2.2. Los conceptos jurídico-administrativos y las cuestiones prejudiciales administrativas en el ámbito penal

Juan José González Rus

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Córdoba. Abogado

2.2.1. Hipótesis de partida

La configuración de los ilícitos penales a partir de conceptos jurídicos administrativos y la instrumentalización de la acción penal con fines de mera oposición o combate político provocan la cada día mayor presencia de autoridades, electos locales y funcionarios ante la jurisdicción penal por delitos directamente relacionados con el ámbito administrativo, en particular, medio ambiente y urbanismo. Ello se produce sin que la jurisdicción contencioso-administrativa haya tenido oportunidad de pronunciarse sobre la conformidad o no a derecho de la conducta, lo que, unido a la trascendencia mediática que acompaña generalmente a estos supuestos, provoca que los afectados sientan una cierta desprotección en su derecho a la presunción de inocencia, así como la sensación de que el juez penal tendrá dificultades para tipificar adecuadamente la conducta, dada la profusión de normas administrativas de toda naturaleza y rango que disciplinan estas materias.

ISBN: 978-84-613-7600-1

Como consecuencia, se considera oportuno replantear los límites de la prejudicialidad y establecer mecanismos de cooperación que permitan que el juez penal pueda conocer si la conducta de los imputados es o no administrativamente lícita, antes de pronunciarse sobre la responsabilidad penal.

Asimismo, existe una comprensible preocupación por la instrumentalización de la acción penal con fines de mera oposición política. Ello, hasta el punto de que, muy a menudo, el objeto realmente pretendido con la interposición de la denuncia o querella es provocar la exigencia de responsabilidad política inmediata, y el descrédito del adversario y de la fuerza política a la que pertenece.

En definitiva, pues, la hipótesis de partida a analizar es la siguiente: En los tipos penales configurados a partir de conceptos jurídicos administrativos, es conveniente que el juez administrativo se pronuncie sobre la ilicitud administrativa de la conducta antes que el juez penal, pues con ello se conseguirá un mayor respeto a la presunción de inocencia y será menos dificultosa la tipificación de las conductas; para lo cual, debe revisarse el tratamiento actual de la prejudicialidad administrativa en el proceso penal.

En cuanto tal, la hipótesis está bien formulada, y puede darse por cierto que, efectivamente, la revisión de los criterios de la prejudicialidad es, en principio, un camino posible para aumentar el protagonismo del juez administrativo en estos delitos. Por lo demás, el planteamiento coincide con la preocupación manifestada en diversas ocasiones por cierta doctrina. Así, en las conclusiones del Seminario sobre la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa [v. García de Enterría/Fernández Rodríguez/Martín Rebollo/Bocanegra Sierra (directores)], celebradas en Santander, del 9 al 13 de septiembre de 1996, los profesores de Derecho administrativo se pronunciaban –hace ya trece años– en favor de reformar la prejudicialidad administrativa, necesidad que "es tanto mayor cuanto que el nuevo Código Penal utiliza con frecuencia tipos penales en blanco que remiten a la norma de carácter administrativo, cuya correcta interpretación previa debe corresponder con preferencia al juez administrativo."

ISBN: 978-84-613-7600-1

2.2.2. El estado de la cuestión: breve reseña introductoria sobre la regulación vigente de las cuestiones prejudiciales y sus fundamentos político-criminales

El principio general por el que se rigen las cuestiones prejudiciales es la sanción inicial de la competencia de las respectivas jurisdicciones para conocer de asuntos que, por razón de la materia, deberían resolverse por jueces y tribunales de otro ámbito. Ello es consecuencia del principio de unidad jurisdiccional, que da cobertura constitucional a la extensión de competencia que se hace en favor del juez que conoce de un asunto para pronunciarse sobre todos los aspectos que están directamente relacionados con el mismo, aunque no correspondan propiamente a su orden jurisdiccional. En definitiva: la no devolutividad de las cuestiones prejudiciales. Carácter no devolutivo que implica el reconocimiento del valor decisorio de toda resolución judicial, incluso cuando se produce en relación con asuntos que van más allá de su competencia *ratione materiae*; si bien, con efectos limitados a la cuestión y al proceso en que la misma se produce. Así se reconoce con carácter general en el artículo 10.1 de la LOPJ, y particularizadamente, en el orden contencioso-administrativo (artículo 4.1 de la LJCA)[1] y civil (artículo 42.1 de la LECiv.).

En lo que se refiere en particular al orden penal, se reafirma igualmente el criterio general de que el juez penal tiene competencia para resolver las cuestiones civiles y administrativas que puedan plantearse con motivo de los hechos perseguidos, con lo que, en el ámbito punitivo, rige también, como principio general básico, el de la no devolutividad (artículo 3 de la LECrim.). Como consecuencia, la eficacia de la decisión sobre la prejudicial no devolutiva se limita expresamente al solo efecto de la represión, sin que tenga eficacia alguna más que en el proceso y en el hecho en que fue resuelta, pudiendo ser planteada de nuevo ante el juez competente por razón del asunto. Por lo demás, la legitimidad constitucional de los tribunales penales para conocer cuestiones civiles y administrativas como cuestiones prejudiciales no devolutivas está absolutamente respaldada –como no

[1] La LJCA es la norma básica más concisa en la regulación de las relaciones prejudiciales, a las que dedica un solo artículo: el 4. Ello obliga a recurrir a la Ley de enjuiciamiento civil, que tiene carácter supletorio en relación con los demás órdenes jurisdiccionales (v. del Moral García).

ISBN: 978-84-613-7600-1

podía ser de otra forma– por la jurisprudencia constitucional (SSTC 147 y 278/2000, por todas).

El fundamento de política jurídica y político-criminal que inspira este tratamiento es, evidentemente, la búsqueda de la mayor celeridad y prontitud de las resoluciones, que se verían inevitablemente demoradas si todo asunto prejudicial hubiera de ser enviado al juez competente *ratione materiae*. Más que la búsqueda de la "calidad" –podría decirse así–, que se lograría dando la competencia al juez especializado en el asunto, interesa asegurar que no se produzcan dilaciones que se consideran prescindibles. Celeridad, antes que calidad, pues, por seguir utilizando la (inexacta) alternativa expuesta; o lo que es lo mismo: un punto de partida radicalmente contrario al que se postula en esta hipótesis de partida.

La regla general de la no devolutividad se rompe cuando la cuestión prejudicial es de carácter penal, pues, en ese caso –con más o menos matices según el orden jurisdiccional de que se trate–, se reconoce directamente la competencia exclusiva o preferente de la jurisdicción penal, a la que se le deferirá desde el orden contencioso-administrativo (o civil) la cuestión para que resuelva, suspendiéndose, entretanto –también con matices según los casos–, el procedimiento del que la misma trae causa. Se manifiesta con ello la primacía reconocida con carácter general en el ordenamiento jurídico español a la jurisdicción penal sobre las demás –lo que también se censura en la hipótesis inicial–. El criterio general legalmente previsto para las cuestiones prejudiciales penales que se planteen en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (y civil) es, pues, el de la devolutividad. Así lo dispone, con carácter general y "salvo las excepciones que la ley establezca", el artículo 10.2 de la LOPJ, y para el ámbito contencioso-administrativo, el artículo 4.1 de la LJCA.[2]

En lo que hace específicamente a este, y dado que todas las cuestiones prejudiciales penales son devolutivas, constatada la existencia de una cuestión prejudicial penal, el juez administrativo suspende el proceso hasta que el juez penal resuelva. La posición tradicional del Tribunal

[2] Para el orden civil, artículo 40.1 de la LECv., y para el social, artículos 4.3, 4.4 y 86 de la LPL.

ISBN: 978-84-613-7600-1

Supremo es que no puede iniciarse un recurso contencioso-administrativo hasta que no haya pronunciamiento firme de la jurisdicción penal sobre el tema.[3]

La búsqueda de la mayor prontitud, característica de la no devolutividad, cede, pues, cuando se trata de una cuestión prejudicial de naturaleza penal, ante la preferencia a la especialización del órgano, que se presume que garantiza una mayor "calidad" de las resoluciones, aspiración que es propia de los sistemas devolutivos. Tal reenvío obligatorio tiene, evidentemente, que ver con el especial valor de los intereses afectados, tanto desde el punto de vista de los imputados y víctimas como del orden social. La relevancia de los bienes jurídicos protegidos y de las consecuencias jurídicas asociadas al reconocimiento de la responsabilidad criminal, justifica suficientemente que en la alternativa "rapidez"–"calidad" se dé preferencia ahora a la segunda; entre otras cosas, porque se une aquí una dimensión garantista que hace absolutamente prioritario rodear al procedimiento de todas las cautelas que sean necesarias para asegurar la justicia de la resolución.

En el fondo, el criterio que subyace en el establecimiento de varios órdenes jurisdiccionales especializados es la idea (acertada) de que la función judicial se desempeña mejor cuando se está más familiarizado con las normas procesales y sustantivas que deben aplicarse, cuando se tiene experiencia en los problemas que deben resolverse y cuando se conoce mejor la teoría, la práctica y la jurisprudencia del ámbito de actividad al que se refiere la especialización. Esta es la razón de que tenga mayor reconocimiento jurídico la decisión sobre una cuestión prejudicial cuando es devolutiva (*principaliter),* que cuando es no devolutiva (*incidenter tantum*).

