2.3. La cuestión prejudicial administrativa desde la perspectiva del ordenamiento administrativo

Emilio Aragonés Beltrán
Magistrado TSJ Cataluña

2.3.1. Introducción

A punto de culminar la primera década del siglo XXI, la represión de las infracciones penales en España es el resultado de la aplicación de dos normas legales promulgadas con una diferencia de 113 años y sobre unas bases por completo diferentes.

El delito, y la consiguiente imposición de una pena, exige la concurrencia simultánea de tres conceptos rigurosamente complementarios, tal como se recoge en el inicio mismo del Código Penal: la tipificación en una ley previa (artículos 1 y 2), la existencia de culpabilidad (artículo 10) y la condena en sentencia (artículo 3).

En definitiva, la represión penal exige un ordenamiento jurídico que en sus aspectos tanto sustantivos como procesales guarde la necesaria armonía, lo que resulta bien difícil si se encuentran vigentes normas esenciales tan disímiles:

- El Código Penal, aprobado por la Ley orgánica 10/1995, de noviembre, pretende la adaptación de la norma sustantiva penal a los valores constitucionales. Es el "Código Penal de la democracia". Su exposición de motivos[1] destaca

[1] Sobre las exposiciones de motivos, cfr. F. Santaolalla López: "Exposiciones de motivos de las leyes: motivos para su eliminación", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 33, septiembre-diciembre de 1991, p. 47 y ss.

ISBN: 978-84-613-7600-1

que se ha afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, con la introducción de los delitos contra el orden socioeconómico o la nueva regulación de los delitos relativos a la ordenación del territorio y de los recursos naturales.[2]

- La Ley de enjuiciamiento criminal, aprobada por el Real decreto de 14 de septiembre de 1882, supuso en su momento un Código Procesal tan liberal y progresivo como el más adelantado de los del continente europeo, tal como afirmara Alonso Martínez en su exposición de motivos, que sigue siendo insuperable en su género. Se quería acabar con los "vicios crónicos de nuestro sistema de enjuiciar tradicional", desde la convicción de que "las llagas sociales no se curan ocultándolas, sino al revés", clamando contra la resignación a un sistema semejante, como el de quien "habituado a respirar en atmósfera malsana, llega hasta la asfixia sin sentirla". Y se aludía, certeramente, tanto a quien "tenga la inmensa desgracia de verse sometido a un procedimiento criminal", como a que "sagrada es, sin duda, la causa de la sociedad, pero no lo son menos los derechos individuales."

---

[2] Los párrafos 2 a 5 de la exposición de motivos de la Ley orgánica 10/1995 son del siguiente tenor (cursiva lo señalado en el texto):

"A partir de los distintos intentos de reforma llevados a cabo desde la *instauración del régimen democrático*, el Gobierno ha elaborado el proyecto que somete a la discusión y aprobación de las Cámaras. Debe, por ello, exponer, siquiera sea de modo sucinto, los criterios en que se inspira, aunque estos puedan deducirse con facilidad de la lectura de su texto.

"El eje de dichos criterios ha sido, como es lógico, el de la *adaptación positiva del nuevo Código Penal a los valores constitucionales*. Los cambios que introduce en esa dirección el presente proyecto son innumerables, pero merece la pena destacar algunos.

"En primer lugar, se propone una reforma total del actual sistema de penas, de modo que permita alcanzar, en lo posible, los objetivos de resocialización que la Constitución le asigna. El sistema que se propone simplifica, de una parte, la regulación de las penas privativas de libertad, ampliando, a la vez, las posibilidades de sustituirlas por otras que afecten a bienes jurídicos menos básicos, y, de otra, introduce cambios en las penas pecuniarias, adoptando el sistema de días-multa y añade los trabajos en beneficio de la comunidad.

"En segundo lugar, *se ha afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínina y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia*, pero eliminando, a la vez, figuras delictivas que han perdido su razón de ser. En el primer sentido, merece destacarse la *introducción de los delitos contra el orden socioeconómico o la nueva regulación de los delitos relativos a la ordenación del territorio y de los recursos naturales*; en el segundo, la desaparición de las figuras complejas de robo con violencia e intimidación en las personas que, surgidas en el marco de la lucha contra el bandolerismo, deben desaparecer dejando paso a la aplicación de las reglas generales."

ISBN: 978-84-613-7600-1

Ambas leyes han sido objeto de incontables reformas, que, en su mayoría, como decía mi profesor en la materia, el catedrático don Víctor Fairén, "corrigen y empeoran" los respectivos originales. Para no hablar, primero, de los siempre presentes "borradores", "anteproyectos" y "proyectos" de más reformas o sustituciones, presididos por criterios primordialmente políticos y no técnicos; segundo, de la demencial pretensión de que el Código Penal, y la aludida inmensa desgracia de verse imputado penalmente, terminen con eternos problemas económicos, sociales o morales; y, tercero, de legislar penalmente a golpe de acontecimientos con trascendencia mediática (se ha llegado a reformar el Código Penal a través de una enmienda introducida en el Senado a la modificación del arbitraje privado).

Por otra parte, la Ley de enjuiciamiento criminal ha mantenido su vigencia bajo regímenes políticos bien variados y contradictorios. Por ceñirnos a los últimos, es harto llamativa la oscilación pendular producida entre el número de procesos penales seguidos contra autoridades y funcionarios durante el régimen político anterior a la Constitución y durante el posterior a ella. A propósito de la causa de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, relativa a "los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de esta", prevista en la letra d) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de procedimiento administrativo común, se ha destacado el vuelco extremo desde una situación de práctica imposibilidad de conseguir la condena penal de alguna autoridad o funcionario de relieve, a la actual, e igualmente indeseable, situación de judicialización de la política.[3]

[3] Señala al respecto T. R. Fernández (E. García de Enterría y T. R. Fernández: *Curso de Derecho Administrativo*, volumen I, 14.ª edición, 2008, p. 631-635):

"Durante mucho tiempo el tipo legal que estudiamos ha permanecido prácticamente inactivo. Se eludía, incluso, conscientemente su utilización por los justiciables, que preferían apoyar en la vía contencioso-administrativa sus pretensiones de anulación del acto recurrido en otros argumentos (la desviación de poder, por ejemplo) a fin de no provocar la interrupción del proceso contencioso-administrativo en marcha hasta que la cuestión prejudicial penal que en otro caso quedaría planteada no fuese resuelta por los tribunales penales, que tienen al efecto una competencia exclusiva y excluyente (arts. 10.2 LOPJ, 114 de la Ley de enjuiciamiento criminal y 4 LJ). En el contexto jurídico-político anterior a la Constitución vigente era, de hecho, imposible obtener una condena penal contra cualquier tipo de autoridades administrativas y muy difícil, si posible, contra funcionarios de algún relieve, lo cual, naturalmente, aconsejaba evitar la formal invocación en la vía contencioso-administrativa de este tipo legal.

ISBN: 978-84-613-7600-1

El contexto histórico es, en todo caso, esencial para afrontar el estudio de las cuestiones prejudiciales administrativas en el proceso penal. Como ha destacado Gimeno Sendra,[4] en la situación de hegemonía y preferencia de la jurisdicción penal proclamada en las decimonónicas leyes de enjuiciamiento, contribuyeron criterios tanto materiales (escasa entidad y simplicidad de las cuestiones administrativas, producto del carácter excepcional de los tipos penales "imperfectos" y de la ausencia práctica de protagonismo del Derecho Administrativo, por la nula intervención del Estado en la economía y en la sociedad) como orgánicos (inexistencia de "tribunales" administrativos, predominando hasta la Ley de Santamaría de Paredes la "jurisdicción retenida", y no instaurándose hasta la Ley de 1956 un sistema "judicialista") y procesales (no existía un "proceso" administrativo, y el civil era excesivamente lento, oneroso y poco propicio para el descubrimiento de la verdad material frente al proceso penal, cuya instrucción se estimaba en un mes).[5]

"La situación ha venido a dar un vuelco radical a raíz de la promulgación de la Constitución, vuelco que, por lo extremado, resulta también indeseable.

"En efecto, 'abierta la veda' de autoridades y funcionarios con el cambio constitucional, ha venido a producirse un fenómeno, preocupante por su intensidad, de judicialización de la vida política, esto es, de derivación hacia el orden jurisdiccional penal del enjuiciamiento de las conductas de autoridades y funcionarios en el ejercicio de sus cargos. La presión social y de la opinión pública, unidas a la propia receptividad mostrada por los jueces y tribunales penales, ha contribuido a hacer más 'cómodo' acudir a estos en los amplios plazos de prescripción de los delitos que impugnar los actos administrativos correspondientes en los fugaces plazos de caducidad de los recursos contencioso-administrativos. De esta manera ha comenzado a hacerse relativamente frecuente la aparición de sentencias penales que anulan directamente, como una mera consecuencia de la apreciación de la existencia de un delito, múltiples actos administrativos producidos por las autoridades o funcionarios condenados como autores de aquel varios años antes del inicio de las diligencias previas al proceso penal que dichas sentencias resuelven, con el agravante de que, en muchos casos, esas declaraciones de nulidad se producen sin que en el proceso penal del que resultan hayan intervenido como partes los terceros para quienes derivan derechos de los actos administrativos declarados nulos (los compradores, por ejemplo, de las viviendas construidas al amparo de una licencia cuyo otorgamiento se considera por la sentencia penal constitutivo de prevaricación o cohecho)."

[4] V. GIMENO SENDRA: "Cuestiones prejudiciales devolutivas y *non bis in idem* en el proceso penal", en *Diario La Ley*, núm. 5817, Sección Doctrina, 4 de julio de 2003, Ref. D-158; y reproducido como Estudio preliminar en M. BALLBÉ MALLOL y C. PADRÓS REIG: *La prejudicialidad administrativa en el proceso penal*, Thomson-Civitas y Universidad Autónoma de Barcelona, 2004.

[5] Así lo disponía, y lo sigue disponiendo (!), el artículo 324 de la Ley de enjuiciamiento criminal, del siguiente tenor:

ISBN: 978-84-613-7600-1

Todas las circunstancias descritas han mutado esencialmente en la actualidad:

- Las cuestiones administrativas, incluidas en ellas las contables y las tributarias, han alcanzado una complejidad paralela al incremento del intervencionismo de los poderes públicos, que igualmente se ha multiplicado (Unión Europea, comunidades autónomas, agencias independientes…).
- Las leyes penales "en blanco", lejos de ser excepcionales, abundan por doquier.
- Todos los órganos jurisdiccionales, cualquiera que sea el orden jurisdiccional en que se inserten, son tribunales ordinarios.
- Si bien la acumulación de asuntos propicia duraciones medias de los procesos civiles y administrativos de todo punto excesivas, existen mecanismos para su resolución rápida, singularmente cuando se trata de la protección de los derechos fundamentales de la persona.
- Sobre el descubrimiento de la llamada "verdad material", habrá de volverse *infra* más detalladamente.

En el momento presente nos encontramos, pues: a) Ante un Código Penal que, pese a la proclamada "prudente acogida a nuevas formas de delincuencia", ha venido a criminalizar las actuaciones contrarias a derecho de sectores enteros del ordenamiento administrativo y tributario, con la simple remisión a ellos (así, "elusión del pago de tributos" o "cuantía de la cuota defraudada", en el delito contra la Hacienda

---

"Cuando al mes de haberse incoado un sumario no se hubiere terminado, el juez dará parte cada semana a los mismos a quienes lo haya dado al principiarse aquel de las causas que hubiesen impedido su conclusión.

"Con vista de cada uno de estas partes, los presidentes a quienes se hubiesen remitido y el tribunal competente acordarán, según sus respectivas atribuciones, lo que consideren oportuno para la más pronta terminación del sumario.

"Sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo, los jueces de Instrucción están obligados a dar a los fiscales de las audiencias cuantas noticias les pidieren, fuera de estos términos sobre el estado y adelantos de los sumarios."

No es el único precepto de la Ley procesal penal cuya vigencia produce sonrojo por su total ignorancia en la práctica. Más llamativo aún es que el artículo 301 siga disponiendo que "Las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley", y todos los días aparezcan en la prensa transcripciones y hasta fotocopias de tales diligencias, ¡incluso cuando se haya decretado el secreto de segundo grado para las partes, conforme al artículo 302 de la misma Ley! Alzado este último, nadie respeta el artículo 301, si es que se llega a conocer su existencia.

ISBN: 978-84-613-7600-1

Pública, artículo 305; "licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes", en el delito relativo a la ordenación del territorio, artículo 320; o licencias medioambientales "contrarias a las leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen", en el delito contra los recursos naturales y el medio ambiente, artículo 319); y b) Ante una decimonónica Ley de enjuiciamiento criminal, que contiene unas fragmentarias normas sobre la evidente prejudicialidad que se deriva del criterio seguido por el Código Penal, normas cuya vigencia misma está cuestionada o negada, y cuya aplicación práctica, en todo caso, tropieza con obstáculos insalvables.

El panorama resultante no puede ser más desolador desde la perspectiva del Estado de Derecho: los tribunales penales enjuician directamente la existencia o no de cuota tributaria y su cuantía, así como si una licencia es o no contraria a la normativa urbanística o medioambiental. Y lo hacen incluso ignorando o contradiciendo lo declarado por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y, en todo caso, en base a unas "pericias jurídicas" (esto es, aquellas en que el perito califica jurídicamente los hechos juzgados), lo cual solo puede calificarse, en un Estado de Derecho, de insano, en el sentido literal de esta palabra.

Lo alarmante de un sistema semejante es, como ocurriera con el procesal penal previo a la Ley de enjuiciamiento criminal, que se haya convertido en costumbre, y que, como ocurriera ante el mismo, se acepte resignadamente, esto es, en las reseñadas expresiones de Alonso Martínez, "mostrándose indiferente o desconociendo sus vicios y peligros, como no los aprecia ni mide el que, habituado a respirar en atmósfera malsana, llega hasta la asfixia sin sentirla."

2.3.2. La prejudicialidad en general

2.3.2.1. Conceptos introductorios

Entre las reformas de verdadera importancia y trascendencia introducidas en la Ley de enjuiciamiento criminal, señalaba en su exposición de motivos Alonso Martínez las "encaminadas a suplir, como en las cuestiones prejudiciales, algún vacío sustancial por donde era frecuente el

ISBN: 978-84-613-7600-1

arbitrio un tanto desmedido y, más que desmedido, contradictorio de la jurisprudencia."

Ya en el año 1904, Manresa ponía de manifiesto la indiscutible trascendencia y gravedad de esta compleja y difícil materia.[6] En el año 2007, Vallespín sigue destacando el contraste entre la trascendencia teórica y práctica de la prejudicialidad y la oscuridad que, en ocasiones, preside su tratamiento doctrinal, jurisprudencial e incluso legal.[7]

El mismo Vallespín inicia su valiosa monografía señalando la tradicional dificultad de la construcción de una noción de prejudicialidad, incluso en las fuentes romanas y hasta en el lenguaje coloquial (prejudicial es lo que requiere decisión previa a la sentencia de lo principal; y prejuicio, lo que impide el juicio).[8]

Baste reseñar aquí la noción general que ofrece Gómez Orbaneja de las cuestiones prejudiciales en el proceso penal:[9] la prejudicialidad supone una acumulación de objetos penales y materias jurídicas heterogéneas, tales que, de presentarse aisladas, pudiesen formar el objeto de un proceso no penal. Estas materias, constituyendo un antecedente

---

[6] José María Manresa: Prólogo a *Tratado de las cuestiones prejudiciales y previas en el procedimiento penal*, de E. Aguilera de Paz, Hijos de Reus Editores, Madrid, 1904, p. VIII. En el mismo lugar se explicita una prevención generalizada frente a la prejudicialidad, aludiendo a "los peligros que un extraviado concepto de la teoría procesal pudiera producir, dando entrada en el procedimiento a pretensiones irregulares, encaminadas a *dilatar maliciosamente la terminación del juicio y el castigo del delito* contra el buen sentido moral y jurídico, y con evidente perjuicio para la recta administración de la justicia." (cursiva mía).

[7] D. Vallespín Pérez: *La prejudicialidad penal en el proceso civil y en el proceso concursal*, CIMS, Barcelona, 2007, p. 15. Se trata no solo de la más reciente monografía sobre la materia, sino también de la más completa y equilibrada, con el tratamiento propio del procesalista general, alejado de la pugna entre penalistas y administrativistas que amenaza con emponzoñarla. La bibliografía y jurisprudencia que se reseña es bien aparatosa (p. 99-114 de bibliografía y p. 115-118 de índice cronológico de jurisprudencia).

[8] Es de interés la distinción de la doctrina italiana de tres grados ascendentes de prejudicialidad: el "punto prejudicial", como antecedente lógico no controvertido; la "cuestión prejudicial", como antecedente lógico controvertido; y la "causa prejudicial", como antecedente lógico controvertido y solucionado incidentalmente o reenviado a un proceso separado (Cfr. D. Vallespín Pérez, obra citada en la nota anterior, nota 12 en p. 17).

[9] E. Gómez Orbaneja: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1968, p. 76. Se trata de la sexta edición de la obra conjunta con V. Herce Quemada, cuya actual consulta me ha reflejado el trabajo sobre la misma en la licenciatura en Derecho (Valencia, curso 1971-1972), en la oposición a la carrera judicial (Valencia, 1973-1974), y en la preparación de las clases impartidas en el área de Derecho Procesal como profesor asociado (Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1982-2006).

ISBN: 978-84-613-7600-1

necesario de la declaración penal, han de ser resueltas ineludiblemente, bien por el mismo juez del delito, bien por otro.[10]

Como el Diccionario de la Real Academia[11] recoge dos acepciones diferentes de prejudicial (del latín *praeiudicialis*), referida la primera a lo "que requiere o pide decisión anterior y previa a la sentencia de lo principal", y la segunda a lo "dicho de una acción o de una excepción: que ante todas las cosas se debe examinar y definir", han de hacerse dos precisiones: 1.ª) Las cuestiones previas y las prejudiciales comparten su "temporalidad intelectual", pero las previas tienen naturaleza procesal y las prejudiciales afectan al contenido mismo de la sentencia;[12] y 2.ª) La anterioridad temporal en la resolu-

[10] La noción que ofrece I. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ ("Las cuestiones prejudiciales en el proceso penal. Problemas de legalidad ordinaria y de legalidad constitucional", *Revista Poder Judicial*, número 80, año 2005, p. 108) es la siguiente: "Cuestión prejudicial es la que, pudiendo resolverse como objeto propio de un proceso autónomo ante el orden jurisdiccional genéricamente competente sobre la materia, ha de ser, sin embargo, resuelta en un proceso distinto ante un tribunal de un orden al que esta materia no está encomendada privativamente, como presupuesto indispensable para decidir el objeto principal de este proceso, diferente pero íntimamente unido a la cuestión prejudicial, o incluso parcialmente idéntico, en cuanto se trate de una materia secante entre diversas ramas del ordenamiento (pero jamás absolutamente homogénea)."

El mismo autor añade (nota 2, p. 109) como ejemplo de definición más sencilla y breve, la de A. NARVÁEZ RODRÍGUEZ: las cuestiones prejudiciales son "aquellos problemas jurídicos no penales que han de ser resueltos por el órgano jurisdiccional, ya sea penal o de otro orden, con carácter previo a la aplicación de la Ley penal a un supuesto de hecho concreto."

[11] Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (http://buscon.rae.es/draeI), avance de la vigésimo tercera edición.

[12] Como dice E. GÓMEZ ORBANEJA, obra citada en la nota 9, "Las cuestiones previas se refieren a los presupuestos procesales, a las condiciones formales de admisibilidad del proceso o de una fase o acto de él; las prejudiciales son presupuesto del contenido mismo de la sentencia de fondo, del sí del delito y de la pena o la entidad o cuantía de esta. Por otra parte, el juez competente de la cuestión de fondo es siempre competente para conocer de los requisitos de admisibilidad de su actividad. En la cuestión prejudicial puede o no serlo. La consecuencia práctica más importante de esta distinción es que la petición de suspensión del proceso, hecha por la parte que aduce una prejudicial excluyente, no puede asimilarse, a ningún efecto procesal, a la declinatoria."

La STS –Sala de lo Penal– de 25 de marzo de 1994 (recurso de casación núm. 801/1994; RJA 1994\2588) señala con toda claridad al respecto: "La parte recurrente, lamentablemente, asimila o confunde la cuestión prejudicial con la de previo pronunciamiento, siendo así que la primera, esencialmente de carácter sustantivo y no procesal, supone una cuestión de derecho material íntimamente ligada a la cuestión penal, que debe ser resuelta, bien por la jurisdicción competente o por la propia punitiva, como antecedente o presupuesto del fallo penal y que aparece regulada en los artículos 3 al 7 de la Ley de enjuiciamiento criminal y en el artículo 10 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 julio, del poder judicial, al paso que los artículos de previo

ISBN: 978-84-613-7600-1

ción de la cuestión prejudicial respecto de la decisión de la cuestión principal del proceso civil, no es más que una característica de la prejudicialidad, pero no la única, de forma que así como toda cuestión prejudicial se resuelve con anterioridad a la cuestión principal, no todo aquello temporalmente previo a la decisión de la cuestión principal deviene una cuestión prejudicial.[13]

2.3.2.2. Prejudicialidad en sentido estricto

Frente a otros conceptos más amplios, debe partirse de que solo constituyen cuestiones prejudiciales aquellas cuestiones de carácter sustantivo que deben ser resueltas por un órgano jurisdiccional diferente del que conoce el proceso principal, y, más precisamente, por un órgano jurisdiccional de un orden diferente.

Por tanto, solo debe considerarse cuestión prejudicial en sentido estricto la llamada heterogénea, esto es, aquella que puede o debe atribuirse a distinto orden jurisdiccional al que pertenece la cuestión principal, según la distribución de materia que lleva a cabo el artículo 9 de la Ley orgánica del poder judicial. La jurisdicción ordinaria se presenta, inicialmente, dividida en cuatro órdenes distintos que, en principio, formarían compartimientos estancos. Sin embargo, la especialización derivada de los órdenes de la jurisdicción ordinaria no significa que la realidad también venga compartimentada en este sentido, al ser evidente que nos podemos encontrar y nos encontramos con situaciones que

pronunciamiento o cuestiones previas son de naturaleza genuinamente procesal y suponen un óbice que no afecta, ni al sí, ni al contenido de la pretensión penal y su accesoria reparatoria, sino tan sólo al 'iter' por el que se llega en el presupuesto del proceso a la cuestión penal de la sentencia. Las cuestiones prejudiciales pueden afectar al derecho material aplicado en la sentencia, al paso que las previas –o artículos de previo pronunciamiento– tan sólo pretenden obviar, en el caso del núm. 1.º del art. 666 de la Ley de enjuiciamiento criminal, una sentencia nula por falta de competencia en el órgano y con relación a las causas 2.ª, 3.ª y 4.ª de dicho precepto, evitar la esterilidad de la actividad de los sujetos procesales, ya que al llegar a la fase decisoria del proceso penal forzosamente tendría que absolverse al acusado. Constituyen, por ende, requisitos de procedibilidad."

[13] Así lo destaca certeramente N. Reynal Querol: *La prejudicialidad en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2006, p. 45.

ISBN: 978-84-613-7600-1

requieren un tratamiento jurídico complejo.[14] En tales situaciones, el órgano jurisdiccional que conoce de la cuestión principal, para impartir justicia, necesita resolver cuestiones que no son propias del orden jurisdiccional al que pertenece.

La prejudicialidad, por tanto, debe abordarse como un fenómeno jurídico que se produce por la relación y la conexión existente entre las diferentes ramas del Derecho y el ordenamiento jurídico. El fundamento o razón de ser última de las cuestiones prejudiciales no es procesal sino sustantiva, hundiendo sus raíces en una determinada modalidad del proceso normativo, según el cual el legislador, al regular determinadas instituciones o relaciones jurídicas, se vale de conceptos, e incluso de otras tantas relaciones jurídicas, forjados en otros sectores del ordenamiento. Así pues, las cuestiones prejudiciales reflejan la interrelación de elementos provenientes de diversas ramas del ordenamiento jurídico, las cuales, a su vez, están en la base de la especialización de los juzgados y tribunales que integran la organización jurisdiccional del Estado.[15]

La existencia de una pluralidad de órdenes jurisdiccionales no responde solo a la necesidad de articular un criterio organizativo y funcional del trabajo de los juzgados y tribunales.[16] Tampoco cabe considerarla como la respuesta a un mero problema de distribución del trabajo enjuiciador o un fenómeno del método enjuiciador.[17] Por el contrario, constituye una garantía esencial del propio Estado de Derecho, pues solo unos órganos jurisdiccionales especializados podrán cabalmente afrontar y enjuiciar las diversas materias que forman el ordenamiento jurídico, y, en particular, cumplir la misión constitucional de controlar la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa

[14] Cfr. N. Reynal Querol, obra citada en la nota anterior, p. 73, que añade que "esta división tan estricta de los asuntos en distintos órdenes jurisdiccionales no evita que en los hechos de la vida aparezcan mezcladas las diversas materias que en un ordenamiento jurídico son objeto de regulaciones diferenciadas y, en consecuencia, estos hechos presenten aspectos atribuibles a órganos judiciales de distinto orden jurisdiccional."

