneficios económicos surgidos de este criminal negocio:

La imposición de multas de cuantía sumamente elevada, además de una alteración parcial del artículo 63 para la determinación de estas penas pecuniarias, constituye el primer recurso en aras de la finalidad perseguida.

En segundo lugar, se amplían —aparentemente—, los términos del comiso, facultando a la autoridad judicial para la intervención de los bienes en cualquier momento del proceso a fin de garantizar la efectividad de esta medida.

Y tercero, se adiciona un nuevo precepto que viene, todavía de forma primaria, a incriminar aquellas conductas que han comenzado a denominarse, y así se conocen, como blanqueo de dinero⁽³⁰⁾.

Quizá, a manera de contrapartida por la sensible elevación de las penas en comparación con el régimen anterior, los redactores de la Ley 1/88 acen-tuaron el significado de la prevención especial ampliando la posibilidad de que aquellos consumidores que, por su adicción a la droga, traspasan las barreras legales para entrar en las páginas del Código, pudieran gozar del beneficio de la remisión condicional.

A tal fin se creó el artículo 93 bis, especialmente dedicado a este tipo de delinquentes y que, pese a los buenos deseos del legislador, será escasa-mente aplicable debido a las exigencias a que aquella concesión aparece subordinada. Con razón decía MUÑOZ CONDE que “la mayor dureza de las penas y el intervencionismo del Estado, apenas se ve compensado con la tímida oferta rehabilitadora que supone el artículo 93 bis”⁽³¹⁾.

Sin embargo y al lado de esta visión de conjunto, en principio favorable a la nueva regulación, deben señalarse aspectos de índole pragmática que no pueden silenciarse, de matiz negativo para el enjuiciamiento de la Ley de 1988, y que derivan, en su casi totalidad, de la expresión “o de otro modo” que emplea el art. 344.

La consecuencia más directa de la aplicación de esta frase es que la índole, clase o importancia de la actividad que se desarrolle, en tanto se relacionen con el favorecimiento, entrarán en el capítulo de la autoría, dada la

(30) El contenido de estas notas características que aparecen descritas en el Preámbulo y que contribuye a determinar la orientación que, en materia de política criminal, siguieron los autores de la Ley de 1988 no debe extrañar: responde a los modelos internacionales en orden al delito de tráfico de drogas, su punición y medidas a adoptar pues la gestación de esta norma se inspiró en buena parte en los borradores que prepararon la Convención de Viena.

(31) En el mismo sentido, MAQUEDA ABRÉU: el artículo 93 bis “corresponde, como no podía ser menos, a la tendencia característica de nuestros días de la exasperación punitiva, propia de no saber o no poder, querer afrontar los problemas desde puntos de vista racionales”. También Díez Ripollés indica que “el legislador ha introducido con retraso una regulación que ya venía demandada por Convenios internacionales, si bien la falta de coherencia introduce tantas cautelas en el artículo 93 bis que ha inducido a equívocos acerca de su carácter beneficioso”.

renuencia, justificada por la redacción del precepto, a admitir el Tribunal Supremo grados menores de participación, quedando borradas las diferencias entre autoría, complicidad y encubrimiento. Ello conduce a resultados absurdos, a los ojos del Derecho: el padre o la madre que guarda la droga que le entrega el hijo, para que no sea descubierta por la policía, no será encubridora, sino narcotraficante; si esa misma actividad, dice MUÑOZ CONDE, se dirige a la ocultación de la pistola con que el hijo ha cometido un asesinato, sí sería encubrimiento que, además quedaría impune por el juego de las reglas del artículo 18 del Código.

“La expresión “de otro modo”, señala DÍEZ RIPOLLÉS, atenta frontalmente a los principios de legalidad y seguridad, dando lugar a una tremenda ampliación de las conductas susceptibles de incluirse en la prohibición; puede afirmarse que se ha querido abarcar y sancionar cualquier contribución por mínima que sea al consumo”.

Para MAQUEDA ABRÉU la reforma de 1988 merece un juicio negativo, al menos por dos importantes razones: “sus normas están impregnadas de la tendencia, tan característica, de la exasperación punitiva, con olvido de las finalidades preventivas. Y, por otro lado, los últimos eslabones del comercio ilícito, los sectores marginados y del subproletariado urbano, son los que sufren en verdad los efectos de criminalización y frente a los que se dirigen, dispuestas a crear un clima de inseguridad ciudadana artificial, leyes como ésta, acertadamente calificadas de simbólicas y cuyos efectos no cabe esperar que se traduzcan en una solución del problema”.

F) La reforma de 1992.

Las últimas, por ahora, innovaciones introducidas en nuestro Derecho positivo en el tema de la delincuencia que estamos examinando han tenido lugar para dar el debido cumplimiento a las medidas adoptadas en la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988 y respecto de la que España, en tanto que parte en dicha Convención, está obligada, señala la Exposición de Motivos de la Ley, “a dar cabida en su Ordenamiento Jurídico a las medidas que en la misma figuran y que todavía no tienen plasmación expresa en su sistema legal”.

El camino para llevar estas normas nuevas al derecho patrio parecía ser la vía ofrecida por el Código Penal de 1992, toda vez que se presumía que fueran de la mano la publicación del mismo con los términos y plazos que la Convención exigía para que sus normas formasen parte de nuestro derecho interno. Sin embargo, la disolución de las Cortes y el fin de la legislatura impidieron aquella coincidencia; hubo, por ende, que adelantar la modifica-

ción prevista en el Código por Ley 8/1992 de 23 de diciembre, anticipando la entrada en vigor de las medidas penales que ante todo, y bien se cuida de señalarlo la Exposición de Motivos, suponen un incremento de la reacción punitiva frente a aquellas conductas delictivas.

Al lado de esta nota de Política Criminal que nada nuevo viene a añadir a la tradicional dureza utilizada para la lucha contra esta especie de criminalidad, el Preámbulo continúa expresando las novedades que, al amparo de la convención, pasan a formar parte de nuestro derecho interno:

“De manera coordinada con lo que se está haciendo en todos los países de nuestra órbita cultural, estas novedades se refieren, básicamente, a la punición de la fabricación, transporte y distribución de los llamados precursores y, asimismo, de las conductas dirigidas al encubrimiento de los capitales y beneficios económicos obtenidos del tráfico ilícito de los estupefacientes y de las sustancias psicotrópicas, lo que supone la trasposición de los aspectos penales de la Directiva 91/308 CEE.”

Por otra parte y a fin de cumplimentar la previsión contenida en el artículo 73 del Convenio de Schengen, se incorpora un nuevo artículo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la finalidad de regular el régimen de las entregas vigiladas de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Además y al lado de estas innovaciones recogidas en el Preámbulo de la Ley, procede añadir que se exasperan las sanciones mediante la adición de tres nuevas causas de agravación de las conductas mencionadas como básicas; se otorga una nueva redacción al comiso con la particularidad de permitir la utilización provisional de los bienes efectos e instrumentos decomisados y se establece un nuevo orden de prelación, para este delito exclusivamente, caso de insuficiencia de los bienes del penado para satisfacer las responsabilidades dimanantes de su quehacer delictivo.

El contenido de la reforma de 1992 a virtud de la Ley de 23 de diciembre será el centro del presente trabajo, adelantando ya que las nuevas situaciones creadas ofrecen serios reparos, tanto desde el punto de vista práctico como legal. La mencionada modificación se presenta así con la nota, cuando menos, de problemática en su doble vertiente sustantiva y procesal, y ya lo manifestaba QUERALT: “los Convenios suscritos por España —Convenio de Viena de 1988, artículo 73 del Convenio de Schengen, Directiva 91/308 de la CEE—, no imponían la innovación legislativa, tal y como se ha llevado a cabo”.

III. LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1988

La Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de Viena, de 20 de diciembre de 1988, fue ratificada por España en julio de 1990, y con fecha de 12 de noviembre de 1992 el Congreso de los Diputados aprobó la L.O. 8/1992 de 23 de diciembre, reformadora del Código Penal en aquella materia y que, además, ha introducido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal el artículo 263 bis.

A) Características.

La Convención de Viena, de la que dimana la aludida Ley de 1992, sigue la línea represiva que ya se venía manifestando en los sistemas penales, tanto en nuestro ordenamiento interno como en buena parte del Derecho comparado. Mantiene, por supuesto, la necesidad de endurecimiento de las sanciones penales y señala, asimismo, nuevas circunstancias que pueden llevar a la exasperación punitiva; juntamente con ello se busca la criminalización de cualesquiera clase de conductas, bastando para la tipificación penal que, de alguna forma, se relacionen con el tráfico de drogas. “Se aspira, escribe DÍEZ RIPOLLÉS, a una punición absoluta, claramente incompatible con los principios de proporcionalidad, intervención mínima y seguridad jurídica recogidos en nuestro Derecho punitivo”⁽³²⁾.

Puede por ende afirmarse que la Convención, surgida de las Resoluciones 39/141, 39/142 y 39/143 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se aparta radicalmente de los Convenios que la precedieron, singularmente de los de 1961 y 1971 y este alejamiento se acusa en los fines perseguidos por la Convención que, lógicamente, aspira a trasladar al derecho interno de las Partes que la ratificaron.

Por descontado que la protección de la salud pública continúa siendo la cuestión de fondo y el tema emblemático propio de este tipo de acuerdos, y también se acentúa la honda preocupación por los efectos del tráfico sobre los menores, tanto en su condición de consumidores como en su calidad de meros instrumentos del delito.

B) Nuevas tendencias.

Pero, y sin perjuicio de mantener estas afirmaciones, van colocándose

(32) De manera destacada, en la Constitución Española, artículos 25.1 y 9.3.

en lugar destacado ideas afines a las señaladas, que adquieren autonomía y relevancia propias, y que se traducen en la necesidad de eliminar las ganancias económicas derivadas del tráfico que se persigue, y es suficiente una ojeada al Preámbulo para fundamentar esta aseveración del trasfondo económico que impregna las disposiciones de la Convención: las alusiones a las ganancias y beneficios obtenidos; el menoscabo de las economías estatales; la generación de grandes fortunas ilícitas; la posibilidad, casi probabilidad de corrupción de las Administraciones merced a los pingües beneficios obtenidos del narcotráfico son indicios evidentes, llevados a la parte positiva, de que la lucha contra esta especie de criminalidad, sin perder de vista la protección de la salud colectiva, se dirige, y destacadamente, a la eliminación de los cuantiosos beneficios económicos que origina para los mercaderes de la droga.

C) Aspectos criticables.

Parte de las medidas o acuerdos adoptados en la Convención de Viena han pasado a nuestro derecho interno por mor de la aludida Ley 8/1992; otras esperan, quizá, mejor ocasión para incorporarse al ordenamiento jurídico español y respecto de estas últimas es posible mantener criterios muy diferentes acerca de su viabilidad y sentido pragmático pues la Convención contiene recomendaciones no aptas para figurar en nuestro Derecho y, por contra, hay menciones que sería deseable su incorporación al texto punitivo.

Así, el artículo 3, en su apartado 4, después de señalar la necesidad de que las Partes apliquen sanciones proporcionadas a la gravedad de los delitos, cuida de señalar que, como complemento de la culpabilidad o condena, “el delincuente sea sometido a medidas de tratamiento, rehabilitación y reinserción”, pudiendo aplicarse estas medidas, como se ve carentes de sentido sancionador, en lugar de las penas para los casos de infracciones de carácter leve o cuando la declaración de culpabilidad o condena lo sea por la posesión o la adquisición para el consumo personal.

Junto a las medidas acabadas de mencionar y que poseen indudable sentido de reeducación y tratamiento y, por ende, dignas de aplauso, otras disposiciones de la Convención se hacen acreedoras a la crítica, y no ciertamente elogiosa.

Una es la contenida en el artículo 5, apartado 7, al admitir “la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso”.

Es innecesario resaltar que en nuestro ordenamiento penal y procesal, tal declaración resultaría inadmisibile, por cuanto supone un ataque frontal al

principio de la presunción de inocencia, recogido y sancionado como derecho fundamental en el artículo 24.2º de la Constitución.

Y si bien es cierto que la misma norma de la Convención establece a manera de paliativo que tal medida estará a “que sea compatible con los principios del derecho interno y con la naturaleza de los procedimientos judiciales”, de momento ya se ha lanzado la idea de esta insostenible inversión de la carga de la prueba.

Tampoco parece de recibo la declaración del artículo 3, en su párrafo 2, sobre adopción de las medidas que fueren precisas para “tipificar como actos penales, la posesión, adquisición y cultivo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas para el propio consumo”.

Se rompe así una trayectoria reflejada no solamente en el derecho interno de buen número de países, el nuestro entre ellos, sino que también en los Convenios de 1961 y 1971, con una falta de razonamiento o fundamentación que justifica la afirmación de que esta modalidad de política criminal debe estimarse inadmisibles: aparte sus casi insuperables dificultades prácticas, no tiene en cuenta lo establecido en la misma Convención⁽³³⁾ y, sobre todo, ataca la libertad personal del individuo⁽³⁴⁾ hasta el punto que, en orden a nuestro ordenamiento jurídico, bien puede afirmarse que conculca el artículo 10 de la Carta Magna, que consagra que “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

IV. ADICIÓN DE NUEVAS CAUSAS DE AGRAVACIÓN

Al amparo de lo establecido en el artículo 3, punto 5 de la Convención, la ley de 1992 ha llevado al Código Penal tres nuevas circunstancias cuya presencia permite exasperar la sanción penal, ratificando de esta forma el carácter represivo que la doctrina venía asignando a los Acuerdos de Viena.

(33) El artículo 14 de la Convención de Viena dispone que “Las Partes adoptarán las medidas adecuadas tendientes a eliminar o reducir la demanda ilícita de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, con miras a suprimir el sufrimiento humano”.

(34) Sin embargo, la Ley 1/1992 de 24 de febrero, de Seguridad Ciudadana, sanciona en el artículo 25 el consumo público de droga. Añade DE LA CUESTA: la atipicidad de la posesión para el propio consumo “es una de las características más relevantes de la legislación española y que ha suscitado no pocas controversias a nivel internacional”.

Son las siguientes:

a) cuando el culpable participare en otras actividades delictivas organizadas.

b) cuando el culpable participare en otras actividades ilícitas, cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.

c) cuando los hechos descritos en el artículo 344 fueren realizados mediante menores de dieciséis años.

Estas causas de elevación de la pena, adicionadas al artículo 344 bis a), presentan serias dudas a propósito de su conveniencia y oportunidad, de modo particular las dos primeras.

Parece claro que, en el primer supuesto, la razón de la agravación descansa en la mayor peligrosidad atribuible al sujeto puesta de relieve por su clara tendencia al delito al adscribirse a dos asociaciones delictivas distintas. Y, desde un aspecto puramente objetivo, porque el culpable encontrará mayores facilidades para la comisión de los delitos de tráfico de drogas al contar con la infraestructura de la otra entidad a que pertenece.

Aun así, resulta cuestionable que la nota de mayor peligrosidad, que es lo que subyace en el fondo de la agravación, sea bastante para ir a un grado superior de la pena señalada, pues se olvida que la razón primaria para la imposición —y en su caso exasperación punitiva— se encuentra en la relación conexa del binomio culpabilidad-sanción, siendo la peligrosidad un elemento válido para la ejecución de la pena o la adopción de medidas de seguridad, mas no tanto para la agravación de la responsabilidad penal⁽³⁵⁾.

Tampoco cabe olvidar que la participación en actividades delictivas a que alude el nuevo texto legal requerirá sentencia declarativa de aquella pertenencia anterior del culpable, lo que puede originar retrasos⁽³⁶⁾ en los ya cargados organismos penales. Incluso preocupa a VIDALES RODRÍGUEZ, una posible vulneración del principio del non bis in idem⁽³⁷⁾.

Similares consideraciones procede realizar en cuanto al segundo punto de agravación, quizá con mayor motivo; la participación en actividades ilícitas.

(35) En algún supuesto, el Código toma en consideración esta nota para determinar la sanción penal, cual es el caso del delito de tenencia de armas de fuego, del artículo 256, permitiendo atenuar la pena en función “de la escasa peligrosidad del delincuente”.

(36) “Agravación confusa y creadora de inseguridad jurídica”, opina SERRANO de la fórmula legal.

(37) Parece que mejor se daría un supuesto de concurso o, si se quiere, de reincidencia, si se cumplieran las exigencias del artículo 10-15°.

tas no es materia que deba llevarse a la órbita del Derecho penal, aunque puede ser competencia de otras ramas del ordenamiento jurídico. Así debe resultar del principio de intervención mínima, claramente recogido en el derecho punitivo.

En orden a la tercera de las razones aducidas para la agravación, sí es factible en este caso hablar y admitir una agravación por una mayor culpabilidad del autor, que justificaría la mayor sanción penal al poner en juego la personalidad de quienes no han adquirido todavía madurez bastante para moverse libre y conscientemente en el campo del Derecho.

No obstante, no pueden dejar de formularse dos consideraciones: una, que la agravación resultante de la puesta en juego de los menores solamente está prevista para los casos de tráfico de drogas del artículo 344, con olvido de la incorporación al Derecho penal de la figura del trasiego, elaboración y tenencia de los llamados precursores, conductas que aparecen descritas en el artículo 344 bis g) y para las que es totalmente posible el empleo de los menores, sin que así lo haya previsto el legislador. Y otra, la posible repetición de términos semejantes al emplear la fórmula legal las expresiones “mediante y utilizándolos”⁽³⁸⁾.

Pudiera, no obstante, salvarse esta redundancia en base a estimar, conforme indica QUERALT, que “traficar con droga mediante menores es servirse de éstos con su pleno conocimiento, mientras que utilizándolos significa realizar el tipo sin que los mismos tomen conciencia de ser correos de la droga”.