Por esas mismas razones, en el proceso penal se sigue también el criterio de la devolutividad cuando la cuestión prejudicial administrativa (o civil) sea de gran relevancia, hasta el punto de poder determinar la culpabilidad o la inocencia, debiendo conocer en esos casos el juez o tribunal competente de esos órdenes jurisdiccionales y suspen-

[3] Para evitar la "artimaña" procesal de promover una querella para que se suspenda el procedimiento contencioso-administrativo, se reclama que "la resolución penal sea imprescindible para la del recurso contencioso-administrativo, por existir una directa relación entre las cuestiones (STS, sala 3.ª, de 13 de septiembre de 2002, entre muchas).

ISBN: 978-84-613-7600-1

diéndose el procedimiento penal hasta tanto (artículo 4 LECrim.). Lo mismo ocurre cuando la cuestión prejudicial civil tiene que ver con la validez de un matrimonio o la supresión de estado civil, advirtiendo expresamente la Ley en este supuesto que la decisión del órgano civil servirá de base a la del tribunal penal (artículo 5 LECrim., con la excepción del artículo 6).

La razón que justifica para estos casos el carácter devolutivo de la prejudicial administrativa (o civil) tiene que ver, otra vez, con la importancia de los asuntos en juego: las garantías individuales, cuando la consecuencia puede ser una eventual declaración de responsabilidad penal; los intereses generales, cuando se trata del estado civil. De esta manera se prima el criterio de la especialidad del órgano, que se considera puede garantizar mejor el adecuado tratamiento de materias tan sensibles.

Como se ve, al fin, en el procedimiento penal rigen, en relación con las cuestiones prejudiciales, criterios semejantes a los que se aplican en la jurisdicción contencioso-administrativa (y civil): no devolutividad respecto de las cuestiones, digamos, "ordinarias", y devolutividad respecto de las de mayor relevancia, en las que se quiere reforzar los presupuestos técnicos de la solución, encomendándosela a órganos especializados.

En el procedimiento penal, las cuestiones prejudiciales devolutivas pueden plantearse tanto por las partes (comprendiendo tanto al imputado como al acusado),[4] como por el fiscal o por el propio juez. Sin embargo, dado que una de las características de la cuestión prejudicial es que el asunto al que se refieren puede ser objeto en sí mismo de un juicio autónomo, la posibilidad de proponerlas formalmente queda limitada a las partes, que son las únicas que pueden instar la apertura de un nuevo procedimiento ante el órgano jurisdiccional civil o contencioso-administrativo que corresponda.

En todo caso, la devolución al órgano especializado está concebida legalmente como una ventaja para la parte que la propone. En tal sen-

[4] No hay problema en que la devolución al órgano jurisdiccional administrativo se produjera por el juez instructor, puesto que es generalmente admitida la posibilidad de que los mismos planteen cuestiones prejudiciales. Y ello, a pesar de que el artículo 4 de la LECrim. se refiera al "tribunal de lo criminal", fórmula genérica comprensiva también de los jueces y de los procedimientos que son competencia de los mismos. La devolución se acuerda por auto.

ISBN: 978-84-613-7600-1

tido se señala para ella la obligación de acudir al juez o tribunal civil o administrativo que resulte competente para decidirla, y, pasado el plazo que hubiera podido establecerse por el tribunal penal sin que se acredite haber interpuesto la correspondiente demanda o recurso, se alzará la suspensión y continuará el procedimiento (artículo 4 de la LECrim.). Si se establece la carga de instar el procedimiento a la parte que la propone, es porque la regulación legal se nutre de la idea de que a ella es a quien beneficia la devolución. Y el único beneficio esperable es la creencia de que con la resolución del órgano especializado se verán favorecidas sus pretensiones en torno a su culpabilidad o inocencia. En definitiva: una evidente dimensión garantística. Prueba de ello es también que cuando el contenido de la prejudicial es la validez de un matrimonio o la supresión de estado civil, en definitiva: cuando la prejudicial tiene que ver con intereses públicos, no se establece plazo alguno para acudir al tribunal especializado (artículo 5 de la LECrim.). En resumen, pues, que en el fundamento que legalmente se da a las cuestiones prejudiciales devolutivas hay también contenidos de mayor garantía individual.

2.2.3. (Dudas sobre) Los fundamentos de política jurídica de la pretendida ampliación de la devolutividad

Las razones que fundamentan la preferencia que se reconoce a la jurisdicción penal en relación con los otros ámbitos jurisdiccionales y el régimen de la devolutividad, podrían servir igualmente para justificar la ampliación de la devolutividad de las prejudiciales administrativas en el procedimiento penal. En apoyo de ello vendría la dimensión de mayor garantía para acusados e imputados que, como se ha visto, constituye, sin duda, uno de los presupuestos justificadores de la devolutividad.

En efecto, la pretensión de que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo tenga un mayor protagonismo en los delitos cuyo contenido de injusto coincide con ilícitos administrativos, sobre la base de que su aplicación requiere generalmente de una gran profusión de normas y comporta una cierta complejidad técnica, resulta plenamente coherente con el fundamento que inspira la devolutividad en las cuestiones prejudiciales, y su opción en favor de la especialidad del órgano, como

ISBN: 978-84-613-7600-1

aval de mayor solvencia técnica de la resolución y de mayor garantía de imputados y acusados. En este sentido, pues, la sugerencia de ampliar el campo de la devolutividad de las cuestiones prejudiciales administrativas que se plantean en el proceso penal, por entender que ello favorece una más correcta aplicación de las normas y fortalece la eventual declaración de responsabilidad penal, traduciéndose en un mayor respeto de las garantías individuales, no es en absoluto impertinente, sino, antes al contrario, perfectamente coherente con los objetivos de política jurídica y político-criminales que inspiran la regulación de las cuestiones prejudiciales devolutivas.

Ese posible replanteamiento de los recíprocos campos de devolutividad y no devolutividad, vendría ayudado, además, por el hecho de hoy no concurren las razones que en su día pudieron justificar que se extendiera la competencia del juez que conocía del asunto principal, antes que deferirlo a otro orden jurisdiccional (Gimeno Sendra). La primera, que cuando la Ley de enjuiciamiento criminal (1882) aborda la cuestión, el número de tipos penales construidos sobre la base previa de infracciones administrativas y con conceptos administrativos, o configurados como normas penales en blanco, era muy reducido, como correspondía, por otra parte, a la función del Estado y de la Administración en aquel momento. Asimismo, la inexistencia de tribunales contencioso-administrativos obligaba, de facto, a optar por la no devolutividad en relación con las cuestiones prejudiciales de este tipo que se plantearan en el proceso penal. Hoy, por el contrario, el número de delitos configurados con elementos de naturaleza administrativa es muy alto, y no parece razonablemente fundamentado aventurar que la tendencia a su crecimiento vaya a disminuir en el futuro. Igualmente, nadie puede dudar de que, planteado en términos de "calidad", entendiendo por ello independencia y competencia técnica, el rigor de jueces y tribunales del orden administrativo es el mismo que el de los jueces y tribunales penales.

Más discutible puede ser, en cambio, la razón en que –según la hipótesis que estamos analizando– habría de apoyarse ese pretendido aumento de la devolutividad. ¿Puede realmente afirmarse que estarían más aseguradas las garantías individuales cuando la cuestión prejudicial se resuelve por el juez administrativo que cuando lo hace directamente

ISBN: 978-84-613-7600-1

el juez penal? Francamente, no lo creo; a pesar de que, como se ha demostrado, esa razón está sin duda inspirando el tratamiento legal de las cuestiones devolutivas.

En primer lugar, porque la familiaridad de los órganos jurisdiccionales penales con los principios garantísticos del ordenamiento jurídico es, cuando menos, la misma que puede reconocerse a los administrativos. De hecho, el esquema de garantías que rige en el ámbito administrativo no es sino la ampliación al mismo de los principios que tradicionalmente vienen rigiendo en el ámbito penal y procesal penal, y en cuya definición y consolidación ha tenido mucho que ver precisamente la jurisprudencia penal. De hecho, si hay algún juez acostumbrado a convivir con un esquema garantista estricto y familiarizado con las técnicas de interpretación propias del mismo, ese es, precisamente, el juez penal. No hay razones, por tanto, que permitan sostener con fundamento que sería necesariamente más ventajoso para las garantías individuales que las cuestiones prejudiciales administrativas en el proceso penal las diriman jueces administrativos. En segundo lugar, porque las técnicas de interpretación y aplicación del Derecho administrativo sancionador y del Derecho penal están ciertamente próximas. No en vano, ambos forman parte de ese sector jurídico genéricamente denominado "Derecho sancionador del Estado", respecto del que doctrina y jurisprudencia vienen reclamando desde hace tiempo un esquema común de garantías y principios inspiradores.