[15] M. C. SENÉS MOTILLA: *Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español*, citada por N. REYNAL QUEROL, obra citada en la nota 13, p. 74. La profesora REYNAL, por el contrario, sostiene la irrelevancia de la naturaleza jurisdiccional del tema al que se refiere la cuestión para considerarla prejudicial, en virtud de las razones que expone en las p. 76 a 79 de su obra.

[16] D. VALLESPÍN PÉREZ, obra citada en la nota 7, p. 24.

[17] A. DE LA OLIVA SANTOS: *Derecho Procesal Penal*, con otros autores, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2.ª edición, 1995, p. 249.

ISBN: 978-84-613-7600-1

(artículo 106.1 de la Constitución), como resulta de los propios orígenes y desarrollo del llamado contencioso-administrativo.[18]

2.3.2.3. Prejudicialidad homogénea

Las consideraciones anteriores no deben impedir, sin embargo, una somera referencia a la llamada prejudicialidad homogénea, que, llenando el vacío normativo anterior, regula actualmente el artículo 43 de la Ley de enjuiciamiento civil: en los casos de imposibilidad de acumulación, y a solicitud de parte, podrá decretarse la suspensión de un proceso cuando, para resolver sobre su objeto litigioso, sea necesario decidir

[18] La propia existencia o no de un orden jurisdiccional específico en relación con una concreta materia del ordenamiento jurídico incide directamente en el desarrollo práctico de la misma.

En tal sentido, se ha propugnado la creación de nuevos órdenes jurisdiccionales, en particular, el tributario, siguiendo el modelo alemán. Hace 20 años, tuve la ocasión de llamar la atención sobre ello ("Notas sobre el proceso tributario", *Gaceta Fiscal*, núm. 64 –marzo 1989–, p. 127 y ss.), sosteniendo que el reto del sometimiento de la actividad de la Administración tributaria al Derecho exige unos órganos jurisdiccionales que, pertenecientes a la única jurisdicción hoy existente, la llamada jurisdicción ordinaria, en los tiempos en que proliferaban las mal llamadas jurisdicciones especiales, mantengan una adecuada especialización tributaria.

Algunos autores, como F. Sainz de Bujanda (*Sistema de Derecho Financiero*, tomo I, volumen 2.º, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1985, p. 800), llegan a propugnar la individualización del proceso tributario, impuesta por las siguientes razones:

1.ª) La necesidad de habilitar una rama de la jurisdicción para el conocimiento de las controversias suscitadas en el área de la aplicación de los tributos, en la que entran en juego principios y técnicas claramente diferenciadas de los que presiden las actuaciones administrativas propiamente dichas.

2.ª) La conveniencia de orientar la preparación de un sector de los jueces y tribunales hacia el conocimiento profundo del Derecho Tributario, no desconectándolo del Derecho Público en general, ni, por supuesto, del Derecho Administrativo en particular, pero sí prestándole una atención que solo se alcanza a través de una especialización en el estudio y en la actuación profesional.

3.ª) Como resumen, las exigencias de orden jurisdiccional demandan claramente la configuración de un tipo de proceso acomodado a la peculiar índole de los litigios tributarios, y no enterrado en la mole ingente y proteica del contencioso-administrativo.

No ocurre así, como es sabido, en nuestro Derecho, en el que a varias materias sustantivas diferentes como la administrativa y la tributaria corresponde un tipo único de proceso, el contencioso-administrativo; se trata de un fenómeno similar al que en el área del Derecho Privado se produce con relación a dos cuerpos de normas –las civiles y las mercantiles–, a las que también corresponde un tipo único de proceso, el civil.

ISBN: 978-84-613-7600-1

acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso de la misma clase, ante el mismo o distinto tribunal.

El requisito esencial para esta prejudicialidad será, pues, la existencia de un vínculo de imprescindibilidad entre el problema prejudicial y la cuestión principal, de forma que la resolución del primero debe ser necesaria para decidir la segunda. Esta imprescindibilidad se presenta cuando el tema prejudicial condiciona el sentido de la decisión que el órgano jurisdiccional debe pronunciar sobre la cuestión principal, esto es, en todos aquellos supuestos donde el juez no puede prescindir del tema prejudicial en el momento de fallar, porque de él depende que el fallo que ha de dictar tenga un contenido u otro.[19]

Parecía lógico pensar que el mismo criterio debía aplicarse en el proceso contencioso-administrativo, dada la supletoriedad de la Ley de enjuiciamiento civil y su carácter de ley procesal común.

El supuesto paradigmático sería el derivado de la coexistencia de las llamadas impugnaciones directas e indirectas de disposiciones generales, ex artículo 26 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Si existe un proceso pendiente en el que se impugna directamente una ordenanza fiscal local, cabrá suspender los procesos en que se impugnen las liquidaciones giradas en aplicación de la misma, basándose la impugnación en la no conformidad a derecho de la misma ordenanza.

Sin embargo, la STS de 28 de junio de 2005 (RJA 2005\5561), estimó un recurso de casación en interés de la ley interpuesto por el Organismo de Gestión Tributaria de la Diputación de Barcelona, y declaró como doctrina legal que "La suspensión del procedimiento por prejudicialidad prevista en el art. 43 LECr no es supletoriamente aplicable a la jurisdicción contencioso-administrativa en aquellos supuestos en los que la cuestión previa a dilucidar consiste en la determinación sobre la legalidad o validez de una disposición de carácter general de rango reglamentario."

Tal doctrina legal es beneficiosa para la Administración cuando la ordenanza haya sido declarada conforme a derecho por la sentencia de instancia del Tribunal Superior de Justicia recurrida en casación, pues los re-

[19] Cfr. N. REYNAL QUEROL, obra citada en la nota 13, p. 283. La misma autora expone a continuación varios ejemplos de aplicación del supuesto legal.

ISBN: 978-84-613-7600-1

cursos contra las liquidaciones habrán de ser confirmados, dejando de surtir efectos la suspensión de la ejecutividad acordada; pero resultará perjudicial para la misma Administración en el supuesto inverso, esto es, cuando la sentencia de instancia recurrida en casación hubiera anulado la ordenanza, lo que conllevará la consiguiente anulación, por los juzgados, de las liquidaciones impugnadas y la confirmación en apelación, con carácter definitivo, de tal anulación. Si después, en ambos casos, prosperara la casación, la situación es harto delicada: en el primer caso, cabrá entender aplicable la revocación prevista en el artículo 219 de la Ley general tributaria, con la correspondiente devolución de ingresos; en el segundo supuesto, no podrá acudirse a la revocación –posible solo en beneficio de los interesados–.

2.3.2.4. Prejudicialidad en los procesos no penales

La norma general en materia de cuestiones prejudiciales debiera ser, de resultar indiscutida su inteligencia, la prevista en el artículo 10 de la Ley orgánica del poder judicial (LOPJ), que recogería, en mi opinión, los criterios tradicionales en nuestro ordenamiento procesal: la regla o criterio general es la no devolutividad, que se formula a continuación de la atribución material de competencias del artículo 9. De no existir el artículo 10, regiría el principio de separación absoluta, y cada una de las materias del artículo 9 habría de deferirse siempre, necesariamente, al orden jurisdiccional que tiene atribuido su conocimiento. Pero el artículo 10 no significa que se haya abandonado el sistema mixto o ecléctico que siempre ha regido en nuestro Derecho, de forma que haya quedado excluida en todo caso la devolutividad absoluta.[20]

[20] Como señala V. Gimeno Sendra (*Comentarios a la nueva ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998*, Fundación Ramón Areces, 2004, comentario al artículo 4), "El legislador orgánico no se ha decantado de manera absoluta por ninguno de los dos grandes sistemas u orientaciones que a primera vista pudieran ser ensayados sobre el tema: el conferir la decisión de estas cuestiones, bien al órgano que está conociendo del proceso principal a lo largo de cuya tramitación surge la prejudicialidad y a estos solos efectos, o bien al juzgado o tribunal que legalmente ostentaría la competencia para enjuiciar aquellas si se hubieran suscitado autónomamente y no al hilo del desenvolvimiento de otro proceso, sino que ha optado por un camino intermedio, cual es el de conjugar una y otra orientación en función de la materia –penal o no penal– sobre la que verse la cuestión prejudicial."

ISBN: 978-84-613-7600-1

En efecto, el criterio de la no devolutividad no es aplicable a todas las cuestiones prejudiciales heterogéneas que puedan aparecer en un proceso:

2.3.2.4.1. Proceso civil

La materia ha sido analizada de forma exhaustiva por la magnífica monografía de la profesora de la Universidad Autónoma de Barcelona, Nuria Reynal:[21] Esta regla general de la no devolutividad conoce dos excepciones, donde rige el criterio opuesto, el devolutivo, de manera que en ellas el enjuiciamiento de la cuestión prejudicial se reserva al órgano correspondiente para hacerlo, con la consiguiente suspensión del proceso civil, y la vinculación del órgano que tramita este proceso a la resolución dada al problema prejudicial:[22]

- En primer lugar, quedan exceptuadas de la no devolutividad que el primer apartado del artículo 10 de la LOPJ prevé para la prejudicialidad heterogénea, las cuestiones prejudiciales penales (apartado 2 del mismo precepto). El artículo 40 de la Ley de enjuiciamiento civil condensa la regulación de la prejudicialidad penal en un proceso civil, recogiendo la tradicional máxima "*Le criminelle tient le civil en état*",[23] pero adoptando una línea

[21] N. REYNAL QUEROL, obra citada en la nota 13, de más de 600 páginas. Se trata de la adaptación de la tesis doctoral dirigida por Manuel CACHÓN CADENAS y con las mismas características esenciales de la propia tesis sobre el embargo de este: agotamiento de la investigación, indagación de soluciones para innumerables supuestos prácticos cotidianos y máximo rigor científico.

[22] N. REYNAL QUEROL, obra citada en la nota 13, p. 101 a 105. Más sintéticamente, analiza la materia D. VALLESPÍN PÉREZ, obra citada en la nota 7, p. 59-82. Una visión esquemática, en I. DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ: *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, con A. DE LA OLIVA SANTOS y otros, Civitas, 2001, p. 150-161.

[23] Como explica N. REYNAL QUEROL (obra citada en la nota 13, p. 138-144), el aforismo francés *le criminel tient le civil en état* recoge la vis atractiva y la prioridad que la jurisdicción penal ejerce sobre la civil, y, por lo tanto, la subordinación de esta última a la primera. Es un principio admitido en la generalidad de los sistemas jurídicos, esgrimiéndose distintos argumentos para justificarlo, tales como el valor prejudicial de la sentencia penal sobre la acción civil o la unidad originaria de la persecución procesal del delito. Sin embargo, la cosa juzgada penal no vincula al juez civil, pues la función prejudicial de la cosa juzgada consiste en la vinculación a la declaración que contiene la sentencia firme anterior, es decir, a la afirmación o negación de la responsabilidad criminal de una persona por un hecho determinado, mientras que el efecto jurídico-privado del hecho no depende de esta declaración, no depende del delito; por otra

ISBN: 978-84-613-7600-1

restrictiva para hacer frente a los abusos en las suspensiones de procesos civiles por causa penal.[24]

- En segundo lugar, como excepción también a la no devolutividad recogida, el apartado 3 del artículo 42 de la Ley de enjuiciamiento civil, en referencia a las cuestiones prejudiciales administrativas y laborales, establece la posibilidad de que los tribunales civiles, antes de dictar sentencia, suspendan el curso de las actuaciones hasta que la cuestión prejudicial sea resuelta por la Administración Pública competente, por el Tribunal de Cuentas o por los tribunales del orden jurisdiccional correspondiente.

Han de tenerse en cuenta también las normas de la Ley de enjuiciamiento civil sobre la prejudicialidad penal en el proceso de ejecución (artículos 569 y 697), en la revisión de sentencias firmes (artículo

---

parte, la acción civil *ex delicto* no es la única que resulta suspendida por la existencia de un proceso penal, sino que la suspensión también afecta al ejercicio de otras acciones civiles que no son acumulables a la causa criminal.

También se ha sostenido que la razón primordial del principio se encuentra en la libre apreciación de los juzgados y tribunales penales, o en las mayores garantías que ofrece el proceso penal para el descubrimiento de la verdad objetiva, la mayor categoría de los intereses que se ventilan en él, y el fomento de la economía procesal que la preferencia del proceso penal y la consiguiente suspensión del proceso civil comportan.

No obstante, la preferencia del proceso penal respecto del civil se ha puesto en duda por algunos sectores doctrinales, pues la existencia de unos buenos códigos procesales civil, administrativo y laboral declina el discurso en virtud del cual la jurisdicción penal es más rápida y favorable, para determinar la verdad objetiva, que otros órdenes jurisdiccionales.

Para Reynal Querol, la preferencia respondería al hecho de que tradicionalmente se ha venido manteniendo la prevalencia de la causa criminal, convirtiéndose en un ritual la primacía que la jurisdicción penal ejerce sobre la civil, si bien cabe añadir el mayor rigor que se exige en un proceso penal para declarar probado un hecho (en virtud de las reglas sobre la carga de la prueba), y, consiguientemente, la mayor fiabilidad del enjuiciamiento penal que de esta circunstancia se desprende.

[24] N. Reynal Querol, obra citada en la nota 13, p. 102, destaca que, en este sentido, se ha puesto de manifiesto cómo solo la existencia en un proceso civil de un presupuesto que rozase el ámbito del Derecho Penal ya era motivo suficiente para invocar la suspensión del proceso, cuando quizá, de hecho, se trataba de la maniobra de una de las partes del proceso civil con la intención de dilatar excesivamente la causa en base a una acción penal no siempre justificada. La misma autora transcribe los análisis, entre otros, de Carreras Llansana, para quien "La propia gratuidad del proceso penal y la amenaza de la sanción penal son motivos del abuso de litigantes temerarios, que intentan quitar a aquel proceso la denuncia de una infracción que es puramente civil, y buen ejemplo de ello son los casos en que con tanta frecuencia se enmascaran de estafas y de apropiaciones indebidas los incumplimientos de ciertas obligaciones puramente civiles." Según Carreras, esta práctica "ha reducido el proceso por ciertos delitos a una versión paralizada del proceso civil."

ISBN: 978-84-613-7600-1

514.4), y en los procesos de división judicial de herencias y otras masas patrimoniales (artículo 787.6).

2.3.2.4.2. Proceso concursal

En el proceso concursal, la Ley que lo regula ha optado por un sistema de prejudicialidad no devolutiva inderogable (artículo 9 de la Ley 22/2003, de 9 de julio: "La jurisdicción del juez se extiende a todas las cuestiones prejudiciales administrativas o sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal"). Además, se consagra en el artículo 189 de la misma Ley el principio de desvinculación de jurisdicciones,[25] con expreso apartamiento del aforismo "*Le criminelle tient le civil en état*".[26]

2.3.2.4.3. Proceso contencioso-administrativo

En el proceso contencioso-administrativo, el artículo 4 de su Ley reguladora sigue criterios análogos, si bien se menciona expresamente la prejudicialidad constitucional y comunitaria.[27]

En materia de tercerías de dominio, la jurisprudencia ha tenido que acotar la amplitud del conocimiento prejudicial de cuestiones civiles por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: cuando el objeto de la cuestión prejudicial se erige en, a su vez, objeto principal del proceso, e incluso es buscado de propósito, por el propio interesado, un procedimiento administrativo que solo puede desembocar

[25] Artículo 189 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal: "1. La incoación de procedimientos criminales relacionados con el concurso no provocará la suspensión de la tramitación de este. 2. Admitida a trámite querella o denuncia criminal sobre hechos que tengan relación o influencia en el concurso, será de competencia del juez de este adoptar las medidas de retención de pagos a los acreedores inculpados u otras análogas que permitan continuar la tramitación del procedimiento concursal, siempre que no hagan imposible la ejecución de los pronunciamientos patrimoniales de la eventual condena penal."

[26] D. VALLESPÍN PÉREZ, obra citada en la nota 7, p. 83-98.

[27] Cfr. V. GIMENO SENDRA, obra citada en la nota 20.

ISBN: 978-84-613-7600-1

en el ejercicio o planteamiento de una acción civil ante un órgano jurisdiccional también civil, resulta clara la imposibilidad de reconocer competencia "*incidenter tantum*" al tribunal contencioso-administrativo para resolverla.[28]

2.3.2.4.4. Proceso laboral

En el proceso laboral, habrá de estarse a lo previsto en los artículos 4 y 86 de la Ley de procedimiento laboral. Las cuestiones prejudiciales no penales se configuran, sin excepción, como no devolutivas y no suspensivas, criterio que preside también respecto de las cuestiones penales, con la sola excepción de la falsedad documental. Pero si,

[28] La STS de 25 septiembre de 1999 (RJ 1999\7802) señala que la interposición de una tercería de dominio ante el órgano correspondiente de la Administración tributaria erige en asunto principal la cuestión de la propiedad de los bienes embargados para, en caso de prosperar, poder sustraerlos del procedimiento administrativo de apremio y eximirlos, por tanto y en cuanto aquí interesa, de su afección a responsabilidades tributarias. Por tanto, la cuestión relativa a la propiedad de los bienes administrativamente embargados, de no ser reconocida por la Administración interesada, no puede ser considerada cuestión incidental o accesoria de la decisión principal, que sería la relativa a la posibilidad de su afección a responsabilidades tributarias y a la procedencia del embargo trabado sobre los mismos. El artículo 4 de la Ley jurisdiccional reconoce la extensión jurisdiccional allí prevista, al igual que para todos los órdenes jurisdiccionales por el artículo 10 de la LOPJ, pero, igualmente, ambas leyes –artículos 5 y 9.6, respectivamente– reconocen que la jurisdicción es improrrogable y que, incluso, los órganos de cada orden jurisdiccional podrán apreciar de oficio la falta de jurisdicción, pues la improrrogabilidad de la jurisdicción, una vez delimitados competencialmente los ordenes jurisdiccionales por el artículo 9 de la LOPJ con arreglo a los principios de especialización y división del trabajo, responde a la necesidad de que sea cada específico orden jurisdiccional, y no otro, el que conozca de las pretensiones que le han sido asignadas legalmente.

Como concluye la sentencia, es en este sentido como se entiende que la jurisdicción sea presupuesto del proceso, en general, y de cada uno de los procesos, en cuanto diferenciados por la naturaleza de la pretensión que ante ellos se actúa o de la rama del ordenamiento en que la pretensión se funda, en particular. Solo por razones de economía procesal, de forma excepcional y en cuanto la cuestión prejudicial se revele "instrumental" respecto del fondo del litigio, cabrá admitir excepciones al principio de improrrogabilidad –y, desde luego, dejando incólume la competencia del orden jurisdiccional llamado por la ley a resolver definitivamente la cuestión–. Pero cuando esa instrumentalidad no existe, porque el objeto de la cuestión prejudicial se erige en, a su vez, objeto principal del proceso e incluso es buscado de propósito, por el propio interesado, un procedimiento administrativo que solo puede desembocar en el ejercicio o planteamiento de una acción civil ante un órgano jurisdiccional también civil, resulta clara la imposibilidad de reconocer competencia "*incidenter tantum*" al tribunal contencioso-administrativo para resolverla.

ISBN: 978-84-613-7600-1

posteriormente, recayere resolución penal declarando la inexistencia de los hechos tenidos en cuenta por el orden social, o que el sujeto afectado no participó en ellos, queda abierta la posibilidad de revisión de la sentencia social firme, como se explica en el artículo 86.3 de la misma Ley.[29]

Esta regulación no deja de suscitar problemas, bien llamativos en el supuesto típico de proceso por despido: si se llega a obtener sentencia en contra del trabajador en virtud de unos hechos que, perseguidos también en vía penal, se declaran inexistentes o sin participación alguna en ellos del expresado trabajador, este podrá interponer, posteriormente, la vía extraordinaria y excepcional del recurso de revisión, y conseguir, por tanto, la posible rescisión de aquella sentencia laboral. Pero la Ley no prevé el supuesto inverso de obtención en vía laboral de una sentencia favorable al trabajador y que, tras la misma, en un proceso penal seguido, paralela o sucesivamente, se declare la existencia, tipicidad y punibilidad de los hechos imputados en la carta de despido, y la culpabilidad en ellos del trabajador despedido, con ulterior declaración de improcedencia o nulidad del despido en el ámbito del proceso laboral.[30]

2.3.2.4.5. Procesos seguidos ante otras jurisdicciones

En los procesos seguidos ante otras jurisdicciones, habrá de estarse a sus respectivas normativas, en particular las relativas al Tribunal de Cuentas, la jurisdicción militar o la jurisdicción de menores.

El Tribunal de Cuentas es expresamente mencionado en el artículo 42.3 de la Ley de enjuiciamiento civil, pero solo serán cuestiones prejudiciales las referidas a la función jurisdiccional contable, y no las relativas a la función de fiscalización. La función jurisdiccional radica en el enjuiciamiento contable en el que incurra quien tenga a su cargo el uso de caudales públicos, introduciéndose unos procedimientos, y

[29] Cfr. D. VALLESPÍN PÉREZ, obra citada en nota 7, p. 47-51.

[30] B. VARELA AUTRÁN: "Cuestiones prejudiciales penales en el proceso laboral", *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-196, tomo 3.

ISBN: 978-84-613-7600-1

delimitándose la jurisdicción contable, con elementos que en el ámbito administrativo, al ser resueltos, tienen autoridad de cosa juzgada, y, por lo tanto, estos sí, al ser introducidos en otro proceso, pueden recibir la consideración de cuestión prejudicial.[31]

2.3.2.5. Prejudicialidad constitucional y comunitaria

Como ha quedado reseñado, el artículo 4 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa hace expresa mención a las cuestiones prejudiciales de carácter constitucional y a lo dispuesto en los tratados internacionales. Obviamente, tales cuestiones podrán surgir igualmente en los demás procesos distintos del contencioso-administrativo:

2.3.2.5.1. Prejudicialidad constitucional

La prejudicialidad constitucional surge porque en virtud del llamado sistema concentrado, el control de constitucionalidad de las normas con rango de ley está atribuido en nuestro ordenamiento, en exclusiva, al Tribunal Constitucional. Por tanto, rige en la resolución de estas cuestiones prejudiciales constitucionales el sistema devolutivo absoluto (artículos 163 de la Constitución, 5 de la LOPJ, y 35 y siguientes de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional).[32] La de-

[31] N. Reynal Querol, obra citada en la nota 13, p. 322-324. Esta autora remite al respecto a Gómez Sánchez (*El Tribunal de Cuentas. El control económico-financiero externo en el ordenamiento constitucional español*, Barcelona, 2001) y a Vacas García-Alós (*El Tribunal de Cuentas. Enjuiciamiento contable y jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1998).

[32] Como pone de relieve N. Reynal Querol, obra citada en la nota 13, p. 104, "Cuando el juez que conoce un asunto concreto considera que la norma aplicable al caso, de la validez de la cual depende el fallo, puede ser contraria a la Constitución, puede plantear la cuestión al Tribunal Constitucional durante el plazo para dictar sentencia. Objeto de la cuestión previa de inconstitucionalidad promovida por jueces y tribunales es 'una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo', la constitucionalidad de la cual sea discutida y que por vía interpretativa no sea posible su acomodación al ordenamiento constitucional. Tal exigencia pone de manifiesto la concurrencia de un vínculo prejudicial y, consiguientemente, la consideración de la cuestión de inconstitucionalidad como una cuestión prejudicial."

ISBN: 978-84-613-7600-1

volutividad absoluta viene impuesta porque los procedimientos de inconstitucionalidad relativos a normas postconstitucionales son los únicos instrumentos para la declaración de la inconstitucionalidad normativa con efectos generales.[33]

El problema práctico, no resuelto satisfactoriamente, surge cuando existe, pendiente de resolver, un recurso o una cuestión de inconstitucionalidad relativos al mismo precepto legal cuestionado en otro proceso. Esa pendencia no puede estimarse obstativa del fallo de ese proceso si el órgano jurisdiccional no comparte la duda de inconstitucionalidad, y el recurso o la cuestión no constan admitidos a trámite por el Tribunal Constitucional; sin embargo, si consta la admisión a trámite, la prudencia aconseja suspender el fallo hasta la sentencia de dicho Tribunal, y la más elemental economía procesal (y hasta de respeto al medio ambiente, por el ingente volumen de papel que supondría lo contrario) obliga a entender que no será posible el planteamiento indefinido de cuestiones de inconstitucionalidad sobre el mismo precepto en tantos procesos como aquellos en que se suscite.