V. EL COMISO

Desde el terreno estrictamente doctrinal se ha rechazado la consideración de sanción que se atribuye al comiso⁽³⁹⁾, por cuanto dificulta una correcta individualización de la pena al acomodarse mal a los principios de personalidad y proporcionalidad, sobre los que se construye la imposición de la sanción punitiva. Y en cuanto al llamado comiso parcial, igualmente se ha extendido a él la censura en cuanto que, al menos teóricamente, puede conducir a un condominio inviable.

(38) Sin olvidar que el empleo de los menores los convierte en potenciales consumidores de las drogas a cuyo tráfico sirven, lo que podría determinar un cambio en la calificación jurídica.

(39) La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1992 define el comiso entendiendo por tal “la pérdida de los efectos e instrumentos de la infracción punible y el traslado directo e inmediato de la titularidad dominical al Estado”.

A) Evolución del comiso hasta 1983.

a) Aspecto legislativo.

Estas críticas adversas no hicieron sin embargo mella en el legislador español, que a partir de los primeros códigos penales incluyó el comiso en el arsenal de penas, y dentro de las denominadas penas accesorias, con una inercia legislativa que continúa a través de los distintos cuerpos legales sin más significativa alteración que la leve ruptura procedente del Código de 1928. Este texto legal⁽⁴⁰⁾, aunque coincidió fundamentalmente con el sentido del comiso —pena en los códigos anteriores—, lo incluyó como medida de seguridad, calificación que no resulta desconocida en el Derecho comparado.

Debe, pues, afirmarse que, a salvo la alteración ya citada del Código de la Dictadura, las normas relativas al comiso permanecieron inalterables hasta la publicación de la Ley 8/1983 de 25 de junio que, en esta cuestión, adicionó un segundo párrafo al artículo 48, permitiendo no solamente el comiso parcial sino también la no aplicación del mismo.

Los redactores de la Ley de 1983 guardaron silencio absoluto acerca de los motivos por los que se modificaba una regulación tradicional, mantenida a través de años y códigos; mutismo inexplicable⁽⁴¹⁾ por cuanto no era ciertamente de escasa importancia la innovación. Ello no impide apreciar y consignar en base a qué razones se introdujo la referida alteración que, y vaya esto por delante, debe ser estimada acertada y plausible.

En efecto, el Proyecto de 1980 aceptaba la figura del comiso siguiendo la postura de los Códigos precedentes, pero puntualizaba que “el nuevo Código⁽⁴²⁾ concibe la pena como un castigo que ha de guardar proporción con el hecho cometido y su gravedad”, sobre la base del importante principio, más tarde enfatizado por la reforma de 1983, de que “no hay pena sin culpabilidad”. Fuera, sin embargo, de esta afirmación como línea programática, el aludido proyecto no se extendía a dos puntos importantes, pues no tuvo en cuenta que “cualquier dosis de culpabilidad no es bastante para cubrir el contenido de la sanción que comporta el comiso”, ni tampoco acogía la posibilidad, frecuente por otra parte, de los casos de patente desproporción entre antijuricidad y culpabilidad por un lado, y contenido sancionador del comiso

(40) Evolución histórica que, de manera detallada, ofrece la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1992.

(41) También en esta reforma de 25 de junio de 1983 se elevó la pena del asesinato a reclusión mayor en su grado máximo, superando su gravedad la del parricidio y sin que se ofreciera explicación alguna acerca de la ruptura de este tradicional paralelismo punitivo.

(42) Así lo expresaba la Exposición de Motivos del Proyecto de 1980.

cuencia del delito, abstracción hecha del principio de personalidad, mientras que otras veces la orientación jurisprudencial se enmarca en una tendencia restrictiva, prescindiendo de su aplicación en los delitos imprudentes y, también, en aquellas figuras delictivas dolosas escasamente acordes con el principio de proporcionalidad.

B) El comiso en la Ley 1/1988 de 24 de marzo.

La parca regulación del comiso, contenida en el artículo 48 del Código ha sido factor determinante de que cualquier modificación o trasvase de esta institución a otro aspecto del ámbito punitivo, se resienta de aquellas deficiencias, pese a que a raíz de la reforma de 1983 se introdujo, como quedó apuntado, la importante innovación de permitirse el comiso parcial e, incluso, la posibilidad de no practicarlo, y es desde estas consideraciones como procede examinar la figura del artículo 344 bis e), traída por la reforma de 1988, primero y, más tarde, retocada al amparo de la Ley 8/1992, conforme a las modificaciones de la Convención de Viena de 1988.

El artículo 344 bis e) expresa:

“A no ser que pertenezcan a un tercero no responsable del delito, serán objeto de comiso los vehículos, buques y aeronaves y cuantos bienes y efectos de la naturaleza que fueren, hayan servido de instrumento para la comisión de cualquiera de los delitos regulados en los artículos 344 a 344 bis b) así como las ganancias de ellos obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar.

A fin de garantizar la efectividad del comiso, los bienes, efectos e instrumentos a que se refiere el artículo anterior, podrán ser aprehendidos y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias”.

a) Críticas doctrinales.

Resulta curioso al par que necesario hacer constar, llegado este punto, que la doctrina patria que se ha ocupado del comiso lo ha hecho prestando escasa atención al tema, y pasando de puntillas sobre los diferentes problemas que pueden surgir, tanto de su aplicación como del sentido de la propia norma reguladora, pues la redacción del artículo 344 bis e) no puede ser calificada, precisamente, de brillante:

1. No es comprensible, en primer lugar, que el legislador se refiera a la comisión “de cualquiera de los delitos regulados en los artículos 344 a 344 bis

b)”, pues da a entender que en los mencionados preceptos se contienen conductas típicas diferentes, y nada más lejos de la realidad: el tipo básico descrito en el artículo 344, con la ya clásica distinción entre drogas duras y blandas, y los dos preceptos que le siguen —bis a) y bis b)— no encierran ninguna nueva conducta; sencillamente tienen en cuenta la posibilidad de que en la comisión de la infracción básica aludida puedan concurrir determinadas circunstancias⁽⁴⁹⁾ que, si así fuere, produciría el efecto de exasperar las sanciones penales, mas sin variar la morfología del delito base.

2. Se reitera la expresión, estimada superflua por muchos autores, consistente en la exigencia legal de que los efectos “no pertenezcan a un tercero no responsable del delito. En cualquier caso, esta fórmula está lejos de ser satisfactoria ya que parece contemplar únicamente a quien se verá salpicado por la responsabilidad penal, con olvido de que pudieran existir otras responsabilidades relacionadas con la infracción y que aquí no se precisan.

3. Por contra, y no deja de ser sorprendente, no se recoge la nota alusiva al comiso parcial que sí encierra el segundo párrafo del artículo 48, con los inseparables caracteres de proporcionalidad y personalidad, pero esta omisión ha sido debidamente interpretada por la doctrina del Tribunal Supremo, de la que resulta que “aunque en principio podría pensarse que dada la especificidad del comiso sería aplicable sin tener en cuenta la proporcionalidad de la sanción, ello sería desconocer el carácter del nuevo artículo que, a través de la remisión que indudablemente hace el artículo 48, impone una aplicación generalizada de su normativa, debiendo reivindicarse para el mencionado artículo 344 bis e) la vigencia del principio de proporcionalidad, de no querer conculcarse las garantías para la propiedad privada contenidas en el artículo 33 de la Carta Magna, como también el principio de adaptación de la pena a la culpa” (STS. mayo 92).

4. El artículo 48 distinguía dos conceptos netamente diferenciados: instrumentos y efectos. A ello se ha unido en la normativa el término “ganancias”, que debe entenderse con dos salvedades, pues de una parte la palabra ganancia lleva consigo la idea de beneficio y, aunque la operación de tráfico no fuera exitosa, los efectos procedentes de la misma caerían igualmente en comiso aunque para los autores los resultados hubiera que anotarlos en números rojos. De otro lado, el concepto de ganancia supera la tradicional fórmula del artículo 48 y debe entenderse en esta acepción tanto el precio, como la recompensa, el provecho y todo aquello que traiga causa del delito, o bien a través de dicha infracción, “sin generalizaciones ni zonas oscuras” y

(49) VIDALES RODRÍGUEZ plantea la duda, no suficientemente aclarada, acerca de si se trata de simples circunstancias agravantes o, bien, de subtipos agravados.

siempre bajo la idea de que la ausencia de beneficio no impedirá la aplicación del comiso.

5. Decía MANZANARES que, en otro orden de cosas, “resulta evidente que la nueva norma desea asegurar, contra la benévola práctica judicial, el comiso de unos medios empleados en la comisión del delito que pueden alcanzar un elevado precio. Sin embargo, la precisión legal es innecesaria si, como el propio texto afirma, se trata de cosas que efectivamente hayan servido de instrumentos pues, en tal supuesto, bastaría con atenerse a lo establecido con carácter general en el artículo 48”.

6. Pudiera hablarse de dificultad para incluir la droga en alguna de las dicciones legales, ya que en puridad de principios no es instrumento del delito ni efecto del mismo, por lo que tan sólo podría estimarse como “cosa” relacionada con él. En cualquier caso su comiso será siempre válido si bien no sería superfluo puntualizar el concepto en que tiene lugar⁽⁵⁰⁾.

7. Buscando que en materia de tráfico de drogas no quedase punto alguno por resolver, siempre en aras de la lucha contra el narcotráfico, se admite por vez primera en el derecho patrio lo que pudiera denominarse “comiso de segundo grado”, y que tiene lugar cuando recae sobre un objeto que ha sustituido al inicialmente propuesto, con independencia de la causa material o jurídica productora del cambio y tratando de esta manera llegar al fondo de la primera transformación. Así y en base al primitivo origen ilegal se decreta la intervención de todas las ganancias que traigan causa de la misma.

b) Ampliación del comiso a las ganancias.

Se demuestra aquí el interés de los redactores de la Ley de llevar al derecho interno las directrices de los Convenios Internacionales para combatir el tráfico de drogas, si bien en este punto es forzoso hacer alguna salvedad. Si se quiere ampliar el contenido del comiso y se busca finiquitar todo lo que sea blanqueo de dinero, habrá que contar ante todo con un eficaz seguimiento probatorio, indispensable para comprobar tanto las operaciones de comienzo como las celebradas a posteriori para lograr un adecuado camuflaje de aquéllas, y serán estas dificultades las que sin duda, y así lo entiende MUÑOZ CONDE, “aumentarán la impunidad de las transacciones realiza-

(50) La cuestión se presenta claramente resuelta en base a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo: la sentencia de 20 de abril de 1991 se decanta sin dudas por el comiso de la droga. De otra parte, a igual solución llega la Circular de la Fiscalía General del Estado 9/91, inserta en la Memoria de 1992, pág. 1.027.

das, sin perder de vista que el respeto a los derechos de tercero vendrá a incrementar los obstáculos existentes”.

Frente a la alegría con que se pronuncia el Código, es claro que la más elemental y exquisita prudencia debe presidir toda actuación dirigida al comiso de los bienes, instrumentos y efectos, huyendo de las amplias posibilidades que parece conceder la redacción legal: “las ganancias caerán en comiso cualquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar”.

Con esta frase se obtiene la impresión de que se desea conceder patente de corso para ingresar en las arcas del Estado todo lo que proceda del tráfico de drogas, y esto no es de recibo. Si la fórmula legal expresa que el comiso no procederá cuando los bienes pertenezcan a un tercero no responsable del delito, debería haberse concluido el precepto con idéntica salvedad o regla excepcional: “no tendrá lugar el comiso de los bienes, cualesquiera que fuesen sus transformaciones, si se hallaren en poder de un tercero que los haya adquirido en la forma y con las condiciones establecidas por la Ley para convertir su adquisición en irreivindicable”⁽⁵¹⁾.

Para MUÑOZ CONDE, la apuntada posibilidad de ampliar el comiso a las transformaciones es la más destacada de la nueva redacción y coincidente es la opinión de SERRANO al reconocer que el nuevo artículo se presenta ampliado, singularmente en orden a la cuestión de las ganancias. Sin embargo, difiere de los anteriores PRIETO para quien la mayor amplitud de contenido del artículo 344 bis e) en relación con el 48 es sólo aparente, por lo que la aportación de la Ley de 1988 debe reputarse innecesaria y redundante y únicamente cabe señalar que la sola diferencia entre ambos preceptos se contiene en la posibilidad de que los bienes “podrán ser aprehendidos y puestos a disposición de la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias”, y siendo este aditamento igualmente superfluo si consideramos que las leyes procesales ya prevén⁽⁵²⁾ suficientes instrumentos previos tendentes al

(51) Son casos de irreivindicabilidad, entre otros, las mercancías compradas en tiendas abiertas al público y las monedas dadas en pago de dichas compras (art. 85 del Ccom.); los efectos cotizables al portador y los negociados en bolsa, con intervención de Notario o Corredor de Comercio (art. 324 y 545 del Ccom.) los objetos adquiridos de buena fe en pública subasta, del art. 464 del Ccivil; los empeñados en los Montes de Piedad. Si se trata de inmuebles, si el comprador de buena fe tiene inscrito su derecho, a virtud de contrato oneroso otorgado por tercero que aparezca en el Registro con capacidad para otorgarlo.

(52) Entre otros, los artículos 326, 338 y 367 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los que resulta la recogida y conservación de los efectos e instrumentos del delito, hasta el juicio oral, sin que durante el sumario se admitan tercerías que tengan por objeto la devolución de los mismos.

aseguramiento de esta pena accesoria y demás responsabilidades pecuniarias de los encartados”.

C) El Comiso según la Ley 8/1992.

Siguiendo las líneas que se dibujaron en la Convención de Viena, de 20 de diciembre de 1988, la L.O. 8/1992 de 23 de diciembre, ha incorporado a nuestro Derecho positivo nuevas normas en orden a la lucha contra el delito de tráfico de drogas y ha modificado algunos preceptos ya existentes en nuestro ordenamiento jurídico. Entre éstos figura el artículo 344 bis e) al que se otorga una distinta redacción de la que presentó al ser llevado al Código Penal por la L.O. 1/1988 de 24 de marzo, y de cuya simple lectura es fácil apreciar las innovaciones, que suponen otras tantas diferencias.

El artículo 344 bis e) dice:

“A no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito, serán objeto de comiso las sustancias a que se refiere el artículo 344 bis g); los vehículos, aeronaves y cuantos bienes y efectos de la naturaleza que fueren hayan servido de instrumento para la comisión de los delitos comprendidos en los artículos 344 a 344 bis b) o provinieren de los mismos, así como las ganancias de ellos obtenidas, cualesquiera que hayan sido las transformaciones que hubieren podido experimentar.

A fin de garantizar la efectividad del comiso, los bienes, efectos e instrumentos a que se refiere el párrafo anterior podrán ser aprehendidos y puestos a disposición de la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias.

Dicha autoridad podrá acordar asimismo que, mientras se substancie el procedimiento, los bienes, efectos e instrumentos puedan ser utilizados por la Policía Judicial encargada de la represión y tráfico ilegal de drogas.

Los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia, se adjudicarán al Estado”.

Ya la doctrina patria estimó que el artículo 344 bis e) en la fórmula recibida por mor de la L.O. 1/1988 era cuando menos, superfluo e innecesario. La nueva redacción procedente de la Ley de 1992 puede llevar a una crítica más severa al aumentar sensiblemente unos defectos que, con cierta benevolencia, podrían considerarse comprensibles y pasajeros.

Vale, por consiguiente, lo manifestado a propósito del texto legal surgido de la reforma de 1988, a lo que debe adicionarse este conjunto de consideraciones:

a) *Críticas doctrinales.*

1. Se observa, ante todo, un aditamento al comienzo de la expresión legal, pues los bienes no sólo deben pertenecer a un tercero no responsable, sino que, y además, este tercero ha de presentarse adornado por el requisito de la “buena fe”.

Esta exigencia debe estimarse, como otras ya indicadas, innecesaria; requerir que el tercero titular lo sea de buena fe es una redundancia⁽⁵³⁾; el tercero de mala fe no está protegido por el derecho mientras que el de buena fe puede, en los casos establecidos en las leyes, gozar de un total respeto hacia lo adquirido o poseído, o bien el derecho a repetir contra quien corresponda.

Nada decía el inicial artículo 48 acerca de la necesidad de la concurrencia de la buena fe en el titular de los bienes presuntamente decomisables; la nueva fórmula nada añade que no estuviera, o debiera estar presente en la mente judicial a la hora de decidir sobre la intervención y comiso de los bienes que se describen.

2. La Convención de Viena introdujo, como innovación, la descripción de lo que se ha llamado “precursores” —equipos, materiales o sustancias— cuya tenencia integra una ilícita actividad delictiva, lo que implica que al trasladar a nuestro Derecho estos conceptos, en las condiciones de destino y finalidad a que alude el artículo, podrán y deberán igualmente caer en comiso, a tenor de las disposiciones generales, sin necesidad de declaración específica.

Sin embargo, llama la atención que siga el legislador sin hacer una referencia a las drogas, objeto precisamente del tráfico, respecto de las que debería pronunciarse con claridad en orden al comiso, aprovechando incluso, la oportunidad que le brindaba el artículo 344 bis g).

3. Discutido y discutible es el último inciso del párrafo segundo del artículo bis e) en cuanto que el Juez podrá autorizar a la Policía Judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas, la utilización provisional de aquellos bienes, efectos e instrumentos.

b) *Utilización por la Policía Judicial.*

Y es que por más que se trate de indagar y comprender el significado de esta disposición de nuevo cuño, no se presenta fácil descubrir las razones

(53) Fundamental es el artículo 434 del Código Civil: “la buena fe se presume siempre”. La misma Convención de Viena reconoce la necesidad de protección a los terceros de buena fe. Artículo 5, punto 8.

que los redactores de la ley tuvieron para incorporar estas expresiones a nuestro Derecho penal, a salvo, es claro, dos motivos:

1. El deseo de aumentar la eficacia de la lucha contra la criminalidad y

2. Dar cumplimiento a las prescripciones de la Convención de Viena, cuando lo cierto es que ni este deseo ni aquel motivo teleológico justifican la presencia de esta norma, carente de antecedentes en nuestro ordenamiento jurídico.