Más atendible es, a mi juicio, el criterio de que la complejidad que puede conllevar en ocasiones la aplicación de los tipos penales que incorporan elementos procedentes del orden administrativo, hace conveniente que la tipificación de la misma por el juez penal se haga sobre la base del previo pronunciamiento que sobre el particular hubiera hecho la jurisdicción contencioso-administrativa. Innecesario es recordar que el juez penal está sobradamente acostumbrado a tener que resolver sobre cuestiones de complejidad técnica y dogmática, por lo que la principal ventaja que podría apreciarse desde esta perspectiva en la ampliación de la devolutividad sería que el deferir el asunto a un órgano especializado podría aliviar al juez penal del esfuerzo que supone tener que estudiar y resolver cuestiones con las que no está tan familiarizado, y cuyo debido planteamiento y resolución le exigirían un esfuerzo

ISBN: 978-84-613-7600-1

suplementario. La cuestión es si esta indudable ventaja es suficiente para justificar o no el replanteamiento pretendido de la prejudicialidad, y, sobre todo, si ello tiene la fundamentación político-criminal suficiente para disminuir el relieve del principio de evitación de dilaciones indebidas, constitucionalmente reconocido en el artículo 24.2 CE.

2.2.4. Problemas prácticos con que habría de enfrentarse la ampliación pretendida

2.2.4.1. Restricciones legales y reservas jurisprudenciales y doctrinales ante la devolutividad

Además de las posibles objeciones de fundamento, no puede ocultarse que la posible ampliación de las cuestiones prejudiciales devolutivas habría de enfrentarse con un clima legal, doctrinal y jurisprudencial, abiertamente receloso con semejante iniciativa, en la que se ve un instrumento para indeseables dilaciones indebidas. Lo cierto es que, salvo hitos concretos que después comentamos, ni legislador, ni doctrina, ni jurisprudencia han potenciado últimamente el ámbito de las mismas, siendo lo común relativizar su valor y utilidad. Y ello, incluso respecto de la prejudicialidad penal, a pesar de la reconocida primacía de la jurisdicción penal sobre los otros órdenes jurisdiccionales.

En el plano legislativo, el compromiso del artículo 10.2 de la LOPJ (1985) de que la existencia de una cuestión prejudicial penal relevante para la decisión, determinará la suspensión del procedimiento mientras aquella no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, se ha visto sensiblemente matizado después por las previsiones de –por citar solo dos casos– normas básicas, como la LPL (1995) o la LECiv. (2000), sobre las cuestiones prejudiciales penales (devolutivas) en los procedimientos del orden social[5] y civil, respectivamente. Y no digamos

[5] La interpretación que ha merecido el régimen de la devolutividad penal en la LPL (artículo 4.1) es diversa. Unos, la interpretan como admisión de la competencia del juez laboral para pronunciarse sobre las cuestiones prejudiciales penales, que serían, pues, no devolutivas. Otros, en cambio estiman que la LPL admite la prejudicialidad penal devolutiva, solo que condiciona y limita la suspensión correlativa del proceso laboral, como consecuencia de los principios de

ISBN: 978-84-613-7600-1

ya el sustancial recorte que ello supone respecto de la previsión del artículo 114 de la LECrim., de que, promovido juicio criminal por delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho, debiendo suspenderse el mismo, si lo hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal.

Así, la LECiv. prevé la suspensión inmediata de las actuaciones únicamente en los casos de posible existencia de un delito de falsedad de alguno de los documentos aportados, pero solo cuando el documento resulte decisivo para resolver sobre el fondo del asunto (artículo 40.4; y ello si la parte a la que pudiera favorecer el documento no renunciare a él, ap. 5). Por el contrario, cuando solo se haya puesto en conocimiento del ministerio fiscal la aparición de hechos que pudieran resultar constitutivos de delito o falta y que pueden tener influencia decisiva en la resolución del asunto civil, la suspensión ha de esperar al momento en que el proceso esté pendiente de sentencia, y ello siempre que haya un procedimiento penal en marcha sobre los mismos (sin que baste –se viene interpretando así– la simple presentación de una querella) (artículo 40.1, 40.2 y 40.3) (v. del Moral García). En términos semejantes, la LPL, además de proclamar que en ningún caso se suspenderá el procedimiento por seguirse causa criminal sobre los hechos debatidos (artículo 86.1), limita la posibilidad de suspensión a los casos de prejudicialidad penal basada en falsedad documental, cuya solución sea de todo punto indispensable para la decisión sobre el pleito (artículos 4.3 y 4 y artículo 86.2 de la LPL) (v. Ramos Quintana/Cairos Barreto).

Referente a la actitud doctrinal, tampoco la doctrina penal en general, y la procesal penal, en particular, han sido precisamente entusiastas con la ampliación de la devolutividad, proponiendo interpretaciones de la normativa vigente que, minimizando las posibilidades que ofrece el artículo 4 de la LECrim., suponen, de hecho, convertir en no devolutivas

---

inmediación, concentración y celeridad, que rigen en el orden social (artículo 74.1 de la LPL). Además de señalarse que el juez laboral no conoce nunca, en realidad, de cuestiones penales, ni se pronuncia sobre ellas, sino que solo resuelve sobre las consecuencias laborales que puedan tener los hechos que ofrecen apariencia de delito o falta. El Tribunal Supremo se ha pronunciado en el sentido de que, en el orden laboral, las cuestiones prejudiciales se regulan con efecto no devolutivo, incluso en el aspecto penal (sala de lo social, STS de 13 de junio de 1998) (v. Morcillo Moreno/Ramos Quintana/Cairos Barreto).

ISBN: 978-84-613-7600-1

la gran mayoría (si no todas) de las cuestiones prejudiciales que se plantean en el proceso penal.

Por su parte, los jueces penales han mantenido (y probablemente mantienen) una actitud claramente renuente frente al artículo 4 de la LECrim. Desde luego, la jurisprudencia de la sala 2.ª del Tribunal Supremo no se ha caracterizado precisamente por su receptividad a la devolutividad, sino más bien por todo lo contrario (v., por todas, SSTS de 27 septiembre y 20 de octubre de 2002). Incluso en las materias en principio más proclives al planteamiento de cuestiones prejudiciales devolutivas, como podría ocurrir con los delitos urbanísticos, ha sido prácticamente excepcional su utilización por los tribunales penales, por considerar que, en la inmensa mayoría de los casos, para pronunciarse sobre la comisión de un delito contra la ordenación del territorio no es precisa una previa resolución contencioso-administrativa (v. Boldova Pasamar). Esta es la tónica claramente mayoritaria en la jurisprudencia de las audiencias provinciales.

En la práctica, hasta la STC 30/1996, de 26 de febrero (v. Martí del Moral), las cuestiones prejudiciales devolutivas eran prácticamente ignoradas, hasta el punto de que se llegó a postular (y se sigue postulando, v. de la Oliva Santos), como es sabido, que el artículo 10.2 de la LOPJ había derogado los artículos 4 a 6 de la LECrim.

La sentencia supone un contundente recordatorio de la necesidad de aplicar la devolución cuando concurran las circunstancias del artículo 4 de la LECrim., y de la utilidad y conveniencia de recurrir a la devolutividad como vía para evitar sentencias contradictorias. En ella, como se recordará, se concede el amparo por vulneración de la tutela judicial efectiva, anulándose la condena penal impuesta por la Audiencia Provincial de Valladolid, de 27 de diciembre de 1993, por un delito de intrusismo. Aun estando pendiente de sentencia un recurso contencioso-administrativo que el condenado había interpuesto contra la resolución administrativa que le denegaba la homologación de su título de odontólogo, la Audiencia Provincial consideró que esta era una cuestión prejudicial administrativa no devolutiva, que resolvió rechazando la homologación y, por consiguiente, castigando por intrusismo. Posteriormente, la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, revocó la resolución administrativa denegatoria de la homologación, declarando que el recurrente, condenado ya por

ISBN: 978-84-613-7600-1

delito de intrusismo, estaba habilitado para ejercer en España los actos propios de la profesión de odontólogo. Planteado el correspondiente recurso de amparo, el Tribunal Constitucional estima que la cuestión prejudicial debía haberse considerado como devolutiva, en los términos del artículo 4 de la LECrim., por lo que, al estar ya en tramitación, el tribunal penal debía, o "haber reconocido valor prejudicial vinculante a la sentencia de la Audiencia Nacional, o bien, al menos, haber suspendido el procedimiento penal hasta tanto hubiera ganado firmeza dicha sentencia, pero, en cualquier caso, lo que nunca debió haber hecho, sin infringir el derecho a la tutela, es haber ignorado los efectos prejudiciales de aquella sentencia administrativa."