Si el funcionamiento del Tribunal Constitucional no fuera el que es,[34] las disfunciones resultantes del anterior criterio serían tolerables,

[33] La devolutividad absoluta es consecuencia del modelo adoptado por la Constitución: en nuestro ordenamiento no es posible que cualquier órgano jurisdiccional ejerza de manera directa el control de la constitucionalidad de las leyes postconstitucionales. Respecto de las preconstitucionales, se consagra un sistema mixto: desde la STC 4/1981, de 2 de febrero de 1981, se ha declarado por el Tribunal Constitucional que "Así como frente a las leyes postconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales los jueces y tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad."

Este monopolio del Tribunal Constitucional es característico del sistema "concentrado o austríaco", frente al sistema "difuso o americano", en el que el control de constitucionalidad pertenece a todos los órganos judiciales.

Por ello, la sentencia desestimatoria de la inconstitucionalidad vincula al órgano judicial proponente, porque le deja libre la vía para aplicar la norma al caso concreto, mientras que la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad vincula porque esta declaración lleva aparejada la nulidad de los preceptos impugnados y la de aquellos otros que estén relacionados con ellos.

[34] Cfr. P. CRUZ VILLALÓN: "El estado del Tribunal Constitucional", *Revista Claves*, núm. 191, abril 2009, p. 4-12,

ISBN: 978-84-613-7600-1

pero, hoy por hoy, han de habilitarse aparatosas estanterías para recoger los procesos cuya tramitación está suspendida en espera de que aquel se pronuncie sobre recursos o cuestiones de inconstitucionalidad admitidos a trámite hace lustros, si es que no décadas.[35]

2.3.2.5.2. Prejudicialidad comunitaria

La prejudicialidad comunitaria resulta de lo previsto en el artículo 177 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, Comunidad Europea después de Maastricht, artículo 234 de la versión consolidada aprobada por el Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997.

El juez nacional que tramita un proceso, en cualquier momento anterior a la sentencia firme, puede cuestionar ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea la validez o la interpretación de una norma comunitaria aplicable. Se trata de una cuestión prejudicial devolutiva que, como tal, provoca la suspensión del proceso principal, hasta que el Tribunal mencionado no se pronuncie sobre la validez o la interpretación de la norma comunitaria cuestionada.

La sentencia resolutoria de la cuestión prejudicial tiene valor de cosa juzgada, y, una vez emitida, debe levantarse la suspensión del pro-

[35] A manera de ejemplo, están suspendidos recursos contencioso-administrativos pendientes de la resolución de cuestiones de inconstitucionalidad suscitadas en 2004 contra el Real decreto ley 5/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de contención del gasto farmacéutico público y de racionalización del uso de los medicamentos. También los relativos a recursos y cuestiones de inconstitucionalidad respecto de la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, modificada por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, relativa a la "Nueva liquidación de tarifas portuarias anuladas", problema oscuro donde los haya (cfr. SSTC 102/2005, de 20 de abril de 2005, y 121/2005, de 10 de mayo de 2005).

Pero donde la acumulación de recursos suspendidos es verdaderamente espectacular es en materia del Impuesto de la Generalidad de Cataluña sobre Grandes Establecimientos Comerciales: El Boletín Oficial del Estado de 8 de mayo de 2001 publicó la admisión a trámite del recurso de inconstitucionalidad número 1.772/2001, promovido por el presidente del Gobierno en relación con la Ley 16/2000, del Parlamento catalán, de 29 de diciembre, del Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales. Los sujetos pasivos han impugnado todas las actuaciones y liquidaciones relativas al Impuesto, con suspensión del ingreso garantizado con aval, y la tramitación de los procesos está suspendida hasta el pronunciamiento del supremo intérprete de la Constitución.

ISBN: 978-84-613-7600-1

ceso principal, y vincula tanto al juez que promovió la cuestión como a aquellos otros que puedan tramitar el proceso en instancias o recursos posteriores.

No habrá de plantearse la cuestión prejudicial cuando ya exista jurisprudencia en la materia (y las eventuales diferencias de contexto no planteen dudas reales sobre la posibilidad de aplicar la jurisprudencia existente), o cuando la manera correcta de interpretar la norma comunitaria sea de todo punto evidente. La sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 1982, caso CILFIT, afirma, al respecto, que el planteamiento de la cuestión debe excluirse cuando "la correcta aplicación del Derecho Comunitario [pueda] imponerse con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada."

Las SSTC 58/2004, de 19 de abril de 2004, y 194/2006, de 24 de junio de 2006, declaran lesionado el artículo 24 de la Constitución por sentencias que inaplicaron el Derecho Interno por su supuesta incompatibilidad con el Derecho Comunitario, sin haber planteado previamente la cuestión prejudicial comunitaria, en un supuesto en que tal decisión se separaba de toda la doctrina judicial interna recaída sobre la materia, formada precisamente sobre la base del criterio sustentado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en diversas sentencias.[36]

[36] La STC 58/2004 señala (FJ 9) que: "ante una duda en la aplicación del Derecho Comunitario, el juez o tribunal interno está facultado para consultar al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, salvo que se trate de un órgano judicial cuya resolución no sea susceptible de recurso ordinario en la vía interna, en cuyo caso, la facultad se torna, en principio, en obligación, en orden a preterir un derecho en beneficio del otro. Ahora bien, esta obligación de plantear la cuestión prejudicial desaparece, aun tratándose de decisiones de órganos jurisdiccionales nacionales que no son susceptibles de un recurso judicial conforme al Derecho interno, tanto cuando la cuestión planteada fuese materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en caso análogo (SSTJCE de 27 de marzo de 1963, asuntos Da Costa y acumulados, 28 a 30/62; y de 19 de noviembre de 1991, asunto Francovich y Bonifaci, C-6 y 9/90), como cuando la correcta aplicación del Derecho Comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión planteada (STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto Cilfit, 283/81)."

La STC 194/2006, por su parte, concluye que "La constatación de que el legislador ha establecido una regulación homogénea de la misma exención en ambos tributos (IVA e Impuesto General Indirecto Canario) no autoriza al órgano judicial para dejar de aplicar un precepto legal vigente sin acudir a los instrumentos que el ordenamiento jurídico arbitra para el control de su acomodación a la Constitución o al Derecho Comunitario."

ISBN: 978-84-613-7600-1

2.3.2.5.3. Prejudicialidades normativas

Tanto la constitucional como la comunitaria son prejudicialidades normativas, esto es, producidas respecto de elementos normativos o jurídicos, y no respecto de elementos fácticos (lo que daría lugar a una prejudicialidad de hecho).[37]

Por eso se ha distinguido, según el objeto de la controversia prejudicial, entre cuestiones prejudiciales de hecho y cuestiones prejudiciales de derecho: En las primeras, el conflicto prejudicial se plantea respecto de un hecho o conjunto de hechos, ya que consiste en la definición judicial de un elemento fáctico de la pretensión. En las segundas, el conflicto prejudicial versa sobre una norma jurídica, concretamente sobre su nulidad, bien por inconstitucionalidad (en el caso de las leyes), bien por ilegalidad (en el caso de los reglamentos).[38]

La distinción apuntada, sin embargo, suscita no pocos problemas. En efecto, como explica Reynal Querol,[39] no cabe identificar el planteamiento de una cuestión prejudicial en un proceso con la cuestión de la existencia de hechos que las partes pueden introducir en el litigio, dada la imposibilidad de esta última para ser objeto por sí misma de un proceso autónomo. El problema de la existencia de un hecho por sí mismo no puede plantearse como cuestión principal de un litigio, no constituye ningún tema *decidendi* idóneo, con suficiente autonomía, para iniciar un proceso separado, y, en consecuencia, no puede tener

[37] D. Vallespín Pérez, obra citada en nota 7, p. 52.

[38] J. Garberí Llobregat, citado por N. Reynal Querol, obra citada en la nota 13, p. 71.

[39] N. Reynal Querol, obra citada en la nota 13, p. 71-72. En el mismo lugar se recoge el criterio que sigue Satta, que distingue las cuestiones prejudiciales en sentido lógico y en sentido técnico. Las cuestiones prejudiciales en sentido lógico son aquellas que versan sobre un hecho constitutivo del que deriva la petición del actor (por ejemplo, cuando en un proceso donde se reclama el pago de un alquiler se cuestiona la existencia del arrendamiento). Las cuestiones prejudiciales en sentido técnico, a diferencia de las anteriores, tienen por objeto una situación jurídica distinta de la que da lugar a las peticiones demandantes: la cuestión prejudicial no afecta al hecho constitutivo del derecho que se hace valer en la demanda, sino a un hecho diverso e independiente, pero que se presenta como presupuesto lógico y jurídico de aquel (por ejemplo, si en un juicio de reclamación de una deuda de la herencia se pone en duda la calidad de heredero, supuesto en que el objetivo de la cuestión prejudicial –determinar la condición de heredero– radica en excluir la consecuencia jurídica invocada por el actor –la reclamación de la deuda–).

ISBN: 978-84-613-7600-1

la consideración de cuestión prejudicial. Sin embargo, aunque no se dé la identidad entre hechos y cuestiones prejudiciales, ambas figuras puede decirse que se sirven la una de la otra, al resultar evidente que la no equivalencia entre los unos y las otras no quiere decir que los hechos no puedan integrar el objeto de una cuestión prejudicial. Ello es así porque es lógico que el problema que esta última plantea se encuentre delimitado y fundamentado por una base fáctica, pero estos hechos no son propiamente la cuestión prejudicial entendida como *thema decidendi* que puede desencadenar un proceso independiente, sino que, simplemente, configuran el objeto con referencia al cual se suscita el tema prejudicial.

Esta problemática, en todo caso, puede ser útil en la materia central de la presente ponencia, como se analiza *infra*.

2.3.3. Las cuestiones prejudiciales en el proceso penal

2.3.3.1. Legislación vigente. Controversia doctrinal

La dificultad general de toda la materia relativa a la prejudicialidad se acrecienta cuando se trata del proceso penal. La vacilación y oscuridad de la práctica judicial, mantenidas no obstante en las normas contenidas en los artículos 3 a 7 de la Ley de enjuiciamiento criminal,[40] preceptos que en muchos casos tienen una significación simbólica o adolecen de obsolescencia en su formulación,[41] alcanza incluso a la determinación de su propia vigencia.

2.3.3.1.1. Derogación tácita

Para sostener la derogación tácita, expone de la Oliva Santos que, salvo que se entienda que el artículo 10.1 de la LOPJ utiliza el término "podrá" queriendo decir en realidad "deberá", nos encontraríamos ante una

[40] D. Vallespín Pérez, obra citada en la nota 7, p. 38.

[41] F. Ramos Méndez: *El proceso penal. Sexta lectura constitucional*, Bosch, 2000, p. 275.

ISBN: 978-84-613-7600-1

especie de facultativa prejudicialidad no devolutiva, imposible de armonizar con el régimen de la Ley de enjuiciamiento criminal, de tal forma que, siendo muy dudoso que esta fuera la voluntad del legislador, cabría sostener que sus artículos 3 a 7 han resultado derogados, tácitamente, por el artículo 10 de la LOPJ.[42]

Rodríguez Fernández[43] considera que la LOPJ puso fin al sistema decimonónico contenido en la Ley de enjuiciamiento criminal, para sustituirlo por otro más acorde a las circunstancias actuales de la justicia y el Derecho, dada la masificación de aquella y la inevitable comunicación entre las diversas ramas de este. Para este autor, el artículo 10 de la LOPJ estableció, primero, una regla general de prejudicialidad devolutiva relativa, como se desprende del "podrá" que utiliza el apartado 1; y, segundo, una única excepción: el obligatorio planteamiento de la cuestión prejudicial penal en los términos del apartado 2.[44]

---

[42] A. de la Oliva Santos y otros: *Derecho Procesal Penal*, obra citada en la nota 17, p. 251.

El mismo autor añade que "la derogación (tácita pero clara) de los artículos 3 a 9 LECr no es todavía *communis opinio* o dato de general conocimiento y aceptación." No obstante, de la Oliva tacha, en el mismo lugar, al artículo 10 de la LOPJ, de "problemático precepto". Y en la p. 252, hace referencia a que el último inciso del precepto "no es nada claro", y a que la respuesta a cuál pueda ser el contenido de las excepciones allí mencionadas "no es fácil", añadiendo que "lo menos absurdo" es entender que se apunta a la posibilidad de casos de cuestiones prejudiciales en los que no habría que suspender.

Según concluye de la Oliva Santos: "no siempre es posible ofrecer respuesta mínimamente segura a los interrogantes que un texto legal suscita. Más aún, con frecuencia preocupantemente creciente, los textos legales engendran preguntas sobre su significado que únicamente podrían responder –en la línea, claro es, de la *voluntas legislatoris*, más que de la *voluntas legis*– los redactores materiales de esos textos, que quizá no intervinieron en el proceso legislativo, por lo que las actas de sesiones de las Cámaras legislativas no arrojan luz alguna. El régimen de la prejudicialidad después del artículo 10 LOPJ es una de esas 'novedades legislativas' que, con escasa experiencia de aplicación, permite casi cualquier conjetura sobre su porvenir."

[43] I. Rodríguez Fernández, obra citada en la nota 10, p. 111-115.

[44] Se añade por I. Rodríguez Fernández que el artículo 10.2 de la LOPJ, en armonía con el artículo 114 de la Ley de enjuiciamiento criminal, permite que, por ley, se establezcan excepciones a esta excepción. Estas contraexcepciones, verdaderamente, no parecen admisibles para este autor, sosteniendo que, de hecho, no hay previsión legislativa en este sentido, si lo que pretenden es permitir que un tribunal no penal pueda resolver a efectos prejudiciales sobre la concurrencia de una infracción criminal. Más bien parecen significar que el régimen procesal de desarrollo puede dilatar la devolución de la cuestión al fin del proceso, cuando ya solo esté pendiente de la sentencia sobre el fondo. Así, de hecho, se establece en la vigente Ley de enjuiciamiento civil, pues su artículo 40.3 declara que "la suspensión a que se refiere el apartado anterior se acordará, mediante auto, una vez que el proceso esté pendiente solo de sentencia."

ISBN: 978-84-613-7600-1

Según esta inteligencia del precepto de la LOPJ, solo abre las siguientes posibilidades interpretativas: 1) La derogación total o absoluta de los artículos 3 a 7 de la Ley de enjuiciamiento criminal; 2) que dichos preceptos pudieran seguir aplicándose en su tenor literal por ser totalmente compatibles con el artículo 10 de la LOPJ; 3) que los mismos artículos 3 a 7 fueran solo parcialmente compatibles con el artículo 10 de la LOPJ y que hubieran por ello de ser reinterpretados; y 4) la plena vigencia, por tratar de manera especial una materia más concreta, de los artículos 3 a 7 de la Ley de enjuiciamiento criminal, que regularían las cuestiones prejudiciales penales, frente al artículo 10 de la LOPJ, que las regularía en general.

Rodríguez Fernández descarta la última de tales tesis, pues la regulación especial previa solo puede sobrevivir a la general posterior en cuanto entre dentro de los límites de esta, y lo que exceda queda derogado, conclusión que vendría reforzada por la naturaleza de la disposición derogante, que es orgánica en dos sentidos (como norma que cumple con un propósito sistematizador y unificador que conllevaría la presunción de que hace tabla rasa de todo el Derecho anterior, y en el sentido constitucional previsto en el artículo 81 de la Constitución, debiendo regular materias determinadas que quedan fuera del alcance del legislador ordinario), quedando por otra parte clara la identidad, siquiera parcial, de materia entre las dos regulaciones que ahora examinamos, y la incompatibilidad entre ciertos aspectos de ambas, justo donde los círculos secantes dejan ese espacio común.

Para el mismo autor, no puede sostenerse la compatibilidad entre uno y otro precepto, pues el artículo 10 de la LOPJ solo permite la devolutividad absoluta en materia penal (apartado 2), por lo que cualquier otra cuestión prejudicial ha de ser devolutiva relativa, como impone el artículo 10.1, y, por ello, habrían quedado derogadas las reglas de devolutividad absoluta prevista en el artículo 5 de la Ley de enjuiciamiento criminal (validez del matrimonio y supresión del estado civil) y en el artículo 4 de la Ley de enjuiciamiento criminal (cuestión determinante de la culpabilidad o la inocencia). En consecuencia, al existir una incompatibilidad solamente parcial entre las dos regulaciones, parece que puede descartarse la tesis de la derogación total (probablemente esa compatibilidad parcial salvó a los preceptos citados

ISBN: 978-84-613-7600-1

de la derogación expresa), y debe abogarse por una reinterpretación de los artículos 3 a 7 de la Ley de enjuiciamiento criminal, conforme al artículo 10 de la LOPJ, de modo que todas las cuestiones prejudiciales que se contemplan en el texto procesal penal pasen a considerarse devolutivas relativas.[45]

2.3.3.1.2. Vigencia y aplicabilidad de los artículos 3 a 7 de la Ley de enjuiciamiento criminal

La opinión doctrinal mayoritaria, sin embargo, considera vigentes y aplicables los artículos 3 a 7 de la Ley de enjuiciamiento criminal, dada la referencia a "las excepciones que la ley establezca" que se contiene al final del artículo 10.2 de la LOPJ, que alude, precisamente, a la posibilidad de que la ley procesal penal establezca un régimen propio sobre las cuestiones prejudiciales.[46]

En todo caso, como ya quedó apuntado, el artículo 10 de la LOPJ recoge, en su apartado 1, la posibilidad de que, a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional conozca de asuntos que le estén atribuidos privativamente, regla o criterio de no devolutividad que se

[45] Según concluye I. Rodríguez Fernández (obra citada en la nota 10, p. 115), "La posibilidad de una regulación procesal específica que respete los límites del artículo 10 LOPJ se confirma si se atiende la configuración de la prejudicialidad que realizan los artículos 40 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento civil, que precisan el tratamiento de las cuestiones prejudiciales civiles sin alterar lo más mínimo el régimen general de la Ley orgánica del poder judicial. Este último dato lleva a concluir que el legislador postconstitucional ha realizado una inteligente interpretación del sistema de reservas legales en materia de prejudicialidad. La determinación de qué cuestiones son o no devolutivas y si la devolutividad ha de ser relativa o absoluta solo debe corresponder a la Ley orgánica del poder judicial en cuanto afecta a la competencia genérica de los diversos órdenes jurisdiccionales (y no, como incorrectamente se dice, a su jurisdicción, salvo que la prejudicialidad se refiera al Tribunal de Cuentas, caso en que estaremos ante un auténtico problema de jurisdicción) y requiere un marco distributivo general. "En cambio, las leyes procesales deben establecer el tratamiento procesal de la cuestión prejudicial (esto es: cómo se suscita y resuelve la cuestión prejudicial), que es ajena al ámbito constitucional en que ha de desenvolverse la LOPJ. Aquí es donde se pone de relieve la parcial vigencia del artículo 4 LECr solo en cuanto establece una regulación procesal específica (integrándose en todo lo no previsto por la normativa supletoria de la LECr), esto es, en cuanto fija el plazo para que las partes acudan a los tribunales del orden correspondiente, establece las consecuencias de su falta de utilización y obliga a que en el nuevo proceso sea parte el ministerio fiscal. La cuestión prejudicial sería, no obstante, siempre devolutiva relativa por imperativo del artículo 10.1 LOPJ."

[46] Cfr. D. Vallespín Pérez, obra citada en la nota 7, nota 76 de la p. 38.

ISBN: 978-84-613-7600-1

formula a continuación de la atribución material de competencias del artículo 9 de la LOPJ. De no existir el artículo 10.1 de la LOPJ, regiría el principio de separación absoluta, y cada una de las materias del artículo 9 habría de deferirse siempre necesariamente al orden jurisdiccional que tiene atribuido su conocimiento.

La regulación de los demás aspectos propios de la prejudicialidad queda remitida a las respectivas procesales, salvo el acogimiento general, en el apartado 2 del mismo artículo 10 de la LOPJ, del principio "*le criminelle tient le civil en état*", que, a su vez, puede quedar excepcionado, si así lo contemplan tales leyes procesales. Y estas excepciones son las ya mencionadas previstas en la Ley de procedimiento laboral (artículos 4 y 86) y en la Ley concursal (artículos 9 y 189).

En mi opinión, no resulta acertado leer el apartado 2 del artículo 10 de la LOPJ en clave de establecimiento de un sistema u otro de prejudicialidad, cuestión que queda a la regulación de las leyes procesales, sino referirlo exclusivamente a la cuestión de la suspensión (regla general) o no (excepción) del procedimiento, mientras no resuelva el órgano penal.

Por tanto, en modo alguno cabe entender que el precepto orgánico posibilite excepcionalmente que un órgano no penal determine la existencia de un delito, y menos que lo castigue con una pena, lo que sería disparatado constitucionalmente; pero tampoco puede leerse la excepción de su inciso final como una habilitación para que las leyes procesales opten por uno u otro sistema frente a la problemática prejudicial.

Siempre según mi criterio, la devolutividad viene permitida, e incluso obligada en principio, por el artículo 9 de la LOPJ, mientras que la no devolutividad se hace factible por la autorización del artículo 10.1 de la LOPJ. Por fin, el artículo 10.2 de la LOPJ tiene un alcance mucho más modesto, al recoger, como regla general, la suspensión de los procedimientos cuando surja una cuestión prejudicial penal ("*le criminelle tient le civil en état*").

De esta forma, el artículo 10 de la LOPJ no incide directamente en la elección del sistema de devolutividad o no, siendo por ello las leyes procesales respectivas las que han de determinarlo, de manera que no

ISBN: 978-84-613-7600-1

afectan, ni aún menos pueden derogar tácitamente, lo establecido en ellas al respecto.[47]

2.3.3.1.3. Dudas razonables

No faltan autores que se limitan a exponer sus dudas razonables al respecto. Así, sostiene Ortells Ramos que el artículo 10 de la LOPJ abre una duda razonable sobre la vigencia de la regulación de la Ley de enjuiciamiento criminal, exponiendo los argumentos a favor de la derogación tácita que aquel precepto ha podido producir.[48]

En todo caso, no puede ser razonable en absoluto que en una materia de la trascendencia de las cuestiones prejudiciales en el proceso penal, en los momentos actuales, en que se ha llevado al Código Penal el mero incumplimiento de sectores enteros del ordenamiento jurídico administrativo y tributario, queden en el aire tales dudas. Peor aún, que exista una discordancia tan radical entre la jurisprudencia penal y la constitucional, y una pugna tan encendida entre penalistas y administrativistas, que, como ha quedado señalado, amenaza con emponzoñarla (la ponzoña es la sustancia que tiene en sí cualidades nocivas para la salud, o destructivas de la vida).

---

[47] Concluye J. Garberí Llobregat (*Los procesos penales. Comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal, con formularios y jurisprudencia*, Bosch, 2000, volumen I, p. 68) que la prejudicialidad en el proceso penal es objeto de regulación en el momento presente en los artículos 3 a 7 de la Ley de enjuiciamiento criminal y también, en lo que no se oponga al contenido de los mismos, en el artículo 10 de la LOPJ.

[48] M. Ortells Ramos: *Derecho jurisdiccional. III. Proceso penal*, con otros autores, Bosch, 1991, p. 405.

Dedica este autor a la cuestión el siguiente párrafo: "El art. 10 LOPJ abre una duda razonable sobre la vigencia de la regulación de la LECr. Obsérvese que su párrafo primero establece como regla general la no devolutividad, de la que sólo se excepcionan ciertas cuestiones prejudiciales penales surgidas en procesos no penales, y ello sin perjuicio de que las leyes restrinjan aún más tal excepción (art. 10.2 LOPJ). Precisamente el último inciso resalta la trascendencia de que el art. 10 LOPJ haya omitido expresar una remisión a leyes que amplíen las excepciones en favor de la devolutivilidad (como las que establecen los arts. 4 y 5). Este es un argumento más en favor de la derogación tácita que el art. 10 LOPJ ha podido producir. De ser así sólo subsistirían como prejudiciales devolutivas en el proceso penal la de inconstitucionalidad y la de Derecho Comunitario."

ISBN: 978-84-613-7600-1

2.3.3.2. Jurisprudencia penal

La doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo no ha sido siempre lineal en relación con la pretendida derogación tácita de los artículos 3 a 7 de la Ley de enjuiciamiento criminal por el artículo 10 de la LOPJ.