1.— De entrada se aprecia una total falta de determinación y concreción en la utilización acordada: nada más se indica que tiene carácter provisional, y que el ámbito temporal de utilización se contrae a la sustanciación del procedimiento⁽⁵⁴⁾ y ambas limitaciones no ofrecen suficiente precisión en cuestión que debería, al ser excepcional, aparecer claramente fijada en sus distintos extremos. Pero además quiere darse a entender que el empleo concedido o la utilización acordada lo es con las miras puestas en la función “de represión” del tráfico de drogas, siendo así que ésta es una misión ajena a la Policía Judicial: el artículo 282 de la LECrim. encomienda a estas Fuerzas misiones de investigación, comprobación, descubrimiento y prevención, sin que en precepto alguno se indique o añada que aquellas funciones deben ir acompañadas de un carácter represivo ni que una actuación de esta clase corresponda a la Policía Judicial.

Es más, el RD 796/1987 de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial, señala de manera diáfana en el Preámbulo, que esta disposición “se orienta preferentemente a delimitar las funciones de la Policía Judicial, en sentido estricto, esclarecimiento de las conductas presuntamente delictivas e identificación y aprehensión de sus responsables”.

En armonía con estas palabras, el artículo 28 de la citada disposición se cuida de señalar que las unidades “especialmente adscritas desempeñarán cometidos de investigación criminal propios de una policía científica”, sin que en los ocho apartados de dicho precepto se aluda a función de significado represivo; igual ausencia de misiones de esta índole es dable deducir del artículo 786, dictado para el procedimiento abreviado y en el que se señalan las funciones de la Policía Judicial.

2.— En el segundo aspecto, relativo a la adecuación y seguimiento por nuestro derecho de las directrices de la Convención, ya se dijo que la L.O.

(54) ¿Qué debe entenderse por procedimiento? En un sentido amplio pudiera comprender la iniciación de las primeras diligencias policiales; sin embargo, la mención al Juez hace suponer que éste ha tenido conocimiento de las actuaciones pues sólo así cabe admitir que pueda dar las oportunas autorizaciones a la Policía Judicial.

8/1992 ha adelantado la modificación prevista en el Proyecto de Código Penal en materia de tráfico de drogas, y que esta reforma resulta más que problemática, desde el momento que las normas de nuestro ordenamiento interno permitían asumir buena parte de lo que se quiere presentar como innovaciones.

Con relación al discutido último inciso del párrafo segundo, es terminante la postura de QUERALT JIMÉNEZ: “llama particularmente la atención que la policía pueda, previa autorización del juez, conservar bajo su poder y para su utilización los productos de lo intervenido, con lo que el legislador otorga a esta modalidad de comiso, que podría denominarse provisorio, y máxime a la vista del último párrafo de este artículo, una especie de vuelta a la premoderna figura del premio por captura o derecho de botín. Una vez más se pone de manifiesto el protagonismo que el legislador quiere atribuir a las fuerzas del orden, olvidando la existencia del Juez y del Ministerio Fiscal, pues no cabe desconocer la notable inseguridad jurídica que se produciría de llevarse a cabo este empleo de lo decomisado por los agentes que han intervenido en ello”.

Pero lo curioso del caso es que en la Convención no existe basi ni fundamento para la incorporación de esta norma a nuestro derecho interno; antes bien el artículo 5 de la Convención, en su apartado 5º-a, manifiesta que “la parte que haya decomisado el producto o los bienes, dispondrá de ellos de acuerdo a la forma prevista en su derecho interno y sus procedimientos administrativos”, de donde resulta que los redactores de la Ley 8/1992 no pueden acogerse a la Convención para explicar la entrada del citado y discutido párrafo en nuestro derecho interno⁽⁵⁵⁾.

c) *Adjudicación al Estado.*

El último párrafo del artículo 344 bis e) es igualmente notable:

“los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia, se adjudicarán al Estado”.

Dejando a un lado que la sentencia que se menciona adolece de no ir acompañada de la nota de firmeza, lo que es, sin duda, olvido del legislador aunque siempre censurable, con el apartado anterior se marca una novedad en materia de comiso que sigue la línea de despropósitos mantenida por las

(55) Debe resaltarse que, frente a esta redacción novedosa de la Ley de 1992, el Proyecto de Código Penal en estudio, en el artículo 361, para nada menciona la entrega a la Policía para su utilización, de los efectos o instrumentos, ni se hace eco de la adjudicación directa al Estado de lo decomisado.

sucesivas reformas penales en lo tocante a la protección de las víctimas del delito; la adjudicación al Estado impedirá que el producto de los bienes decomisados, cuando sean de lícito comercio, se aplique a cubrir las responsabilidades del penado.

Las consecuencias no podrán ser más claras al tiempo que insólitas, ya que la responsabilidad civil derivada del delito quedará sin cobertura; se ha dejado en fuera de juego el artículo 48-1 y los autores de la reforma de 1992 chocan frontalmente con lo que es un principio básico y fundamental en el Derecho penal moderno: la protección de las víctimas del delito.

Esta adición al artículo 344 bis e) está totalmente injustificada y la derogación de la misma se presenta con notas de urgencia, sobre todo en los momentos actuales cuando parece conseguirse una más efectiva coordinación entre las distintas fuerzas sociales para la lucha contra esta delincuencia organizada.

El criterio restrictivo que en materia de resarcimiento civil parece reflejarse en el artículo citado, no es privativo de este tipo de criminalidad; lo cierto es que, pese a las buenas intenciones y mejores deseos del legislador⁽⁵⁶⁾, el ofendido por la infracción penal suele quedar en el más profundo desamparo, ya que las piezas de responsabilidad civil terminan con el consabido auto de insolvencia, premonitorio y expresivo de una total ausencia de satisfacción para el perjudicado.

El silencio acerca del porqué de la nueva redacción del artículo relativo al comiso, aconseja indagar sobre cuáles pudieran ser las causas motivadoras de la nueva redacción y, desde un terreno puramente hipotético, es factible señalar estas dos:

a') La incesante voracidad recaudatoria del Estado le lleva a manifestarse en el campo de la criminalidad, y posiblemente a la vista de las ingentes cantidades que se manejan en el delito de tráfico de drogas. En este sentido el bocado parece demasiado succulento para renunciar a él, sobre todo si su

(56) El legislador ha establecido ciertas medidas para conseguir la efectividad de la reparación civil: solidaridad y subsidiariedad entre los delincuentes (art. 107); aplicación de los efectos decomisados a cubrir las responsabilidades del penado (art. 48); fijando en primer lugar esta enumeración en la relación del artículo 111; condicionando a su satisfacción la concesión de beneficios, como el indulto y la cancelación de antecedentes penales (Ley de 1870 y art. 118 del Código penal).

Como novedad trascendente, el nuevo artículo 344 bis k, altera el orden del art. 111, situando a la multa en segundo lugar. Las consecuencias de esta anteposición serán que, dada la inexistencia de responsabilidades civiles, el pago de la multa irá al Estado pasando por encima de los derechos jurídicos profesionales producidos durante el proceso.

consecución no ofrece excesivas dificultades: basta con arbitrar los medios necesarios, aunque éstos se aparten de la normativa tradicional e, incluso, aun cuando impidan reparaciones de afectados por el delito.

b') Desde un plano teórico pudiera venir motivada la nueva disposición por la creencia de que esta clase de delitos no genera responsabilidad civil al tratarse, como indica la doctrina y reitera la jurisprudencia, de infracciones de peligro abstracto, frente a los delitos materiales, de lesión o resultado, caracterizados por la producción de un daño material lesivo que, ligado a la acción u omisión mediante la oportuna cadena causal, da lugar a un pronunciamiento sobre reparación civil.

Así, en los delitos de tráfico de drogas, se anticipa la consumación por el mero hecho de la tenencia, acompañada de la vocacional dedicación a la distribución; el riesgo sustituye al resultado dañoso y la consecuencia más directa es la ausencia de responsabilidad civil. Sólo en casos especiales, ya se estimen como hipótesis de dolo eventual bien se acuda a la estimación de delitos cualificados por el resultado, el legislador penal exacerba la sanción por la existencia del daño⁽⁵⁷⁾.

No parece que estas conclusiones deban ser admitidas sin hacer unas matizaciones necesarias que conducirán, así lo creemos, a la admisión de la solución contraria: en estos tipos delictivos se producen daños y perjuicios que entran de lleno en el campo de las indemnizaciones civiles, a tenor de las normas generales, y particularmente al amparo de los artículos 101 y siguientes del Código.

Esto es claro: los delitos de tráfico de drogas constituyen infracciones de peligro, el Código las agrupa bajo la rúbrica "delitos de riesgo", y ya en esta especial nota, son creadores de tal situación para la salud de la colectividad y no para la de una persona determinada, cuya protección personal se lleva a cabo mediante mecanismos diferentes.

A pesar de lo anterior, la existencia del daño y de la lesión surgen además del peligro o riesgo causado, y para apreciarlo basta considerar estas notas:

a) la existencia de drogadictos, toxicómanos y, en general, de personas afectadas por la ingestión de drogas es un hecho innegable que se puede constatar a diario.

b) el mismo Código, al sancionar las conductas integrantes de este delito, cuida de separar, a efectos singularmente sancionadores, aquellas sustan-

(57) Artículo 338 bis: en los casos de muerte por ingestión de droga, se impondrá al autor la pena de reclusión menor, además de las pecuniarias.

“El que fabricare, transportare, distribuyere, comerciare o tuviere en su poder los equipos, materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y cualesquiera otros productos adicionados al mismo o futuros Convenios o Convenciones ratificados por España, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, producción o fabricación ilícita de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines, será castigado con las penas de prisión menor y multa de uno a cien millones de pesetas”.

Esta fórmula legal, nueva en el Derecho penal español por lo que al tráfico de drogas se refiere, ha sido objeto de críticas, lo que por otra parte es algo ya común a las modificaciones procedentes de la Ley de 1992, si bien en el presente caso es justo señalar que sus defectos quizá no llegan a la altura que se les quiere atribuir.

Cierto es que parece desprenderse alguna ambigüedad en el tratamiento de los equipos y materiales, que produce como directa derivación un arbitrio judicial amplio, pero esto puede quedar paliado exigiendo, como se desprende del texto, la idoneidad de tales equipos para el fin a que van a ser destinados, ya que las sustancias serán las incluidas o que vayan a incluirse en las listas del Anexo, de manera que por ella no se resentirá el principio de legalidad.

Posiblemente pueda hablarse también de innecesariedad del precepto ya que las conductas en él descritas constituirían tentativa del delito principal, por lo que extraña que el legislador del 92 haya creído conveniente una punición concreta ⁽⁶⁰⁾.

Pues bien, aunque sea de rechazo, la incorporación del tráfico de precursores a los correspondientes artículos debe estimarse acertada al llenar un vacío difícil de colmar: resulta que la doctrina jurisprudencial es pacífica y reiterada en orden a negar, en el delito de tráfico de drogas, tanto la presencia de formas imperfectas —léase tentativa o frustración—, como de participaciones distintas de la autoría ⁽⁶¹⁾ y así parece que debe ser al considerarse este delito de mera actividad, cuya consumación tiene lugar por la simple posesión con vocación tendencial de tráfico. La ausencia del precepto nuevo

(60) No sería el único supuesto de actos preparatorios sancionados pues, aparte de los casos de conspiración, proposición y provocación para delinquir del artículo 4, el Código sanciona expresamente estas actividades iniciales en los artículos 287 —falsificación de moneda— y 509 —tenencia de útiles para el robo—.

(61) En cambio, del articulado de la Convención aparecen aplicables al delito de tráfico de drogas tanto las figuras imperfectas como los distintos grados de participación, según resulta del art. 3, punto 1, letra c, ap. IV.

determinaría que dicho tráfico de precursores se incardinase, forzosamente, en el artículo 344 y con ello se rechazarían aquellas intervenciones que, por su entidad, estarían mejor situadas fuera del concepto de la consumación. Por contra, su presencia permite admitir formas de intervención y de ejecución más acordes con la realidad jurídica y material.

Harto más grave es, sin duda, la penalidad establecida para los autores de las anteriores conductas, pues bien puede afirmarse que se ignora por completo el principio de proporcionalidad: se sancionan con mayor rigor actividades que no tienen el carácter principal de otras y que, por consiguiente, no producen una lesión de la trascendencia del tráfico de drogas, aun reconociendo el significado de delito abstracto que le atribuyen tanto la doctrina como la Jurisprudencia.

Las consecuencias pudieran conducir al absurdo, y así lo indicaba VIDALES, al comentar que resulta más rentable la dedicación al tráfico de drogas que al de precursores.

VII. ENCUBRIMIENTO ESPECÍFICO: ART. 344 BIS H)

El confesado propósito de la Convención de Viena de ir a la erradicación de los ingentes beneficios económicos que genera el tráfico ilegal de drogas aparece reflejado en su Preámbulo y, por supuesto, en su articulado de manera elocuente⁽⁶²⁾. Dice así el prólogo que una de las decisiones a adoptar es “privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito, del producto de sus actividades delictivas, y eliminar así el principal de su actividad”.

Ya la reforma llevada a cabo en el texto punitivo en materia de tráfico de drogas, por la Ley 1/1988 de 24 de marzo introdujo en el Código el artículo 546 bis f), consecuencia natural de haberse forjado aquella reforma bajo las inspiraciones de los sucesivos borradores que dieron lugar al contenido de la Convención, y la Ley de 1992 ha incorporado dos nuevos preceptos, 344 bis h) y 344 bis i) de parecida orientación y con los que la comunidad internacional quiere colocar contra las cuerdas a los grandes narcotraficantes vencida de los efectos casi definitivos del éxito de estas operaciones.

(62) No cabe negar que la salud pública fue, en un principio, el bien jurídico protegido de estos delitos, afirma COBO DEL ROSAL, si bien el aspecto económico gana posiciones, lo que es demostrativo del interés del Estado por asumir el monopolio en el comercio de estas sustancias. Y debe apuntarse que en las alternativas que se presentan para combatir esta clase de delincuencia, figura en lugar destacado el móvil financiero.

Art. 344 bis h):

1. “El que convirtiese o transfiriese bienes a sabiendas de que los mismos proceden de alguno de los delitos expresados en los artículos anteriores, o realizase un acto de participación en tales delitos con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tales delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones, será castigado con las penas de prisión menor y multa de uno a cien millones de pesetas”.

2. “Con las mismas penas será castigado el que encubriese u ocultare la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento, o la propiedad reales de bienes o derechos relativos a los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en los artículos anteriores o de un acto de participación en los mismos”.

Del examen de estos dos primeros números del artículo 344 bis h) pueden obtenerse estas consideraciones:

a) *Encubrimiento doloso.*

a') La descripción de conductas típicas que realiza el legislador puede antojarse prolija, quizá desacertada y, en cierto modo, repetitiva. Sin embargo y aun reconociendo que la fórmula legal no presenta una redacción excesivamente brillante, existe para esta variedad una explicación lógica, nacida del simple deseo de los redactores de la ley de abarcar todas aquellas actividades encaminadas a los fines perseguidos, y ello para evitar el defecto —con razón duramente criticado—, de recurrir a la expresión “de otro modo” o similar que pudiera motivar la crítica de haber tenido que acudir al recurso del procedimiento analógico.

b') Algún sector de la doctrina ha apuntado que planea sobre las actividades contenidas en el artículo 344 bis h) la sombra de la receptación, de manera que sería una confusión entre este precepto y el artículo 546 bis f). Sin embargo, esta posibilidad debe rechazarse, simplemente a la luz del contenido y finalidad de los respectivos delitos, encubrimiento y receptación ⁽⁶³⁾.

Supone el encubrimiento la ayuda a los intervinientes en el delito principal, sin beneficio para el encubridor, quien limita su actuación a alguna de

(63) La distinción se produce a partir de la Ley de 9 de mayo de 1950 que separó del encubrimiento la conducta consistente en aprovecharse el tercero de los efectos del delito, llevándola a la receptación y, por ende, al Título de los delitos contra la propiedad. No cabe olvidar que en el Proyecto de 1992 desaparece la figura del encubrimiento.

las actividades que contempla el artículo 17. Por contra, la receptación, ya sea la general, bien la específica del delito de tráfico de drogas, requiere la obtención de un provecho para el receptor, siquiera tal beneficio aparezca estimado por la Jurisprudencia en términos amplios que permiten adscribirlo a buen número de conductas que, en principio, quedarían extramuros de esta actividad delictiva⁽⁶⁴⁾.

c') Afirmar que la redacción del nuevo artículo es escasamente afortunada sería repetir afirmaciones puestas de relieve y con reiteración por la doctrina; en la descripción de este precepto se habla "del que realice un acto de participación en tales delitos", expresión que debe interpretarse en su verdadero sentido, deseado por el legislador, so pena de incurrir en un trato privilegiado para este "partícipe": la finalidad aquí perseguida, indica QUE-RALT, es "ocultar los efectos del delito, facilitar su aprovechamiento o ayudar a eludir la acción penal, aspiración finalística típica que permite estas descripciones, conduciendo todas ellas al abrigo de la figura del encubrimiento".

d') Una postrera afirmación procede realizar en orden a las conductas contenidas en los dos primeros números del artículo 344 bis h): la naturaleza de las actividades tipificadas por los autores de la reforma decantan las mismas, de manera inevitable, hacia la figura del encubrimiento. Lo entiende igualmente la doctrina de forma mayoritaria y el mismo artículo emplea el término "encubriere".

Pues bien, así las cosas, lo que ya no debe admitirse, por no ser de recibo, es que se produzca una sensible distorsión de los principios generales que, en materia de codelinquencia, inspiran el Derecho Penal español.