La sentencia sirvió, además, como ya se ha dicho, para zanjar las dudas que, en torno a la aplicabilidad de los artículos 4 a 6 de la LECrim., habían surgido después de la aparición del artículo 10.2 de la LOPJ, reafirmando la vigencia de tales preceptos y la necesidad de las cuestiones prejudiciales devolutivas. Alguna sentencia posterior del Tribunal Supremo, sin embargo (sala segunda, STS de 24 de julio de 2004, ponente Conde-Pumpido Turón), mantuvo después, de nuevo, la derogación de tales artículos, en base, ahora, al apartado 1 del mismo artículo 10 de la LOPJ, entendiendo que la expresión "podrá conocer" asuntos que no les están atribuidos privativamente, que se utiliza en el mismo, debía interpretarse como obligación de conocimiento, en aras de la evitación de dilaciones indebidas.

2.2.4.2. Problemas asociados al reconocimiento de efectos a la sentencia administrativa que resuelve la cuestión prejudicial

La ampliación de la devolutividad no tendría utilidad alguna como forma de aumentar el protagonismo de los jueces administrativos en la aplicación de los tipos penales, configurados como conceptos administrativos, si no fuera acompañada del reconocimiento de plenos efectos, o, simplemente, de efectos vinculantes para el juez penal, a la sentencia que resuelve la prejudicial administrativa. El logro de ese mayor protagonismo del juez administrativo en la aplicación de estos delitos, depende,

ISBN: 978-84-613-7600-1

pues, de los efectos reales que el juez penal reconozca a la sentencia administrativa previa.

Y tampoco en esta cuestión hay precisamente acuerdo por parte de la doctrina (v. Balbuena González y Martín de la Vega). Un sector doctrinal entiende que cuando el juez penal se encuentra con una cuestión que ha sido ya resuelta previamente por sentencia firme administrativa (o civil), la resolución precedente le vincula necesariamente, tanto en lo relativo a la declaración de hechos probados como al fallo de la misma, pues el respeto a lo ya decidido en sentencia firme constituye uno de los contenidos de la tutela judicial efectiva, garantizada constitucionalmente (artículo 24.1 CE). Y ello, incluso en el caso de que el juez penal creyera que la decisión anterior de la prejudicial no fue correcta, pues la seguridad jurídica y la necesidad de fortalecer los efectos de las sentencias judiciales impedirían que unos órganos judiciales puedan reconsiderar lo ya resuelto por otros en una sentencia firme anterior.

Otra opinión, sin embargo, estima que la resolución de la cuestión prejudicial por el tribunal contencioso-administrativo no vincula al juez penal, dado que los efectos de la cosa juzgada no pueden extenderse fuera del orden jurisdiccional en donde la sentencia fue dictada. La resolución que decide la prejudicial administrativa, por tanto, sería vinculante para los tribunales administrativos que en el futuro pudieran o pretendieran pronunciarse sobre el particular, pero no tiene por qué serlo para el órgano penal que acordó el reenvío. Conforme a la posición hoy dominante, lo más que se concede es que la sentencia que decide la cuestión prejudicial administrativa ha de ser necesariamente tenida en cuenta por el juez penal como punto de partida de su decisión (v. Senés Motilla).

En cuanto a la jurisprudencia, la STC 190/1999, de 25 de octubre, habla de que la resolución sobre la cuestión prejudicial del juez competente por razón de la materia ha de considerarse un "dato incuestionable de partida" en la decisión del asunto principal, y en general se coincide en que tal precedente constituye un elemento relevante del proceso penal, que, no obstante, debe ser valorado libremente por el juez penal, que, por consiguiente, no se encuentra vinculado necesariamente a la resolución de la prejudicial devolutiva. En apoyo de ello, vendría el principio de libre valoración de la prueba en materia penal (artículo 741 de la LECrim.).

ISBN: 978-84-613-7600-1

En un primer momento se negó, incluso, tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional, que el tribunal penal quedara vinculado en modo alguno a la sentencia que resuelve la prejudicial administrativa, sobre la base de que tal vinculación se contempla en la LECrim. únicamente para las cuestiones relacionadas con la validez de un matrimonio o la supresión de estado civil (artículo 5 de la LECrim.). Más recientemente parece haberse matizado el criterio, acabando en la posición que puede considerarse hoy dominante y que entiende que el juez penal está obligado a dar por ciertos los hechos que se hayan declarado probados en la resolución administrativa (o civil), o, en caso contrario, a justificar suficientemente su discrepancia. Sin embargo, con toda rotundidad se afirma que tiene libertad de apreciación plena en lo relativo a la calificación y fundamentación jurídica (SSTC 77/1983, de 3 de octubre, 158/1985, de 26 de noviembre, 30/1996, de 26 de febrero, entre otras).

La experiencia muestra que los jueces penales muy a menudo no toman en cuenta los pronunciamientos administrativos, ni siquiera las resoluciones de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos. Lo que explica que pueda ser condenado por delito quien ha actuado al amparo de una autorización administrativa (v. Ballbé Mallol/Prados Reig). Por ejemplo, es doctrina consolidada que no siempre que hay autorización se excluye el delito urbanístico. En realidad, si la autorización es abiertamente contraria al derecho, el propio Derecho administrativo excluye la posibilidad de que de ello puede surgir facultad alguna. Por eso, en el caso del delito urbanístico del artículo 319.1 del Código Penal, la autorización administrativa de una construcción no autorizable es nula de pleno derecho, por lo que no excluiría el tipo, pudiendo dar lugar, a lo sumo, a un error de tipo (v. Boldova Pasamar). Y semejantes consideraciones podrían hacerse en relación con los delitos contra el medio ambiente, de riesgo catastrófico, etc. (v. de la Mata Barranco).

Con estos antecedentes, no se ve cómo podría lograrse, con la actual regulación y el parecer doctrinal y jurisprudencialmente mayoritario, que el juez administrativo tenga mayor capacidad de condicionar sustancialmente las sentencias penales que aplican los tipos delictivos construidos con conceptos administrativos. Tampoco aparece nada clara, ni sencilla, la vía legislativa que habría de seguirse para lograr ese

ISBN: 978-84-613-7600-1

objetivo, pues ello significaría una reconsideración general del concepto de cosa juzgada, que no parece que sea muy conveniente plantearse ahora.

2.2.4.3. Las dificultades que ofrece el cuestionamiento de la preferencia de la jurisdicción penal

Ya se puso de manifiesto que el rechazo de la devolutividad comporta, expresa o implícitamente, reafirmar la primacía de la jurisdicción penal sobre los otros órdenes jurisdiccionales. Por el contrario, el incremento del protagonismo de jueces administrativos en la aplicación de delitos configurados con elementos administrativos debilita el papel preferencial de la jurisdicción penal.

Y este es, a mi juicio, otro de los graves problemas que habría de superar la propuesta que se analiza, pues aunque legislativamente sea apreciable –como ya se ha visto– una cierta relativización de la primacía del orden jurisdiccional penal en el tratamiento que se da en otros órdenes jurisdiccionales a las cuestiones prejudiciales penales, lo cierto es que doctrinal y jurisprudencialmente, por el contrario, es pacífico (al menos así lo entiendo) el mantenimiento de la posición de preeminencia de la jurisdicción penal.

La preferencia de la jurisdicción penal sobre los otros órdenes jurisdiccionales se sanciona en el artículo 44 de la LOPJ: "El orden jurisdiccional penal es siempre preferente. Ningún juez o tribunal podrá plantear conflicto de competencia a los órganos de dicho orden jurisdiccional." Dicha preeminencia se apoya, más que en la superior relevancia de los bienes jurídicos protegidos (pues ambos protegen, a menudo, los mismos intereses), en la mayor gravedad inicialmente atribuible a las conductas constitutivas de delito o falta, superior a la que corresponde a las infracciones administrativas, y en la mayor severidad de las penas que imponen.[6] El reconocimiento de la misma se hace en prácticamente

[6] En relación con el procedimiento administrativo, las consecuencias de tal preeminencia son muchas: por ejemplo, que la Administración debe suspender su actuación desde el mismo momento en que tenga constancia de la intervención de un juez penal, o, si considera que el hecho puede revestir caracteres de delito, ponerlo en conocimiento del ministerio fiscal, pudiendo

ISBN: 978-84-613-7600-1

todas las normas procesales básicas, y se traduce en multitud de concesiones procedimentales y sustantivas, algunas de las cuales ya han quedado expuestas antes.

Ese predominio se vio claramente reforzado con la supresión de las "cuestiones previas administrativas", que se contenían en el artículo 15 de la Ley de conflictos jurisdiccionales, de 17 de julio de 1948, y cuya desaparición fue recibida con indisimulado regocijo doctrinal. Como se recordará, "cuestión previa administrativa" era aquella que debía ser resuelta previa y necesariamente por la Administración, mediante una decisión que era vinculante para el juez penal y de la que dependía su fallo. Ante la decisión administrativa de que no se había realizado la conducta delictiva, el juez penal se veía obligado a no continuar el juicio, lo que tenía especial incidencia en el caso de los delitos de funcionarios, pues eran los superiores jerárquicos de estos quienes finalmente decidían sobre si sus extralimitaciones eran o no constitutivas de delito.