2.3.3.2.1. Inicialmente

Inicialmente, el Tribunal Supremo sostuvo la vigencia de la totalidad de los preceptos de la Ley de enjuiciamiento criminal reguladores de las cuestiones prejudiciales en el proceso penal, pudiendo citarse los siguientes pronunciamientos:

- La STS de 12 de marzo de 1991 (RJA 1991\2092) mantiene implícitamente la vigencia de los artículos 3 a 7 de la Ley de enjuiciamiento criminal, en relación con el cauce procesal para denunciar su infracción en el recurso de casación.[49]
- La STS de 20 de enero de 1996 (RJA 1996\46), ya de forma explícita, proclama que los artículos 4 de la Ley de enjuiciamiento criminal y 10 de la LOPJ no se contradicen, pues "el primero de los preceptos, interpretado tanto desde un punto de vista literal como lógico, nos viene a indicar que, aun aceptando la regla general que establece el artículo anterior en favor de la jurisdicción penal, se reconoce la existencia de una prejudicialidad

[49] Se dice en esta STS de 12 de marzo de 1991 que "La cuestión relativa a si el procesado conservaba o no su derecho de propiedad después de las ventas que había hecho antes por documento privado y sin entrega material de las mismas, no es una cuestión de hecho susceptible de ser atacada por el n.º 2.º del art. 849, sino un tema de calificación jurídica de Derecho Privado del que depende la existencia o no de los delitos de falsedad por los que se acusó y absolvió (cuestión prejudicial civil de los arts. 3 y ss. de la Ley de enjuiciamiento criminal) cuya impugnación ha de hacerse por el n.º 1.º de art. 849, que es la vía utilizada en el motivo segundo de este mismo recurso de casación por infracción de ley. Puntos de hecho, susceptibles de impugnación por el n.º 2.º del art. 849, podrían ser, por ejemplo, en este caso la realidad de las ventas por documento privado y si hubo o no entrega material de las viviendas vendidas, pero no la determinación de si hubo o no pérdida del dominio por el vendedor y la consiguiente adquisición por parte de los compradores, que es una cuestión de valoración jurídica, y así lo plantea la acusación recurrente en el 2.º de sus dos motivos de este recurso."

ISBN: 978-84-613-7600-1

que podríamos denominar 'invertida' o 'al revés', al ordenar que, cuando las cuestiones prejudiciales fueran determinantes de la culpabilidad o de la inocencia, el tribunal de lo criminal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquella jurisdicción a quien corresponda, refiriéndose tanto a la jurisdicción civil como a la contencioso-administrativa. Por otra parte, el artículo 10 de la Ley orgánica, aunque posterior en el tiempo, en nada viene a modificar esa normativa, sino más bien a ratificarla, ya que, aun respetando la preferencia de la jurisdicción penal como regla primaria y general, salva, sin embargo 'aquellas excepciones que la Ley establezca', excepciones que vienen determinadas en el artículo 4.º de la Ley rituaria."

2.3.3.2.2. Prudente tesis ecléctica

Como mantenedora de una prudente tesis ecléctica, puede citarse la reciente STS de 28 de febrero de 2005 (RJA 2005\1907), que se refiere a la "*obligada lectura integradora de los artículos 3 y 4 de la Ley de enjuiciamiento criminal y 10.1 de la LOPJ*" y menciona "los supuestos en que se plantee a los órganos de la jurisdicción penal alguna cuestión prejudicial no devolutiva, que reclame un pronunciamiento instrumental o previo a la decisión en el orden penal propiamente dicho".[50]

2.3.3.2.3. Vigencia del artículo 4 de la Ley de enjuiciamiento criminal

De manera implícita, y de forma más o menos rotunda, mantienen la vigencia del artículo 4 de la Ley de enjuiciamiento criminal cuatro pronunciamientos recientes de la jurisprudencia penal:

[50] Añade esta STS de 28 de febrero de 2005 que "De no entenderse así y de universalizarse el criterio defendido por la parte se llegaría al absurdo práctico de que cualquier actuación de la jurisdicción criminal sobre asuntos con implicaciones de orden administrativo o laboral tendría que ser precedida por una intervención determinante de la jurisdicción correspondiente, con la consiguiente atribución de un rango residual o subsidiario a la primera, en contra de lo que resulta del mismo art. 10, 2 LOPJ. Es por lo que, en la línea también de lo resuelto por esta Sala en materia de delito fiscal, hay que entender que aspectos como el de que se trata constituyen temas prejudiciales de naturaleza no criminal que, conforme a la regla del art. 10.1 LOPJ debe resolver el propio órgano jurisdiccional penal (SSTS 1336/2002, de 17 de julio [RJ 2002, 8709] y 2486/2001, de 21 de diciembre [RJ 2002, 1213], entre otras)."

ISBN: 978-84-613-7600-1

- La STS de 17 de enero de 2005 (RJA 2005\992) se refiere a una sentencia del tribunal del jurado constituido en el ámbito de la Audiencia Provincial de Córdoba, que condenó por un delito de amenazas condicionales, y declaró nulo el matrimonio celebrado: "a cuyos efectos, se remitirá testimonio de esta resolución, una vez firme, al Registro Civil de Córdoba a los efectos oportunos", estimó de oficio la falta de jurisdicción del tribunal penal para pronunciarse sobre la nulidad del matrimonio, casando y anulando parcialmente la sentencia recurrida en casación.

Se dice en esta sentencia que "*la norma contenida en el artículo 5 de la Ley de enjuiciamiento criminal, en materia de cuestiones prejudiciales, que establece, frente a la regla general del artículo 3.º, que las cuestiones civiles prejudiciales, referentes a la validez de un matrimonio o a la supresión de estado civil, se deferirán siempre* al juez o tribunal que deba entender de las mismas, criterio diáfano del legislador en relación con las cuestiones mencionadas y su atribución exclusiva a la jurisdicción civil, como no puede ser de otra forma, teniendo en cuenta su propia naturaleza."[51]

[51] Dice así el fundamento de derecho tercero de la STS de 17 de enero de 2005:

"Debemos partir en principio de la regla contenida en el propio artículo 9.1LOPJ según la cual los juzgados y tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra Ley. Según el apartado 3 del mismo artículo los del orden jurisdiccional penal tendrán atribuido el conocimiento de las causas y juicios criminales, lo que significa en línea de principio que no corresponde a la jurisdicción penal la directa aplicación de las normas de Derecho de familia que en el ámbito del Derecho Privado disciplinan en este caso la institución del matrimonio, y cuya aplicación compete a la jurisdicción civil, por los órganos integrados en ella a través de los procedimientos civiles correspondientes, lo que significa que *los juzgados y tribunales ejercen su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por la Ley tal como dispone el artículo 9.1* referido (STS 780/00, en un supuesto relativo a la privación de la patria potestad sobre su hijo impuesta a un condenado por un delito de homicidio, conforme al acuerdo del pleno no jurisdiccional de esta Sala de 26/05/00). No obstante lo anterior, entiende el Tribunal Superior, citando jurisprudencia de esta Sala, que la unidad jurisdiccional tiene carácter expansivo... por lo que si existe atribución legal se produce una extensión de la jurisdicción a cuestiones que, en principio, puedan ser competencia de otros órdenes jurisdiccionales, razonando que en este caso conforme al artículo 100 LECr de todo delito o falta nace acción penal y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible, con cita también de los artículos 108 y 742 de la propia Ley procesal, planteándose la cuestión de si la declaración de nulidad del matrimonio 'puede entenderse comprendida dentro del concepto de la responsabilidad civil nacida de todo delito o falta' (artículo 110 CP 1995), llegando a una conclusión afirmativa según la cual la reintegración de la situación jurídica previa conculcada por el delito puede alcanzar también ex artículo 112 CP a situaciones como la presente, es decir, reparar el daño equivale en este caso a declarar la nulidad del matrimonio conforme a lo

ISBN: 978-84-613-7600-1

- La STS de 28 de marzo de 2005 (RJA 2005\2692), que estima el recurso de casación y anula la condena por delito de hurto a la conviviente de una persona asesinada, desalojada de la vivienda común, y que se llevó los muebles y existencias, señala que "No se puede desconocer que el articulo 3 de la Ley de enjuiciamiento criminal concede a los tribunales

---

dispuesto en el artículo 112 mencionado. Esta conclusión no puede ser compartida por cuanto la declaración de nulidad del matrimonio, aunque pueda tener efectos patrimoniales reflejos (artículos 90 y siguientes CC), no es una medida de contenido patrimonial en sentido estricto, siendo cuestión que afecta al estado civil de las personas. Cuando el artículo 112 CP se refiere a que la reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el juez o tribunal establecerá atendiendo la naturaleza de aquel y a las condiciones patrimoniales del culpable, se está refiriendo a las distintas clases de prestaciones que constituyen el objeto de una obligación patrimonial cual es la de reparar el daño causado. Por lo tanto, el hilo de la atribución legal para declarar la nulidad del matrimonio a través de la atribución de las responsabilidades civiles dimanantes del delito no tiene la consistencia suficiente para atribuir a los tribunales penales la declaración sobre cuestiones que afectan al estado civil de las personas. Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala, como argumenta el tribunal de apelación, ha admitido que la jurisdicción penal, por la vía de la responsabilidad civil, pueda declarar la nulidad de un contrato, pero lo que se pretende en estos casos (alzamiento de bienes o insolvencias, generalmente) es reintegrar a un patrimonio bienes que fueron sustraídos del mismo mediante una conducta delictiva al objeto de preservar la integridad de aquel o para asegurar el principio de la responsabilidad patrimonial del deudor (artículo 1911 CC), y ello indudablemente tiene un reflejo patrimonial directo, luego no son supuestos asimilables con la declaración de nulidad del matrimonio.

"Por otra parte, obsta a lo anterior *la norma contenida en el artículo 5 LECr, en materia de cuestiones prejudiciales, que establece, frente a la regla general del artículo 3.º, que las cuestiones civiles prejudiciales, referentes a la validez de un matrimonio o a la supresión de estado civil, se deferirán siempre al juez o tribunal que deba entender de las mismas, criterio diáfano del legislador en relación con las cuestiones mencionadas y su atribución exclusiva a la jurisdicción civil, como no puede ser de otra forma, teniendo en cuenta su propia naturaleza* (no debemos olvidar al respecto que se trata de acciones constitutivas que producen una sentencia de igual clase, sólo susceptibles de ejercicio judicial, de forma que su efecto jurídico se produce con la sentencia, mientras la acción de responsabilidad civil es declarativa de condena, susceptible de ser influida por la declaración de voluntad de las partes). Es cierto que en el presente caso no se trata de una cuestión prejudicial en sentido procesal propio pero no obstante ello tiene valor como principio que sirve para la atribución de la jurisdicción. La sentencia recurrida razona que lo anterior tampoco sería obstáculo en el presente caso para anular la declaración de la sentencia apelada relativa a la nulidad del matrimonio, citando la STS de 27/10/01 (número 1939/01), pero basta la lectura del fundamento jurídico primero de la misma, de donde se extrae el párrafo acotado por el Tribunal Superior, para advertir que se trata de supuestos de restitución totalmente heterogéneos. Por último, también debe tenerse en cuenta que la declaración de nulidad del matrimonio (artículos 73 y siguientes CC) conlleva la adopción de las medidas a que se refieren los artículos 91 y siguientes, sin que pueda admitirse la fragmentación jurisdiccional, sin base legal expresa para ello, entre la decisión sobre la nulidad y sobre sus consecuencias, efectos y ejecución de las medidas correspondientes. *En síntesis, el tribunal penal se ha excedido en el ejercicio de su jurisdicción cuando ha declarado la nulidad del matrimonio como consecuencia del delito, decisión que corresponde a la jurisdicción civil, a la que deberá acudir la parte legitimada para ello (artículo 76 CC)*."

ISBN: 978-84-613-7600-1

penales la competencia para resolver a los solos efectos de la represión las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación. *Sin embargo el artículo 4 del mismo texto legal advierte que si la cuestión prejudicial fuese determinante de la culpabilidad o inocencia se suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquella por quien corresponda*. Con mayor especificidad el artículo 6 de la Ley de enjuiciamiento criminal dispone que el tribunal penal podrá resolver acerca del derecho de propiedad sobre bienes muebles o inmuebles cuando tales derechos aparezcan fundados en un título auténtico o en actos indubitados de posesión."[52]

- La STS de 16 de febrero de 2006 (RJA 2006\1068), ante la denuncia en casación de la infracción del artículo 7 de la Ley de enjuiciamiento criminal por haberse estimado la posesión de droga sin atemperarse a las reglas del Derecho Civil, afirma que del contenido de dicho precepto "se desprende lógicamente que, en principio, corresponde al tribunal penal examinar y decidir sobre tales cuestiones, *salvo cuando excepcionalmente la ley obligue a deferir la correspondiente decisión a los órganos competentes de la jurisdicción de que se trate, lo cual sucederá cuando la culpabilidad o inocencia del acusado dependa exclusivamente de la cuestión prejudicial (v. artículo 4 de la LECr)*, cosa que, como veremos, no sucede en el presente caso."[53]

---

[52] Añade esta STS de 28 de marzo de 2005 lo siguiente:

"Tampoco se puede olvidar que la jurisprudencia mas actualizada de la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo viene concediendo derechos hereditarios a la persona que haya convivido con el causante de forma análoga a la del matrimonio, es decir, *more uxorio*. La acusada de forma inadecuada ejercitó acciones penales por apropiación indebida y de forma absolutamente correcta la jurisdicción penal encaminó la reclamación hacia la vía civil ya que efectivamente este es el cauce adecuado.

"Sobre esta absoluta indefinición de los derechos civiles entrecruzados resulta apresurado clasificar la conducta de la acusada como constitutiva de un delito de hurto cuando la titularidad y liquidación de los bienes debe realizarse por la doble vía civil del pleito hereditario y de la división, no solo de la herencia sino mediante la determinación de qué bienes eran privativos y cuáles podían ser comunes.

"Aun admitiendo a efectos dialécticos la infundada y prematura declaración de propiedad de los bienes ya que no constan títulos auténticos ni actos indubitados de posesión, lo cierto es que, sin olvidar el perfil meramente civil de este caso, no se puede sostener que la acusada actuó con ánimo de lucro propio sobre lo ajeno, sino en la creencia fundada de que los bienes, en parte, la pertenecían o podrían ser adjudicados a título de herencia."

[53] El fundamento de derecho vigésimo noveno de la STS de 16 de febrero de 2006 es del siguiente tenor:

ISBN: 978-84-613-7600-1

- La STS de 21 de enero de 2008 (RJA 2008\1908), que, respecto de la declaración de hechos probados por un juzgado de menores, afirma que: "A diferencia de otras ramas del Derecho en las que puede existir una eficacia de cosa juzgada material de carácter positivo o prejudicialidad que se produce cuando para resolver lo planteado en un determinado

---

"VIGÉSIMO NOVENO. El motivo vigésimo séptimo, por el cauce procesal del núm. 1.º del art. 849 de la LECr, denuncia infracción del art. 7.º de la LECr.

"Dice la parte recurrente, en el breve extracto de este motivo, que 'la sentencia ha juzgado que había posesión mediata de la droga sin atemperarse a las reglas del Derecho Civil. Esto infringe el art. 7.º de la LECr.'

"'La detentación mediata es una forma de posesión; y esta, un concepto de Derecho Civil'. 'Al prescindir de las reglas del Derecho Civil ha infringido el mandato del artículo 7.º de la LECr.'

"Se refiere el art. 7.º de la Ley de enjuiciamiento criminal a las llamadas cuestiones prejudiciales que son las que se presentan en el proceso penal cuando en el mismo han de adoptarse decisiones o son precisas determinadas calificaciones jurídicas sobre materias propias de otros sectores del ordenamiento jurídico de las que no puede prescindirse para enjuiciar adecuadamente el hecho objeto del proceso; y, a este respecto, el art. 7.º de la LECr, cuya infracción aquí se denuncia, dice literalmente que 'el tribunal de lo criminal se atemperará, respectivamente, a las reglas del Derecho Civil o Administrativo, en las cuestiones prejudiciales que, con arreglo a los artículos anteriores, deba resolver', de lo cual se desprende lógicamente que, en principio, corresponde al tribunal penal examinar y decidir sobre tales cuestiones, salvo cuando excepcionalmente la ley obligue a deferir la correspondiente decisión a los órganos competentes de la jurisdicción de que se trate, lo cual sucederá cuando la culpabilidad o inocencia del acusado dependa exclusivamente de la cuestión prejudicial (v. art. 4 LECr), cosa que, como veremos, no sucede en el presente caso.

"Como norma general en esta materia, los tribunales penales deberán resolver sobre este tipo de cuestiones –a los solos efectos punitivos– cuando las mismas aparezcan tan vinculadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación.

"En el caso de autos, no concurren, evidentemente, circunstancias que impongan la remisión previa de ninguna cuestión prejudicial de este proceso a la jurisdicción civil, como la parte recurrente pretende, por dos razones, fundamentalmente: 1.ª) porque la amplitud de la conducta penalmente típica del delito por el que ha sido condenado el hoy recurrente rebasa generosamente el supuesto de la posesión (para el tráfico) de las sustancias a que se refiere el art. 368 del Código Penal, que constituye una simple modalidad típica dentro de este precepto; y es patente que, en el presente caso, la conducta de este acusado podría encajar perfectamente en las modalidades –igualmente típicas– del tráfico ilegal de drogas y de la promoción o el favorecimiento del consumo igualmente ilegal de las mismas, por lo que, en modo alguno, puede decirse que la culpabilidad del acusado depende de la referida cuestión; y 2.ª) porque, en materia de posesión, es correcta –desde el punto de vista del Derecho Civil, al que, como ya hemos dicho, los tribunales penales deberán atemperar sus decisiones sobre estas materias, a los exclusivos efectos punitivos– la tesis mantenida en la sentencia recurrida, pues constituye una modalidad posesoria la llamada posesión mediata (v. art. 431 C. Civil), y la posesión se adquiere por el hecho de quedar la cosa poseída sujeta a la voluntad de una persona (v. art. 438 C. Civil).

"Por las razones expuestas, procede la desestimación de este motivo."

ISBN: 978-84-613-7600-1

proceso haya de partirse de lo ya antes sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior, esta eficacia no tiene aplicación en el ámbito del proceso penal, pues cada causa criminal tiene un propio objeto y su propia prueba y conforme a su propio contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto (*salvo en materia de cuestiones prejudiciales de los articulos 3 y siguientes de la LECr en cierta manera hoy muy relativizadas por el art. 10 de la Ley orgánica del poder judicial*), todo ello sin perjuicio de que la prueba practicada en el primero pueda ser traída de segundo proceso para ser valorada en unión de las demás existentes."

2.3.3.2.4. Doctrina jurisprudencial penal actual dominante

Sin embargo, la doctrina jurisprudencial penal actual dominante es la que proclama abiertamente la derogación, por el artículo 10 de la LOPJ, de las cuestiones prejudiciales devolutivas, en manifiesta contradicción con lo declarado por el Tribunal Constitucional y ante motivos de casación que invocaban precisamente la doctrina de este. Cabe citar los siguientes pronunciamientos:

- La STS de 24 de julio de 2001 (RJA 2001\7720) ha de reseñarse extensamente, por ser la primera que inicia esta línea jurisprudencial. Sus fundamentos de derecho 3.º y 4.º rezan así (las cursivas son mías):

  "TERCERO: El párrafo segundo del art. 10 de la LOPJ añade como excepción que "no obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión, o que condicione directamente el contenido de esta, determinará la suspensión del procedimiento, mientras aquella no sea resuelta por los órganos penales a quien corresponda, salvo las excepciones que la Ley establezca.

  "En consecuencia *la regla general del art. 10.1.º de la LOPJ –que deroga las denominadas cuestiones prejudiciales devolutivas, cuyo conocimiento era obligado deferir a otro orden jurisdiccional*– tiene como excepción aquellos supuestos en que la cuestión prejudicial tenga una naturaleza penal y condicione de tal manera el contenido de la decisión que no pueda prescindirse de su previa resolución por los órganos penales a quien corresponda.

ISBN: 978-84-613-7600-1

"El mantenimiento exclusivo de las cuestiones prejudiciales devolutivas de naturaleza penal en el sistema jurisdiccional establecido por la LOPJ se encuentra además limitado por el condicionamiento consignado en el último apartado del precepto. La suspensión de los litigios seguidos ante otros órdenes jurisdiccionales para la resolución de las cuestiones prejudiciales de naturaleza penal tampoco será necesaria en los casos en que la Ley así lo establezca.

"CUARTO: Ahora bien, *la regla contenida en el párrafo 1.º del art. 10.º de la LOPJ no se encuentra limitada por excepción alguna que se refiera a cuestiones de naturaleza civil, administrativa o laboral que se susciten en el orden jurisdiccional penal, por lo que en principio ha de estimarse que esta norma posterior y de superior rango ha derogado tácitamente lo prevenido en el art. 4.º de la decimonónica Ley de enjuiciamiento criminal*.

"Esta concepción es además congruente con la naturaleza de los tipos delictivos propios del Derecho Penal actual, en el que la ampliación de la tutela penal a un espectro más amplio de bienes jurídicos de esencial relevancia social, impone una configuración de los tipos plagada de elementos normativos extrapenales: delitos ambientales, delitos urbanísticos, delitos societarios, delitos fiscales, delitos de prevaricación u otros contra la Administración Pública, insolvencias punibles, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, etc. *Esta tutela penal frente a los más graves atentados contra los bienes jurídicos reconocidos por el resto del ordenamiento quedaría vacía de contenido efectivo si en el propio proceso penal no se pudiesen resolver, como regla general, las cuestiones jurídicas de otra naturaleza necesarias para la constatación de la concurrencia del delito objeto de enjuiciamiento*.

"*Una interpretación amplia de lo prevenido en el citado artículo 4.º de la Ley de enjuiciamiento criminal impediría prácticamente el enjuiciamiento autónomo de los referidos tipos delictivos*, pues en todos ellos la determinación de la concurrencia de alguno de los elementos integrantes del tipo –y en definitiva la culpabilidad o inocencia del acusado– dependen de la previa valoración, resolución o interpretación de una cuestión jurídica de naturaleza extrapenal.

"El análisis de la práctica jurisdiccional penal y de la propia jurisprudencia de esta Sala revela el *efectivo respeto del principio contenido en el art. 10.1.º de la LOPJ en detrimento de lo anteriormente establecido por el artículo 4.º de la Ley de enjuiciamiento criminal*, atendiendo a la generali-

ISBN: 978-84-613-7600-1

zada inadmisión en la práctica de las cuestiones prejudiciales pretendidamente devolutivas (ver, entre la jurisprudencia reciente, la sentencia de 22 de marzo de 2001 [RJ 2001, 1357], caso 'escuchas del Cesid', la sentencia de 28 de marzo de 2001 [RJ 2001, 751], caso 'Urralburu', la sentencia 1688/2000, de 6 de noviembre [RJ 2000, 9271], sobre delito fiscal, la sentencia 1772/2000 de 14 de noviembre [RJ 2000, 9294], sobre delito de prevaricación, en un supuesto en el que se pretendía plantear cuestión prejudicial devolutiva a resolver por los tribunales de lo contencioso-administrativo sobre la legalidad o ilegalidad del acto administrativo integrador de la prevaricación, la sentencia 1274/2000, de 10 de julio [RJ 2000, 5678], en un delito de apropiación indebida, en el que se pretendía plantear una cuestión prejudicial devolutiva civil sobre la naturaleza del título o contrato en virtud del cual se había recibido la mercancía objeto de apropiación, etc.)."

Ha de destacarse, no obstante, que las afirmaciones de esta importante sentencia se hacen *obiter dicta*, al estimarse irrelevantes para la resolución del caso.[54]

[54] En efecto, los fundamentos de derecho séptimo y octavo de la STS de 24 de julio de 2001 destacan, por una parte, que "en el caso actual es claro que el tribunal penal se ha limitado a analizar el caso desde la óptica que le corresponde y a los solos efectos de la determinación de la concurrencia de los elementos integradores del tipo penal. El recurrente ha sido condenado como autor de una estafa del art. 251.2.º del Código Penal de 1995, consistente en vender una cosa mueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma"; por otra parte, que "el tribunal ha constatado la concurrencia de los elementos integrantes del tipo, desde la perspectiva penal y a los solos efectos de sancionar el engaño o estafa. A estos efectos penales resulta irrelevante que, con posterioridad a la venta, el recurrente, pretendiendo eludir su responsabilidad, haya interpuesto un recurso administrativo instando la nulidad del procedimiento de apremio, pues lo relevante es que en el momento de la transacción los bienes se encontraban embargados, el recurrente lo conocía, y se lo ocultó a los compradores, engañándolos al sustraer a su conocimiento un elemento esencial para adoptar la decisión de compra y para determinar el precio"; y, por fin, que "también resulta irrelevante que los perjudicados, en defensa de sus intereses, hubiesen iniciado un procedimiento administrativo previo a una reclamación civil de tercería."