En un doble frente se produce este apartamiento de las normas básicas contenidas en el Código y reafirmadas por la Jurisprudencia:

a") Se incurre en la acción típica cuando "se ayuda a cualquier persona que participe en la comisión de tales delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones". Estamos pues, en presencia de lo que la doctrina llama favorecimiento personal, al que se refiere el número 3 del artículo 17 del Código, y del que este apartado del art. 344 bis h) viene a ser modalidad específica.

(64) Por todas, la sentencia de 9 de marzo de 1988 que, seguida por la de 22 de junio de 1990, es clara y terminante: "el aprovechamiento incluye cualquier tipo de utilidad que la cosa pueda reportar al culpable, el disfrute directo y personal, su utilización por terceras personas, incluso el simple goce estético, el lucro económico o dinerario o de mera satisfacción interna. Inclusive, dar a los bienes el caprichoso destino que le plazca".

imprudencia temeraria o simple, y sólo en algún caso aislado mantiene aquella dicción, procedente de la antigua LO. del Poder Judicial, de 1870⁽⁶⁶⁾.

VIII. LA RECEPCIÓN ESPECÍFICA DEL ART. 344 BIS I)

Aprovechando la reforma de 1988, el legislador llevó al Código Penal el artículo 546 bis f) destinado a sancionar aquellas actividades de trasfondo evidentemente económico y consistentes en el aprovechamiento por parte de un tercero de los efectos o ganancias derivados del tráfico de drogas. Era, sencillamente, una trasposición a esta materia de las normas generales que regían en cuestión de receptación, y una simple prueba de ello era que el tratamiento de esta modalidad delictiva se incluía en el título de las infracciones contra la propiedad.

La Ley de 23 de diciembre ha creído conveniente añadir al articulado del texto punitivo una figura relativamente nueva, descrita en el artículo 344 bis i) por la que se sanciona a “el que adquiera, posea o utilice bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que los mismos proceden de algunos de los delitos expresados en los artículos anteriores”. La sanción es de prisión menor y multa de uno a cien millones de pesetas.

Lógicamente, la principal y casi única cuestión planteada en la doctrina se traduce en la duda acerca de si se trata de duplicidad de conductas o estos preceptos encierran sustantividad bastante y caracteres propios para permitir su mantenimiento independiente, no obstante su semejanza, lo que determinaría la aplicación del concurso de leyes para concretar cuál devendría a regular cada situación que se presentara.

Es una problemática resuelta de manera diversa por la doctrina, pues para VIDALES, en este ámbito del concurso de leyes, procede aplicar el principio de subsidiariedad y, por ende, declarar preferible el artículo 344 bis i). BAJO FERNÁNDEZ sostiene que “por medio del artículo 546 bis f), no se podría penalizar lo que se llama receptación sustitutiva”, y VIVES ANTÓN⁽⁶⁷⁾ considera que esta entidad delictiva ya estaría incluida en el aludido precepto y, como colofón, parece predominar la idea de que el legislador, al dar vida al 344, olvidó la previa existencia del 546.

(66) Siguiendo el ejemplo del antiguo artículo 262 de la L.O. Provisional del Poder Judicial de 1870, todavía el Código Penal habla de ignorancia o negligencia inexcusable, en los artículos 855 —prevaricación— y 895 —malversación de caudales públicos—.

(67) Citados por VIDALES RODRÍGUEZ.

Esta última afirmación no deja de ser discutible por varias razones, pues al introducir la ley de 1992 las nuevas conductas delictivas del tráfico de precursores y de encubrimiento, era necesario aplicar a estas actividades punibles la posibilidad de la receptación, entendida como aprovechamiento por un tercero de los efectos e instrumentos de estos delitos. Como quiera que el artículo 546 bis f) fue introducido por la Ley de 1988 y estas conductas lo fueron por la Ley de 1992, posiblemente el legislador, al querer aplicar a estos delitos el criterio de la receptación, no cayó en la cuenta que podía ser aplicable el 546 bis f). Quizá sea ésta la razón que dio vida al art. 346 bis i).

Una conclusión clara se desprende de lo anterior: bastaba con un único artículo para disciplinar este ilícito beneficio obtenido por tercero no partícipe del tráfico de drogas, bien fuera el 546 ampliándolo a las nuevas actividades, ya el 344, eliminando en tal caso aquel otro.

Y es que su mantenimiento conjunto originará dificultades de interpretación si se observa la distinta redacción de estas dos normas, que presentan diferencias sensibles, pues el artículo 344 bis i) limita la titularidad de la conducta punible “al que adquiera, posea o utilice” y, por tanto, exclusivamente para sí; al tiempo que el comportamiento sancionado en el 546 bis f) es más amplio ya que este provechó puede ser “para su autor o un tercero”. De otra parte el elemento cognoscitivo o intelectual viene dado en el 546 por “el simple conocimiento”, mientras que en el art. 344 la exigencia se traduce en una actuación “a sabiendas”, más reforzada y subjetiva, de donde es factible concluir que, ante estas descripciones legales diversas, adquiere mayor fuerza la necesidad de eliminación de una de ellas.

IX. LA ENTREGA VIGILADA

A) Consideraciones generales.

El Preámbulo de la Ley de 23 de diciembre de 1992 señala en el último de sus apartados las razones que movieron al legislador español a llevar al texto procesal la figura que ha recibido el nombre de entrega vigilada: se trata, simple y llanamente, “de cumplimentar la previsión contenida en el artículo 73 del Convenio de Schengen”.

Con arreglo a esta fundamentación y siguiendo de manera literal la definición que se contiene en la propia Convención, el artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dice:

mida la segunda actividad. Asimismo, parece conveniente eliminar la dualidad normativa que se plantea con la presencia de los artículos 344 bis y 546 bis f).

También se apunta como necesaria la modificación de la dosimetría penal, singularmente en la cuestión del castigo de los actos preparatorios y la sanción del encubrimiento, evitando el menoscabo que sufre el principio de proporcionalidad. Tal vez hubiera sido acertado incluir las formas de participación que recoge la Convención, dando vida a la inducción y la complicidad, principalmente.

Por último, criticable es que no se haya aprovechado la reforma para erradicar la expresión “de otro modo”, ausente en la fórmula de 1983 e incorporada nuevamente por la Ley de 1988, y que se ha revelado como fuente de inseguridad, abiertamente contraria al principio de legalidad e inaceptable en Estado social y democrático de Derecho.

XI. POLÍTICA CRIMINAL

A) Consideraciones generales.

De la historia de la evolución legislativa en orden al tráfico ilegal de drogas infieren los penalistas patrios que la labor de política criminal en esta materia viene caracterizada por la nota de la represión, en el sentido de sancionar severamente las conductas susceptibles de encajar en los artículos 344 y siguientes del Código Penal. Actitud del legislador ⁽⁷²⁾ que se inicia con la Ley de noviembre de 1971 y continúa en las sucesivas modificaciones del texto legal, sin más paréntesis que el quinquenio representado por la vigencia de la reforma de 25 de junio de 1983.

Esta dureza de la reacción penal contra este tipo de delincuencia, añade la doctrina, no parece que se haya visto acompañada de resultados prácticos a cuyo amparo pudiera hablarse de una eficacia positiva. Se han mantenido las elevadas penas privativas de libertad; se han exacerbado hasta límites millonarios las sanciones económicas; el comiso huye de la regulación tradicional para adaptarse a las exigencias de la lucha contra el narcotráfico; surgen nuevas circunstancias que agravan las penas y, finalmente, se quiere

(72) “Esta dureza de la reacción penal se agrava, si cabe, en España por el hecho de la práctica ausencia de previsiones que sirvan para atender la problemática de los toxicómanos”, indica DE LA CUESTA ARZAMENDI.

conseguir, con el respaldo internacional, no dejar extramuros del Código conducta alguna o actividad de la índole que sea, relacionada con el tráfico de drogas. A pesar de estos medios domina un clima de insatisfacción ⁽⁷³⁾.

Hasta tal punto ello se presenta con estas notas que, con cierto matiz de alarma, señala DE LA CUESTA que “se tiende a la apertura sistemática de nuevos espacios de intervención policial y penal, de los que resulta una fuerte afectación de las garantías individuales y básicas de los ciudadanos, y en contradicción con los principios de Derecho Procesal y Penal”.

B) Consecuencias del fracaso represivo.

Así no es difícil que, ante el fracaso que se atribuye a la labor legislativa, se apunten estas consecuencias: 1) “la ineficacia de la política desarrollada en torno a esta forma de criminalidad basada en un endurecimiento de la represión; 2) el menoscabo que sufre el principio de proporcionalidad, por mor precisamente de la dureza de las penas y la variedad de circunstancias de agravación; 3) la propia penosidad de las sanciones penales, inadecuadas desde la perspectiva de la doble función, preventiva y represiva, asignada a las mismas, y 4) por último, la necesidad de enfocar el problema del narcotráfico con el empleo de nuevos parámetros y bajo una óptica diferente.

Forzoso es reconocer que en el fondo de las críticas se encuentra una parte de realidad y certeza innegables, pero ello no impide que deban hacerse una serie de consideraciones encaminadas a presentar esta problemática desde una visión posiblemente distinta a la que, hasta ahora, ha venido dominando el sentimiento de la mayor parte de la doctrina, siguiendo para su desarrollo el mismo orden arriba indicado de las consecuencias deducidas ante la labor de la política criminal realizada.

a) Ineficacia del endurecimiento de la represión.

Esta afirmación es preciso entenderla, como las restantes que posteriormente se examinarán, dentro de ciertos límites.

Sobre la base de datos acreditados que se han aportado, a un aumento de la represión penal ha seguido de inmediato ⁽⁷⁴⁾ una elevación del consumo,

(73) Es opinión de MUÑOZ CONDE, a la vista de la trayectoria histórica, que “la única conclusión que puede obtenerse de la evolución penal del narcotráfico en los últimos años es que los efectos dejan mucho que desear”.

(74) No sólo la práctica, sino la simple visión de la realidad revelan que uno de los efectos más inmediatos que produce la severidad de la represión punitiva es, al originar una disminución del tráfico, el encarecimiento de las drogas, convirtiendo esta delincuencia en

siendo preocupante, indica MUÑOZ CONDE, que “ante esta ineficacia demostrada de las normas penales para atajar el problema, por lo menos en su actual configuración, se quiera perseverar en la misma línea, incluso aumentando el nivel represivo y sancionando a los propios consumidores”.

Parecen necesarias, por lo anterior, algunas matizaciones tendentes, no a desvirtuar lo que son hechos materiales claramente demostrados, pero sí a aportar alguna explicación adicional a los datos fríos aunque elocuentes de los números.

Cierto es que se registra un aumento sensible y continuado en orden a las capturas de sustancias estupefacientes y psicotrópicas mas, junto a ello, debe hacerse constar que según la Memoria de la Fiscalía de 1993 —la correspondiente a 1994 no ha sido publicada a la realización de este trabajo— ha disminuido el número de detenidos por tráfico de drogas en un tres por ciento, y los procedimientos judiciales igualmente descienden de 53.585 a 45.482.

De otra parte, y esta situación es común a la generalidad de las estadísticas, se indica el aumento constatado pero se omite el número de aquellos sobre los que la función de prevención de la pena ha actuado de manera disuasoria. Parece lógico, a la vista de la disminución arriba apuntada, afirmar aun con ciertas reservas que algún influjo inhibitorio habrá producido la sanción penal.

El continuo recurso al Derecho Penal es una medida de la que no se puede prescindir, pero que requiere el indispensable complemento de puesta en funcionamiento de los medios materiales adecuados para erradicar, a la manera preventiva, educadora y resocializante el complejo problema del tráfico de drogas, y sobre este punto y sin desconocer actuaciones y resultados ya conseguidos, todavía resta mucho por hacer. En consecuencia, no parece justo cargar en el deber del Derecho Penal la ineficacia del sistema; cuando menos, habrá que compartirlo con la ausencia de medidas educadoras, curativas y tutelares, que también son función del Estado.

Finalmente, sería una omisión insoslayable no aludir a las causas generadoras del tráfico y consumo entre las que ocupa papel destacado el acuciante y, al parecer insoluble, problema del paro. El sentimiento de frustración, cada vez más agudo, entre los jóvenes pertenecientes a grupos marginados, desfavorecidos económicamente, es un caldo de cultivo propicio para fomentar ese trasiego, de escasa cuantía y generalmente localizado, mediante el que el pequeño traficante atiende a su dependencia de la droga.

(...) el más rentable de los negocios, con capacidad incluso para cubrir la deuda externa de los países donde se produce.

Posiblemente y mediante una adecuada política de creación de empleo pudieran obtenerse resultados positivos.

b) *Menoscabo del principio de proporcionalidad.*

La clara y repetida alusión a la vulneración del principio de proporcionalidad derivada de la excesiva dureza de las sanciones establecidas por el legislador, requiere algunas precisiones. Entiende la doctrina que hay figuras delictivas, singularmente las afectadas por la concurrencia de algunas de las causas de agravación, que ofrecen una penalidad calificable de “exagerada e inoportuna”, en comparación con otras conductas tipificadas y atentatorias a bienes jurídicos distintos.

Es curioso que la doctrina, al referirse a la delincuencia aquí examinada, utilice términos variopintos pero siempre con el denominador común de la importancia de estas infracciones: lacra social, desvertebración de la familia, fuente de delitos graves, todo ello sin mencionar las secuelas, algunas veces irreversibles, que se producen en la salud y en la mente del consumidor, alarma social profunda, por no hablar del aspecto económico perturbador de las finanzas del Estado, son algunas de estas manifestaciones⁽⁷⁵⁾.

Paradójicamente, todas estas notas que convierten el delito de tráfico de drogas en uno de los que mayor preocupación genera para la vida misma de la sociedad, no son suficientes al parecer para que las sanciones señaladas se mantengan en los límites del principio de proporcionalidad.

Pero además, la misma relación comparativa que se indica con otras figuras tipificadas en la Parte Especial no es de recibo: el robo de un televisor en casa habitada se castiga con pena, en principio, superior a la venta de cocaína; las lesiones del artículo 421 pueden situarse en la misma penalidad; una utilización ilegítima de vehículo a motor para la que se emplea una ganzá, puede sancionarse, como el tráfico de hachís, con arresto mayor en su grado máximo.

Hay, pues, en el Código Penal entidades delictivas respecto de las que la punición se sitúa a un nivel similar a la fijada para el tráfico de drogas sin que, por contra, se ofrezca una gravedad intrínseca paralela.

c) *Dureza de las penas.*

Punto y aparte merece la repulsa general que la doctrina experimenta

(75) Un resumen de estas notas reveladoras de la gravedad puede verse en las consideraciones que, inmediatamente antes de las propuestas, contiene el Manifiesto de Málaga.

Desde un aspecto teórico, es decisiva la equiparación de las drogas psicotrópicas y estupefacientes al medicamento normal, y de este punto derivan implícitamente para sus firmantes las restantes consecuencias de índole favorable a la aceptación de esta alternativa.

La primera de todas ellas sería la desaparición del lucrativo negocio que supone para los traficantes, quienes abandonarían la escena al controlar el Estado todo el proceso de aquellas sustancias. El abaratamiento de los costos permitiría la adquisición de los “medicamentos a los necesitados”, y tendría lugar también una consecuencia importante, cual sería una incidencia mucho menor en la criminalidad de la situación de drogodependencia. Debe apuntarse igualmente el mayor control de la mercancía que, al ser suministrada por el Estado, evitaría alteraciones en su calidad⁽⁸⁰⁾.

Esto es lo que, en el terreno de las hipótesis, pudiera argumentarse. Sin embargo, y siempre en el campo de la teoría, sería ilusorio imaginar la erradicación del tráfico ilegal por el solo hecho del control estatal de la venta de drogas; sí es factible hablar de reducción de beneficios y ello temporalmente, porque las redes del trasiego clandestino se readaptarían a las nuevas perspectivas de mercado.

Y, si teóricamente, esta primera y fundamental premisa falla no cabe esperar que las restantes que traen causa de ella sigan una suerte diferente: la razón de la delincuencia no está per se en la adicción a la droga, sino que ésta surge a su vez de otros factores que son los que habría que atajar, y el riesgo de las consecuencias del consumo se encuentra en su propia realidad y no únicamente en la pureza y la calidad del producto.

Es factible obtener un mayor control de las mercancías vendidas; no obstante, seguirán éstas sin encontrarse al alcance de buen número de potenciales consumidores, quienes continuarán en situación muy similar a la actual, quizá incluso adquiriendo de los vendedores droga de mejor calidad y más económica.

Esta equiparación al medicamento dará lugar, siempre en el plano de las elucubraciones, a la entrada en el círculo de los consumidores a personas que, hasta entonces, se habían retraído de la adquisición y posterior consumo de las drogas y que accederán a esta situación con la nueva regulación que da visos de legalidad al estatus de nuevo usuario. Para los patrocinadores de la propuesta alternativa, la consideración finalística del consumo de drogas

(80) La principal dificultad, si se desea que la alternativa de legalización funcione, será la necesidad de una infraestructura de control, seguimiento y atenciones al “paciente” pues, obviamente no bastará con proporcionarle la droga y despedirle hasta la próxima toma.

como “la obtención de bienestar corporal o mental”⁽⁸¹⁾, justifica suficientemente la nueva incorporación de personas hasta entonces huérfanas de los placeres de la droga. Podría sin embargo, objetarse que la misión del Estado sea acudir a estas legalizaciones; más bien sería correcto aludir a su obligación de promover y proteger la salud individual⁽⁸²⁾ y colectiva, y abdicaría de ese deber si permitiera y facilitara el consumo de sustancias psicoactivas.

Una duda razonable aparece en el horizonte de esta situación permisiva: esta incorporación de personas a este consumo de drogas puede crear una situación imparable convirtiendo en toxicómano a quien no lo era. ¿A quién exigir responsabilidad?, ¿tendría fuerza moral el Estado para una política criminal represiva respecto de otras actividades contrarias, por ejemplo, al sistema ecológico o socioeconómico, si patrocina el consumo de estas sustancias?