No es preciso decir que tales procedimientos fueron severamente criticados por la doctrina administrativista, pues con ellos se violaba no

---

incurrir, de no hacerlo así, en un delito de omisión del deber de perseguir los delitos del artículo 408 CP; que, hasta que no acabe el procedimiento penal, no podrá continuarse el procedimiento sancionador; que si la sentencia penal ha negado la existencia del hecho, la Administración queda vinculada por ello, no pudiendo darlo por existente a efectos de imposición de una sanción administrativa; que, en otro caso, queda abierta la posibilidad de sancionar administrativamente, siempre que no se viole el *non bis in idem*, etc.

Incluso la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el *non bis in idem* supone un respaldo "derivado" de esa primacía; aunque no se me oculta que se trata aquí de prioridad frente a la Administración y no frente a la jurisdicción contencioso-administrativa. En efecto, la STC 177/1999, de 11 de octubre, supuso un breve paréntesis en el que se podía considerar disminuida tal preferencia, dado que acababa considerando que si ya se había sancionado administrativamente un hecho no podía castigarse penalmente, ni siquiera (como se había considerado hasta entonces) descontando de la sanción penal la multa impuesta por la Administración. Conforme a esta posición, no podía considerarse que hubiera doble sanción, aunque sí hubiera doble procedimiento sancionador, inconveniente que se consideraba no relevante desde el punto de vista del *non bis in idem*. Sin embargo, a partir de la STC de 2/2003, de 16 de enero, el pleno del Tribunal Constitucional vuelve al criterio inicial de reafirmar la preferencia de la jurisdicción penal, sin que se produzca vulneración del *non bis in idem* si de la pena se descuenta, en su caso, la sanción administrativa previamente impuesta. Tampoco es inconveniente que el sujeto se haya visto sometido a dos procedimientos sancionadores, si los mismos fueron desarrollados con todas las garantías. Con lo que, derivadamente, viene a reafirmarse la preferencia de la jurisdicción penal sobre cualquier otro orden sancionador (v. Garberí Llobregat).

ISBN: 978-84-613-7600-1

solo el principio de independencia judicial, sino también los de unidad y exclusividad jurisdiccionales. Esta institución se suprimió por la Ley orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de conflictos jurisdiccionales, en donde desaparece la posibilidad de plantear por la Administración cualquier conflicto de competencia a los jueces penales, en base a la existencia de una cuestión previa administrativa, pasándose al régimen general de los artículos 3 y 4 de la LECrim., con lo que se vio reforzada, de manera indirecta, la prioridad de la jurisdicción penal.

Lo paradójico de todo este asunto es que –como expondré después– probablemente la mejor vía para aumentar y garantizar la incidencia real del juez administrativo sobre el penal, en los delitos configurados con elementos administrativos, sería instaurando una vía parecida a la de estas cuestiones administrativas previas, desterradas, en buena hora, del ordenamiento jurídico.

2.2.4.4. La contradicción entre sentencias

Una de las ventajas que se le asignan a la devolutividad es que elimina, o, cuando menos, reduce muy sustancialmente el riesgo de sentencias contradictorias entre órganos jurisdiccionales distintos. La hipótesis de partida que analizamos, por tanto, contaría, en favor de su implantación, con la ventaja de que vendría a favorecer la solución de este problema.

Sin embargo, tan positiva conclusión no es lo definitiva que parece.

En un sistema devolutivo, cuando se plantea la cuestión prejudicial y se defiere al juez administrativo competente, se suspende el procedimiento penal hasta que se haya resuelto la cuestión prejudicial por el mismo. Ello equivale a extender la suspensión hasta que se dicte resolución firme, incluyendo tanto la sentencia como los actos que pongan fin al proceso. Como consecuencia, los efectos de la sentencia que resuelve la prejudicial son *principaliter*, con virtualidad de cosa juzgada, pues ha sido adoptada por el órgano jurisdiccional al que le viene legalmente reconocida la competencia *ratione materiae*, lo que serviría para evitar contradicciones entre las sentencias.

En un sistema no devolutivo, en cambio, con el deseo de favorecer la rapidez de los procedimientos, evitando las dilaciones que supondría

ISBN: 978-84-613-7600-1

el reenviar la solución de la cuestión al órgano jurisdiccional especializado, la cuestión prejudicial se resuelve por el propio tribunal, que conoce de la cuestión principal con efectos *incidenter tantum*, es decir, limitados al proceso en el que se dicta (artículo 10.1 de la LOPJ). Por eso, en este tipo de cuestiones prejudiciales, el procedimiento no se suspende, sino que continúa, con la única particularidad de que en la sentencia se decidirá previamente sobre ellas en los fundamentos jurídicos, antes de resolver la cuestión principal.

Esa eficacia restringida a "los solos efectos prejudiciales", viene impuesta por la relación entre cosa juzgada y competencia, que hace que solo se reconozca tal virtud a las resoluciones de órganos que son competentes por razón de la naturaleza del asunto. De ahí que siempre quede abierta la posibilidad de que la cuestión resuelta por el juez penal pueda volver a plantearse ante el órgano competente *ratione materiae*. El riesgo de que con la no devolutividad puedan producirse sentencias contradictorias es, pues, real y serio, y se afronta, mayoritariamente, proponiendo la vía del recurso de revisión,[7] considerándolo en el fondo un costo necesario, inevitablemente asociado a las ventajas de mayor rapidez que favorece el sistema de la no devolutividad.

Lo cierto es, sin embargo, que la devolutividad tampoco mejora sustancialmente el problema, dado que, como acaba de verse, la sentencia del tribunal administrativo que resuelve la prejudicial no vincula necesariamente al juez penal, por lo que la posibilidad de sentencias contradictorias se mantiene. Y es que, como antes, el problema de la existencia de sentencias contradictorias tiene más que ver con la regulación de la cosa juzgada, y con la relación entre los distintos órganos jurisdiccionales, que con el régimen de la prejudicialidad, por lo que tampoco desde este flanco puede estimarse que la postulada ampliación del campo de acción de esta reciba un apoyo significativo.

De hecho, la única contradicción constitucionalmente relevante que se toma en cuenta como consecuencia de haber desatendido el mandato de devolutividad del artículo 4 de la LECrim., es aquella en que una sentencia afirma y otra niega que unos mismos hechos ocurrieron y no

[7] Artículo 86.3 de la LPL y García de Enterría, por ejemplo, para el ámbito administrativo, a través del artículo 954.4 de la LECrim.

ISBN: 978-84-613-7600-1

ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y que no lo fue. En estos casos, el Tribunal Constitucional ha afirmado que, si ello ocurriera, se vulneraría tanto el principio de seguridad jurídica como el derecho a la tutela judicial efectiva, dado que los justiciables tienen derecho a esperar una respuesta inequívoca por parte de los órganos jurisdiccionales que se pronuncian sobre una misma cuestión, por lo que la resolución que incurra en esa contradicción debe considerarse arbitraria y, como consecuencia, vulneradora del citado derecho.[8]

2.2.4.5. Posibilidad de que no sea posible deferir la cuestión al tribunal administrativo competente

Para terminar este rápido repaso a los obstáculos que tendría que superar la pretendida ampliación de la devolutividad, recordaré el que puede producirse en relación con el plazo para plantear la reclamación ante el tribunal administrativo competente. Como la posibilidad de devolución queda supeditada por el artículo 4 de la LECrim. a que las partes acudan al juez o tribunal (civil) o contencioso-administrativo competente, dentro del plazo de hasta dos meses que el tribunal de lo criminal haya fijado, puede ocurrir que, cuando el interesado pretenda ejercitar la acción correspondiente, el hecho esté prescrito o hayan transcurrido los plazos de caducidad previstos para instar la revisión del acto administrativo, que habrá devenido firme. De ser así, ni podría iniciarse el procedimiento administrativo, ni el juez contencioso-administrativo podría abrir el procedimiento contencioso (artículo 51.1.d. de la LJCA), ni concurrirían los requisitos legales para la devolución, por lo que debería reanudarse el procedimiento penal, sin posibilidad de que el juez administrativo pueda intervenir en la resolución del mismo. Dado lo breve de los plazos legalmente previstos para estas reclamaciones, en la práctica la posibilidad de poder cuestionar efectivamente la prejudicial se producirá en un número muy limitado de casos.

[8] En términos semejantes se han pronunciado después otras sentencias del Tribunal Constitucional: SSTC 50/1996, de 26 de marzo, 199/1998, de 13 de octubre, 225/2000, de 30 de octubre, entre otras, por hechos semejantes.

ISBN: 978-84-613-7600-1

Este inconveniente no es un obstáculo específico a la ampliación de la devolutividad administrativa, sino, por el contrario, un impedimento consustancial a la regulación general establecido sobre la misma. Para superarlo, algún autor ha propuesto (Morcillo Moreno) que, en los casos en que hubiera devenido firme el acto, debería aceptarse que pudiera abrirse la vía administrativa o contencioso-administrativa, para que pudiera debatirse la cuestión. El auto del juez penal remitiendo el asunto comportaría automáticamente la reapertura del plazo de impugnación del acto administrativo por la aparición sobrevenida de una nueva causa. Si se tratara de la vía administrativa, cuando se agote esta, el juez penal debería prorrogar la suspensión por los 2 o 6 meses legalmente previstos para interponer el recurso contencioso administrativo, según que la resolución administrativa impugnada fuera expresa o tácita. De esta forma, vendría a salvarse el obstáculo que, en relación al orden administrativo, puede convertir el artículo 4 de la LECrim. en simple papel mojado.