Además, la misma sentencia, estimando el recurso de casación de la acusación particular, señala que "Dado el carácter delictivo del negocio, fundado en el engaño, la nulidad se impone cuando se solicita, como sucede en este caso, por la parte perjudicada, pues es claro su derecho a resolver una venta a la que fue inducido por error esencial. Ello determina que si la parte perjudicada opta por el mantenimiento del contrato, la responsabilidad civil derivada de este delito deberá consistir en el importe de la devaluación sufrida por el bien como efecto directo de la carga o gravamen, más los demás perjuicios acreditados, pero si la parte perjudicada insta la anulación del contrato fraguado delictivamente, esta nulidad debe declararse como consecuencia civil del hecho delictivo, condenando al responsable de la estafa a la devolución del precio percibido, con los intereses correspondientes, y demás perjuicios acreditados. En consecuencia,

ISBN: 978-84-613-7600-1

• La STS de 29 de octubre de 2001 (RJA 2002\939) comienza por poner de manifiesto que "se suscita una muy interesante cuestión que ha sido objeto de consideración por sentencias de esta Sala, cual es la posición que debe adoptar el tribunal penal cuando la tipicidad de la conducta sometida a su enjuiciamiento requiere un pronunciamiento sobre una materia que, en principio, corresponde a un orden jurisdiccional distinto al penal. Es decir, cuando concurre el supuesto previsto en el artículo 3.º de la Ley de enjuiciamiento criminal, que extiende la competencia de los tribunales encargados de la justicia penal, para solo el efecto de la represión, a las cuestiones civiles y administrativas que aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación."

Añade el Tribunal Supremo que "*Ha surgido controversia sobre la aplicación del artículo 4 del mismo texto procesal*, una posición se inclina por la subsistencia de las cuestiones prejudiciales devolutivas que entrañan la suspensión del procedimiento penal hasta la resolución de aquellas por el órgano jurisdiccional competente; otras, por el contrario, *afirman la eficacia derogatoria que respecto a ese artículo de la Ley de enjuiciamiento criminal supone lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Ley orgánica del poder judicial que atribuye a cada orden jurisdiccional, a los solos efectos prejudiciales, conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente. Esta Sala se ha pronunciado a favor de la resolución, por los tribunales penales, de las cuestiones prejudiciales civiles o administrativas, sin necesidad de suspender el procedimiento –efecto devolutivo– para que previamente decida un juez de otro orden jurisdiccional*. Así, la sentencia de esta Sala 1490/2001, de 24 de julio (RJ 2001, 7720)."

La sentencia rechaza que el tribunal de instancia ni suspendiera el procedimiento para que se ejercitaran acciones civiles ni entrara a resolver prejudicialmente la cuestión planteada sobre la titularidad de un boleto de la ONCE premiado.[55]

---

en el caso actual debe declararse, como reparación civil del delito de estafa, la nulidad de la compraventa de maquinaria y enseres –vendidos como libres, cuando se encontraban embargados– a que se refiere el contrato de 19 de diciembre de 1996, y la consiguiente devolución a la sociedad compradora (Potaje Canario SL), de la cantidad abonada."

[55] Dice así esta sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2001:

"En el supuesto que examinamos en el presente recurso, el tribunal de instancia ni suspendió el procedimiento para que se ejercitaran acciones civiles ni entró a resolver, como hubiera sido lo correcto, conforme a la doctrina que se ha dejado expresada, sobre la titularidad del cupón de la ONCE premiado, cuestión que aparece necesaria en orden a decidir sobre la tipicidad de

ISBN: 978-84-613-7600-1

- La STS de 21 de diciembre de 2001 (RJA 2002\1213), que en un supuesto de delito contra la Hacienda Pública sostiene que "*la determinación de la cuota defraudada* como elemento del tipo delictivo prevenido en el artículo 305 del Código Penal de 1995 (antes 349 del Código Penal de 1973) *constituye una cuestión prejudicial de naturaleza administrativa-tributaria que conforme a la regla general prevenida en el artículo 10.1 de la LOPJ debe resolver el propio órgano jurisdiccional penal.*"
- La STS de 27 de septiembre de 2002 (RJA 2002\8847) reproduce las analizadas SSTS de 24 de julio de 2001 y de 29 de octubre de 2001, aunque más bien como *obiter dicta*.[56]
- La STS de 28 de marzo de 2006 (RJA 2007\1848), que estima el recurso de casación interpuesto contra sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra que había condenado al alcalde de Tui, así como al aparejador municipal y a la asesora jurídica del mismo, por delito contra la ordenación del territorio, insiste en la misma doctrina sobre la derogación, por el artículo 10 de la LOPJ, del artículo 4 de la Ley de enjuiciamiento

---

la conducta enjuiciada, limitándose dicho tribunal a señalar que esa cuestión no está decidida, afirmando que son 'los órganos de la jurisdicción civil los que habrán de dirimir tan trascendente cuestión una vez se ejerciten por quien se considere perjudicado las acciones que se estimen conducentes a la tutela de sus pretensiones.'

"Solicitado que ha sido tal pronunciamiento del tribunal penal y conforme a la doctrina de esta Sala que se ha dejado antes expresada, procede entrar en el examen, como cuestión prejudicial para analizar la concurrencia o no de los elementos integradores del tipo penal, de la titularidad sobre el cupón de la ONCE a que se refieren los escritos de acusación.

Procede, en consecuencia, a los solos efectos de la represión, entrar a examinar si en el supuesto que nos ocupa concurre un supuesto civil que entrañe la existencia de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que se haya recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlo o devolverlo, elementos que caracterizan el delito de apropiación indebida objeto de estas actuaciones."

[56] Esta STS de 27 de septiembre de 2002 concluye sobre esta cuestión que "el pronunciamiento relativo a la existencia de obligación de entrega del dinero que el acusado indebidamente se apropia, se produce a los exclusivos efectos de la integración del tipo penal y a partir de un análisis estrictamente penal de la cuestión, según se dice, expresamente, en la propia resolución de instancia." Pero añade unas consideraciones de las que se desprende que su anterior análisis general se ha hecho más bien *obiter dicta*, pues se dice que "Incluso se puede llegar a afirmar, como hace la Audiencia con atinada argumentación y las acusaciones nos recuerdan en sus escritos de impugnación al recurso, que en nada altera la interposición de demanda civil, en reclamación de unos alegados créditos y perjuicios, en su condición de mera pretensión o expectativa, la evidencia de la obligación previa para el recurrente de entregar, a su legítima dueña, unas cantidades respecto de las que, en ese momento, él no ostentaba título alguno. No puede, por tanto, hablarse de compensación alguna de deudas, ni eludirse, con tan sencillo método, es decir, mediante la presentación de una demanda civil en reclamación de cantidad, la posible imputación de una apropiación indebida."

ISBN: 978-84-613-7600-1

criminal, concluyendo que "el pronunciamiento relativo a la legalidad o ilegalidad del acuerdo del Ayuntamiento por ser el proyecto de edificación o la licencia contrarias a las normas urbanísticas vigentes, constituyen la esencia del hecho enjuiciado en el proceso penal (prevaricación urbanística, art. 320 CP), tratándose, en consecuencia –nos dice la STS 14.11.2000–, de un *elemento que se encuentra tan indisolublemente ligado al hecho punible que su separación no resulta racionalmente posible y que fundamentan la atribución a los tribunales del orden penal de la competencia para resolver de tales cuestiones civiles o administrativas*."

- La STS de 21 de junio de 2006 (RJA 2006\6637) reproduce íntegramente el contenido de la anterior sentencia de 28 de marzo de 2006 sobre este problema, en un caso en que se confirma la condena por estafa procesal.
- La STS de 24 de abril de 2007 (RJA 2007\2321), en un supuesto de delito de malversación de caudales públicos, examina las relaciones entre la jurisdicción penal y la jurisdicción contable, destacando que "son independientes entre sí y tienen competencias diferenciadas." Añade que "*El principio general de preferencia de la jurisdicción penal se manifiesta en el artículo 10 de la LOPJ*", sin mencionar siquiera la Ley de enjuiciamiento criminal, para concluir que "el art. 18 de la Ley orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, desapodera a la jurisdicción penal de la determinación de la responsabilidad civil." Por fin, la sentencia recuerda que "el orden jurisdiccional penal es siempre preferente y, de acuerdo con el artículo 44 de la Ley orgánica del poder judicial, ningún juez o tribunal podrá plantear conflicto de competencia a los órganos de dicho orden", así como que "*Ni las decisiones del Tribunal de Cuentas, ni las de cualquier otro órgano no jurisdiccional penal, pueden vincular a la jurisdicción penal, por lo que la sentencia de aquel no produce cosa juzgada*."[57] La STS de 22 de

[57] Dice así el fundamento de derecho quinto de la STS de 24 de abril de 2007:

"QUINTO. El sexto motivo se articula, al amparo del art. 846 bis c), por infracción de Ley y, en concreto, por aplicación indebida de los arts. 109 y 110 CP, en cuanto a la responsabilidad civil, ya que si se acepta como cuantía del descubierto la cantidad de 37.655,79 euros, no puede ser condenada D.ª Sandra a pagar los 153.704,58 euros que recogen las sentencias objeto del recurso.

"Como indica el ministerio fiscal, la recurrente equivoca la mención del precepto procesal en que se apoya, consistente en que la sentencia ha incurrido en infracción de precepto constitucional o legal en la calificación jurídica de los hechos o en la determinación de la pena, o de las medidas de seguridad o de la responsabilidad civil, y también en la cita de la legislación sustantiva penal que invoca.

ISBN: 978-84-613-7600-1

"La normativa violada por la sentencia es la que regula las competencias del Tribunal de Cuentas. Ciertamente, la jurisdicción penal y la jurisdicción contable son independientes entre sí y tienen competencias diferenciadas. *El principio general de preferencia de la jurisdicción penal se manifiesta en el art. 10 de la LOPJ* cuando dice que: '1. A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente. 2. No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de esta, determinará la suspensión del procedimiento mientras aquella no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la Ley establezca.'

"Sin embargo, el art. 18 de la Ley orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, establece que: '1. La jurisdicción contable es compatible respecto de unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la jurisdicción penal. 2. Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia.'

"Ello supone desapoderar a la jurisdicción penal de esa atribución, tal como viene a confirmar el art. 49.3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas: '3. Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, con arreglo a lo establecido en el artículo 18.2 de la Ley orgánica 2/1982, el juez o tribunal que entendiere de la causa se abstendrá de conocer de la responsabilidad contable nacida de ellos, dando traslado al Tribunal de Cuentas de los antecedentes necesarios al efecto de que por este se concrete el importe de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos.'

"La sentencia de esta Sala de 18-2-2003, núm. 257/2003 (RJ 2003, 2443), recuerda que la STC de 21 de mayo de 1984, dictada a propósito de resoluciones supuestamente contradictorias en el orden penal y el laboral, dice, con carácter general, que 'a los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o una misma persona fue su autor y no lo fue. Ello vulneraría el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en su artículo 9, número 3, de la Constitución Española.' En aplicación de esta doctrina, plenamente asumida por la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, reiteradamente se reconoce la prevalencia del orden penal sobre el contable en la fijación de los hechos y la autoría de los mismos. Pero, fijados los hechos y su autoría, la jurisdicción penal y la contable tienen su propio y diferenciado campo de actuación.

"La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de rechazar la alegación de existencia de cosa juzgada en base a una sentencia anterior del Tribunal de Cuentas, sentando en su sentencia de 19 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 9279) la siguiente doctrina:

"'– La acción que se ejercita ante el Tribunal de Cuentas no es en modo alguno igual o equiparable a la penal. Ante la jurisdicción penal se pretende una condena por la comisión de un delito previsto y penado en el Código Penal; y ante el Tribunal de Cuentas se ejercita una pretensión de enjuiciamiento contable de cuentas a rendir por la Administración de caudales públicos.

"'– La potestad de enjuiciamiento contable, que el artículo 15.1 de la Ley orgánica del Tribunal de Cuentas señala como jurisdicción propia del mismo, no tiene una finalidad sancionadora o punitiva, sino que, recayendo sobre la responsabilidad contable de quien, por acción u omisión contraria a la Ley, origina menoscabo de caudales o efectos públicos, le somete a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados.'

"Por tanto no existe identidad de acción ni, en consecuencia, cosa juzgada.

ISBN: 978-84-613-7600-1

mayo de 2008 (RJA 2008\4175) reproduce el contenido de la de 24 de abril de 2007.

- La STS de 30 de mayo de 2007 (RJA 2007\4817) reitera el contenido de todos los pronunciamientos anteriores, que reproduce en su integridad, y lo hace en relación con un delito de tráfico de drogas, para aplicar analógicamente en el mismo la doctrina de la Sala en orden a las llamadas cuestiones prejudiciales acerca de la constatación de la ausencia de buena fe en los titulares de los bienes adquiridos con dinero proveniente de actividades ilícitas de los acusados. Según sostiene la sentencia, no se produce exceso jurisdiccional porque el juez penal se pronuncie sobre la ausencia de buena fe en el tercero adquirente.
- La STS de 13 de diciembre de 2007 (RJA 2008\646), en caso de condena por apropiación indebida y estafa, desestima la alegación de prejudicialidad civil propuesta como cuestión previa con el siguiente razonamiento: "No puede acogerse en virtud de lo dispuesto en el art. 10.1 de la Ley orgánica del poder judicial, que determina que 'a los solos efectos prejudiciales, cada

---

"Y, en esta misma materia, la sentencia de la citada Sala Segunda del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1995 (RJ 1995, 1037) sienta las siguientes reglas:

"'– El orden jurisdiccional penal es siempre preferente y, de acuerdo con el artículo 44 de la Ley orgánica del poder judicial, ningún juez o tribunal podrá plantear conflicto de competencia a los órganos de dicho orden.

"'– Si en el comportamiento de una determinada persona concurren las exigencias de tipicidad que lo elevan a la categoría de infracción penal, será la jurisdicción penal quien haya de resolver y decidir, sin que pueda alegarse la excepción de cosa juzgada.

"'– La jurisdicción contable se limita a enjuiciar, a instancia de parte legitimada para hacerlo, las responsabilidades contables derivadas de alcances y otros perjuicios pecuniarios evaluables, sufridos por el tesoro y los demás órganos del sector público.

"'– Hay, por consiguiente, una perfecta compatibilidad entre las decisiones que toma en el ejercicio de su actividad el Tribunal de Cuentas y lo actuado por la jurisdicción penal, de acuerdo con el artículo 18.1 de la Ley orgánica 2/1982.

"'– Únicamente se encomienda al Tribunal de Cuentas la determinación de la responsabilidad civil, lo que, si es discutible desde el campo doctrinal, no cabe duda que es una norma de obligado cumplimiento que en nada afecta al problema que ahora se enjuicia.

"'*– Ni las decisiones del Tribunal de Cuentas, ni las de cualquier otro órgano no jurisdiccional penal, puede vincular a la jurisdicción penal; por lo que la sentencia de aquel no produce cosa juzgada.'*

"En consecuencia, podemos concluir que tanto el tribunal del jurado como la sentencia realmente recurrida en casación que es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia en apelación no han acertado cuando se han arrogado atribuciones para decidir las cuestiones civiles.

"Por todo ello, corresponderá eliminar del fallo de la sentencia del tribunal del jurado el pronunciamiento sobre responsabilidades civiles recaído, reservándolo al Tribunal de Cuentas. Así, el motivo parcialmente habrá de ser estimado."

ISBN: 978-84-613-7600-1

orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente', lo cual se relaciona con la configuración de los *tipos penales plagados de elementos normativos extrapenales que es necesario resolver para verificar una operación de subsunción jurídico-penal*. De este modo, en los asuntos complejos en donde se entrelazan instituciones integradas en sectores del ordenamiento jurídico que ha sido legalmente atribuido a otros órdenes jurisdiccionales diversos, es legítimo el instituto de la prejudicialidad no devolutiva, cuando tal interpretación del asunto resulte instrumental para resolver la pretensión concretamente ejercitada y a los solos efectos del proceso penal, sin necesidad de suspensión del curso de las actuaciones."

2.3.3.3. Jurisprudencia constitucional

La STC 30/1996, de 26 de febrero de 1996, y las otras varias que la secundan,[58] parten, con toda claridad, de la vigencia de los preceptos de la Ley de enjuiciamiento criminal. Se afirma que la cuestión objeto del amparo estimado "se debió de haber revelado como una *cuestión prejudicial que, por ser determinante de la culpabilidad o inocencia del acusado, merece ser calificada como devolutiva y, por tanto, enmarcada en el artículo 4 de la Ley de enjuiciamiento criminal"*, para concluirse que "tratándose, pues, de una *cuestión prejudicial devolutiva con respecto a la cual se había incoado ya el pertinente proceso contencioso-administrativo*, es claro que, de conformidad con lo dispuesto en dicha norma procesal, el tribunal no podía extender a este elemento del tipo su competencia (cual si de una mera cuestión incidental no devolutiva del artículo 3 de la Ley de enjuiciamiento criminal se tratara)."

Como se analiza *infra*, pese a los esfuerzos de la jurisprudencia penal de hacer compatible sus tesis con las del Tribunal Constitucional, la conclusión, en mi opinión, no puede ser otra que entender que la doctrina jurisprudencial penal dominante que, en base a la interpretación que realiza del artículo 10 de la LOPJ, entiende derogado el artículo 4 de la Ley de enjuiciamiento criminal y desaparecidas en lo penal las cuestiones prejudiciales devolutivas, es rigurosamente contradictoria con la doctrina constitucional.

[58] Esta jurisprudencia constitucional se analiza en detalle *infra*.

ISBN: 978-84-613-7600-1

2.3.3.4. Rasgos esenciales de la prejudicialidad en la Ley de enjuiciamiento criminal

Siguiendo la sintética, pero rigurosa, exposición de Rifá Soler,[59] podemos distinguir:

1.°) *Cuestiones prejudiciales no devolutivas del artículo 6 de la Ley de enjuiciamiento criminal*: materias relativas a la propiedad de un inmueble o cualquier otro derecho real, que podrán ser resueltas por el tribunal de lo penal cuando tales derechos aparezcan fundados en un título auténtico o actos indubitados de posesión. Para decidir dichas cuestiones, según el artículo 7 de la misma Ley, el tribunal penal aplicará los preceptos de Derecho Civil o Administrativo pertinentes, que sirvan directamente para dilucidar la constitución o extinción de la cuestión prejudicial no devolutiva sometida a juicio.

2.°) *Cuestiones prejudiciales devolutivas absolutas del artículo 5 de la Ley de enjuiciamiento criminal*: las cuestiones referentes a la validez de un matrimonio o la supresión del estado civil deben resolverse previa e inexorablemente en la jurisdicción civil. En estos supuestos, resultará preciso el pronunciamiento del tribunal del orden correspondiente, de modo que su resolución será vinculante para el órgano penal.

No obstante, a pesar de su carácter devolutivo absoluto, la jurisprudencia ha declarado que, a los efectos de la represión penal, en un delito de bigamia, basta con la ausencia de la disolución legal, siendo tal jurisprudencia restrictiva en la admisión, incluso, de las cuestiones prejudiciales devolutivas y absolutas (por ejemplo, la validez de un matrimonio), pues mientras, en unas ocasiones, se ha declarado que la jurisdicción penal no es competente para determinar la validez de un matrimonio (así, la ya citada STS de 17 de enero de 2005 –RJA 2005\992–), en otros casos se ha sostenido que debe concederse al juez penal plenitud de competencia cuando se constata, por las inscripciones, la validez del matrimonio, sin esperar a la sentencia que recaiga en el proceso civil, dado el carácter formal del delito de bigamia.

[59] J. M. Rifá Soler y otros: *Derecho Procesal Penal*, Gobierno de Navarra-Instituto Navarro de Administración Pública, 2006, p. 64-66.

ISBN: 978-84-613-7600-1

3.º) *Cuestiones prejudiciales de carácter relativo*: respecto de ellas existe un doble criterio: a) con carácter general, tendrán naturaleza no devolutiva (artículo 3 de la Ley de enjuiciamiento criminal); b) con carácter excepcional, tendrán naturaleza devolutiva, en el caso de que de su resolución dependa la culpabilidad o inocencia del inculpado (artículo 4 de la misma Ley):

a) Como regla general, las cuestiones prejudiciales en el proceso penal tienen carácter no excluyente o no devolutivo, conforme a los artículos 3 de la Ley de enjuiciamiento criminal y 10 de la LOPJ, por lo cual los tribunales encargados de la justicia penal pueden resolver, a los solos efectos de atribución de responsabilidad penal, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales, cuando parezcan tan íntimamente unidas que sea racionalmente imposible su separación. Estas son las que se contemplan en el enjuiciamiento criminal, como regla primaria, y que han experimentado un avance frente al retroceso de las prejudiciales devolutivas, según el criterio del Tribunal Supremo, que ha declarado, en numerosas sentencias, la preferencia por la resolución, por los tribunales de lo penal, de las cuestiones prejudiciales que afecten a normas sustantivas extra-penales; en particular, tiene este carácter no devolutivo la cuestión referente a la determinación de la cuota defraudada como elemento del tipo delictivo contra la Hacienda Pública.

b) Con carácter excepcional, tendrán carácter devolutivo aquellas cuestiones prejudiciales que fuesen determinantes de la culpabilidad o la inocencia del sometido al proceso penal (artículo 4 de la Ley de enjuiciamiento criminal).

Estas cuestiones prejudiciales relativas son las que pueden presentar mayor dificultad para su resolución, teniendo en cuenta la relatividad del criterio de aplicación. Aunque en la jurisprudencia se constata una fuerte oposición de la suspensión del juicio criminal, al señalar que el juez penal debe tener poderes absolutos, sin mediatización alguna, para la apreciación de la culpabilidad penal. Consecuencia de lo afirmado es la de la plenitud, por lo general, del juez penal para resolver todas las cuestiones prejudiciales que se presenten, y, por ende, lo restrictivo que se debe ser en la admisión de las prejudiciales devolutivas, que en la práctica son de casi nula aplicación.

ISBN: 978-84-613-7600-1

Así, se ha entendido que no constituye ni puede incardinarse como cuestiones prejudiciales devolutivas, para resolver sobre el incumplimiento de los deberes sobre impago de pensiones del artículo 227 del Código Penal, la existencia de alteraciones sustanciales para dejarlas de satisfacer, puesto que, declarada la obligación en la vía civil, ha de cumplirse la sentencia firme que no consta haya sido modificada (sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 29 de abril de 2003), siendo en todo caso que el problema debatido pertenece a la misma esencia del delito (sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 12 noviembre 1997). Respecto a las cuestiones prejudiciales en el ámbito administrativo, se ha sostenido que no pueden estimarse con carácter devolutivo aquellas que cuestionan la legalidad del acto administrativo, ni siquiera cuando se encuentren sometidas a recurso en la vía contencioso-administrativa (sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 4 de julio de 1998), puesto que debe entenderse que no tienen otro valor que el de constituir meros presupuestos procesales. Asimismo, la STS de 23 de noviembre de 1998 entendió que "...según lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de enjuiciamiento criminal, el tribunal tenía jurisdicción para resolver, a los solos efectos de la existencia del delito, la vigencia de la relación arrendaticia..."

Esta cuestión adquiere importancia si se advierte que en la regulación vigente los tipos penales se extienden a la protección de distintos bienes jurídicos, gran parte de los cuales presentan una base normativa extrapenal: delitos ambientales, delitos urbanísticos, delitos societarios, delitos fiscales, delitos de prevaricación u otros contra la Administración Pública, insolvencias punibles, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, etc. Esta realidad determina la necesidad de que el tribunal penal, con excepciones muy concretas, deba conocer de distintas cuestiones prejudiciales. De otro modo, si hubiese que suspender el procedimiento y esperar la previa resolución de la cuestión en otra jurisdicción, la persecución de los delitos quedaría impedida, coartada o vacía de contenido efectivo. El problema que plantea esta opción, por la atribución de naturaleza no devolutiva a las cuestiones prejudiciales en el orden penal, es el de la posibilidad de que se produzcan resultados contradictorios entre las decisiones recaídas en los distintos órdenes jurisdiccionales. Aunque, sobre esta cuestión, el Tribunal Constitucional ha declarado que la regla general es la de no otorgar a la contradicción relevancia constitucional cuando sea debida a los distintos

ISBN: 978-84-613-7600-1

enfoques jurídicos que los diversos tribunales hayan dado a unos mismos hechos, en virtud del principio de independencia judicial.