Discutible es, desde luego, sin abandonar el campo de la teoría, que sea adecuada la pena propuesta para los “traficantes”⁽⁸³⁾; aparte del retorno que supone al caduco sistema de normas penales en blanco, vuelve a recurrirse al criterio de apertura de conductas delictivas mediante la expresión “cualesquiera actos de promoción del consumo”. Preferible sería mantener la dureza de las sanciones, bien rebajar la penalidad, ya intentar sustituirla por otras medidas, si su actuación viniera determinada por su propia adicción.

Existe, por lo expuesto, una sensible igualdad de consideraciones a favor y contrarias a la nueva propuesta, por lo que es inevitable afirmar que, en orden a su aplicación práctica, pueden plantearse dudas sobre su viabilidad y producción de efectos en el sentido deseado por sus autores y partidarios.

2. Propuesta de una solución ya existente.

El Derecho Penal no ofrece más alternativa para combatir el narcotráfico que la doble función de prevención general y especial asignadas a la sanción penal y que, en opinión de la doctrina se ha revelado insuficiente. Sólo a raíz de la reforma de la Ley 1988 de 24 de marzo, se introdujo una modalidad

(81) Escribía THOMAS SZASZ (El País, 10 de diciembre de 1987) que la “libertad individual supone también la opción de poder poner en el propio cuerpo lo que se desea, incluso aquello que es convencionalmente peligroso”.

(82) J.J. CASAS NOMBELA: “La legalización del tráfico no eliminaría los problemas derivados de la distribución y consumo de drogas” (El País, 10 de diciembre de 1987).

(83) Arresto mayor y multa, penalidad mínima si se tiene también en cuenta que, para los autores de la propuesta, las drogas blandas se despenalizan por lo que las sanciones señaladas se refieren al tráfico de drogas duras.

RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: *Derecho Penal español. Parte General*. 1977.

RODRÍGUEZ DEVESA, J.J. y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal español. Parte Especial*. 1993.

SERRANO GÓMEZ, A.: *El costo del delito*. Madrid, 1986. UNED.

VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *La última reforma del Código Penal en materia de drogas*. Revista General del Derecho, núm. 583, abril 93.

**CUESTIONES DE PERSONAL.
POSIBLE INFRACCIÓN DE LOS PRINCIPIOS
CONSTITUCIONALES DE SEGURIDAD JURÍDICA
E IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY
POR LOS JUECES Y TRIBUNALES, TRAS LA
LEY 10/1992 DE 30 DE ABRIL**

**PIEDAD MILICUA SALAMERO
MARÍA DE LOS ÁNGELES RAMOS GUILLÉN**

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

CONCEPTO DE LAS CUESTIONES DE PERSONAL.

**REGULACIÓN DE LAS CUESTIONES DE PERSONAL EN
LA LEY DE 27 DE DICIEMBRE DE 1956.**

REFORMA OPERADA POR LA LEY 10/92 DE 30 DE ABRIL
DE MEDIDAS URGENTES DE REFORMA PROCESAL.

1. Recurso de casación ordinario.
2. Recurso de casación para unificación de la doctrina.
3. Recurso de casación en interés de la ley.

SITUACIÓN ACTUAL QUE HA GENERADO LA NUEVA
REGULACIÓN.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Aunque las cuestiones de personal ocupan alrededor de la tercera parte de los asuntos que conocen las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, teniendo la Sala de la Audiencia Nacional dos secciones dedicadas a resolver las pretensiones en esta materia, lo cierto es que no suelen ser objeto de especial atención por parte de la doctrina, quizás por esa idea de considerarlas cuestiones de tipo doméstico entre la Administración y sus funcionarios, sin la trascendencia político-social o económica de los problemas urbanísticos, fiscales, etc., o incluso del Derecho laboral en el que la posibilidad de la pérdida del trabajo a través de un despido, una regulación de empleo, etc. penden como una amenaza para el trabajador, cosa hasta ahora impensable en el funcionario, que en mejor o peor situación, con derechos o con simples expectativas, tiene garantizado un puesto de trabajo hasta su jubilación. No obstante, hoy día, este principio que parecía ser uno de los pilares de condición estatutaria-funcionarial, por ser el “derecho al cargo” uno de los pocos, por no decir ya prácticamente el único, reconocido al funcionariado como derecho adquirido (art. 63.2 de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado de 1964), ha sufrido importantes matizaciones con la Ley 22/1993 de 29 de diciembre a que luego haremos una breve referencia. Toda vez que el otro derecho que tradicionalmente así se venía considerando, el de carácter económico, ha quedado desdibujado a partir de la Ley 30/84 de 2 de agosto de Medidas para la Reforma de la Función Pública, por la cual sólo son susceptibles de adquirir como derechos económicos las retribuciones básicas de su Grupo funcionarial, pudiendo consolidarse además de éstas, las correspondientes al grado personal, ya que las restantes, complemento de destino y complemento específico, retribuyen las características o condiciones del puesto de trabajo en concreto que ocupe, acompañando a dicho puesto de trabajo, y no al Cuerpo o Escala de funcionario a que esté adscrito el citado puesto; y la productividad es una retribución simplemente discrecional.

Como antes señalábamos, muy recientemente, hemos visto cómo a través de la Ley 22/93 de 29 de diciembre de “Medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo”, empieza a tambalearse este pilar de la relación estatutaria del funcionario público, que es “el derecho al cargo”, o, como dice la propia Ley en su exposición de motivos: “la estabilidad en el empleo” (expresión, más propia del ámbito laboral que del funcionarial), debido a que la nueva Ley introduce unas figuras nuevas en el Estatuto Funcionarial: expectativa de destino, exce-

CONCEPTO DE LAS CUESTIONES DE PERSONAL

Para fijar este concepto jurídico indeterminado lo haremos conjugando los criterios utilizados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sus sentencias dictadas con anterioridad a la reforma de la Ley 10/92 sobre qué debe entenderse por cuestiones de personal, y a qué personas se refiere.

En primer lugar, debemos destacar que el Tribunal Supremo ha interpretado la expresión “personal” en un sentido amplio, así vemos que dicha expresión no se refiere solamente a los funcionarios de carrera, sino que abarca también a los funcionarios interinos, eventuales o contratados, así como a los que pasan a la situación de excedencia o servicios especiales, suspensión de funciones o a los jubilados o retirados; al personal laboral al servicio de la Administración Pública o de particulares, cuando impugnan actos administrativos sujetos al Derecho administrativo (art. 3.º de la Ley de Procedimiento Laboral), afectando incluso a aquellos que pretenden acceder a la función pública (STS Sala 3ª de 17.11.86) bien en calidad de funcionarios, o bien como personal laboral, aplicando en este último caso, la doctrina de los actos separados, de tal forma que es competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa el procedimiento selectivo previo a la formalización del contrato de trabajo, y una vez constituida la relación laboral será ya competente la jurisdicción social, en este sentido la STS. Sala 4ª de 21 de julio de 1992, en la que con respecto a la impugnación de convocatorias de selección de personal laboral en la Administración Pública se afirma:

“No es discutible que estamos ante una materia laboral, pues las plazas que se convocan tienen ese carácter. Pero la materia sobre la que versa la actuación de la Administración no resulta decisiva a este respecto ya que hay que atender al carácter del acto y a la naturaleza de su regulación... aunque la Administración convocante es la que luego ha de contratar, su actuación es previa al vínculo laboral y predomina en ella el carácter de poder público que está obligado a formular una oferta de empleo público en términos fijados por la Ley (art. 18 Ley 30/84 de 2 de agosto) y dirigida en principio a todos los ciudadanos de acuerdo con los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. A diferencia del régimen laboral en el que el principio es la libertad de contratación del empresario... la regulación por el Derecho Administrativo es prevalente en atención a la cualificada presencia de un interés general al que se conecta el ejercicio de una potestad

administrativa. Se trata, por tanto, de actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo”.

Por otro lado, la expresión “personal al servicio de la Administración Pública”, comprende no sólo al personal al servicio de la Administración del Estado, civil y militar, central, periférica, consultiva o fiscalizadora; personal al servicio de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones Locales y Organismos Autónomos, sino también al funcionariado al servicio de Instituciones varias, como por ejemplo del Defensor del Pueblo o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, Universidades, etc.

Según el Tribunal Supremo (Ss. Sala 3ª de 14 de octubre y 10 de noviembre de 1986, 8 de mayo de 1987, 20 de enero, 15 de febrero, 16 de mayo y 7 de julio de 1988, de 6 de mayo de 1989, etc...) las “cuestiones de personal” abarcan todo lo relacionado con el nacimiento, permanencia, desempeño o extinción de la relación estatutaria funcionarial, cualquiera que sea la situación del interesado, alcanzando incluso a las pruebas de acceso a tal función y condición.

Y así, conforme enumera el Magistrado José Luis Gil Ibáñez, se han considerado cuestiones de personal entre otras las siguientes:

— **Convocatorias de concursos, oposiciones u otras pruebas selectivas para la provisión de vacantes en Cuerpos de funcionarios** (Ss. Sala 5ª de 1 de marzo de 1985, 10 y 17 de noviembre de 1986, 21 de marzo de 1988, ó 31 de enero de 1989, Sala 3ª de 22 de abril y 1 de octubre de 1988, de 25 de octubre de 1989, 27 de marzo y 17 de octubre de 1989, 19 de marzo de 1990, etc.). **Tanto en supuestos de nuevo ingreso, como de promoción interna, como de traslado, así como sus bases de concurso y aplicación de las mismas** (Ss. Sala 3ª de 5 de noviembre de 1984 ó 12 de junio de 1985, de 8 de noviembre de 1989, 16 de marzo y 24 de mayo de 1990, etc.);

— **Clasificación o calificación profesional** (Ss. Sala 3ª de 20 de noviembre y 26 de octubre de 1984, entre otras; Sala 5ª de 1 de diciembre de 1987, 24 de febrero y 24 de noviembre de 1988);

— **Ascensos** (Ss. Sala 3ª de 31 de enero de 1985, 29 de mayo de 1990);

— **Clases pasivas** (Ss. Sala 5ª de 7 de julio, 8 y 11 de octubre y 31 de diciembre de 1984, 19 de mayo de 1987 ó 9 de diciembre de 1988, 6 de mayo de 1989, 5 de abril y 10 de mayo de 1990, etc.);

— **Retribuciones** (Ss. 11 de abril de 1986; Sala 5ª de 11 de noviembre y 24 de diciembre de 1986, 17 de marzo de 1987, 4 y 16 de marzo de 1988, 3 de enero de 1989; Sala 3ª sección 2ª de 15 de diciembre de 1989, 24 de enero, 30 de marzo, 5 y 20 de abril y 31 de mayo de 1990, entre otras);

— **Integración en otros cuerpos funcionariales** (Ss. Sala 5ª de 23 de abril de 1986, o Sala 3ª sección 2ª de 8 de febrero de 1990);

— **Asistencias o bajas a cursos** (Ss. Sala 5ª de 1 de diciembre de 1986, entre otras);

— **Sanciones disciplinarias** (Ss. Sala 5ª de 4 de noviembre y 18 de diciembre de 1986; y 2 de febrero de 1987; Sala 3ª sección 2ª de 5 de abril, 10 de mayo y 1 de junio de 1990, etc., sentencia 35/90 de 1 de marzo);

— **Jornada y horario laboral** (Ss. Sala 5ª de 29 de junio de 1987 ó 15 de febrero de 1988);

— **Escalafonamiento** (sentencia entre otras, Sala 5ª de 22 de octubre de 1988);

— **Nombramientos y ceses** (sentencias Sala 3ª sección 2ª de 5 y 23 de junio de 1989, etc.);

— **Situaciones** (Ss. Sala 3ª sección 2ª de 22 de noviembre de 1989, 7 de febrero, 2 y 20 de marzo de 1990);

— **Incompatibilidades** (Ss. Sala 3ª sección 2ª de 13 de febrero y 1 de junio de 1990, etc.), etc...

Según la doctrina del T.S. lo que va a determinar si estamos o no ante una cuestión de personal, y por tanto si es posible recurrir contra la sentencia que se dicte en primera instancia, no va a ser el procedimiento por el que se ha tramitado (bien el especial de personal o el ordinario) o la cualidad de la parte que lo haya promovido (bien un funcionario, bien un Sindicato, bien la propia Administración), sino la naturaleza de la materia debatida en el proceso. Y, en este sentido, cabe destacar la sentencia del Tribunal Supremo de la Sala Tercera Sección 7ª de 23 de junio de 1993 que declaró la inadmisibilidad del *recurso de apelación* por tratarse de una cuestión de personal, a pesar de haberse intentado contra la sentencia dictada en primera instancia en un recurso promovido por el Gobernador Civil al amparo del art. 65 de la L.R.B.R.L. 7/1985 a través del Abogado del Estado, contra el acuerdo del Pleno de un Ayuntamiento, sobre integración de funcionarios en la subescala administrativa, con el siguiente razonamiento:

“Pues la naturaleza objetiva de la cuestión sobre la que se litiga es independiente del cauce procedimental por el que se sustancia la pretensión, a lo que debe añadirse que la inapelabilidad de las cuestiones de personal viene impuesta por la ley en razón exclusiva de la naturaleza de la cuestión y abstracción hecha, por tanto,

del procedimiento seguido y de quien sea el recurrente, por lo que debemos declarar mal admitida la presente apelación, apartándonos así de algún antecedente jurisdiccional que ha considerado apelable en todo caso la sentencia dictada en recurso interpuesto por el Abogado del Estado conforme el art. 65 de la Ley 7/85”.

REGULACIÓN DE LAS CUESTIONES DE PERSONAL EN LA LEY DE 27 DE DICIEMBRE DE 1956

Con anterioridad a la Ley del año 1956, las cuestiones de personal se veían a través del denominado **Recurso de Agravios** (Ley 18 de marzo de 1944), del que conocía el Consejo de Ministros previo dictamen del Consejo de Estado, excepción hecha de las resoluciones que implicaban la separación de funcionarios inamovibles, lo que suponía una quiebra del principio de exclusividad de la jurisdicción, entre tantas existentes en aquella época.

La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956, supuso para la cuestiones de personal —hurtadas a la jurisdicción en mayor o menor medida en la historia de nuestra legislación procesal administrativa—, volver al sistema tradicional, atribuyendo el conocimiento de los recursos de esta materia, como en todas las demás administrativas, a la Jurisdicción (exposición de motivos de la misma), estableciendo para ello un procedimiento especial regulado en sus arts. 113 a 117, que no es más que el procedimiento ordinario, pero abreviado, con plazos más cortos —quince días para formalizar la demanda, y diez días para dictar sentencia desde la contestación a la demanda o término del período de prueba en su caso—, inexistencia de los trámites de alegaciones previas y de la vista o conclusiones, además de la dispensa del requisito de postulación procesal; justificada esta última, en la suposición legal del conocimiento de los funcionarios del Derecho aplicable por los Tribunales, que ha sido considerada por el Magistrado Jesús Peces Morate ingenua y poco realista: “*por lo que más de un pleito se habrá perdido injustamente, a pesar del principio iura novit curia debido a tan poco realista presunción, ello sin contar con que la principal tarea de un buen abogado antes de ganar el pleito es ilustrar al juez. A pesar de la sinrazón de tal singularidad en cuanto a postulación procesal, el art. 21.3 del Anteproyecto de 1986 comparte aquella ilógica presunción*”.

Pese a que tras la aprobación de nuestra Carta Magna, se alzaron voces proclamando la posible inconstitucionalidad de este procedimiento especial en materia de personal, por su pretendida colisión con el art. 14 de la C.E.;

este procedimiento especial superó con éxito su examen de constitucionalidad, y el Tribunal Constitucional en su sentencia 90/1984 de 5 de octubre, declaró que era conforme con la Constitución, y que no se vulneraba el derecho a la igualdad por la supresión de ciertos trámites procesales, puesto que ello estaba justificado por el interés público de que estas cuestiones se resuelvan con mayor rapidez, y que no se vulneraba el derecho de defensa por la omisión del trámite de conclusiones, dado que el procedimiento asegura suficientemente el respeto del derecho de contradicción y de igualdad entre las partes (en el mismo sentido STC 93/84 de 16 de octubre). Posteriormente la sentencia 201/1987 de 16 de diciembre del Tribunal Constitucional, matizó que cuando en la contestación a la demanda se exceptionara una posible causa de inadmisibilidad, habida cuenta de la inexistencia de otro trámite de alegaciones en este proceso especial, se le debe otorgar audiencia al actor respecto a cualquier motivo de inadmisión alegado por el demandado o coadyuvante.

Si bien es cierto que en la práctica, debido a la masificación de asuntos en los Tribunales Contencioso Administrativos, ni se aprecia que se resuelvan con mayor rapidez los procedimientos de personal que los ordinarios, ni se suele dar este trámite posterior a la demanda de audiencia al actor, del que habla el Tribunal Constitucional.

Pero, no obstante, es de destacar que en el Anteproyecto de 1986 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se establecía en su art. 136, la posibilidad al órgano judicial de acordar la celebración de vista o la presentación de conclusiones escritas cuando hubiera sido desarrollada alguna actividad probatoria. Previsión que el legislador no ha considerado oportuno adicionar al procedimiento especial de personal, con ocasión de la reforma operada por la Ley 10/92 de 30 de abril.

El art. 94.1.a) excluía del recurso de apelación ante el Tribunal Supremo "*Las cuestiones de personal al servicio de la Administración Pública o de particulares*". Estableciendo a continuación la excepción de la excepción: "*excepto los casos de separación de empleados públicos inamovibles*". Y en su núm. 2 establecía: "*serán siempre apelables las sentencias que versen sobre desviación de poder*", y además las impugnaciones indirectas de disposiciones generales.

En el artículo 101 se establecía el recurso en Interés de la Ley, para el que sólo estaba legitimado el Abogado del Estado, y que cabía contra las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso Administrativo de las Audiencias Territoriales no susceptibles de apelación ordinaria, cuando se estimaba gravemente dañosa y errónea la resolución dictada. La sentencia

que se dictaba fijaba la doctrina legal, respetando la situación jurídica particular derivada del fallo que se recurría.