2.2.5. Posición personal

2.2.5.1. Conclusión a modo de introducción al apartado

Como claramente se deduce de todo lo anterior, a mi juicio, no es ni necesario ni conveniente modificar el régimen legal vigente sobre la devolutividad de las cuestiones prejudiciales administrativas en el proceso penal.

En realidad, el debate de fondo de esa propuesta es si en el tratamiento de las cuestiones prejudiciales debe darse preferencia, como principio de política jurídica y política criminal, a la búsqueda de la (presumiblemente) mayor solvencia técnica y jurídica de las resoluciones (lo que hemos resumido bajo la etiqueta, imprecisa y genérica, de "calidad"), o al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (la "celeridad", a la que hemos aludido con la misma impropiedad).

En las circunstancias actuales, la más grave deficiencia achacable al funcionamiento de la Administración de Justicia, es, a mi juicio, la lentitud de los procedimientos, que acaba convirtiéndose en la fuente de

ISBN: 978-84-613-7600-1

las mayores agresiones a la seguridad jurídica y a los derechos básicos de víctimas, imputados y acusados, y usuarios del sistema de justicia. Aumentar la rapidez de la respuesta judicial debe ser, pues, la prioridad político-criminal básica de las reformas que puedan plantearse o hacerse a corto, medio o largo plazo. Propiciar replanteamientos legales que pudieran favorecer dinámicas de ralentización o paralización de los procedimientos no me parece, pues, una directriz deseable. Más, si se tiene en cuenta que, cuando se defiere una cuestión prejudicial a otro orden jurisdiccional, el tiempo de suspensión del procedimiento penal será largo, a menudo muy largo, puesto que habrá que esperar, para levantarla, a que sea firme la sentencia que ponga fin al procedimiento seguido sobre la prejudicial. A lo que habría que añadir, luego, el tiempo que debe transcurrir para que adquiera también firmeza la sentencia penal que resuelva el asunto principal. En definitiva, hablamos de años de paralización del proceso, lo que supone, estimo, un costo actualmente inasumible por el achacoso sistema jurisdiccional español.

La reforma que habría de llevarse a cabo, asimismo, sería más extensa, e intensa, de lo que en principio pudiera parecer, pues para lograr el resultado pretendido no parece que pueda resultar bastante una solución "puntual", como gusta decirse ahora, de específicos y concretos preceptos.

Primero, porque un replanteamiento de este tipo hace inevitable abordar, y probablemente reconsiderar, siquiera sea mínimamente, principios, instituciones y conceptos de extraordinario calado (cosa juzgada, relación entre los distintos órdenes jurisdiccionales, contradicción entre sentencias, aspectos constitucionales, respeto a derechos fundamentales relacionados con el proceso, etc.), cuya eventual revisión, por ligera que sea, solo estaría justificada cuando la necesidad fuera muy apremiante y no quedara otra alternativa posible para conseguir el objetivo propuesto; lo que, a mi juicio, no ocurre en el caso que nos ocupa. Sin olvidar que una reforma en materia de prejudicialidad, por específica que sea, corre el riesgo de alterar el equilibrio entre los principios político-criminales que inspiran los modelos de devolutividad-no devolutividad, y que interactúan entre sí.

Por consiguiente, no soy partidario de introducir modificaciones legislativas en el régimen de la prejudicialidad. Sobre todo, porque no me parecen precisas.

ISBN: 978-84-613-7600-1

Desde luego, descarto de antemano la esperanza, mantenida en cambio por algún autor (Gimeno Sendra), de que el problema puede quedar resuelto recomendando al legislador penal que utilice con menos prodigalidad el recurso a elementos normativos y a leyes penales en blanco, y que modere el impulso (de momento, parece que irrefrenable) a penalizar infracciones administrativas. Lamentablemente, los tiempos que corren no permiten albergar la más mínima esperanza de que esa contención (en realidad, esa recuperación de la función propia del Derecho penal) sea posible.

Finalmente, debe reconocerse que el aumento de la devolutividad serviría para frenar la preocupante expansión (que crece tanto como el propio Derecho penal) de las pericias jurídicas (se las llame como se las llame) con las que se viene supliendo el desconocimiento del juez penal de las complejas cuestiones especializadas (fiscales, urbanísticas, medioambientales, etc.) que necesita decidir para resolver sobre el asunto, y que con tanta claridad y énfasis ha censurado Rodríguez Ramos. Lo paradójico de la oposición a la devolutividad es que acaba favoreciéndose que el asunto se resuelva, no ya por un juez, sino por un experto, más o menos imparcial (más bien menos que más), cuyo criterio acaba siendo, en un buen número de casos, el que decide el litigio.

Por eso, tal vez podrían estudiarse fórmulas intermedias que, por una parte, evitaran las dilaciones que favorece el aumento de la devolutividad *stricto sensu*, y por otra, acabaran con ese vaciamiento sustancial de la función jurisdiccional, vía peritajes jurídicos, que se está actualmente produciendo. Por ejemplo, imaginar la posibilidad de jueces especializados (adscritos a las audiencias o tribunales superiores de justicia), a los que se les reconocería competencia genérica para emitir resoluciones sobre las cuestiones relacionadas con su especialidad que les plantearan los jueces penales. No se trataría de resolver el asunto, cometido que únicamente puede corresponder al juez penal competente, sino de pronunciarse sobre la concreta cuestión suscitada por el órgano juzgador, que conservaría su capacidad para decidir, apoyado, sin embargo, en la resolución fundada de un juez especializado imparcial. Los casos en los que habría de acudirse necesariamente a ese procedimiento serían, precisamente, los que contempla el artículo 4 de la LECrim.

ISBN: 978-84-613-7600-1

2.2.5.2. Mantenimiento de la regulación vigente, aprovechando las posibilidades del artículo 4 de la LECrim.

Una de las razones que me inclina a no ser partidario de hacer modificaciones legales en torno a la ampliación de la devolutividad de las cuestiones prejudiciales administrativas en el proceso penal, es que no considero que ello sea necesario. Por el contrario, creo que el régimen dispuesto en los artículos 3 a 7 de la LECrim. ofrece posibilidades suficientes para poder asegurar una práctica judicial que satisfaga en buena medida las pretensiones planteadas. Para ello, estimo, bastaría con favorecer una interpretación, ni siquiera generosa, sino simplemente ajustada a la letra y el propósito del artículo 4 de la LECrim.

Para ese postulado aumento de protagonismo del juez administrativo, sería también necesario moderar el celo con que los jueces penales suelen cuidar su competencia en materia de prejudicialidad, asumiendo –también "lealmente"– que la mera existencia del artículo 4 de la LECrim., imponiendo el reenvío obligatorio al tribunal especializado de las cuestiones que resultan relevantes para la culpabilidad o inocencia del sujeto, obliga a aceptar que tales sentencias no pueden ser ignoradas olímpicamente, y que detrás de la devolución acordada *ex* artículo 4 de la LECrim. se encuentra implícitamente la voluntad legal de que la resolución del orden jurisdiccional competente por razón de la materia sea seriamente tenida en cuenta por el juez penal.

2.2.5.3. La devolutividad en el artículo 4 de la LECrim.

El punto de partida de esa recuperación del artículo 4 de la LECrim. puede ser el precedente marcado por la STC 30/1996, a la que ya nos hemos referido, y su firme recordatorio de la utilidad y necesidad de la devolutividad en el ámbito penal.

No creo, sin embargo, que sea ni necesario ni acertado entender, como se ha pretendido por alguna doctrina, que a partir de esta sentencia los jueces penales deban aplicar la prejudicialidad devolutiva en todos los tipos penales que contengan normas penales en blanco. Ello significaría tener que aceptar tal procedimiento en una gran cantidad de

ISBN: 978-84-613-7600-1

tipos penales, desde estafas o daños sobre bienes de dominio público o bienes culturales, hasta delitos contra la Hacienda pública, pasando por los relativos a la ordenación del territorio, patrimonio histórico, medioambientales, riesgo catastrófico, determinadas modalidades de incendios, salud pública, armas, propiedad intelectual, propiedad industrial, etc. Ello supondría tener que suspender, incluso durante años, una parte sustancial de los procedimientos que se siguen por la jurisdicción penal, lo que político-criminalmente no me parece, en las circunstancias actuales, una consecuencia soportable.