Ahora bien, lo que no cabe es que unos mismos hechos se declaren existentes para un orden jurisdiccional y para otro no. Con ello se puede producir una vulneración del principio de seguridad jurídica y, además, del derecho constitucional a una tutela efectiva. Por ello, el Tribunal Constitucional, al enfrentarse a este problema, ha resuelto que, en los casos en que existiere una resolución firme jurisdiccional, los otros órganos judiciales que conociesen de los mismos hechos, deberán asumirlos, adecuadamente, de una forma similar, o bien justificar la distinta apreciación. A dichos efectos, será necesario que las partes incorporen al proceso la resolución firme, debiendo el tribunal admitirla, en virtud del artículo 5.1 de la LOPJ, al margen de lo dispuesto en normas procesales. En consecuencia, en aplicación de este criterio excepcional, tendrá carácter devolutivo la cuestión prejudicial referida a la existencia de un arrendamiento respecto a un proceso penal por allanamiento de morada en el caso de que, por su especial incidencia en el delito de que se trate, determine la culpabilidad o inocencia del acusado.

2.3.3.5. Ámbito de la cuestión prejudicial penal

No todos los elementos de los que, según la ley penal, depende la responsabilidad criminal constituyen cuestiones prejudiciales.

En efecto, la ley penal puede establecer, como tales elementos, hechos simples, conceptos valorativos, conceptos jurídicos y relaciones jurídicas. Solo en el último supuesto (relaciones jurídicas no sometidas al Derecho Penal), estamos ante una cuestión prejudicial cuando tiene entidad suficiente para ser objeto de un proceso diferenciado.[60]

De la Oliva[61] destaca como nota determinante de la existencia de una auténtica cuestión prejudicial el carácter problemático del uso de conceptos e institutos jurídicos propios de una rama del ordenamiento jurídico distinta de la penal. Como indica el mismo autor, sucede, en efecto,

[60] D. VALLESPÍN PÉREZ, obra citada en la nota 7, p. 37.

[61] A. DE LA OLIVA SANTOS, obra citada en la nota 17, p. 248.

ISBN: 978-84-613-7600-1

que, al aplicar una norma penal en la que el parentesco o la condición funcionarial, por ejemplo, son relevantes, buen número de veces no se planteará interrogante alguno: las partes, o la policía, o el juzgado mismo, presentarán el parentesco o la condición funcionarial como "datos" (indiscutidos), y el órgano jurisdiccional los asumirá del mismo modo, tratándose de unos meros antecedentes lógicos para otros pasos raciocinantes posteriores. Los problemas de prejudicialidad se plantean cuando, por seguir los anteriores ejemplos, el parentesco o la condición funcionarial se suscitan expresamente como problemáticos, cuando una, o varias partes, o el tribunal mismo se interrogan al respecto, es decir, cuando los puntos se cuestionan: solo en tales casos estamos ante genuinas cuestiones prejudiciales. En suma: lo que, siendo prejudicial, es cuestionado, se convierte en materia de enjuiciamiento expreso, a diferencia de la cuasi mecánica aplicación de normas no penales a ciertas porciones de la "pequeña historia" del proceso.

2.3.3.6. Cuestión prejudicial y culpabilidad

Como ya destacara Gómez Orbaneja,[62] a pesar de que la relación prejudicial está incluida, siempre y por necesidad, en los elementos objetivos del delito, prácticamente puede ir ligada su indeterminación con la cuestión, metodológicamente ulterior, de la culpabilidad. Así, el que toma una cosa propia no comete hurto, aunque creyese que era ajena (excluido el requisito objetivo, el problema del dolo ya no se plantea), pero el que toma una cosa ajena creyendo que es propia, no delinque por falta de dolo.

De ello se desprende una consecuencia de notable importancia práctica que destaca el mismo autor: la misma indeterminación sobre el efecto jurídico propio de un ordenamiento jurídico no penal, recayendo directamente sobre los elementos objetivos del delito, puede afectar a lo subjetivo, o dicho de otro modo, la misma existencia de la cuestión prejudicial, independientemente de su resolución, puede bastarse a excluir subjetivamente la responsabilidad criminal.

[62] E. Gómez Orbaneja, obra citada en la nota 9, p. 78.

ISBN: 978-84-613-7600-1

Esta consecuencia práctica influye, sin duda, en el muy escaso diferimiento de las cuestiones prejudiciales que se suscitan en los procesos penales:

- Si el planteamiento de una cuestión como prejudicial es evidentemente infundado, como ocurre en muchas ocasiones (por ejemplo, y bien llamativamente, en el supuesto resuelto por la citada STS de 16 de febrero de 2006, ante la denuncia de haberse estimado la posesión de droga sin atemperarse a las reglas del Derecho Civil), se prefiere resolverla en el propio proceso penal.
- Si, por el contrario, se trata de una cuestión prejudicial sincera,[63] su propio planteamiento se estima como suficiente para absolver o sobreseer por falta de culpabilidad. Así, en el caso de la también citada STS de 28 de marzo de 2005,[64] anulatoria de una condena por delito de hurto a la conviviente de una persona asesinada, desalojada de la vivienda común y que se llevó los muebles y existencias, se termina señalando que "Aun admitiendo a efectos dialécticos la infundada y prematura declaración de propiedad de los bienes ya que no constan títulos auténticos ni actos indubitados de posesión, lo cierto es que, sin olvidar el perfil meramente civil de este caso, *no se puede sostener que la acusada actuó con ánimo de lucro propio sobre lo ajeno sino en la creencia fundada de que los bienes, en parte la pertenecían o podrían ser adjudicados a título de herencia*."

2.3.4. Prejudicialidad administrativa en el proceso penal

2.3.4.1. Jurisprudencia constitucional

En virtud de las soluciones examinadas a que llega la jurisdicción penal en materia de prejudicialidad, bien sosteniendo que la prejudicialidad

[63] Expresión de MANZINI, citado por D. VALLESPÍN PÉREZ, obra citada en la nota 7, página 17. Para MANZINI, todas aquellas cuestiones, sinceras y no evidentemente infundadas, que interfieren sobre una relación de Derecho Privado o Administrativo y que constituyen el antecedente lógico y jurídico de un delito o de una circunstancia de este, son prejudiciales al proceso penal y constituyen un obstáculo relativo al ejercicio de la acción penal.

[64] Véase en la nota 52.

ISBN: 978-84-613-7600-1

devolutiva ha quedado derogada por el artículo 10 de la LOPJ o bien soslayando el problema acudiendo a la falta de culpabilidad, los preceptos de la Ley de enjuiciamiento criminal que regulan las cuestiones prejudiciales devolutivas nunca han llegado a aplicarse con normalidad.

En suma, el juez penal español ha sentido siempre, como un atributo de su jurisdicción propia, su superioridad sobre los demás jueces, cuyos procesos ha paralizado por regla general, y cuyo Derecho propio aplica él mismo con desembarazo, al resolver cuantas cuestiones prejudiciales (esto es, atañentes a los derechos propios de otras jurisdicciones) se le plantean para llegar a su propia sentencia penal.[65]

Sin embargo, García de Enterría llegó a sostener que la serie jurisprudencial establecida por varias sentencias del Tribunal Constitucional, anulatorias de sentencias penales firmes que habían declarado la existencia de un delito por no haber respetado la regla del artículo 4 de la Ley de enjuiciamiento criminal, constituía una verdadera revolución en nuestro sistema de prejudicialidad.[66]

Cabe resumir así esta jurisprudencia constitucional:

- La STC 30/1996, de 26 de febrero, estima el amparo interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 27 de diciembre de 1993, anulando la misma y acordando retrotraer las actuaciones al momento anterior de dictar sentencia, a fin de que se proceda a dictar la sentencia que en Derecho proceda, teniendo en cuenta el contenido de la sentencia de 23 de noviembre de 1992 de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, corroborada posteriormente por la de 30 de noviembre de 1994 de la misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

  Los antecedentes básicos del caso eran los siguientes: un español, licenciado en Medicina y Cirugía, había obtenido, en la República Dominicana, el título de doctor en Odontología, al amparo de un convenio internacional suscrito entre esa república y España, el 27 de enero de 1953, que establecía el principio de homologación automática de los títulos aca-

[65] Cfr. E. 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", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 98, 1998, p. 2.

[66] E. García de Enterría, obra citada en la nota 65, p. 5.

ISBN: 978-84-613-7600-1

démicos respectivamente obtenidos en cada uno de los países firmantes. Vuelto a España, el interesado solicitó la homologación de su título ante el Ministerio de Educación, que le fue denegada por silencio administrativo. Esta denegación fue revocada por una sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de noviembre de 1992, que reconoció su derecho al ejercicio profesional de odontólogo (la sentencia no era firme, por estar recurrida en casación). Pero, entretanto, el Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de Valladolid había interpuesto una querella por delito de intrusismo, querella que dio lugar, inicialmente, a una sentencia absolutoria del juzgado de lo penal núm. 2 de Valladolid, revocada, en apelación, por la Audiencia Provincial, con una condena a seis meses y un día de prisión menor, y multa de 100.000 pesetas.

Por tanto, la jurisdicción contencioso-administrativa, competente a título principal, había reconocido el derecho al ejercicio profesional, en tanto que la jurisdicción penal, competente a título prejudicial incidental, había calificado de delictivo dicho ejercicio.

La STC 30/1996 recuerda su propia jurisprudencia acerca de que carece de relevancia constitucional el hecho de que "puedan alcanzarse resultados contradictorios entre decisiones provenientes de órganos judiciales integrados en distintos órdenes jurisdiccionales", aun referentes a los mismos hechos.

Pero añade que ya en la sentencia 77/1983 se dio relevancia constitucional a la contradicción entre sentencias, cuando la misma proviene "no de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas, sino que reside precisamente en que unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue. Ello vulneraría el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en el artículo 9.3 de la Constitución. Pero en cuanto dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, ha de considerarse que ello vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela judicial efectiva, reconocido por el artículo 24 de la Constitución (sentencias constitucionales 62/1984, 158/1985). Así, pues, resulta también constitucionalmente legítimo que el ordenamiento jurídico establezca, en algunos supuestos, 'a través de la prejudicialidad devolutiva', la primacía o la competencia específica de una jurisdicción sobre otra, para que aquel efecto, inde-

ISBN: 978-84-613-7600-1

seado desde la perspectiva constitucional, llegue a producirse (sentencia constitucional 158/1985). De esta forma, *cuando el ordenamiento jurídico impone la necesidad de deferir al conocimiento de otro orden jurisdiccional una cuestión prejudicial*, máxime cuando del conocimiento de esta cuestión por el tribunal competente pueda derivarse la limitación del derecho a la libertad, *el apartamiento arbitrario de esta previsión legal* del que resulte una contradicción entre dos resoluciones judiciales, de forma que unos mismos hechos existan y dejen de existir respectivamente en cada una de ellas, *incurre en vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*, por cuanto la resolución judicial así adoptada no puede considerarse como una resolución razonada, fundada en derecho y no arbitraria, contenidos estos esenciales del derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución" (FJ 5; cursivas mías).

Como consecuencia de ello, se asigna al artículo 4 de la Ley de enjuiciamiento criminal un papel relevante para la resolución de las cuestiones prejudiciales contencioso-administrativas, afirmándose en el FJ 6 que "En el momento de dictarse la sentencia penal se encontraba pendiente un proceso administrativo de cuyo resultado dependía la integración de la conducta prevista en el artículo 321 CP, toda vez que a través de él, y por el órgano jurisdiccional competente para dicho pronunciamiento, se había de determinar si el recurrente tenía derecho o no a que se le expidiera el 'correspondiente título oficial reconocido por el convenio internacional', elemento típico del injusto del artículo 321, que en la esfera del proceso penal se debió haber revelado como una cuestión prejudicial que, por ser determinante de la culpabilidad o inocencia del acusado, merece ser calificada como devolutiva y, por tanto, enmarcada en el artículo 4 de la LECr. Tratándose, pues, de una *cuestión prejudicial devolutiva con respecto a la cual se había incoado ya el pertinente proceso contencioso-administrativo, es claro que, de conformidad con lo dispuesto en dicha norma procesal, el tribunal no podía extender a este elemento del tipo su competencia* (cual si de una mera cuestión incidental no devolutiva del art. 3 LECr se tratara). Lo que pudo haber hecho es, bien haber reconocido valor prejudicial vinculante a la sentencia de la Audiencia Nacional, 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, violentando su pronunciamiento, pues la potestad jurisdiccional del artículo 117.3

ISBN: 978-84-613-7600-1

de la Constitución no es incondicionada, sino que ha de efectuarse con arreglo a las normas de competencia entre los distintos órganos jurisdiccionales y de procedimientos establecidos."

- La STC 50/1996, de 26 de marzo de 1996, reitera la doctrina y el fallo de la STC 30/1996: "El presente recurso de amparo plantea una cuestión prácticamente idéntica a la suscitada en el recurso de amparo estimado por la STC 30/1996. Se ha sostenido la legitimidad desde la perspectiva constitucional del instituto de la prejudicialidad no devolutiva (SSTC 24/1984, 62/1984, 171/1994) 'como vía para permitir el conocimiento en su integridad en asuntos complejos (en los que se entrecruzan instituciones integradas en sectores del ordenamiento cuyo conocimiento ha sido atribuido a órdenes jurisdiccionales diversos) por un solo orden jurisdiccional cuando el conocimiento de estas cuestiones resulta instrumental para resolver sobre la pretensión concretamente ejercitada y a los solos efectos del propio proceso' (STC 171/1994). Como se indica en la STC 30/1996, ya citada, 'no todos los supuestos de eventuales contradicciones judiciales emanadas de órdenes jurisdiccionales distintos carecen de relevancia constitucional', pues ya desde la STC 77/1983, tuvimos ocasión de sostener que 'unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado... Así, pues, resulta también constitucionalmente legítimo que el ordenamiento jurídico establezca, en algunos supuestos, a través de la prejudicialidad devolutiva, la primacía o la competencia específica de una jurisdicción sobre otra para evitar que aquel efecto, indeseado desde la perspectiva constitucional, llegue a producirse (STC 158/1985)' (...) Tratándose, pues, de una cuestión prejudicial devolutiva con respecto a la cual se había incoado ya el pertinente proceso contencioso-administrativo, es claro que de conformidad con lo previsto en dicha norma procesal [art. 4 de la LECr] el tribunal no podía extender a este elemento del tipo su competencia [cual si de una mera cuestión incidental no devolutiva del art. 3 LECr se tratara]. Lo que pudo haber hecho es, bien haber reconocido valor prejudicial vinculante a la sentencia de la Audiencia Nacional, bien, al menos, haber suspendido el procedimiento penal hasta tanto hubiere ganado firmeza dicha sentencia..."
- La STC 91/1996, de 27 de mayo de 1996, también reitera la doctrina de la STC 30/1996: "Como ya afirmamos en el FJ 4 de la STC 30/1996, la resolución impugnada de amparo, en cuanto desconoce la existencia de una cuestión prejudicial administrativa, decisiva en la imposición de una pena privativa de libertad al recurrente, incurre en arbitrariedad y resulta

ISBN: 978-84-613-7600-1

contraria al artículo 24.1 de la Constitución... se debió de haber revelado como una cuestión prejudicial que, por ser determinante de la culpabilidad o inocencia del acusado, merece ser calificada como devolutiva y, por tanto, enmarcada en el artículo 4 de la LECr."

- La STC 102/1996, de 11 de junio de 1996, presenta, respecto de las anteriores, la particularidad de que el recurso contencioso-administrativo estaba aún sin fallar cuando se produjo la sentencia condenatoria por el delito de usurpación de funciones: "En el caso que ahora se examina ocurre que en el momento de dictarse la sentencia penal aquí impugnada se encontraba pendiente un proceso administrativo de cuyo resultado dependía la integración de la conducta prevista en el artículo 321 CP, toda vez que, a través de él, y por el órgano jurisdiccional competente, se había de determinar si el recurrente tenía derecho o no a que se le expidiera el correspondiente título oficial reconocido por convenio internacional, elemento típico del injusto del artículo 321, que en la esfera del proceso penal se debió de haber revelado como una cuestión prejudicial que, por ser determinante de la culpabilidad o inocencia del acusado, merece ser calificada de devolutiva y, por tanto, enmarcada en el artículo 4 de la LECr."

  El fallo acuerda "Anular la sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla de 5 de mayo de 1994 y retrotraer las actuaciones al momento anterior al pronunciamiento de la sentencia, a fin de que, por la citada Sección, se proceda a dictar la que en Derecho proceda a la vista del contenido de la resolución firme que recaiga en el proceso contencioso-administrativo entablado por el actor contra la resolución denegatoria de la homologación del título obtenido en la República Dominicana."

- La STC 255/2000, de 30 de octubre de 2000, pone de manifiesto que "La cuestión que se plantea aquí y ahora es idéntica en sustancia a las que se contemplan en las SSTC 30/1996, de 27 de febrero, 50/1996, de 26 de marzo, 91/1996, de 27 de mayo, y 102/1996, de 11 de junio, y por tanto no cabe en este momento sino reiterar las respuestas allí dadas con la misma argumentación que les sirvió de fundamento, a salvo de la singularidad que en este concurre y se indicará en su lugar oportuno."

  Tal singularidad consistía en que por la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el 23 de octubre de 1996, que se adjuntó por la recurrente con posterioridad a la demanda de amparo, se estimó el recurso contencioso-

ISBN: 978-84-613-7600-1

administrativo y se ha declarado el derecho de la demandante a que su título obtenido en Santo Domingo sea homologado al equivalente español.

2.3.4.2. Reacciones de la doctrina administrativa

El criterio seguido por estas cinco sentencias del Tribunal Constitucional entusiasmó a la doctrina administrativa, comenzando por uno de sus más señeros representantes.

En efecto, García de Enterría[67] sostuvo:

- Que tal criterio hizo revivir el artículo 4 de la Ley de enjuiciamiento criminal, que la doctrina consideraba apenas decorativo y que incluso se estimaba derogado, sin fundamento, por el artículo 10 de la Ley orgánica del poder judicial de 1985.
- Que esta innovación presenta una importancia excepcional respecto a las relaciones entre las jurisdicciones penal y contencioso-administrativa, cuando esta se ha encontrado enteramente subordinada a la primera, que, a través de su competencia prejudicial incidental atrayente o no devolutiva, ha venido resolviendo complejas cuestiones de Derecho Administrativo como presupuesto de sus calificaciones de las conductas punibles, cuando, por cierto, no solía encontrarse especialmente preparada para ese menester.
- Que la creación jurisprudencial del Tribunal Constitucional ha resultado especialmente oportuna tras la promulgación del nuevo Código Penal de 1995, en el que, erróneamente, se han criminalizado capítulos enteros del Derecho Administrativo.
- Que, en casi todos los tipos legales fijados en tal Código, no se trata de cuestiones simples, apreciables *icto oculi* por cualquier jurista, sino de cuestiones sumamente complejas (piénsese en las de Derecho Urbanístico), que solo mediante técnicas depuradas de Derecho Administrativo son susceptibles de ser valoradas y apreciadas. En la mayor parte de ellas, como la correcta calificación es "determinante de la culpabilidad o de la inocencia", el tribunal penal, de acuerdo con tal contundente jurisprudencia constitucional, debe –preceptivamente– "devolver" la competen-

[67] Obra citada en la nota 65.

ISBN: 978-84-613-7600-1

cia jurisdiccional, para apreciar esta cuestión prejudicial, a los tribunales del orden contencioso-administrativo, y esperar a su pronunciamiento sustantivo para extraer las debidas consecuencias penales.

- Que, por tanto, esta doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional obligará, en adelante, a los tribunales penales (principio de vinculación a la jurisprudencia constitucional de todos los jueces y tribunales, como un correlato de la vinculación a la Constitución: artículo 5 de la Ley orgánica del poder judicial) a plantear cuestión prejudicial devolutiva en los amplios términos del artículo 4 de la Ley de enjuiciamiento criminal, aunque en la práctica será difícil, probablemente, imponer este criterio como regla absolutamente general, al menos en un primer tiempo. Será importante aplicarlo, no obstante, en esos nuevos campos penal-administrativos que ha abierto el nuevo Código penal, campos cuya complejidad jurídico-administrativa es manifiesta y que resultaría temerario dejar a la improvisación –tantas veces sin el debido rigor técnico, dicho sea con todos los respetos–, que no son infrecuentes en los jueces penales en estos casos.
- Que resultan inadmisibles jurídicamente los dictámenes periciales a que suelen recurrir los jueces penales para obviar su falta de conocimiento jurídico de la materia, por aplicarse no a cuestiones de hecho o técnicas, sino al fondo de la calificación jurídica, que es presupuesto de la calificación penal.
- Que cabe postular, en todos los casos de prevaricación administrativa, después de la nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la necesaria puesta en juego de la prejudicialidad devolutiva en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, según el artículo 4 de la Ley de enjuiciamiento criminal, y, consiguientemente, podrá hacerse un reproche de constitucionalidad, conforme a la misma jurisprudencia, a la sentencia penal que se dicte sin haber depurado antes ante el juez contencioso-administrativo la legalidad o ilegalidad del acto incriminado.
- Que, por fin, las conclusiones que se derivan de la nueva jurisprudencia constitucional parecen abrir importantes vías de control contencioso-administrativo a las estimaciones jurídico-administrativas materiales que, cada vez con mayor frecuencia, hacen los jueces penales, y que el nuevo Código Penal ha extendido a niveles gravemente peligrosos, si no se aplicasen con rigor las técnicas expuestas, en bien de básicos principios constitucionales: tutela judicial efectiva, juez predeterminado por la ley, seguridad jurídica, protección máxima de la libertad *(favor libertatis)*. Un importante campo de la vida jurídica queda iluminado con una luz nueva y liberadora.

ISBN: 978-84-613-7600-1

En análoga línea, los profesores Ballbé y Padrós[68] publicaron, en el año 2004, una interesante monografía sobre la prejudicialidad administrativa en el proceso penal, cuya reflexión final propugna "la recuperación de lo administrativo como mecanismo de defensa del ciudadano."

Advierten estos autores que la impaciencia atribuye a la intervención administrativa los defectos de la lentitud y de la tolerancia, mientras que el Derecho Penal reviste una aureola de mayor efectividad y contundencia, pero colocar este en primer plano supone una hipertrofia cualitativa y cuantitativa de esta rama del Derecho, y una perversión de su función, eminentemente secundaria en esta materia.

Los mismos autores reivindican que, al revés de lo que suele aparecer en argumentaciones acaloradas, ante la falta de solución de determinados problemas, lo que debería pedirse es más –y mejor– Derecho Administrativo, y no, en cambio, más criminalización de las conductas.

Y esta afirmación de lo administrativo se revela igualmente para el caso de las cuestiones prejudiciales administrativas: en un ordenamiento jurídico cada vez más complejo, la división entre jurisdicciones y la especialización debe ir acompañada de los mecanismos de limitación de una jurisdicción sobre otra, de forma que la preeminencia de la jurisdicción penal se verá matizada por el carácter restrictivo que suponen las cuestiones prejudiciales devolutivas.

Para Ballbé y Padrós,[69] en suma, "La prejudicialidad administrativa supone una afirmación del Derecho de la Administración como un

[68] M. BALLBÉ MALLOL y C. PADRÓS REIG: *La prejudicialidad administrativa en el proceso penal*, Thomson-Cívitas y Universidad Autónoma de Barcelona, 2004.

[69] M. BALLBÉ MALLOL y C. PADRÓS REIG, en la obra citada en la nota anterior, concluyen así (p. 224-225):

"Como se ha dicho, 'la cuestión prejudicial se constituye como un auténtico límite a la jurisdicción, en tanto restringe ostensiblemente la capacidad del órgano jurisdiccional respecto de aquellas cuestiones que exceden de su competencia, ya impidiendo que conozca de las misma obligándole a deferir su conocimiento a quien ostenta tal competencia como paso previo a la resolución de la cuestión principal; ya limitando la resolución que haga de ellas a los solos efectos del enjuiciamiento de la principal; ya condicionando su competencia al transcurso de determinados plazos de tiempo o cumplimiento de ciertos requisitos.'

"La doctrina administrativa encuentra en la obra del procesalista GIMENO SENDRA una formidable actualización de sus contenidos. Es justo reconocer que sólo un jurista con un alto sentido de la justicia material y una visión amplia y rica del ordenamiento puede recurrir a la fórmula de la prejudicialidad administrativa como forma de garantía de la centralidad que el ciudadano debe ocupar en cualquier ordenamiento.

ISBN: 978-84-613-7600-1

mecanismo de protección del ciudadano frente a la arrolladora fuerza del Derecho Penal."

2.3.4.3. Réplica de la jurisprudencia penal

Frente a lo que se presumía en principio, el anterior estado de cosas, de primacía absoluta e incondicionada del orden jurisdiccional penal, persiste pese a la jurisprudencia constitucional.

Ya García de Enterría[70] advertía que "no será arriesgado imaginar que los tribunales penales no van a seguir dócilmente –al menos en un primer momento– esa jurisprudencia constitucional y que su hábito de prejudicialidad atractiva propia e incidental continuará predominando, al menos durante bastante tiempo, en tanto lleguen a corregirse los hábitos inerciales del foro."