Pero, al mismo tiempo, el art. 102.1.b) permitía el acceso al Tribunal Supremo a través del recurso extraordinario de revisión “*cuando las Salas de lo Contencioso-Administrativo hubieran dictado resoluciones contrarias entre sí o con sentencias del Tribunal Supremo respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación, donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se llegue a pronunciamientos distintos*”, sin que se excluyera del mismo materia alguna. El Tribunal Supremo revisaba la sentencia comparándola con la contradictoria, fijaba cuál de ellas había seguido la doctrina correcta y en su caso revocaba la recurrida. Con ello, se unificaba la doctrina, se garantizaba la seguridad jurídica, y se evitaba ese sentimiento de injusticia de ser desigualmente tratados en la aplicación de la misma norma legal —por otro lado, difícilmente comprensible para los que acceden a los Tribunales en busca de justicia—, que produce la existencia de sentencias contradictorias, dictadas por distintas Salas de lo Contencioso Administrativo o Secciones, en supuestos semejantes, a veces idénticos, y lo que es peor, a veces cuando se impugna el mismo acto administrativo, lo que no es inusual en esta Jurisdicción y concretamente en las cuestiones de personal, en las que a menudo un mismo acto administrativo afecta a una pluralidad de funcionarios a los que, en virtud del artículo 11.2, en relación con el artículo 10b) ambos de la LJCA, se les da la oportunidad de dirigirse a la Sala del lugar donde tenga su domicilio o donde se hubiere dictado el acto originario, surgiendo así la posibilidad de sentencias contradictorias.

Como señala el Magistrado José Luis Gil Ibáñez, en la revista núm. 27 de septiembre de 1992 del Poder Judicial: “Imaginemos una Orden Ministerial que dicta instrucciones en cuanto a las retribuciones de los funcionarios de un Ministerio; puede suceder, y de hecho así pasa, que la Orden misma sea impugnada directamente ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y los actos de aplicación ante las Salas de dicho orden jurisdiccional de los Tribunales Superiores de Madrid, Cataluña, Galicia, Extremadura, Castilla-León, Canarias, Baleares, Navarra, etc., dictándose sentencias en todas ellas, que pueden coincidir o no, y no sólo en la fundamentación jurídica, sino, lo que es más importante, en sus partes dispositivas”.

Lo mismo puede ocurrir, y de hecho ocurre, en el caso de impugnación de las bases de una convocatoria o concurso de traslados a nivel nacional, o incluso autonómico, pues piénsese que hay Tribunales Superiores de Justicia, que tienen Salas en distintas provincias, así el de Andalucía en Sevilla, Granada y Málaga, el de Canarias en Las Palmas y Santa Cruz de Tenerife, y el de Castilla-León, que tiene Sala en Burgos y Valladolid.

Antes de la reforma de 1973, para la aplicación de este recurso extraordinario de revisión a través del apartado b) del núm. 1 del art. 102 de la Ley de 1956 —cuyo precedente lo encontramos en el art. 87.2 de la antigua Ley de 1888—, se exigía la estricta identidad del acto (González Pérez, RAP 42, año 1963). Es sin embargo, a raíz de la reforma de 1973, cuando se modifica el apartado b) del n° 1 del art. 102 de la Ley, y en este momento surge ya una doctrina que pretende garantizar la seguridad jurídica ante fallos que en atención a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales lleguen a pronunciamientos distintos. Se trata de conseguir la fijación de una doctrina correcta, eligiendo entre las dos interpretaciones posibles de la norma aquella que sea más adecuada al ordenamiento jurídico, sin que tenga que respetarse siempre como precedente la interpretación de la sentencia más antigua (González Pérez, “La cosa juzgada en lo Contencioso Administrativo”, RAP núm. 8 de 1952 y La Reforma de la J.C.A., Revista de Derecho Privado, enero 1973).

De esta forma, la nueva redacción dada en 1973 al art. 102 en el apartado b) del núm. 1 de la LJCA de 1956, permitió superar una jurisprudencia que identificaba el objeto del proceso con el acto administrativo, lo que significaba reducir la identidad del objeto a los casos de actos administrativos con destinatario múltiple; y la expresión “en méritos a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales” permitió que tales hechos, fundamentos y pretensiones no fueran idénticos, bastando con que fueran sustancialmente iguales. Se consagró así la función típica del Tribunal Supremo en la fijación de la uniformidad de la aplicación de la ley, cumpliéndose como ha recordado algún sector doctrinal (Toledo Jaudenes, J., REAP 36, de 1983) a través del apartado b) del núm. 1 del art. 102, la depuración por vía de recurso de revisión de las contradicciones en que pudieran incurrir las sentencias de las distintas Salas. A su lado complementándolo, estaba el recurso en Interés de la Ley, como instrumento de apelación extraordinaria en manos del Abogado del Estado, que tenía como finalidad exclusiva fijar la doctrina legal y el mantenimiento de inalterables efectos de la sentencia recurrida. Pero, que sin duda alguna cumplía su misión, toda vez que el apartamiento de los Tribunales inferiores de esta doctrina fijada por el Tribunal Supremo en Interés de la Ley, permitía al recurrente acudir a la vía de la revisión aportando como contradictoria la sentencia dictada en Interés de la Ley, aunque fuera cuestión de personal.

Por otro lado, en cuanto a la limitada vía de acceso al Tribunal Supremo a través del recurso de apelación ordinario, debemos destacar que, además de la admisión de la apelabilidad ante el Tribunal Supremo contra las sentencias que a pesar de ser cuestión de personal, versaban sobre “desvia-

ción de poder” (aunque en estos casos el Tribunal Supremo sólo podía entrar a conocer de este último) y contra las dictadas en impugnaciones indirectas contra disposiciones generales, el Tribunal Supremo dio una generosa interpretación a la excepción de la excepción “*excepto los casos de separación de empleados públicos inamovibles*” apoyándose en el principio de tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la Constitución.

Lo cierto es que basta ver el repertorio de jurisprudencia del Tribunal Supremo de las Salas de lo Contencioso Administrativo, para poder comprobar que no sólo tenían acceso al mismo las sentencias dictadas en materia disciplinaria con sanción de separación del servicio o cuando ésta provenía de una condena penal de inhabilitación definitiva, sino también cuando se pasaba a la situación de excedencia en un Cuerpo a consecuencia de la declaración de incompatibilidad entre dos puestos en el sector público (nunca entre uno público y uno privado), o en aquellos casos en que el funcionario por otras causas se viera apartado de un determinado cuerpo, aun cuando se le integrara en otro distinto; o en los casos de jubilación bien ordinaria o bien forzosa por incapacidad permanente; o de retiro, y sobre todo, las que más han predominado eran las sentencias relativas a los procesos selectivos de acceso a la función pública, incluida la promoción interna, a pesar de que sólo es aplicable a los que ya tuvieran la condición de funcionarios públicos, ya que su superación supone la excedencia en el Cuerpo de procedencia. En fin, el criterio determinante era el nacimiento o la extinción del vínculo funcional interpretado ampliamente. Con ello y habida cuenta que en muchas ocasiones, como en el caso de pruebas selectivas, se trataba de verdaderos “actos masa” a afectar a múltiples personas, el Tribunal Supremo cumplía una de sus principales misiones “crear doctrina jurisprudencial a través de sentencias reiteradas” orientando sobre las pautas a seguir a los Tribunales inferiores, al mismo tiempo que orientaba a los futuros recurrentes en situaciones iguales o análogas sobre el sentido de las resoluciones judiciales que podían esperar (principio de seguridad jurídica).

REFORMA OPERADA POR LA LEY 10/92 DE 30 DE ABRIL DE MEDIDAS URGENTES DE REFORMA PROCESAL

La Ley 10/92 de 30 de abril, “de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, Enjuiciamiento Civil-Enjuiciamiento Criminal-Jurisdicción Contencioso Administrativa”, en su Exposición de Motivos, nos aclara cuál es el hilo conductor común de las reformas acometidas por la misma: “mayor rapidez y

eficacia en la impartición de la Administración de Justicia”, destacando con respecto a la Jurisdicción Contencioso Administrativa:

“El recurso de casación en lo contencioso administrativo —importante novedad en nuestro ordenamiento—, que sin duda ofrece algunas importantes peculiaridades, se mantiene, sin embargo dentro de la línea típica de estas acciones de impugnación cuya finalidad básica es la protección de la norma y la creación de pautas interpretativas uniformes que presten la máxima seguridad jurídica conforme a las exigencias de un Estado de Derecho... El recurso de casación para unificación de la doctrina se prevé para aquellos supuestos en que no siendo posible el recurso de casación ordinario, exista contradicción entre sentencias de los Tribunales o con la doctrina del propio Tribunal Supremo”.

Si embargo, no se hace alusión alguna al motivo o causa que justifica la exclusión de las cuestiones de personal en este último, cuando, sin embargo, también están excluidas del de casación ordinario, ¿podría pensarse en un olvido del legislador? ¿O es que la seguridad jurídica y el principio de igualdad en aplicación de la ley ante sentencias contradictorias en esta materia se entiende que quedan suficientemente protegidos con el insatisfactorio recurso de casación en Interés de la Ley?

La Ley 10/92 de 30 de abril, da nueva redacción al Capítulo II del Título IV de la Ley de la Jurisdicción de 1956, dedicado a los Recursos, desapareciendo el recurso de apelación, el recurso en Interés de la Ley y el extraordinario de revisión, que vienen ahora a ser sustituidos por el Recurso de Casación ordinario, de Casación para Unificación de la Doctrina, de Casación en Interés de la Ley, y extraordinario de Revisión, regulando este último con la tradicional forma y motivos de la Revisión Civil.

La introducción legal del recurso de casación en el ámbito Contencioso Administrativo, la encontramos ya en la L.O.P.J. de 1985, que en su art. 58 en los apartados 2º, 3º y 4º, establece que el Tribunal Supremo conocerá de los recursos de casación que se interpongan contra sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y de los recursos de casación que establezca la Ley contra sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia en relación con actos y disposiciones de Comunidades Autónomas siempre que dicho recurso se funde en infracción de normas no emanadas de los órganos de aquéllas. Esta previsión legal se demoró, sin embargo, en su eficacia, en aplicación de la Disposición transitoria trigésimocuarta, mientras no se aprobara la Ley de Demarcación y Planta Judicial,

al mismo tiempo que en su Disposición adicional primera abría el plazo de un año para que el Gobierno remitiera a las Cortes el Proyecto de Ley sobre la Reforma, entre otras, de la Legislación del proceso contencioso administrativo.

Dicha previsión no se cumplió, y entró en vigor la Ley de Demarcación y Planta Judicial, Ley 38/88 de 28 de diciembre, sin que fuera todavía posible acudir en casación ante el Tribunal Supremo; éste, en Autos de 20 y 22 de marzo de 1990 dictados ante la interposición de recurso de casación contra sendas resoluciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, se pronunció en el sentido de la inexistencia de tal recurso, hasta tanto fuera objeto de una regulación específica y además por la imposibilidad de acudir para la regulación de este recurso a la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto supletoria, teniendo en cuenta la subsistencia, entonces, del recurso de apelación, así como que la regulación de la revisión contenida en la Ley Jurisdiccional de 1956 excluía la entrada de la casación por la vía de la disposición adicional sexta de dicha Ley, ya que, para que aquélla penetrase por ese cauce en el campo de lo contencioso administrativo, hubiera sido necesario entender que la Ley Jurisdiccional había sido modificada en este punto, en el sentido de eliminar los motivos casacionales de la revisión. Y dado que el art. 58.2 de la Ley de Demarcación y Planta salvaba la vigencia de la regulación del recurso de revisión contenida en el art. 102 de la Ley Jurisdiccional sin excepción alguna, esta subsistencia de los motivos tradicionales de la revisión en el campo de nuestro proceso administrativo, incluidos los casacionales, impedía la aplicabilidad de la casación prevista en la L.E. Civil, toda vez que el silencio de la Ley Jurisdiccional seguía siendo de exclusión.

La regulación específica a que hacía referencia el Tribunal Supremo en los anteriores Autos antes comentados, se producirá con la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal de 30 de abril de 1992, que deroga las normas sobre apelación, que son sustituidas por la casación en sus tres modalidades y da nueva regulación al recurso de revisión.

La Ley 10/92, de 30 de abril, crea en el artículo 93 en su núm. 1, el recurso de casación ordinario ante el Tribunal Supremo contra las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y las dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia. A continuación, en su núm. 2, se establecen las excepciones, entre las que se encuentran, como es tradicional en nuestro Derecho, las Cuestiones de Personal: *“salvo que, estrictamente afecten a la extinción de la relación de servicio de los que ya tuvieran la condición de funcionarios públicos”*. En su núm. 3 se mantiene siempre la posibilidad

del recurso de casación cuando se trate de impugnaciones indirectas contra Reglamentos, sin excluir ninguna materia. Y en su núm. 4, se prevé la casación contra las sentencias dictadas por las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, respecto de actos o disposiciones de las Comunidades Autónomas, cuando el recurso se funde en infracciones de normas no emanadas de los órganos de aquellas que sea relevante y determinante del fallo de la sentencia, *excluyendo aquellas que estén comprendidas en el número 2, entre las que se encuentran las "cuestiones de personal" en los términos que ya hemos transcrito.*

Se crea el art. 102.a), en el que se regula el recurso de casación para Unificación de la Doctrina que viene a sustituir y a cumplir la función del derogado art. 102.1 b) del antiguo recurso extraordinario de revisión, ahora ya sin la necesidad de que la sentencia tomada como referencia en el presunto agravio comparativo sea anterior, y, así, en su núm. 1 establece que serán recurribles en casación para unificación de la doctrina, las sentencias de las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, cuando, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiera llegado a pronunciamientos distintos sin existir doctrina legal sobre la cuestión. Señalando en su núm. 2 que sólo serán susceptibles de este recurso las sentencias que no sean susceptibles del recurso de casación ordinario, pero al final de su número 2, nos encontramos con una exclusión —que antes no había para el extraordinario de revisión del antiguo artículo 102.1.b)— *En ningún caso serán recurribles las sentencias... dictadas en cuestiones de personal.*

Se crea el art. 102.b) donde se regula el recurso de casación en Interés de la Ley, para cuya interposición sólo están legitimados, el Abogado del Estado, o las Entidades o Corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo, contra sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional, no susceptibles del recurso de casación, cuando se estime gravemente dañosa para el interés general y errónea la resolución dictada. La sentencia que se dicte en este recurso, no puede alterar la situación jurídica particular derivada de la resolución recurrida, sino lo que hace es fijar la doctrina legal.

Por último se crea el art. 102.c) en el que se regula el recurso extraordinario de revisión, que sólo es posible por los clásicos motivos de la revisión civil.

1. Recurso de casación ordinario.

Si examinamos el actual recurso de casación ordinario en relación con el derogado recurso de apelación ordinario, siempre refiriéndonos a las “cuestiones de Personal”, vemos que hay grandes diferencias, aunque de una primera lectura no lo parezca así, puesto que la redacción actual y la anterior es parecida. El antiguo art. 94.1 a) rezaba:

“No serán recurribles en apelación las sentencias que se refieran a *cuestiones de personal al servicio de la Administración Pública o de particulares, con excepción de los casos de separación de empleados públicos inamovibles*”. Declarando siempre la apelabilidad: “*las que versen sobre desviación de poder y las impugnaciones indirectas contra disposiciones generales*”.

El actual art. 93 después de declarar la posibilidad de casación ordinaria contra las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, además de la Audiencia Nacional, establece en su núm. 2:

“No serán recurribles en casación ordinaria, a) *Las sentencias que se refieran a cuestiones de personal al servicio de la Administración Pública salvo que, estrictamente afecten a la extinción de la relación de servicios de los que ya tuvieran la condición de funcionarios públicos*”.

Se mantiene la viabilidad del recurso cuando se trate de impugnación indirecta de Reglamentos en el núm. 3. Y nos volvemos a encontrar con la anterior exclusión respecto de actos y disposiciones de las Comunidades Autónomas en el núm. 4.

Lo primero que hay que señalar de la actual redacción del art. 93 es que la referencia que se hace a las sentencias dictadas en única instancia por los Tribunales Superiores de Justicia, debe entenderse, en este momento, aplicable a todas las sentencias, al no haberse constituido todavía los Juzgados Unipersonales de lo Contencioso-Administrativo, que prevé la Ley de Demarcación y Planta, y no habiéndose regulado tampoco ese recurso de apelación contra las sentencias que dicten dichos órganos, ni las materias a que pueda concretarse.

En cuanto al análisis de la exclusión de las cuestiones de personal, y la excepción de la excepción, es de destacar:

- Que por un lado ya no se excluyen las “cuestiones de personal al servicio de particulares”, con lo que ya tienen claramente acceso al Tribunal Supremo las cuestiones de personal referentes a expedien-

tes de regulación de empleo, la suspensión de contratos de trabajo por fuerza mayor o los derivados de reconversión industrial, etc., aunque ya los últimos criterios jurisprudenciales lo venían admitiendo a partir de la sentencia de 1 de julio de 1991.

- Que, por otro lado, se restringe todavía más, en relación con la regulación de la Ley de 1956, el acceso al Tribunal Supremo de las “Cuestiones de personal al servicio de la Administración”, puesto que ahora sólo será posible cuando “*estrictamente afecte a la extinción de la relación de servicios de los que ya tuvieran la condición de funcionarios públicos*”, con lo que hay que considerar eliminada, en principio, aquella doctrina jurisprudencial generosa, a que hicimos referencia en la apelación de las cuestiones de personal de la Ley de 1956, que equiparaba a la situación de separación de empleado público inamovible los supuestos de convocatorias y pruebas de acceso a la función pública (tanto para funcionarios como para laborales), los supuestos de promoción interna, de integraciones en otros cuerpos funcionariales o análogos que impliquen la excedencia en el cuerpo de procedencia, o los supuestos de incompatibilidades entre dos puestos en el sector público, que necesariamente obligan a la excedencia en uno de ellos.