Bastaría, entiendo, con una interpretación "leal" del artículo 4 de la LECrim., que cuando fuera necesario pusiera en práctica las posibilidades de devolutividad que el mismo ofrece. El primer paso habría de ser necesariamente reconocer que, cuando la cuestión prejudicial fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia, lo que dicho artículo establece no es una facultad discrecional de reenvío al tribunal administrativo, sino un mandato de hacerlo. Así se deriva de una interpretación, insisto, "leal" del artículo 4, que taxativa e incondicionalmente impone que, en ese caso, "el tribunal de lo criminal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquella por quien corresponda." No hay aquí, pues, discrecionalidad alguna. Donde sí la hay es, primero, en relación con la apreciación de si la cuestión planteada es o no prejudicial (según se aprecie o no la íntima conexión con el hecho perseguido que se reclama *ex* artículo 3 de la LECrim.); segundo, en la decisión de si la cuestión es determinante de la culpabilidad o de la inocencia del imputado o acusado, y, finalmente, en la fijación del plazo para que las partes acudan al juez o tribunal civil o contencioso-administrativo competente (artículo 4 de la LECrim.).

Y tan es obligatoria y no facultativa la remisión al tribunal administrativo cuando la cuestión incide en la culpabilidad o inocencia, que sería posible recurrir en amparo por infracción de las normas relativas a la devolutividad de la cuestión prejudicial administrativa en el proceso penal cuando: (1) se incumpla el artículo 4 de la LECrim. y se considere como no devolutiva la cuestión que incide directamente sobre la inocencia del acusado; (2) al dictar sentencia penal, un tribunal civil o administrativo esté conociendo o haya conocido de esa cuestión; (3) el tribunal penal ignore la resolución del tribunal administrativo; (4) la sentencia penal sea contraria a la del órgano administrativo, y (5) la condena sea la privación

ISBN: 978-84-613-7600-1

de libertad, con la consiguiente violación del artículo 17.1 CE (Gimeno Sendra).

No obstante, conviene recordar que el Tribunal Constitucional tiene declarado que la asignación de una naturaleza devolutiva o no devolutiva a las cuestiones prejudiciales es materia de legalidad ordinaria, responde a razones de orden práctico, que son las que han aconsejado crear tribunales administrativos. Por eso, la infracción de estos preceptos no vulnera el derecho al juez legal o predeterminado por la ley (artículo 24.2 CE, STC 170/2002), aunque puede infringir el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE). Así lo cree, en cambio, un sector doctrinal (Rodríguez Ramos, por todos), que mantiene que no aplicar el régimen de la devolución, incumpliendo el artículo 4 de la LECrim., vulneraría el derecho al juez predeterminado por la ley, en la medida en que, al no declarar el carácter devolutivo cuando debe hacerse, se está sustrayendo el conocimiento de la cuestión al órgano al que el artículo 4 de la LECrim. atribuye legalmente la competencia.

2.2.5.4. La incidencia sobre la culpabilidad o la inocencia

Los términos "culpabilidad" o "inocencia", utilizados por el artículo 4 de la LECrim., guardan relación, evidentemente, con la eventual declaración de la responsabilidad criminal por los hechos perseguidos. Su sentido es el procesal, de resultar condenado o no, y no el penal de que concurren los elementos de la culpabilidad, entendida esta como elemento del concepto dogmático y legal de delito, como atribución subjetiva al autor del comportamiento antijurídico realizado. Entre otras razones, porque los conceptos en que se traduce la apreciación de la culpabilidad (imputabilidad, forma de culpabilidad, conciencia de la antijuricidad, no exigibilidad, error, etc.) son estrictamente penales, y, por consiguiente, competencia exclusiva y excluyente del juez penal.

La invocación de la culpabilidad o inocencia del artículo 4 de la LECrim. se refiere, pues, a cuestiones relacionadas con la configuración del carácter antijurídico de los hechos perseguidos, al injusto penal; más en los aspectos relacionados con la fundamentación del mismo, y menos en los que tienen que ver con la apreciación de causas de justi-

ISBN: 978-84-613-7600-1

ficación, que vendrían a excluirlo. Por tanto, conceptos administrativos incluidos en la configuración del tipo y que fundamentan de manera sustancial el contenido de injusto del mismo. En definitiva: fundamentalmente, elementos relacionados con la tipicidad del hecho y con la eventual aplicación de la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho.

Dicho lo cual, queda por resolver lo principal: ¿de qué estamos hablando exactamente?, ¿en qué tipos penales y respecto de qué elementos podría (debería) plantearse una cuestión prejudicial devolutiva o esa consulta al juez especializado que correspondiera? Hacer una enumeración detallada de los delitos en que cabe o no la devolución, sería demasiado farragoso, por lo que me limitaré a indicar los principios generales que, a mi juicio, deben inspirar la interpretación que se haga en cada caso.

De entrada, esa restricción a conceptos administrativos incluidos en la configuración del tipo, y que fundamentan de manera sustancial el contenido de injusto del mismo, significa que no estaría justificada la devolución cuando se trate de cuestiones cuya incidencia se produce en la agravación o atenuación de la pena. Aparte de porque no se trataría de cuestiones relacionadas con la integración del injusto, porque los conceptos que inciden en la gravedad del hecho son claramente de naturaleza penal, y para su interpretación y aplicación el juez penal no necesita auxilio alguno.

Gimeno Sendra añade también los casos en que la cuestión resulte decisiva para la integración de la conducta penal, en los términos del artículo 3 de la LECrim., pues la vinculación tan estrecha con los hechos perseguidos, que hace racionalmente imposible su separación, justificaría la competencia exclusiva del juez penal. Personalmente no comparto este criterio, puesto que, en realidad, esa característica no tiene que ver con que la cuestión sea devolutiva o no, sino que lo que decide es si hay o no cuestión prejudicial, en la medida en que constituye el presupuesto mismo de su existencia. Excluye también de la posibilidad de devolución a los casos en que haya una jurisprudencia penal propia y distinta de la sentada por los tribunales administrativos sobre la cuestión que se debate; criterio poco preciso, me parece, y cuya virtud principal es sobre todo práctica, en la medida en que si de antemano se sabe

ISBN: 978-84-613-7600-1

que la solución administrativa va a ser desacorde con la jurisprudencia penal consolidada, será verdaderamente improbable que el tribunal penal la asuma, por lo que pueden ahorrarse las molestias que supone la devolución.

Otra precisión que me parece que puede resultar útil, es recordar que una característica definidora de las cuestiones prejudiciales es su idoneidad para constituir objeto de un juicio autónomo, lo que puede servir de pauta para marcar las diferencias entre la simple interpretación de elementos normativos del tipo, que no necesitarían una previa declaración judicial extrapenal, y las propias y verdaderas cuestiones prejudiciales.

Elementos normativos (de valoración jurídica, que son a los que ahora nos referimos exclusivamente) son aquellos cuyo sentido está predefinido en preceptos jurídicos de otros ámbitos normativos. Pues bien, cuando se trate de elementos típicos normativos que contribuyen más o menos decisivamente a la delimitación del injusto, de contenido bien definido y cuya interpretación precise la mera aplicación de normas administrativas concretas, como si se tratara de una especie de interpretación auténtica, tampoco estaría justificada la devolución al tribunal administrativo, pues se trata de una interpretación legal que no requiere especiales conocimientos técnicos y que debe considerarse al alcance de cualquier juzgador. Además de que, como es sabido, los conceptos que el Derecho penal incorpora de otras disciplinas jurídicas no siempre conservan inmodificado su sentido originario, sino que, por el contrario, están, como con frase afortunada dijera Maurach, "impelidos a la autonomía", pues deben ser interpretados en el contexto de los tipos en donde se incluyen, y desde las premisas valorativas propias de la responsabilidad penal y las penas que la misma conlleva.

Las devolutividad debe reservarse, pues, para los tipos en los que la infracción de la normativa administrativa aparece como el núcleo esencial configurador del injusto penal (incluso si va añadido a otro bien jurídico específicamente penal), de manera que la infracción de la normativa administrativa constituye el elemento central del tipo. En determinados delitos, el injusto penal incorpora directamente, aunque sea de forma implícita, la infracción administrativa a sus elementos típicos, estableciendo entre uno y otra diferencias meramente cuantitativas. Así ocurre, por

ISBN: 978-84-613-7600-1

ejemplo, en los delitos urbanísticos, en donde hay coincidencia general en que se han tipificado como delito conductas consideradas como infracciones administrativas graves (y, según el decir de algunos, incluso leves; v. Boldova Pasamar).

En estos casos, el delito, en realidad, "es" una infracción administrativa: el injusto se integra fundamentalmente por una desobediencia a la norma administrativa, lo que tiene, sin duda, una incidencia determinante en la inocencia o culpabilidad. Por ello, es lógico que la verificación de que se ha producido la infracción de la normativa administrativa (y, por tanto, el delito) se haga por los órganos jurisdiccionales especializados (incluso mediante la fórmula antes sugerida de jueces especializados con competencia genérica) que tienen atribuida la competencia para resolver lo relacionado con el ámbito de actividad que constituye el presupuesto fáctico de esos tipos penales. Así ocurre, por ejemplo, cuando en el tipo se incluyen fórmulas como "con infracción de leyes y reglamentos", lo que equivale a incorporar ("integrar") en el ámbito punible todo aquello que es administrativamente ilícito. En cambio, cuando se utiliza la fórmula "sin autorización" o semejantes, habrá que discriminar cuándo se trata de una remisión simplemente interpretativa, dirigida a excluir ("no integrar") en el injusto típico lo que está administrativamente autorizado.