Ese sentimiento del juez penal de superioridad sobre los demás jueces, como un atributo de su jurisdicción, se sigue compartiendo con entusiasmo por los individuos del ministerio fiscal y por la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, no obstante la jurisprudencia constitucional:

•• Doctrinalmente, cabe destacar los siguientes criterios:

• Para Conde-Pumpido,[71] el sistema español consagra la "accesoriedad relativa del Derecho" y no del acto administrativo. Refiriéndose al delito ecológico, señala que en el Derecho comparado cabe encontrar, en la tutela penal del medio ambiente, dos modelos diferentes de reenvío admi-

"Y es que con lo aquí expuesto se descubre un nuevo matiz del Derecho Administrativo. Tradicionalmente, se ha analizado esta rama del Derecho como la constante lucha de la Administración por escapar de los métodos de control del poder. O como una forma de mantener ciertos privilegios procesales frente al modo de operar de los demás sujetos jurídicos. La prejudicialidad administrativa, en cambio, supone una afirmación del Derecho de la Administración como un mecanismo de protección del ciudadano frente a la arrolladora fuerza del Derecho Penal. No deja de parecer cierta paradoja que se abrace al Derecho Administrativo en una época de aparente huida del mismo."

[70] E. García de Enterría, obra citada en la nota 65, p. 11.

[71] C. Conde-Pumpido Tourón: "Complementariedad de la tutela penal y administrativa del medio ambiente. Problemas que suscita desde el punto de vista del Derecho Penal", *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial*, núm. 11, 1997, p. 437-496.

ISBN: 978-84-613-7600-1

nistrativo: el reenvío o remisión del tipo penal para su integración a la normativa administrativa o reglamentación protectora del medio ambiente, y el reenvío o remisión a las autorizaciones, aprobaciones u órdenes de la autoridad administrativa, dualidad de modelos que se puede denominar accesoriedad (relativa) de derecho y accesoriedad (relativa) de acto. En el nuevo Código Penal español, y en lo que se refiere a la tutela penal del medio ambiente, se acogen ambos modelos, el de accesoriedad de derecho, como más relevante, en el tipo básico del delito ecológico, artículo 325, al exigir como elemento normativo del tipo penal la contravención de las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, y la accesoriedad de acto en el tipo agravado del artículo 326.a), cuando la industria o actividad funcione clandestinamente, "sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de las instalaciones."

El mismo autor, ante el problema planteado cuando la Administración concede una autorización o licencia que no debe conceder, bien por error (provocado o no, deliberadamente, por el solicitante), o bien por intereses de diversa índole, señala que el Código Penal hace frente a este problema sancionando a los funcionarios o autoridades que informan o conceden las autorizaciones ilícitas (artículo 329), pero no aporta soluciones concretas respecto de la penalización, en estos casos, de la conducta de los particulares, cuando han impulsado o se aprovechan, de mala fe, de la autorización ilícita.

• Rodríguez Fernández[72] sostiene que la primacía del orden jurisdiccional penal es un principio jurídico esencial en un Estado social y democrático de Derecho, pues si la justicia es valor superior del ordenamiento (artículo 1 CE) y la realidad ha de ser transformada para la efectividad de los derechos de los ciudadanos (artículo 9.2), esta justicia ha de ser realizada, allá donde exista un interés superior a tutelar, como en el proceso penal, mediante una investigación exhaustiva y sin cortapisa de la verdad material, lo que quiere decir que los medios y facultades de investigación oficial que ofrece el proceso penal garantizan mejor que cualesquiera otros un hallazgo de la verdad material no desvirtuado por los intereses, legítimos pero inferiores, de las partes no públicas intervinientes.

[72] Cfr. obra citada en la nota 10. Consta en ella que el autor es "abogado fiscal de la Audiencia Provincial de Huelva. Miembro de la Red andaluza de Fiscales especialistas en medio ambiente."

ISBN: 978-84-613-7600-1

Para este autor, hay más: en algunos casos –como el del artículo 62.1, d) LRJPAC– se puede hablar más bien de una cuestión prejudicial penal en un proceso administrativo, dado que los hechos enjuiciados pueden ser constitutivos de delito (con obligatoria suspensión, conforme al artículo 114 de la LECr y al artículo 10.2 de la LOPJ). Así, frente a la errónea interpretación de algunos administrativistas, un delito de cohecho ha de motivar la suspensión del proceso administrativo sobre el acto dictado como consecuencia de aquel, y la posible prevaricación resultante no dependerá de declaración alguna de un tribunal administrativo, sino de que efectivamente se pruebe en sede penal que el acto se dictó por ese estímulo ilegítimo. Tal acto, en todo caso, sería nulo, por ser consecuencia o medio de la comisión de un delito, al margen de toda declaración administrativa al respecto. Todo depende de qué hechos resulten probados ante el tribunal penal.

Por fin, frente al problema apuntado de la concesión de una autorización administrativa, enfatiza que la actuación administrativa al margen de la ley no solo no es legítima, sino que es antijurídica, y no puede servir, por tanto, de cobertura plausible a los actos de los particulares, añadiendo que la autorización administrativa ilegal tampoco hace desaparecer el injusto penal, pues este se integra por las normas que la autorización infringe y no por el acto administrativo infractor. Esto es: subsiste el elemento exigido por el tipo, que es la contravención normativa.[73]

Rodríguez Fernández critica contundentemente la doctrina constitucional:

– Su interpretación presenta dos graves errores: a) Falta la premisa del razonamiento, pues no estamos ante un sistema de prejudicialidad devolutiva absoluta y este presupuesto es una cuestión de legalidad or-

[73] A partir de estas premisas, I. Rodríguez Fernández acude al ya mencionado problema de la culpabilidad: "De ahí que el problema radique exclusivamente en el conocimiento que el particular tiene o no de la ilegalidad de la autorización, pues si conoce que su actuación es ilegítima y que tiene un amparo puramente formal y contrario al ordenamiento cometerá igualmente el delito medioambiental, urbanístico, contra el patrimonio histórico… ¿O no es ilegal la obra no autorizable realizada en medio de un parque natural amparada en una autorización administrativa obtenida mediante cohecho? ¿No delinque ese promotor? ¿Y las autorizaciones que se solicitan a sabiendas de su ilegitimidad y que se pretenden obtener por silencio administrativo de unas autoridades y funcionarios negligentes o incluso cómplices? ¿Deben legitimar todo atropello urbanístico o medioambiental? Si, en cambio, el particular actuó confiando en la legalidad de la autorización obtenida, nos encontraríamos ante un supuesto de error, vencible o invencible, según las circunstancias del caso."

ISBN: 978-84-613-7600-1

dinaria en la que no puede entrar el Tribunal Constitucional;[74] y b) el Tribunal Constitucional viene a apartarse de un principio jurídico esencial en un Estado social y democrático de Derecho: la primacía del orden penal, pues si la justicia es valor superior del ordenamiento (artículo 1 CE) y la realidad ha de ser transformada para la efectividad de los derechos de los ciudadanos (artículo 9.2), esta justicia ha de ser realizada, allá donde exista un interés superior a tutelar, como en el proceso penal, mediante una investigación exhaustiva y sin cortapisa de la verdad material.[75]

– El Tribunal Constitucional yerra en el enfoque del asunto: La verdadera esencia de la cuestión prejudicial en el proceso penal no se encuentra en el hallazgo de hechos, pues para ese fin el proceso penal ofrece medios mejores que cualquier otro, sino en la interpretación de elementos jurídicos no penales utilizados por los tipos criminales. Esto es: la problemática de la cuestión prejudicial no penal se contrae a la interpretación de los elementos normativos típicos (jurídicos y no privativamente penales). En definitiva, el juez penal solo está legitimado a levantar la carga del proceso, para que otro juez resuelva una cuestión indisolublemente relacionada con el mismo que cumpla los 8 requisitos que detalla, entre ellos, que sea un juicio valorativo de un elemento típico, no de una apreciación de hechos; que ese juicio valorativo sea normativo y jurídico; que no sea propio del Derecho Penal, esto es, que no tenga una significación propia desde el punto de vista jurídico-penal; que pueda dar lugar a un proceso no penal propio; y que exista un proceso abierto, con idéntico objeto parcial ante otro orden jurisdiccional.

– La discutible doctrina constitucional ya ha sido utilizada por algunos autores para sostener que buena parte del Código Penal es poco menos que una invasión del campo propio del Derecho Administrativo, y que la interpretación de los elementos normativos que utilizan estos tipos penales ha de reservarse necesariamente al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, que actuaría como justicia preventiva, a la que quedaría yuxtapuesta la penal. En resumen: una subversión del sistema y una buena muestra de que, como bien dice uno de los autores

[74] I. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, obra citada en la nota 10, p. 120.
[75] Ídem, p. 121.

ISBN: 978-84-613-7600-1

que ha defendido esta tesis, "las teorías jurídicas equivocadas son rara vez inocuas: todas arrastran efectos injustos y graves."

– En suma, como reza uno de los epígrafes de la obra de Rodríguez Fernández,[76] se trataría de "Teorías jurídicas imperialistas favorecidas por una doctrina circunstancial del Tribunal Constitucional y sus consecuencias: en particular, el perjuicio para el hallazgo de la verdad material."

•• El criterio de la Sala Segunda del Tribunal Supremo queda recogido con amplitud en la citada STS de 30 de mayo de 2007 (RJA 2007\4817), que reproduce otras anteriores:[77]

a) La regla contenida en el párrafo primero del artículo 10 de la LOPJ no se encuentra limitada por excepción alguna que se refiera a cuestiones de naturaleza civil, administrativa o laboral que se susciten en el orden jurisdiccional penal, por lo que, en principio, ha de estimarse que esta norma posterior y de superior rango ha derogado tácitamente lo prevenido en el artículo 4.º de la decimonónica Ley de enjuiciamiento criminal.

b) Esta concepción es, además, congruente con la naturaleza de los tipos delictivos propios del Derecho Penal actual, en el que la ampliación de la tutela penal a un espectro más amplio de bienes jurídicos de esencial relevancia social, impone una configuración de los tipos plagada de elementos normativos extrapenales: delitos ambientales, delitos urbanísticos, delitos societarios, delitos fiscales, delitos de prevaricación u otros contra la Administración Pública, insolvencias punibles, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, etc.

c) Esta tutela penal frente a los más graves atentados contra los bienes jurídicos reconocidos por el resto del ordenamiento, quedaría vacía de contenido efectivo si en el propio proceso penal no se pudiesen resolver, como regla general, las cuestiones jurídicas de otra naturaleza, necesarias para la constatación de la concurrencia del delito objeto de enjuiciamiento.

d) Una interpretación amplia de lo prevenido en el citado artículo 4.º de la Ley de enjuiciamiento criminal impediría prácticamente el enjuiciamiento autónomo de los referidos tipos delictivos, pues en todos ellos la determinación de la concurrencia de alguno de los elementos integrantes

[76] Ídem, p. 126.

[77] SSTS de 13 de julio de 2001, 24 de julio de 2001, 27 de septiembre de 2002, 21 de junio de 2006 y 28 de marzo de 2006.

ISBN: 978-84-613-7600-1

del tipo –y en definitiva la culpabilidad o inocencia del acusado– dependen de la previa valoración, resolución o interpretación de una cuestión jurídica de naturaleza extrapenal.

•• Por otra parte, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha entendido que la reseñada doctrina constitucional no impide su reiterada tesis de que el artículo 4 de la Ley de enjuiciamiento criminal y, en general, las cuestiones devolutivas, han quedado derogadas tácitamente por el artículo 10 de la LOPJ. Así se sostiene explícitamente en la citada STS de 24 de julio de 2001 (RJA 2001\7720) y en todas las demás, igualmente reseñadas, que se remiten o reproducen la misma, y ello por las siguientes razones:

• En primer lugar, dice el Tribunal Supremo, "la doctrina constitucional se establece en supuestos específicos planteados en condenas por delitos de intrusismo, tipo delictivo al que el Tribunal Constitucional ha dedicado una especial atención y en el que es ya tradicional su posición extremadamente restrictiva. Constituye, en realidad, el tipo delictivo cuyas condenas han provocado con mayor frecuencia la estimación de recursos de amparo, al apreciar vulneración de diversos principios constitucionales."[78] Y añade: "Pues bien, el caso ahora enjuiciado constituye un supuesto muy distinto, de delito de estafa, en el que no concurren las circunstancias específicas que fundamentan la doctrina expresada en las sentencias invocadas por el recurrente, doctrina que no se puede generalizar."

• En segundo lugar, añade el Tribunal Supremo, "ha de tenerse en cuenta que la valoración de los efectos derogatorios del art. 10 de la LOPJ sobre

[78] La STS de 24 de julio de 2001 señala al respecto:

"Bien apreciando vulneración del principio de legalidad penal (SSTC 111/1993, 131/1993, 132/1993, 133/1993, 136/1993, 137/1993, 138/1993, 139/1993, 140/1993, 200/1993, 201/1993, 215/1993, 222/1993, 223/1993, 240/1993, 241/1993, 248/1993, 249/1993, 250/1993, 260/1993, 277/1993, 295/1993, 339/1993, 348/1993, 123/1994, 239/1994, 130/1997, 219/1997, 142/1999 y 174/2000), en supuestos de condenas por intrusismo en profesiones que no exigen título 'académico'; bien extendiendo para estos tipos delictivos el recurso extraordinario de revisión penal a supuestos de aplicación retroactiva de la doctrina jurisprudencial, calificada como 'hecho nuevo' (sentencia 150/1997); bien excluyendo del concepto de 'título académico' aquellos que exijan estudios académicos pero no hayan sido expedidos por una autoridad académica (sentencias 130/1997, 219/1997, 142/1999 o 174/2000), o bien, como sucede en los casos citados por el recurrente, estimando los recursos de amparo interpuestos contra sentencias condenatorias por considerar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 30/1996, 50/1996, 91/1996, 102/1996 y 255/2000), al apreciar contradicción entre la jurisdicción penal y la contencioso-administrativa sobre la validez del título empleado para el ejercicio de la profesión."

ISBN: 978-84-613-7600-1

la regulación de las cuestiones prejudiciales en la LECr constituye, en principio, una cuestión de interpretación de la legalidad ordinaria, que no ha sido analizada de modo expreso y generalizado por el Tribunal Constitucional."

• Y, en tercer lugar, se concluye por el Tribunal Supremo, "ha de tenerse en cuenta que el propio Tribunal Constitucional ha matizado y limitado con posterioridad dicha doctrina al desestimar recursos de amparo fundamentados en ella pero interpuestos en supuestos ajenos al delito de intrusismo", reseñando como ejemplo la STC 278/2000, de 27 de noviembre, que desestima el recurso de amparo interpuesto contra una condena por delitos de estafa y falso testimonio, fundado en la supuesta obligatoriedad del planteamiento previo de una cuestión prejudicial devolutiva de naturaleza civil, de la que dependía la concurrencia de un elemento básico del tipo delictivo de estafa.[79]

[79] La STS de 24 de julio de 2001 reseña así el contenido de la STC 278/2000:

"En esta resolución se destaca acertadamente que 'normalmente carece de relevancia constitucional la posibilidad de que puedan producirse resultados contradictorios entre órganos judiciales de distintos órdenes, cuando la contradicción es consecuencia de los distintos criterios informadores del reparto de competencia que ha llevado a cabo el legislador.'

"Añadiendo el Tribunal Constitucional, con carácter general, que 'en los asuntos que hemos denominado complejos (es decir, en aquellos en los que se entrelazan instituciones integradas en sectores del ordenamiento cuyo conocimiento ha sido legalmente atribuido a órdenes jurisdiccionales diversos), es legítimo el instituto de la prejudicialidad no devolutiva, cuando el asunto resulte instrumental para resolver la pretensión concretamente ejercitada y a los solos efectos de ese proceso, porque no existe norma legal alguna que establezca la necesidad de deferir a un orden jurisdiccional concreto el conocimiento de una cuestión prejudicial y corresponde a cada uno de ellos decidir si se cumplen o no los requerimientos precisos para poder resolver la cuestión, sin necesidad de suspender el curso de las actuaciones, siempre y cuando la cuestión no esté resuelta en el orden jurisdiccional genuinamente competente.'

"Es decir, que el propio Tribunal Constitucional admite: a) que no existe norma legal alguna que establezca la necesidad de deferir a un orden jurisdiccional concreto el conocimiento de una cuestión prejudicial; b), que corresponde a cada uno de ellos decidir si se cumplen o no los requerimientos precisos para poder resolver la cuestión, sin necesidad de suspender el curso de las actuaciones; c) que a lo que está obligado el tribunal penal es a respetar el pronunciamiento previo del orden jurisdiccional genuinamente competente, cuando la cuestión ya esté resuelta por este.

"Concluyendo el Tribunal Constitucional en dicha resolución (STC 278/2000, de 27 de noviembre, fundamento jurídico séptimo, *in fine*) que cuando el tribunal penal analiza el hecho desde la óptica que le corresponde y a los solos efectos de la determinación de uno de los elementos del tipo penal, con ello no puede integrar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 de la Constitución Española."

ISBN: 978-84-613-7600-1

Estas consideraciones de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo no siempre se compadecen, en mi opinión, con un análisis objetivo de la doctrina constitucional.

En primer lugar, que la doctrina del Tribunal Constitucional la haya motivado un concreto tipo delictivo, el de intrusismo, no debe privarle ni de su valor ni de su generalidad. No es, como se ha pretendido, una doctrina "circunstancial",[80] y nada impide, dados los términos en que se formula, su generalización. Ello sin perjuicio de resultar evidente que se ha formulado ante unos casos extremos o límites, en que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, competente a título principal, había reconocido el derecho al ejercicio profesional, en tanto que la jurisdicción penal, competente a título prejudicial incidental, había calificado de delictivo dicho ejercicio. Pero muchas veces son los casos extremos o límites los que propician la proclamación de criterios constitucionales o jurisprudenciales que no por ello pueden y deben dejar de ser objeto de generalización.[81]

En segundo lugar, resulta cierto que el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado de forma expresa y generalizada sobre los efectos derogatorios del artículo 10 de la LOPJ. Pero no es menos cierto que sus sentencias sobre la materia, de forma harto explícita y detallada, proclaman la vigencia y aplicabilidad del artículo 4 de la Ley de enjuiciamiento criminal, así como que su vulneración implica, a su vez, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. La conclusión no puede ser otra, en mi opinión, que sostener que el artículo 10 de la LOPJ, interpretado en la forma en que lo hace la jurisprudencia penal (esto es, con efectos derogatorios de la existencia de posibles cuestiones prejudiciales devolutivas y

[80] I. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, obra citada en la nota 10, p. 126.

[81] El más relevante cambio en la legislación tributaria española, relativo a la tributación por IRPF de la unidad familiar, se produjo como consecuencia de la STC 45/1989, de 20 de febrero de 1989, la cual estimó una auto-cuestión de inconstitucionalidad planteada por el pleno del propio Tribunal Constitucional en la STC 209/1988, de 10 de noviembre, que otorgó el amparo a un contribuyente que había contraído matrimonio el 27 de diciembre de 1980, lo que motivó la estimación como correcta, por la Inspección de Tributos y por la Audiencia Territorial de Barcelona, de la imposición al recurrente y a su cónyuge de la acumulación de sus rentas en la declaración por IRPF correspondiente al ejercicio de 1980. Fue este caso extremo el que, tras décadas de aplicarse tal acumulación de rentas de los miembros de la unidad familiar, propició una doctrina tan general que hubo de modificarse sustancialmente toda la imposición sobre la renta de las personas físicas.

ISBN: 978-84-613-7600-1

con la única subsistencia de cuestiones prejudiciales no devolutivas, con predominio absoluto e incondicionado del orden jurisdiccional penal), resulta contrario al artículo 24.1 de la Constitución.

Por fin, la lectura que se hace por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de la STC 278/2000, de 27 de noviembre de 2000, resulta incompleta. La lectura íntegra de sus razonamientos jurídicos 6 y 7[82] pone de manifiesto:

[82] Los razonamientos jurídicos 6 y 7 de la STC 278/2000, de 27 de noviembre de 2000, rezan así:

"6. Comenzando, pues, por la lesión al derecho a la tutela judicial efectiva, sostienen los recurrentes que la Sala de apelación desconoció la existencia de una cuestión prejudicial devolutiva civil. Concretamente entienden que para condenar al demandante don Manuel G. Q. era preciso destruir la presunción de exactitud registral derivada de la titularidad del bien inmueble adquirido por aquel en escritura pública, como punto de partida o dato de hecho esencial para apreciar la concurrencia de uno de los elementos básicos del delito de estafa por el que fue condenado. Según los recurrentes, dado que la condena se produce, precisamente, por estimar probado que el contrato de compraventa suscrito en su día con el propietario del inmueble, y causante de los perjudicados, era simulado, hubiera sido necesario que los tribunales del orden jurisdiccional civil se hubieran pronunciado sobre tal cuestión que, en consecuencia, no podía ser declarada por un tribunal del orden penal.

"Para abordar correctamente la lesión aducida hemos de recordar nuestra ya asentada doctrina sobre el tema, ante todo porque los recurrentes consideran que, con carácter general, hemos sostenido que, ante la existencia del instituto de la prejudicialidad, el derecho a la tutela judicial efectiva impide a los órganos judiciales pronunciarse sobre una cuestión cuyo conocimiento corresponde en principio a los órganos de otro orden jurisdiccional, a fin de evitar pronunciamientos contradictorios. La regla general, sin embargo, es precisamente la contraria y nuestra doctrina ha sido muy restrictiva al analizar la relevancia constitucional de la contradicción. Hemos mantenido (SSTC 171/1994, de 7 de junio, F. 4; 30/1996, de 27 de febrero, F. 5; 50/1996, de 26 de marzo, F. 3; 59/1996, de 4 de abril, F. 2; 102/1996, de 11 de junio, F. 3, 89/1997, de 5 de mayo, F. 3, y 190/1999, de 25 de octubre, F. 4) que normalmente carece de relevancia constitucional la posibilidad de que puedan producirse resultados contradictorios entre resoluciones de órganos judiciales de distintos órdenes, cuando la contradicción es consecuencia de los distintos criterios informadores del reparto de competencias que ha llevado a cabo el legislador.

"Dicho de otro modo –STC 190/1999, ya citada– solamente hemos reconocido relevancia constitucional a la contradicción cuando no es consecuencia inevitable del ejercicio de la independencia de los órganos jurisdiccionales, en el marco legal vigente de distribución de la jurisdicción única entre los distintos órdenes, como ocurre, en especial, cuando la contradicción deriva de la diversa apreciación de unos mismos hechos desde distintas perspectivas jurídicas o cuando en virtud de la ordenación legal deba atribuirse prevalencia a un orden respecto de otro (de modo que lo resuelto en la sentencia del primero deba ser vinculante para el segundo). Al punto que, a pesar de los inconvenientes que puede tener que dos órganos judiciales distintos puedan llegar a interpretaciones jurídicas diferentes, el necesario respeto a la independencia judicial resta relevancia constitucional a las posibles contradicciones que puedan producirse al abordar un asunto desde ópticas distintas. Por ello, en los asuntos que hemos denominado

ISBN: 978-84-613-7600-1

a) Que el recurrente en amparo pretendía, nada menos, que para su condena por estafa era preciso destruir la presunción de exactitud registral derivada de la titularidad del bien inmueble adquirido por aquel en escritura pública, y que el orden jurisdiccional civil se hubiera pronunciado sobre la simulación declarada probada por la sentencia penal.

b) Que el mismo recurrente sostenía que la doctrina constitucional exigía que, ante la existencia del instituto de la prejudicialidad, el derecho a la tutela judicial efectiva impide a los órganos judiciales pronunciarse sobre una cuestión cuyo conocimiento corresponde, en principio, a los órganos

---

complejos (es decir, en aquellos en los que se entrecruzan instituciones integradas en sectores del ordenamiento cuyo conocimiento ha sido legalmente atribuido a órdenes jurisdiccionales diversos) es legítimo el instituto de la prejudicialidad no devolutiva, cuando el asunto resulte instrumental para resolver la pretensión concretamente ejercitada y a los solos efectos de ese proceso, porque no existe norma legal alguna que establezca la necesidad de deferir a un orden jurisdiccional concreto el conocimiento de una cuestión prejudicial y corresponde a cada uno de ellos decidir si se cumplen o no los requerimientos precisos para poder resolver la cuestión, sin necesidad de suspender el curso de las actuaciones, siempre y cuando la cuestión no esté resuelta en el orden jurisdiccional genuinamente competente.