Y en cuanto a la expresión de “*los que ya tuvieran la condición de funcionarios públicos*”, se plantea la duda de si hay que considerar como tales, además de los de carrera, a los interinos, eventuales o contratados. Lo cierto es que la regulación anterior referida al recurso de apelación tenía resuelto dicho problema en sentido negativo a la admisión de la apelación —Auto de la Sala 5ª del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1989— en tanto en cuanto la excepción a la regla general de irrecurribilidad afectaba a los “empleados públicos inamovibles”, no reuniéndose la condición de inamovilidad por parte de los funcionarios interinos, eventuales o contratados, pues tal requisito por definición sólo es predicable de los funcionarios de carrera, conforme establece el art. 4 de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964:

“Son funcionarios de carrera los que, en virtud de nombramiento legal, desempeñan servicios de carácter permanente, figuran en las correspondientes plantillas y perciben sueldo o asignaciones fijas con cargo a las consignaciones de personal de los Presupuestos Generales del Estado”.

Sin embargo, con la regulación actual referida a los que ya tuvieran la condición de funcionarios públicos, compartimos la opinión del Magistrado

José Luis Gil Ibáñez (en Poder Judicial núm. 27 de septiembre de 1992) de que ha de entenderse comprendidos en esta expresión de “Funcionarios Públicos”, tanto a los de carrera, como a los interinos, eventuales o contratados, conforme el siguiente razonamiento:

“Una interpretación lógica de la Ley pudiera llevarnos a considerar que los que ya tuvieran la condición de funcionarios públicos sólo son los de carrera, pero a ello se oponen otros argumentos. En primer lugar, que la Ley ha suprimido la diferencia antes existente y no exige ya que los funcionarios sean inamovibles, debiendo recordarse que tienen la condición de funcionarios públicos los interinos, los eventuales y los contratados, cuyo régimen jurídico por lo demás, es semejante a los de carrera. En segundo lugar, porque la preocupación del legislador no parece ir dirigida tanto a la clase de funcionarios afectados como a que la materia cuyo acceso a la casación se impide venga referida al nacimiento del vínculo funcionarial. Es decir, la expresión “de los que ya tuvieran la condición de funcionarios públicos” parece que apoya o redundante la idea de que sólo las sentencias dictadas en cuestiones relativas a la extinción de la relación de servicio son recurribles en casación, volviendo a excluir las que versen sobre los temas del nacimiento de la relación funcionarial que, evidentemente, no afectan a los que no tienen todavía la condición de funcionario público. De esta forma, llegamos a la conclusión de que la excepción a la excepción del acceso al recurso de casación afecta a las resoluciones judiciales dictadas en cuestiones de personal que estrictamente afectan a la extinción de la relación de servicios de los que ya tuvieron la condición de funcionarios públicos, independientemente de que los mismos sean de carrera, interinos, eventuales o contratados”.

Como señala Víctor Moreno Catena (Derecho Procesal Administrativo, Tirant lo Blanch, Valencia 1993), la respuesta de la Ley 10/92 a la interpretación jurisprudencial extensiva de la admisión del recurso de apelación, ha sido reducir los supuestos en que cabe recurso de casación, que ahora ya sólo cabe cuando afecte estrictamente a la extinción de la relación de servicio, bien por jubilación, retiro, sanción disciplinaria de separación del servicio o por otra causa.

Desde nuestro punto de vista, esto supone un paso atrás, al impedir lo que debería ser la más alta misión del Tribunal Supremo, que no es otra que llevar a cabo una aplicación e interpretación de las fuentes o del ordenamiento con “unidad de criterio”, y con ello dar lugar a la “evolución unitaria de

las normas” y su adaptación a una realidad social siempre cambiante (O’Callagan).

Con la nueva Ley, el legislador, ha optado por tomar un camino diametralmente opuesto a la línea seguida por la Jurisprudencia hasta ahora, en cuanto la extensión de los casos en que eran apelables los procedimientos de personal, y que se apoyaba en el principio de tutela efectiva consagrado en el art. 24.1 de la Constitución, siendo el “nacimiento” —que ahora el legislador ha suprimido rotundamente— o “la extinción” —que el legislador ahora ha reducido a su estricto significado— del vínculo funcional en un sentido amplio, los elementos determinantes para que entrara en juego o no, la excepción a la regla general de firmeza de las sentencias dictadas en cuestiones de personal. Pues como había venido manifestando el Tribunal Supremo (sentencia Sala 5ª de 24 de enero de 1989), el fundamento de la excepción a la inapelabilidad de las cuestiones de personal de la normativa anterior —ahora modificada por la Ley 10/1992 de 30 de abril—, se encontraba en la voluntad de la Ley de no sustraer al conocimiento del Tribunal Supremo aquellos temas que, aun siendo de personal, revestían una especial gravedad por estar en juego el mantenimiento o la extinción de la relación de servicio, afectando a intereses que por su importancia, tanto para el funcionario como para la Administración, demandan un tratamiento procesal que hiciera posible el agotamiento de las instancias judiciales.

En este orden de intereses generales, ya Víctor Moreno Catena ha anunciado que “la prohibición de la Ley 10/92 de 30 de abril, de acceder a la casación en cuestiones de personal, *puede generar graves disfunciones para la Administración*, si se llega a encontrar con resoluciones contradictorias en las distintas Salas de lo Contencioso de los Tribunales Superiores de Justicia sobre un mismo acto administrativo (señaladamente en materia de acceso a la función pública a través de oposiciones convocadas y celebradas en todo el territorio nacional o de concursos de traslados o de ascensos), porque, al estar vedado también el acceso a la casación para la unificación de doctrina (nuevo art. 102.a.2, 2º párrafo de la L.J.C.A.), *la Administración Pública queda inerte*”.

La nueva Ley 10/92, de 30 de abril, omite cualquier referencia a la anterior posibilidad de recurrir las sentencias que versen sobre “desviación de poder”. Por lo que no cabe otra conclusión que aunque la demanda se fundamente en una presunta desviación de poder, y la sentencia así lo estime, si se trata de una cuestión de personal, no cabe contra la misma recurso alguno, excepto si da lugar a la extinción de la relación de servicio funcional (y ello, a pesar de que ha sido precisamente en esta materia —traslados arbitrarios de funcionarios, por ejemplo—, en una de las cuales se ha apreciado

algún éxito de tal figura, dentro de un general resultado desalentador y uso escaso de la misma).

Como ya indicábamos antes, las impugnaciones indirectas contra Reglamentos, aunque sean de personal, continúan teniendo acceso al Tribunal Supremo, ahora a través de la casación ordinaria; encontrándose su fundamento en la supuesta ilegalidad de una disposición de carácter general aplicada por la Administración, abstracción hecha de la materia sobre la que recaiga (sentencia de 14.1.1992, Sala 3ª). Con ello, se mantiene la finalidad que parece se perseguía con anterioridad, y que no era otra, sino centralizar en el Tribunal Supremo el control del ejercicio de la potestad reglamentaria (García de Enterría/T. Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, 3ª ed. de Civitas).

Cuando se trate de actos o disposiciones de las Comunidades Autónomas relativas a cuestiones de personal, rige igualmente el criterio de la irrecurribilidad. Pero entendemos que cuando se trate de impugnaciones indirectas contra Reglamentos relativos a personal, cabe recurso de casación, cuando, aun siendo autonómico, se trate de la transcripción de una norma básica estatal, o la aplicación de un reglamento estatal. Pero que, cuando la Comunidad Autónoma haya desarrollado efectivamente la norma básica estatal, aportando contenidos diferentes, no procederá el recurso de casación, al constituir los Tribunales Superiores de Justicia el órgano jurisdiccional superior en lo que se refiere a los actos y disposiciones de los órganos de la Comunidad Autónoma, conforme el sentido del art. 152.1 de la Constitución Española.

2. Recurso de casación para unificación de la doctrina.

Como señala la exposición de motivos de la Ley 10/92 de 30 de abril, y afirma Calamandrei, una de las dos finalidades clásicas del recurso de casación, junto con la nomofiláctica (defensa de la norma, del derecho objetivo), es la función uniformadora, que permite conseguir una interpretación y aplicación de las normas jurídicas tal que se perciban y resulten semejantes en todo el territorio nacional.

Se preservan de este modo dos principios básicos del ordenamiento, que han tenido acogida constitucional: por un lado el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.) que garantiza una determinada respuesta del ordenamiento ante una concreta situación jurídica, y por otra parte, el principio de igualdad (art. 14 C.E.) que garantiza un trato igual para todos los ciudadanos en la misma situación (Víctor Moreno Catena).

Hasta la nueva Ley, si bien no existía el recurso de casación para unificación de la doctrina, una de las causas de recurso extraordinario de revisión era la prevista en el art. 102.1.b) de la anterior Ley, que daba acogida a la contradicción entre sentencias dictadas por distintas Salas de lo Contencioso Administrativo que fueran contrarias entre sí o con alguna del Tribunal Supremo. A través de esta vía de revisión el Tribunal Supremo fijaba cuál era la doctrina jurisprudencial que debía prevalecer y consecuentemente anulaba la sentencia impugnada si la contradecía. Garantizando así la uniforme interpretación del derecho objetivo, evitando la dispersión de la jurisprudencia y salvaguardando la pureza de la jurisprudencia existente. Y lo que es más importante, como el propio Tribunal Supremo ha señalado en su sentencia de 8.10.90:

“... sobre todo el T.S. ha de garantizar la seguridad jurídica de los litigantes, que no se pueden ver sorprendidos por resoluciones contradictorias; es necesario proteger la confianza de los litigantes en que sus pretensiones van a ser resueltas de modo igual para todos, sin discriminaciones injustificadas”.

La nueva Ley 10/92 de 30 de abril, introduce el recurso de casación para unificación de la doctrina, que viene a cumplir la misma función que ya venía desempeñando el recurso de revisión por la vía del antiguo artículo 102.1.b), del que es heredero.

Sin embargo, vuelve a suponer para las cuestiones de personal, un paso atrás con respecto a la legislación que deroga, puesto que cierra el acceso al mismo a las cuestiones de personal que como hemos visto tampoco tienen acceso a la casación ordinaria, lo que no ocurría antes; puesto que el art. 102.1.b) de la antigua ley no excluía las cuestiones de personal, y fue precisamente ésta la vía principal de elaboración, protección, evolución y unificación de la jurisprudencia en esta materia.

Como es evidente, el resultado práctico de tal medida, junto con la reducción de la posibilidad de acudir a la casación ordinaria, no es otro que imposibilitar la creación de una jurisprudencia en esta materia, y de una línea uniforme de interpretación y aplicación del derecho objetivo garantizado en última instancia por la intervención del Tribunal Supremo. Lo que implica que en materia de personal y debido a la nueva regulación, al no haber un control por el Tribunal Supremo sobre las sentencias contradictorias en cuestiones de personal emanadas de las distintas Salas, o incluso de las mismas Salas, de lo Contencioso-Administrativo, cada Sala puede tener su propio criterio en esta materia, sin posibilidad para el administrado de acceder a un Tribunal Superior que garantice una aplicación uniforme de la Ley, preser-

vando con ello dos principios constitucionales básicos, el de seguridad jurídica y el de igualdad en aplicación de la ley ante situaciones iguales. Y tampoco va a existir una evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de personal, acorde con el principio de igualdad, en los términos exigidos por el Tribunal Constitucional (SS. 161/89 y 200/89):

“El cambio de criterio en la interpretación de las normas por parte de los jueces y tribunales, es legítimo, contemplado desde la perspectiva del principio de igualdad, siempre que sea razonado, razonable y consistente, esto es, mantenido, una vez que se adopta, con un mínimo de continuidad; requisitos, todos ellos, que pueden resumirse en la exigencia que el cambio no sea arbitrario; y la modificación que significa sólo una ruptura ocasional en una línea mantenida, antes como después de la decisión divergente, ha de ser tachada necesariamente de arbitraria”.

En el futuro, no va a ser posible la existencia, ni por tanto la evolución de una “jurisprudencia” del Tribunal Supremo en esta materia que sea aplicable a todos los funcionarios españoles dependientes de la misma Administración del Estado, con independencia de cuál sea el territorio de la Comunidad Autónoma en la que se halle destinado. Por lo que los derechos funcionariales tendrán una u otra lectura según el Tribunal Superior de Justicia a que puedan acudir, y correlativamente el Ministerio de las Administraciones Públicas tendrá una política de personal, cambiante, dependiendo del lugar de destino de sus funcionarios.

Entendemos, junto con Víctor Moreno Catena, que el probable afán de impedir una excesiva sobrecarga de asuntos en la Sala 3ª del Tribunal Supremo, no puede justificar la regulación tan insatisfactoria del nuevo recurso de casación para unificación de la doctrina, dejando fuera un importantísimo número de resoluciones en materias de una enorme trascendencia, entre las que hay que destacar, las de personal, sobre las que va a resultar del todo imposible unificar o uniformar la doctrina jurisprudencial al respecto, por lo menos a instancia de los administrados.

En el mismo sentido se pronuncia el Magistrado Jesús Cudero Blas, quien manifiesta: “La nueva regulación va a suponer, en la materia de personal, la ausencia en la práctica de criterios unitarios de enjuiciamiento y la posibilidad de sentencias contradictorias sobre idénticas cuestiones, sin que parezca haber interesado al legislador “unificar la doctrina” en relación con las cuestiones de personal no susceptible de casación ordinaria (que son, por otra parte, la inmensa mayoría de las de esta clase)”.

Igualmente, González Cuéllar en Derecho Procesal Administrativo, cuestiona en cuanto a su procedencia y constitucionalidad, las notorias limitaciones a la recurribilidad de las sentencias dictadas en materia de personal, opinando: “aunque la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha reiterado que el art. 24.1 de la Constitución no impone al legislador la obligatoriedad de conceder el acceso a los recursos de todas las resoluciones judiciales, pues el derecho a los recursos constituye un derecho de configuración legal (excepción hecha del proceso penal), lo cierto es que la imposibilidad de recurrir las sentencias en materia de personal supone una pérdida de garantías, dificulta el logro de la uniformidad de la doctrina y sobrecarga de trabajo al Tribunal Constitucional”.

3. Recurso de casación en Interés de la Ley.

Como ya señalábamos anteriormente al exponer la nueva regulación de los recursos operada por la Ley 10/92 de 30 de abril, el recurso de casación en Interés de la Ley sólo cabe contra sentencias no susceptibles de casación, dictadas por las Salas de lo contencioso administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional, estando sólo legitimados para recurrir el Abogado del Estado y Entidades o Corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo, cuando estimen gravemente dañoso para el interés general y errónea la resolución dictada. La sentencia dictada por el Tribunal Supremo no altera las situaciones jurídicas creadas por la sentencia recurrida.

Ello implica primero, que el funcionario recurrente no puede acudir a esta vía, y segundo que la única finalidad de este recurso de obtener una doctrina legal, deviene inoperante, puesto que es indiferente que los Tribunales sigan o no la doctrina legal fijada por el Tribunal Supremo, al dictar sentencia en estos recursos, cuando se trate de cuestiones de personal, dado que las sentencias de los Tribunales Superiores que se aparten de la misma, seguirán sin poder ser casadas o anuladas, y todo lo más será un recordatorio de los errores cometidos por todas y cada una de las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional, en materia de personal, sin que tampoco pueda ser modificada la situación jurídica erróneamente creada por estas sentencias.

Como ha dicho Serra, este recurso, por no ser un recurso, ni implicar casación, ni ser jurisdiccional, sólo puede encontrar justificación cuando en el proceso no existen otros mecanismos de defensa tanto del *ius constitutionis* como del *ius litigatoris*; sin embargo, es lo cierto que en el nuevo sistema de recursos del proceso administrativo hay instrumentos idóneos a tal fin.

Compartimos la tesis de Víctor Moreno Catena, a tenor de la cual, cuando el ordenamiento impide la impugnación de cualquier resolución, como ocurre en el orden administrativo con las sentencias dictadas en materia de personal, está asumiendo que el error en que pueda incurrir el órgano jurisdiccional no es revisable. Y la única vía para acabar con estas resoluciones erróneas, es no cerrar la vía a la casación ordinaria o cuanto menos el de unificación para la doctrina, en tales procedimientos.

Siendo totalmente insuficiente a efectos de evitar y corregir estas resoluciones erróneas, el recurso que estamos comentando; y ello, a pesar de lo que parece deducirse de la exposición de motivos de la nueva ley. Puesto que como hemos visto, tanto por la privilegiada legitimación para interponerlo, que lo hace parecer más que un recurso en interés de la ley, un recurso en interés de la Administración (Moreno Catena), así como por las causas que permiten acceder al mismo, y la imposibilidad de que el funcionario intervenga a lo largo de su tramitación, no lo hacen instrumento revisor útil para el funcionario que instó la tutela judicial y que tiene que conformarse con la resolución recaída en única instancia, aunque sea errónea, y lo que es más difícil de comprender desde el punto de vista del funcionariado, aunque posteriormente, en la resolución de un recurso en Interés de la Ley, el Tribunal Supremo declare que la resolución que le perjudicó en sus derechos era errónea.

Si bien, siendo realistas, y a tenor de las experiencias vividas con el anterior recurso de apelación en Interés de la Ley, es poco probable que la Abogacía del Estado utilice este recurso cuando se trate de sentencias dictadas en cuestiones de personal, sin que deje de ser llamativa la consideración de este tipo de cuestiones como domésticas y de poca trascendencia, cuando lo cierto es que constituyen uno de los capítulos cuantitativamente más importante de la actividad de los Tribunales del Orden Administrativo. Sin olvidar que las sentencias que recaen en estos procedimientos afectan a aspectos tan importantes como el lugar de trabajo, cuantía de las retribuciones, carrera profesional, etc. de los funcionarios y que cuando estos temas son debatidos y resueltos por los Tribunales de lo Social para los trabajadores de ámbito privado, se dota al sistema de un procedimiento más ágil y casi sin excepciones para acudir a una instancia revisora.