Sobre esta base, que incluso a mí me parece que es todavía demasiado imprecisa, debería hacerse la interpretación de en qué tipos penales y cuándo cabe apreciar la devolutividad o no.

2.2.5.5. Establecimiento de una cláusula de reenvío obligatorio al orden jurisdiccional contencioso-administrativo

El aumento del protagonismo de los jueces de lo contencioso-administrativo en la aplicación de estos tipos penales, que eventualmente se podría conseguir con la ampliación de la devolutividad o con la sugerida fórmula de los jueces especializados, no serviría, sin embargo, para frenar la indeseable dinámica de utilizar la querella como vía de presión y/o instrumento de exigencia de responsabilidad política.

ISBN: 978-84-613-7600-1

Al fin, lo que se busca con la interposición de la misma es el conocimiento público de que el asunto ha llegado al ámbito judicial penal, pues eso es lo que se utiliza como razón/pretexto para reclamar, de forma inmediata, las consecuencias políticas cuyo logro animaba, en realidad, el recurso a la jurisdicción criminal. Eso hace inviable, para la consecución de este objetivo, prever expresamente (añadiéndolo al artículo 4 de la LECrim., por ejemplo) que la cuestión será devolutiva siempre que el imputado o querellado sea cargo electo o funcionario, cuya competencia decisional esté dentro del ámbito regulado por la normativa administrativa, cuya infracción constituye el fundamento del tipo de injusto que aparece relacionado con los hechos que se imputan.

Esa indeseada utilización de la querella solo podría impedirse si, con carácter general y de forma automática, estuviera previsto que las querellas que se dirijan contra autoridades, cargos electos y funcionarios, por los delitos cuyo injusto básico se construye sobre una infracción administrativa relacionada directamente con su competencia decisional, deben ser deferidas siempre al tribunal de lo contencioso-administrativo, antes de iniciar cualquier actuación penal, sin que pueda iniciarse el procedimiento hasta que el mismo no haya resuelto que efectivamente se cometió la ilicitud administrativa que constituye el fundamento del injusto penal. La obtención de ese pronunciamiento previo del juez de lo contencioso, vendría a funcionar como una especie de condición de procedibilidad, aplicable a los supuestos que contempla.

De no producirse el reenvío de una forma tan inmediata y automática, el efecto perverso de la querella seguiría produciéndose, pues el mensaje continuaría siendo que el asunto está en manos del juez penal. Para cuando este hubiera decidido suspender el procedimiento y reenviar la cuestión al juez administrativo, es muy probable que el tema haya perdido ya buena parte de su notoriedad pública, puesto que el desprestigio del adversario estará, en buena medida, conseguido.

Los problemas que plantea el establecimiento de una cláusula general de ese tipo, sin embargo, no se me ocultan, y en buena medida ya han sido puestos de manifiesto, por lo que no insistiré en ello. También debo advertir que una solución como esta la avanzo como simple posibilidad teórica, aunque personalmente no me parece ni deseable ni conveniente. Entre otras cosas, porque sería difícil explicar el funda-

ISBN: 978-84-613-7600-1

mento de ese trato diferenciado dispuesto para colectivos que son vistos con una indisimulada actitud recelosa por amplios sectores sociales que, con razón o sin ella, se considera que disfrutan de beneficios y tratos especiales.

2.2.6. Conclusiones finales

La conclusión de esta ponencia es finalmente que: no creo que sea político-criminalmente conveniente revisar el régimen de las cuestiones prejudiciales administrativas en el proceso penal, ni que ello sea necesario. A mi juicio, en las actuales circunstancias de la Administración de Justicia, la prioridad máxima debe reconocerse al derecho a obtener un juicio público sin dilaciones indebidas, por lo que no son oportunas iniciativas que pudieran contribuir a producirlas. Menos aún si se considera, como creo, que bastaría con una interpretación "leal" de la letra y el espíritu del artículo 4 de la LECrim., que considere obligada la devolutividad cuando la cuestión prejudicial sea determinante de la culpabilidad o inocencia. Ello ocurrirá en los tipos en que el injusto penal ha incorporado directamente la infracción administrativa a sus elementos típicos, y en los que puede decirse que el delito "es", propiamente, una infracción administrativa criminalizada.

El establecimiento de un reenvío obligatorio y automático al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, antes de que el juez penal pueda iniciar el procedimiento, a modo de una condición de procedibilidad, es otra de las opciones planteables, sobre cuya posibilidad y utilidad no estoy, ya lo he dicho, convencido.

Finalmente, recuerdo la sugerencia de estudiar alternativas a la devolutividad, capaces de combinar la evitación de dilaciones, el auxilio de órganos judiciales especializados, y controlar la tendencia al vaciamiento sustancial de la función jurisdiccional, vía peritajes jurídicos, que se está actualmente produciendo. Por ejemplo, imaginar la posibilidad de jueces especializados (adscritos a las audiencias o tribunales superiores de justicia), a los que se les reconocería competencia genérica para emitir resoluciones sobre las cuestiones relacionadas con su especialidad que les plantearan los jueces penales. Como ya anticipaba,

ISBN: 978-84-613-7600-1

no se trataría de resolver el asunto, cometido que únicamente puede corresponder al juez penal competente, sino de pronunciarse sobre la concreta cuestión suscitada por el órgano juzgador, que conservaría su capacidad para decidir, apoyado, sin embargo, en la resolución fundada de un juez especializado imparcial.

Lo que sí me parece importante destacar es que el escaso nivel de control que la Ley de enjuiciamiento criminal reclama para la admisión de las querellas, respecto de las cuales, por ejemplo, ni siquiera está previsto el recurso de apelación contra el auto de admisión (aunque sea una práctica cada vez más aceptada por las audiencias), favorece la dinámica de presentación de querellas, por poco consistentes que las mismas puedan ser. La introducción de límites a este proceso, haciendo presente desde el primer momento la posibilidad de contradicción, antes de que la querella sea admitida, puede resultar muy eficaz para la evitación de los excesos producidos y denunciados.

Bibliografía

BALLBÉ MALLOL/PADRÓS REIG, *La prejudicialidad administrativa en el proceso penal*, Barcelona, 2004.

BOLDOVA PASAMAR, *Los delitos urbanísticos*, Barcelona 2007.

CANO CAMPOS, "*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría los concursos en el Derecho administrativo sancionador", en *Revista de Administración Pública*, núm. 156, 2001, p. 191 y ss.

DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal penal*, Madrid, 2002.

DE LA MATA BARRANCO, P*rotección penal del ambiente y asesoría administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Barcelona, 1996.

DEL MORAL GARCÍA, "Incidencia de la nueva Ley de enjuiciamiento civil en el proceso penal", en *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 40, 2001, p. 37 y ss.

GARBERÍ LLOBREGAT, "Principio *non bis in idem* y cuestiones de prejudicialidad", en *Las fronteras del Código Penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XI, 1997.

ISBN: 978-84-613-7600-1

García Arán, "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", en *Estudios penales y criminológicos*, XVI, Universidad de Santiago de Compostela, 1998.

García de Enterría, "La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito ante la doctrina del Tribunal Constitucional sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los jueces penales. En particular, el caso de la prevaricación", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 98, 1998.

García de Enterría/Fernández Rodríguez/Martín Rebollo/Bocanegra Sierra (directores), *Conclusiones del Seminario de la Magdalena sobre la reforma de la jurisdicción contenciosa administrativa*, seminario celebrado en la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo de Santander, del 9 al 13 de septiembre de 1996.

Gimeno Sendra, "Estudio preliminar: Cuestiones prejudiciales devolutivas y *non bis in idem* en el proceso penal", en Ballbé Mallol/Padrós Reig, *La prejudicialidad administrativa en el proceso penal*, Barcelona, 2004. Publicado también en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 1, 2003.

Martí del Moral, "De nuevo sobre las cuestiones prejudiciales administrativas en los procesos penales (Comentario a la STC 30/1996, de 26 de febrero, sala segunda)", en *Revista de Administración Pública*, núm. 15, 1998.

Martín de la Vega, *Cosa juzgada, eficacia prejudicial y artículo 24 CE*, Salamanca, 2002.

Morcillo Moreno, *Teoría y práctica de las cuestiones prejudiciales en el ámbito del Derecho administrativo*, Madrid, 2007.

Ramos Quintana/Cairos Barreto, "La prejudicialidad penal en el proceso laboral", en *Revista de Derecho Social*, núm. 5, 1999.

Rodríguez Ramos, "¿Hacia un Derecho penal privado y secundario? (Las nuevas cuestiones prejudiciales suspensivas)", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 251, 1996, y "Cuestión prejudicial devolutiva, conflicto de competencia y derecho al juez predeterminado por la ley (Actualización de la prejudicialidad en el proceso penal)", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 285, 1997.

Senés Motilla, *Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español*, Madrid, 1996.

Valbuena González, *Las cuestiones prejudiciales en el proceso penal*, Valladolid, 2004.

ISBN: 978-84-613-7600-1

ISBN: 978-84-613-7600-1