Por lo que en resumen, las limitaciones impuestas a este recurso, tanto en el aspecto de la legitimación de las causas para recurrir, de la inalterabilidad de las situaciones jurídicas creadas con la sentencia impugnada, y de la imposibilidad de casar las sentencias de los Tribunales inferiores que contradigan la doctrina establecida por el Tribunal Supremo al resolverlo, no permiten albergar esperanzas para la unificación de la doctrina jurisprudencial en materia de personal.

SITUACIÓN ACTUAL QUE HA GENERADO LA NUEVA REGULACIÓN

En el transcurso de poco más de año y medio que lleva en vigor la nueva Ley, las situaciones jurídicas que se están creando en materia de personal no pueden ser más desalentadoras ante la existencia de declaraciones contradictorias dictadas por los distintos Tribunales Superiores de Justicia, e incluso por las distintas Salas de lo Contencioso del mismo Tribunal Superior de Justicia (Canarias, Andalucía o Castilla-León), sobre derechos funcionariales ante la misma situación, fundamentos y pretensión, que están dando lugar a un sentimiento y frustración, de pérdida de confianza del funcionario en la Administración de Justicia que se espera de los jueces y tribunales, al mismo tiempo que una disfunción en la propia Administración con respecto al personal a su servicio, que se encuentra desorientada igualmente, ante la ejecución de sentencias contradictorias que afectan al mismo personal.

Así vemos la desorientación de la Administración, que se refleja en la contestación de 9.9.93 del Defensor del Pueblo a la queja presentada a consecuencia de las distintas sentencias, contradictorias, que se están produciendo con respecto a un colectivo de 6.025 funcionarios del O.A. de Correos y Telégrafos, que fueron integrados en el Cuerpo Ejecutivo con efectos de 23 de septiembre de 1989 en cumplimiento del RD. 1.031/86 de 26 de mayo, y cuya pretensión consistía en todos los recursos interpuestos, que se retrotrajeran los efectos de dicha integración al 23 de septiembre de 1986 fundamentándolo que ésa era la fecha en que el R.D. 1.031/86 entró en vigor. Como señala el Defensor del Pueblo, hasta el 9.9.93 se habían dictado 25 sentencias que afectan a 782 funcionarios de los 6.025 integrados, de las cuales 14 —las dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia de Galicia, Madrid y Comunidad Valenciana— estiman la pretensión de los recurrentes, habiéndose cumplido ya por el Organismo Autónomo de Correos y Telégrafos, 13 de ellas. Siendo las restantes 11 sentencias desestimatorias de la pretensión, provenientes de la Audiencia Nacional y Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Ello tiene como consecuencia práctica que un colectivo de funcionarios, adscritos a una misma Administración, y que se han integrado por una misma norma y en aplicación de dicha norma, por la misma resolución, van a tener por virtud de estas sentencias contradictorias una antigüedad distinta en el Cuerpo en que se les integró, reconociéndoseles tres años más de antigüedad con abono de diferencias retributivas por dicho período a los funcionarios que tuvieron la suerte de estar destinados en el momento de interponer el recurso en el territorio de competencia jurisdiccional de los Tribunales Superiores de Jus-

ticia, de Madrid, Valencia y Galicia; este beneficio, se incrementa para los agraciados por el fallo de las sentencias favorables, habida cuenta que para la progresión de su carrera administrativa, se va a computar la antigüedad en el cuerpo, como mérito en los futuros concursos de provisión de puestos de trabajo; y correlativamente implica un mayor perjuicio para los que no tuvieron “la suerte” de obtener una sentencia favorable. Y si bien es cierto, que al principio, el O.A. de Correos y Telégrafos, al recibir las primeras sentencias favorables, se planteó la posibilidad de extenderlas a los 6.025 funcionarios integrados, no es menos cierto, y por otro lado comprensible, que ante el elevado coste económico que ello suponía, y la arribada de sentencias desfavorables, tras consultar los servicios jurídicos del Estado, optó simplemente por reconocer dicha antigüedad sólo a quienes los Tribunales de Justicia se la reconocieran por sentencia. Posteriormente, en el Boletín Oficial de Comunicaciones de 15 de febrero de 1994, se ha publicado la ejecución de otras 23 sentencias favorables, dictadas en este mismo asunto, por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

Algo similar está ocurriendo en el Ministerio de Defensa con su personal militar, los cuales están interponiendo recursos contencioso-administrativos ante los distintos T.S.J. del lugar de su destino, en reclamación del abono de los trienios en la cuantía correspondiente al empleo militar que desempeñaban en el momento de la reclamación, y no al que desempeñaban cuando los perfeccionaron, basándose en la equiparación que las leyes les han hecho con los grupos y materia retributiva de los Funcionarios Civiles del Estado, y en la Ley de Presupuestos Generales para 1989. Hasta este momento, que nosotros conozcamos, se han dictado siete sentencias, de las que cinco han sido desestimatorias (las de los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña, Madrid, Castilla-León, Andalucía y Murcia) y dos estimatorias dictadas ambas por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en Las Palmas, cuya ejecución por la Administración se ha publicado ya en el B.O.E. Y, si bien en este caso, tenemos conocimiento de que por la Abogacía del Estado se ha presentado recurso de casación en Interés de la Ley, el valor de la sentencia que pueda dictar el Tribunal Supremo va a ser, como ya hemos observado, el de una mera declaración programática, al no ser casable las contradictorias que en el futuro puedan dictar los diversos Tribunales Superiores de Justicia, y puesto que no afecta a las situaciones de desigualdad retributiva creada por las sentencias contradictorias que han motivado el recurso de casación en Interés de la Ley.

Lo mismo se puede decir de las impugnaciones de las pruebas selectivas para Maestros convocadas en 1991 al amparo de la Disposición Transitoria quinta 2 de la L.O.G.S.E. 1/1990. Convocatorias, realizadas por la Admi-

nistración Central para el territorio nacional competencia del M.E.C., y por las Comunidades Autónomas con competencia plena en materia educativa, que se limitaron a transcribir exactamente la del Estado. En este último caso se encontraba, entre otras, Canarias. Ante el T.S.J. de Canarias, y contra la Orden que publica la relación de aprobados en las pruebas selectivas para Maestros convocadas en 1991 cuestionando la legalidad de la base de la convocatoria que permitía para aprobar en la fase de oposición, sumar a los puntos obtenidos en el examen, los de expediente académico, se interpusieron dos recursos ordinarios ante la Sala de Las Palmas de Gran Canaria, y uno ante la de Santa Cruz de Tenerife. La Sala de Las Palmas dictó sentencias núms. 203 y 204 el 31 de marzo de 1993 estimatorias. Y la Sala de Tenerife dictó sentencia número 284 el 27 de abril del mismo año, desestimándolo. Habida cuenta que la Orden por la que se declara los que han superado el proceso selectivo, **era la misma** para toda la Comunidad Autónoma, la Administración Autonómica se encuentra con tres sentencias de imposible ejecución por contradictorias, puesto que, dos anulan la lista de aprobados expulsando de ella a determinadas personas y otra confirma íntegramente la misma lista de aprobados. Si bien nos consta que se ha intentado el recurso de casación; al amparo de la nueva regulación legal lo normal será que el Tribunal Supremo inadmita el mismo, puesto que no se está impugnando indirectamente un reglamento estatal, sino un acto administrativo en materia de personal dictado por la Comunidad Autónoma, y por tanto, la sentencia recaída está excluida de casación por el nuevo art. 93.4 de la Ley Jurisdiccional.

Éste no es el único caso en que las Salas de lo Contencioso Administrativo de Santa Cruz de Tenerife y Las Palmas de Gran Canaria, mantienen posturas opuestas en cuanto a un mismo objeto rebatido. Baste recordar lo que ha venido ocurriendo con las pruebas selectivas para el Cuerpo Administrativo de la Comunidad Autónoma por el turno de promoción interna desde el año 1988, desde el que todas las convocatorias repiten una misma base, en la que se establece como mérito “historial profesional”, el desempeño de puestos de trabajo mediante nombramiento que no tenga carácter temporal. La Sala de Las Palmas viene manteniendo que no puede computarse dentro de este mérito el tiempo que un funcionario de carrera haya estado en un puesto de trabajo mediante adscripción provisional (sentencias 378/92, 379/92 y 856/93). Por su parte la Sala de Santa Cruz de Tenerife ante la misma cuestión mantiene la postura diametralmente opuesta y considera que dentro del mérito historial profesional debe computarse el tiempo que el funcionario de carrera haya estado ocupando un puesto de trabajo aunque sea mediante adscripción provisional (sentencia núm. 707/92). Como todas estas sentencias han sido dictadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 10/92 de

30 de abril, son todas firmes y contra las mismas no ha cabido recurso alguno. Por lo que ha sido imposible acudir a una instancia superior para que unifique criterios en esta cuestión tan controvertida, y que en esta Comunidad Autónoma tiene especial trascendencia por ser la adscripción provisional instrumento de uso habitual y generalizado por la propia Administración Autonómica para cubrir los puestos de trabajo, dándose el caso paradójico que desde hace varios años, los funcionarios que acaban de superar unas pruebas selectivas para acceso a la función pública autonómica, toman posesión en su primer puesto de trabajo en régimen de adscripción provisional.

Pese a que el Tribunal Constitucional no es una instancia revisora, ante la imposibilidad casi absoluta de acudir a una segunda instancia en los procedimientos de personal que ha supuesto la nueva regulación en esta materia, los funcionarios afectados por estas sentencias u otras análogas y, los que en el futuro se encuentren en situaciones similares, tienen como única vía para paliar una situación tan injustamente desigual, la de acudir al recurso de amparo constitucional, produciendo con ello una acumulación de asuntos y un notable incremento de trabajo del Tribunal Constitucional, tal como dice González Cuéllar, pero a tenor de la jurisprudencia emanada de dicho Alto Tribunal en relación con el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley por los órganos judiciales y su posible violación por sentencias contradictorias, la acumulación a que hace referencia el citado autor, se va a producir sólo hasta la fase de admisión, puesto que el T.C. está exigiendo para considerar infringido este derecho, entre otros, un requisito que ha de concurrir inexcusablemente para que el T.C. entre a dilucidar si ha habido o no la infracción invocada, cual es que las sentencias contradictorias emanen del mismo Juzgado si estamos ante un Órgano Judicial unipersonal y si se trata de Tribunales, que las sentencias emanen de la misma Sala y, si ésta está dividida en Secciones incluso de la misma Sección, abstracción hecha de las personas que las compongan (por todas la de la Sala 1ª del T.C. de fecha 20.9.1993 y la de 17.5.1993). Y no se olvide que en los casos expuestos, son sentencias dictadas por distintas Salas.

En cuanto a la posibilidad, ante estas situaciones, de acudir al amparo constitucional invocando la infracción del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, por error del órgano judicial, también se ha manifestado ya el Tribunal entre otras en la sentencia de 12.11.1991 (Sala 2ª) a tenor de la cual:

“Conviene recordar en este sentido que según reiteradísima jurisprudencia de este Tribunal, la selección de las normas aplicables a un supuesto controvertido y su interpretación es competencia exclusiva de los Jueces y Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria, sin que sea competencia de este Tribunal una vez averada la

existencia de un pronunciamiento fundado en Derecho, la revisión de los criterios interpretativos utilizados por aquéllos, salvo en excepcionadísimos casos (por todas S.T.C. 90/90). Igualmente, este Tribunal ha insistido en que el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva no incluye el hipotético derecho al acierto judicial (por todas S.T.C. 50/88), no quedando, por tanto, comprendidas en aquél la reparación o rectificación de errores, equivocaciones, incorrecciones jurídicas o en definitiva injusticias producidas por la interpretación o aplicación judicial de las normas. En caso contrario, el recurso de amparo quedaría transformado en una nueva instancia revisora con merma de las competencias que constitucionalmente corresponden a la jurisdicción ordinaria”.

Por lo que también es muy difícil que esta vía tenga éxito, dado que habitualmente las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso de los T.S.J. suelen tener una amplia fundamentación jurídica (errónea o no).

Por último, y pese a que entendemos que las situaciones que se están creando por virtud de sentencias contradictorias, contra las que la reforma introducida por la Ley 10/92, de 30 de abril nos ha dejado sin posibilidad alguna de recurso, atentan frontalmente contra el Principio de Seguridad Jurídica garantizado por el art. 9 de nuestra Constitución, tal infracción no es siquiera invocable por la vía del amparo constitucional por no tratarse la Seguridad Jurídica de uno de los derechos a que se refiere el art. 53.2 del mismo texto legal.

CONCLUSIONES

Como se manifiesta el Magistrado José Luis Gil Ibáñez: “... el nuevo sistema de recursos instaurado en el procedimiento contencioso administrativo impide, con carácter general, la unificación de doctrina por parte del Tribunal Supremo en una materia como la referida a las cuestiones de personal, permitiendo esta labor únicamente por vía indirecta y limitada legitimación, ya que mientras el ciudadano ordinario se ve impedido totalmente de acudir a la más alta instancia judicial, la Administración a través del Abogado del Estado, y ciertas Entidades o Corporaciones sí pueden acceder a dicho Alto Tribunal a través del recurso de casación en Interés de la Ley. La conclusión no puede ser otra sino la insatisfactoria regulación que se ha producido respecto a este tema, con la consiguiente inseguridad jurídica que, entre otros efectos, se puede producir”.

Efectivamente, a la vista de todo lo expuesto, nos resulta incomprensible que la nueva Ley haya propiciado que en una materia con tanta trascendencia cuantitativa como lo es la de personal, sea prácticamente imposible que se forme Jurisprudencia, lo que ya está dando lugar a una enorme dispersión jurídica que perjudica tanto a la Administración como a los funcionarios. A la una porque, se ve obligada a cumplir sentencias contradictorias que dan lecturas diferentes a los mismos derechos invocados por unos funcionarios cuya vinculación con la Administración es la misma, y en otros casos se ve incapacitada para cumplir sentencias que además de contradictorias, afectan a los mismos funcionarios. A los otros, porque es descorazonador ver cómo ante un mismo acto y con invocación de una misma normativa, los Tribunales competentes, para conocer de su reclamación, les niegan lo que otros Tribunales conceden a funcionarios en su misma situación aunque con destino en distinto lugar del territorio nacional, e incluso como hemos visto en el caso de las sentencias contradictorias de las Salas de Las Palmas y de Santa Cruz de Tenerife, dentro de la misma Comunidad Autónoma, sin que en uno u otro caso puedan acudir a una instancia superior revisora. Tal situación, que desde el punto de vista técnico no puede ser calificada por menos que contraria a la Constitución que establece como valores supremos del ordenamiento jurídico entre otros los principios de justicia e igualdad, y en su art. 9 garantiza la Seguridad Jurídica, tiene, si cabe una más grave consecuencia en la realidad diaria apreciable por los que nos dedicamos al ejercicio del derecho que tenemos que contemplar impotentes cómo se va produciendo en estas personas una total pérdida de confianza en la Administración de Justicia. Situación ésta, que aunque aparentemente va a ser transitoria —como también lo iba a ser la espera de la creación de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, previstos en la Ley de Demarcación y Planta Judicial de 1988— hasta tanto se promulgue la nueva y esperada Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, creemos que debe ser paliada a la mayor brevedad posible, puesto que en el interin se están sacrificando los derechos de miles de ciudadanos, víctimas injustas de errores ajenos.

Para ello, entendemos que no cabe otra alternativa, que la modificación legislativa, bien producida por iniciativa del propio legislador, o bien inducida por el Tribunal Constitucional al resolver, estimándola, una posible cuestión de inconstitucionalidad de la ley. Puesto que, esperar que la Administración extienda de oficio los efectos de una sentencia declarativa de derechos, a funcionarios que se encuentren en idéntica situación, es hoy día una utopía, dado que la propia Administración está viendo cómo en breves espacios de tiempo los Tribunales se manifiestan en sentido diverso, e incluso diametralmente opuesto, ante una misma pretensión en idéntica situación.

Es de destacar en este sentido, que el Excmo. Sr. D. Pascual Sala Sánchez, Presidente del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Supremo, en su discurso de solemne apertura del año judicial pronunciado el 15.9.93, se ha hecho eco de la importancia que tiene la unificación de la doctrina, tarea fundamental del Tribunal Supremo garante de los principios de igualdad y seguridad, y ha señalado como desviación del principio de seguridad jurídica las contradicciones procedentes del propio ámbito judicial, puesto que los Tribunales de Justicia, constituyen la última garantía de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, y que sin tener esta garantía asegurada, no hay Constitución, no hay Estado de Derecho. Señalando más adelante en su discurso, que la última reforma procesal operada por la Ley 10/92 de 30 de abril, ha adoptado una serie de medidas encaminadas a atajar el constante incremento de recursos pendientes ante las Salas del Tribunal Supremo, lo que se ha conseguido, con limitaciones objetivas y modestamente, y pese a que el legislador ha arbitrado el recurso de casación para unificación de la doctrina, primero en el proceso laboral, y ahora en el administrativo, ***no le ha sacado todo el provecho que hubiera supuesto una franca apertura de posibilidades del examen de cualquier cuestión litigiosa cuando, a juicio del Tribunal Supremo, fuera necesario o conveniente para sentar líneas jurisprudenciales seguras que unificaran con carácter vinculante y frente al resto de los órganos jurisdiccionales, los criterios de aplicación de las Leyes.*** Para terminar su discurso haciendo una última reflexión sobre la necesidad de la reforma decidida, y si es preciso independiente de la casación, la reforma inaplazable del proceso administrativo, y de los procesos civiles y penales, como la necesidad más urgente de la justicia española, por delante de cualquier otra reforma sustantiva.