"7. Los recurrentes, con cita de las SSTC 30/1996 y 50/1996, consideran que la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva se ha producido porque los tribunales del orden penal no podían analizar la existencia de un delito de estafa sin que previamente se decidiera por el orden jurisdiccional civil la cuestión del carácter simulado o no de la compraventa del inmueble. Sin embargo, basta para rechazar la pretendida lesión con la constatación de que, en este supuesto, no existe la contradicción a que se alude ni, por lo tanto, le es aplicable la doctrina sentada en las resoluciones mencionadas. De los hechos relatados por los propios recurrentes se desprende, con claridad, que la cuestión que suscitan no ha sido objeto de pronunciamiento por los órganos judiciales del orden civil, a los cuales ni siquiera les ha sido sometida la controversia, por lo que difícilmente puede producirse un pronunciamiento contradictorio, ni siquiera en el terreno de lo hipotético.

"Pero, aun cuando situáramos esta posible vulneración desde la perspectiva adoptada por los recurrentes –la necesidad de deferir la cuestión civil a los tribunales de dicho orden jurisdiccional, por ser prevalente su decisión– la conclusión sería la misma. Dada la construcción que el órgano judicial realiza respecto de la existencia del elemento del engaño, la cuestión de la simulación de un contrato de compraventa no es sino el punto de partida del que parte el razonamiento judicial; ni siquiera es el dato relevante para apreciar la culpabilidad del recurrente señor G. Q., pues basta una simple lectura de la resolución combatida para apreciar que el razonamiento judicial para apreciar la existencia de dicho elemento fue la inclusión del bien inmueble disputado dentro del caudal relicto del causante a efectos del acuerdo al que se llegó entre los herederos y su posterior exclusión cuando los demás habían realizado por su parte las ventas de otros bienes en similares condiciones, por lo que nos encontramos ante un supuesto en el que el tribunal penal analiza el hecho desde la óptica que le correspondía y a los solos efectos de la determinación de uno de los elementos del tipo penal, lo cual no puede integrar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 CE."

ISBN: 978-84-613-7600-1

de otro orden jurisdiccional, a fin de evitar pronunciamientos contradictorios. Ante ello, recuerda la sentencia que la regla general, sin embargo, es precisamente la contraria, siendo muy restrictiva al analizar la relevancia constitucional de la contradicción, existiendo relevancia constitucional a la contradicción únicamente cuando no es consecuencia inevitable del ejercicio de la independencia de los órganos jurisdiccionales.

c) Que, en consecuencia, en los asuntos complejos es legítimo el instituto de la prejudicialidad no devolutiva, cuando el asunto resulte instrumental para resolver la pretensión concretamente ejercitada y a los solos efectos de ese proceso, porque no existe norma legal alguna que establezca la necesidad de deferir a un orden jurisdiccional concreto el conocimiento de una cuestión prejudicial y corresponde a cada uno de ellos decidir si se cumplen o no los requerimientos precisos para poder resolver la cuestión, sin necesidad de suspender el curso de las actuaciones, siempre y cuando la cuestión no esté resuelta en el orden jurisdiccional genuinamente competente.

d) Que de los hechos relatados por los propios recurrentes se desprende, con claridad, que la cuestión que suscitan no ha sido objeto de pronunciamiento por los órganos judiciales del orden civil, a los cuales ni siquiera les ha sido sometida la controversia, por lo que difícilmente puede producirse un pronunciamiento contradictorio, ni siquiera en el terreno de lo hipotético.

e) Que, en todo caso, dada la construcción que el órgano judicial realiza respecto de la existencia del elemento del engaño, la cuestión de la simulación de un contrato de compraventa no es sino el punto de partida del que parte el razonamiento judicial, y ni siquiera es el dato relevante para apreciar la culpabilidad del recurrente. Por tanto, nos encontramos ante un supuesto en el que el tribunal penal analiza el hecho desde la óptica que le correspondía y a los solos efectos de la determinación de uno de los elementos del tipo penal, lo cual no puede integrar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 CE.

De lo anterior resulta que: 1.º) Ante todo, que la cuestión de la simulación alegada no era siquiera dato relevante para apreciar la culpabilidad del recurrente en amparo, supuesto en que nunca cabe integrar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, lo cual no puede suponer, como sostiene la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que haya quedado derogada la institución de la prejudicialidad devolutiva

ISBN: 978-84-613-7600-1

en todo caso, ni menos que las decisiones de cualquier otro órgano no jurisdiccional penal no puedan vincular a la jurisdicción penal. Por el contrario, subsiste la prejudicialidad devolutiva cuando el dato o cuestión prejudicial sea determinante de la culpabilidad, en cuyo supuesto sí existirá vinculación para la jurisdicción penal de lo resuelto por el orden jurisdiccional *genuinamente* competente; y 2.º) Por tanto, si la cuestión estimada prejudicial está resuelta por orden jurisdiccional *genuinamente* competente, o sometida al conocimiento del mismo, será necesario que el tribunal penal suspenda el curso de las actuaciones, y vendrá vinculada, en principio, a lo decidido por él.

La consecuencia, en mi opinión, no puede ser otra que entender que la doctrina jurisprudencial penal dominante que, en base a la interpretación que realiza del artículo 10 de la LOPJ, entiende derogado el artículo 4 de la Ley de enjuiciamiento criminal, y desaparecidas en lo penal las cuestiones prejudiciales devolutivas, es rigurosamente contradictoria con la doctrina constitucional. Cosa por completo diferente es que en los supuestos analizados por aquella doctrina jurisprudencial penal no se dieran los presupuestos de la prejudicialidad devolutiva, lo que aparece como obvio, pero lo procedente entonces hubiera sido declararlo así (no hay duda, como sostiene la STC 278/2000, de que corresponde al tribunal enjuiciador decidir si se cumplen o no tales presupuestos o requerimientos precisos para la devolutividad) y no sentar una doctrina general contraria a la del Tribunal Constitucional, la cual, en otros supuestos, puede efectivamente vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva.

2.3.4.4. La más escandalosa consecuencia práctica: "pericias jurídicas"

Sin duda, la perversión más acusada del estado actual de la cuestión que nos ocupa, es la señalada inadmisibilidad jurídica de los dictámenes periciales a que suelen recurrir los jueces penales para obviar su falta de conocimiento jurídico de las materias extrapenales, por aplicarse no a cuestiones de hecho o técnicas, sino al fondo de la calificación jurídica que es presupuesto de la calificación penal.

ISBN: 978-84-613-7600-1

La perversión quedó ya destacada por Rodríguez Ramos,[83] como producto de la irrupción del Derecho Penal en ámbitos tradicionalmente reservados al Derecho Administrativo (particularmente, en los más complejos, como el tributario o el urbanístico): se trata de informes de expertos o pseudoexpertos, no solo o ni siquiera en arte o ciencia ajena al Derecho (artículo 456 de la LECr), sino en especialidades jurídicas reservadas a órdenes jurisdiccionales diversos al penal –concretamente, al contencioso–administrativo–.

El supuesto más llamativo y aberrante que destaca dicho autor se produce en las causas por delito contra la Hacienda Pública, en las que emiten informes, pretendidamente periciales, funcionarios –inspectores tributarios– dependientes de una entidad personada como parte en el procedimiento –la Hacienda Pública, representada y defendida por el abogado del Estado–, que no pocas veces han sido además los denunciantes de los hechos ante el ministerio fiscal, y, para colmo de aberraciones, en dichos informes lo que realmente se trata es, por una parte, de aspectos contables que sí son cuestiones propias de una pericia, en tanto solo se aclaren datos –ingresos y gastos habidos– y no conceptos jurídico-contables derivados del plan general de contabilidad, y por otra, de problemas de naturaleza estrictamente jurídico-administrativo tributaria, problemas que nunca pueden ser objeto de una pericia, sino, más bien, de una cuestión prejudicial.

No hay duda de que los informes periciales son, en todo caso, opiniones de expertos sobre materias ajenas a la ciencia jurídica o a los conocimientos comunes al hombre medio, que se practican a solicitud de un órgano jurisdiccional (juez de instrucción u órgano enjuiciante), para auxiliar a la Administración de Justicia. Se trata de un instrumento más de investigación, primero, y de prueba, después, para reconstruir la realidad histórica relevante para el juicio de subsunción en las normas jurídicas. Los peritos colaboran con los jueces y magistrados para reconstruir lo hechos y, en su caso, valorarlos desde puntos de vista diversos a los jurídicos, pues son expertos en ciencia o arte ajenos al Derecho

[83] L. Rodríguez Ramos: "¿Atestado, pericia o cuestión prejudicial? Sobre ciertas corruptelas en la tramitación de causas por injustos administrativos criminalizados", *Actualidad Aranzadi*, núm. 310, 25 septiembre 1997, BIB 1997\168.

ISBN: 978-84-613-7600-1

e intervienen en el proceso penal ante la obscuridad de ciertos datos o valoraciones de los ya constatados, colaborando en la reconstrucción de la historia que se va a someter a valoración jurídica.

Con toda claridad, por tanto, las pericias no pueden versar sobre hechos o circunstancias que no requieran estudio o valoración, desde una ciencia o un arte que sean ajenos al Derecho. La cuantía de una deuda tributaria, si ciertos vertidos cumplen o no los límites de contaminación administrativamente fijados, si una edificación es o no legalizable, si una especie cazada está o no protegida, etc., son hechos jurídicos esenciales, cuya verificación positiva es condición necesaria, aunque no suficiente, de responsabilidad penal. Sin embargo, es frecuente la confusión del objeto de pericia, pronunciándose el informe no solo sobre el aspecto fáctico a subsumir en la norma primaria no penal (niveles de contaminación, renta anual de una persona física determinada con criterios puramente económicos, etc.), sino también e indebidamente sobre si tal subsunción se produce o no, juicio jurídico este último que no puede atribuirse en un procedimiento judicial a un perito.

El arte o ciencia no dominada por el juez, de lo penal en este caso, no puede ser nunca de naturaleza jurídica, pero en peritajes sobre cuestiones por ejemplo tributarias, laborales o urbanísticas, los peritos (inspectores tributarios, de trabajo o arquitectos) no se limitan a constatar y explicar puros datos relativos a la ciencia o arte no jurídicos implicados (contabilidad, ingresos y gastos, accidente laboral acaecido y causas del mismo, si se edificó o construyó, etc.), sino que usurpan competencias de los órdenes jurisdiccionales correspondientes, que, según la CE (artículo 117), son monopolio de la jurisdicción dividida en los diversos y ya conocidos órdenes. Para colmo de aberración (siempre según Rodríguez Ramos), expresa o tácitamente, órganos jurisdiccionales instructores o enjuiciantes escuchan tan ilícitos informes periciales, aceptando no solo el sustrato fáctico, sino también su valoración jurídica.

Por otra parte, la especialización en el conocimiento y práctica del Derecho se impone, ante la imposibilidad de tener un conocimiento universal de todas las ramas jurídicas, pues no hay ser humano capaz de estar al día, en profundidad y extensión, en la legislación, doctrina y jurisprudencia aplicable a cada sector y subsector del ordenamiento jurídico. Precisamente por tan elemental realidad, la jurisdicción única

ISBN: 978-84-613-7600-1

se subdivide desde hace ya tiempo en diversos órdenes (civil, penal, contencioso-administrativo, social) y jurisdicciones especiales (militar, contable). Al Derecho Penal, con su orden específico, se le ha complicado a finales del siglo XX su contenido, pues en la ya reiterada invasión y expansión de otros sectores jurídicos, multitud de sus tipos delictivos incluyen elementos normativo-jurídicos que aplica, de ordinario, otro orden jurisdiccional no penal, surgiendo así las llamadas "cuestiones prejudiciales" no penales en los procesos penales.

Pero, cualquiera que sea la solución que se adopte respecto de las cuestiones prejudiciales, en ningún caso debe ser un perito, por muy experto que pueda ser en determinado sector jurídico, quien decida o incite al instructor o al enjuiciante a decidir si se infringió o no determinada norma extrapenal, particularmente la administrativo-tributaria, aun cuando, como hecho jurídico, figure en el tipo delictivo justificante de la iniciación y prosecución de ese proceso. Tiene que ser el propio órgano jurisdiccional, bien durante la instrucción, bien en el período intermedio o en el juicio oral, quien decida si puede o no pronunciarse sobre semejante problema jurídico extrapenal o si, por el contrario, debería ser el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (o el social o el civil, en otros casos) el competente para resolver tal cuestión.

Las tesis de Rodríguez Ramos fueron sustancialmente suscritas por García de Enterría[84] y deben ser enfatizadas con contundencia, al ser del todo perversos los efectos denunciados. Resultaría de todo punto grotesco que se proclamara apodícticamente la primacía del orden jurisdiccional penal sobre los demás y se terminara por concluir que, en realidad, la primacía corresponde a los peritos.

La insostenibilidad de estas "pericias en Derecho" ha llevado incluso a Ferreiro Lapatza[85] a proponer, como se analiza detalladamente *infra,* una tipificación por completo diversa de la vigente del delito contra la Hacienda Pública, entre otras razones, dice, "pues de seguir calificando el tipo sobre una base cuantitativa sigue *exigiéndose el cálculo previo de la cuota y con ello la aplicación de todo el ordenamiento tributario, dejando de nuevo al juez y al justiciable en buena parte en manos de*

[84] E. García de Enterría, obra citada en la nota 65, nota 12.

[85] J. J. Ferreiro Lapatza: *Curso de Derecho Financiero español. Instituciones*, 25.ª edición, Marcial Pons, 2006, p. 573.

ISBN: 978-84-613-7600-1

los peritos de Hacienda a los que se les permite una pericia en Derecho –calificando jurídicamente los hechos juzgados– que se niega en demasiadas ocasiones a la defensa."

2.3.5. Conclusiones

2.3.5.1. Carácter totalmente insatisfactorio del actual *statu quo*

Ante todo, no cabe ocultar la desazón que produce que una cuestión tan concreta y esencial como es, nada menos, la relativa a los efectos derogatorios del artículo 10 de la LOPJ sobre la regulación de las cuestiones prejudiciales en la Ley de enjuiciamiento criminal, venga recibiendo respuestas contradictorias del Tribunal Constitucional y de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (única que puede pronunciarse al respecto, pues según el artículo 44 de la LOPJ, el orden jurisdiccional penal es siempre preferente, y ningún juez o tribunal podrá plantear conflicto de competencia a los órganos de dicho orden jurisdiccional).

Por otra parte, la tesis de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de derogación de las cuestiones prejudiciales devolutivas, conduce a la denunciada aberración de que sean los peritos quienes se erigen en enjuiciadores de las cuestiones prejudiciales no penales determinantes de la culpabilidad o de la inocencia.

En todo caso, la doctrina constitucional impone considerar, como vulneradoras del derecho a la tutela judicial efectiva, aquellas condenas penales que sean contrarias a lo resuelto por el orden jurisdiccional propio de la cuestión. Pero tal doctrina constitucional condiciona el otorgamiento del amparo a unos requisitos que la vienen a esterilizar prácticamente por completo, pues será necesario:[86]

1.º Que la cuestión cumpla con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley de enjuiciamiento criminal, es decir, que sea "determinante de la culpabilidad o inocencia."

2.º Que, de dicha cuestión, haya conocido o esté conociendo, en el momento de dictar la sentencia penal, otro tribunal del orden jurisdic-

[86] V. GIMENO SENDRA, obra citada en la nota 4, p. 25.

ISBN: 978-84-613-7600-1

cional competente para aplicar el Derecho material, con arreglo al cual deba la cuestión ser enjuiciada.

3.º Que el tribunal de lo penal ignore la solución dictada por el órgano del orden jurisdiccional competente para dirimir la cuestión.

4.º Que, como consecuencia de esta omisión, el tribunal penal dicte una sentencia contradictoria con la emanada del orden jurisdiccional competente para el conocimiento de la cuestión e infrinja además el artículo 17.1 CE, al condenar indebidamente al acusado a una pena privativa de libertad.

Particularmente inquietante es el segundo de los requisitos, pues el sistema del artículo 4 de la Ley procesal penal ignora la exigencia del agotamiento de la vía administrativa previa y de la interposición, dentro de plazo, del pertinente recurso contencioso-administrativo, de forma que habrá que impugnar en plazo la denegación de licencia en los suelos supuestamente protegidos o no urbanizables, y lo mismo ocurrirá con los delitos contra el patrimonio histórico, ecológico, etc. En los delitos contra la Hacienda Pública, ello resultará siempre inviable, pues la apreciación de los mismos impide la continuación del procedimiento administrativo y no habrá acto que impugnar (artículo 180.1 de la Ley general tributaria). Si el tribunal penal, en aplicación del citado artículo 4 de la Ley de enjuiciamiento criminal, sugiriera a las partes la interposición de un recurso contencioso-administrativo extemporáneo, devendría inútil el planteamiento de la cuestión devolutiva, pues el juzgado o tribunal habría de inadmitirlo por haber caducado el plazo para su interposición.

En el peor de los casos, el éxito de la devolución y suspensión del procedimiento penal dependerá de la diligencia de la parte interesada, consistente en suscitar el pertinente proceso administrativo en plazo. Por tanto, como destaca el mismo Gimeno Sendra, la solución legal no puede ser más defectuosa, pues desde un punto de vista material el tratamiento de estas cuestiones administrativas podría repugnar al principio de igualdad.

También resulta chocante el cuarto de los requisitos aludidos, pues si se exige una condena a pena privativa de libertad, quedarían fuera los delitos de prevaricación administrativa en general, que se castigan con penas de inhabilitación especial o multa (artículos 404 y 405 del

ISBN: 978-84-613-7600-1

Código Penal), así como los delitos de prevariación urbanística o medioambiental, cuando se imponga la pena alternativa de multa (artículos 320 y 329 del Código Penal). Además, la exigencia de tal requisito es bien cuestionable.[87]

Con todo, la doctrina constitucional conlleva algunas conclusiones que nunca podrán soslayarse:

a) Si se encuentra resuelto un proceso contencioso-administrativo que tuviere por objeto una cuestión determinante de la inocencia o culpabilidad, el juez penal habrá de estar a su resultado. Y tal es el caso enjuiciado por el tribunal Constitucional: no cabe condenar por intrusismo a quien el orden jurisdiccional competente le ha reconocido el título correspondiente. Y así debiera ocurrir también si en un proceso contencioso-administrativo se hubiera declarado ajustado a derecho un acto o resolución administrativos, o una licencia, y después se pretendiera abrir un proceso penal por prevaricación.

b) Si el proceso contencioso-administrativo se encuentra pendiente, la solución es más problemática, por la dilación indebida que pudiera suponer en el proceso penal la tramitación de aquel. Para solucionar este problema, habrían de considerarse las reformas procesales que más adelante se apuntan. En cambio, debe sostenerse que nunca entrará en juego la prescripción del delito si se suspende el proceso penal.

[87] Como dice I. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, obra citada en la nota 10, p. 133 y 134, la argumentación relativa a este requisito es de difícil comprensión: o la infracción del artículo 4 LECr carece por sí misma de relevancia constitucional, pues dentro de la carta magna también sería pensable un sistema sin efecto devolutivo, o, como parece entender la STC 30/96, la infracción del artículo 4 tiene relevancia constitucional cuando se produce la contradicción entre la sentencia penal y no penal, pues se viola la "expectativa legítima" de obtener una respuesta judicial única para la misma cuestión, expectativa integrada en el artículo 24.1 CE, como imperativo de la seguridad jurídica del artículo 9.3 CE. Pero no se entiende cómo se puede violar el artículo 24.1 solo cuando la sentencia penal afecta a la libertad personal (art. 19.1 CE), si el derecho que verdaderamente fundamenta el amparo es la tutela efectiva por los jueces y tribunales consagrada en el artículo 24 CE. Si lo trascendental fuese la privación de libertad injusta, cobraría relevancia constitucional toda sentencia penal injusta (esto es, que infringiese la correcta interpretación de una norma penal o procesal) por la que se impusiera pena privativa de libertad. En rigor, pues, se ha de dejar al margen el tipo de pena impuesta. Solo así se logrará evitar que toda alegación de infracción normativa que motive una condena penal a pena privativa de libertad adquiera relevancia constitucional.

ISBN: 978-84-613-7600-1

2.3.5.2. Solución teórica radical: nuevos tipos penales

Una posible solución a todos los problemas que suscita la prejuidicialidad administrativa en el proceso penal, pasaría por una drástica reforma de la tipificación de alguno de los delitos en que se plantea, eliminando así de raíz el problema mismo.

Se trataría de reformular algunos de los tipos penales para que solo contuviesen elementos normativos jurídicos propios del Derecho Penal, sin reenvíos incondicionados a otros sectores del ordenamiento jurídico:

A) No sería necesaria modificación alguna respecto del *delito de prevaricación administrativa* (artículo 404 del Código Penal: "Autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictase una resolución arbitraria en un asunto administrativo.")

Según la jurisprudencia, el elemento objetivo del delito consiste en una resolución que ha de ser "arbitraria", debiendo concurrir una infracción legal clara y manifiesta, patente, grosera, esperpéntica, no bastando una interpretación errónea, equivocada o discutible. Ha de ser, pues, una ilegalidad burda, evidente y expresiva del desprecio por los principios que rigen la actuación administrativa, de los que se desvía abiertamente. Junto a este elemento objetivo, se exige que la resolución se dicte "a sabiendas de su injusticia", lo que ha de entenderse como conciencia y voluntad del acto, esto es, con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea concurriendo los elementos propios del dolo, incluso un dolo específico o reforzado.[88]

Como destaca Queralt Jiménez,[89] la jurisdicción penal no sustituye a la contencioso-administrativa, sino que enjuicia los casos límite, de forma que no es la mera ilegalidad, sino la arbitrariedad, lo que se sanciona en el delito de prevaricación; ni siquiera cuando en la vía administrativa las resoluciones son revocadas o discutibles en su procedimiento, pero no extravagantes en su finalidad. Hace falta algo más: que la resolución sea rotundamente incasable con el ordenamiento jurídico, esto es, que

[88] Cfr. E. García de Enterría, obra citada en la nota 65, p. 14.

[89] J. J. Queralt Jiménez: *Derecho Penal español: Parte especial*, 5.ª edición, Atelier, 2008, p. 1066, con abundantes reseñas jurisprudenciales.

ISBN: 978-84-613-7600-1

estemos ante una resolución caprichosa y, más estrictamente, irracional y absurda, aunque pueda estar formalmente motivada. En suma, la falta de racionalidad es lo que hace la resolución arbitraria.

De ello resulta, en mi opinión, que, para enjuiciar si en una resolución administrativa, por compleja que sea la materia a que se refiera, no es necesaria (ni, quizá, conveniente) ninguna especialización jurídica, bastando la propia de todo jurista, y, desde luego, la propia de los jueces penales, la "arbitrariedad" de la resolución sería así un elemento normativo jurídico propio del Derecho Penal, que excluye cualquier posible cuestión prejudicial.

Si el orden jurisdiccional contencioso-administrativo ha declarado conforme a derecho una resolución administrativa, resulta del todo impensable que la misma pueda ser estimada por ningún jurista como "arbitraria", que es una cosa cualitativa diferente, no ajustada a derecho.[90] Y la eventual hipótesis de sentencias contradictorias, penales y administrativas, en esta materia supondría una evidente patología en el enjuiciamiento por uno u otro orden jurisdiccional.

En definitiva, entiendo correcta la actual tipificación de la prevaricación administrativa, excluyente de cualquier cuestión prejudicial.

B) La cuestión es bien distinta en los *delitos contra la ordenación del territorio y medioambientales*, y, en particular, en las llamadas *prevaricaciones urbanística y medioambiental*.

La tipificación legal, no obstante tales denominaciones doctrinales como "prevaricaciones", utiliza unos términos mucho más laxos:

[90] En contra, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, obra citada en la nota 65, p. 15, para quien "El elemento objetivo o jurídico-administrativo es primario y esencial: sin él, sea cual sea el dolo, no existe prevaricación. Cuando el juez penal enjuicia ese elemento ha de hacerlo con criterios estrictamente de Derecho Administrativo y nada más que de Derecho Administrativo, como le ordena el artículo 7 de la Ley de enjuiciamiento criminal. Ello obligará normalmente a plantear la prejudicialidad devolutiva del artículo 4 de la Ley de enjuiciamiento criminal, como ya sabemos que ha impuesto el Tribunal Constitucional. Pero si así no lo hubiese hecho y la sentencia penal condenatoria no hubiese sido impugnada en amparo, siempre podrá *a posteriori* la jurisdicción contencioso-administrativa (con ocasión de la impugnación del acto que declare la nulidad de oficio de la actuación administrativa que ha sido objeto del juicio penal, como ya sabemos) reexaminar el fondo jurídico-administrativo calificado incidentalmente por dicha sentencia y llegar a conclusiones contrarias ejerciendo su jurisdicción principal propia, para la que cuenta, además, con una especialización técnica mucho más depurada."

ISBN: 978-84-613-7600-1

- El artículo 320 del Código Penal tipifica las conductas de "La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes" y de "La autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia."
- Por su parte, el artículo 329 del mismo Código se refiere a "La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen" y a "La autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia."

Estos tipos penales mantienen el elemento subjetivo característico de la prevaricación ("a sabiendas de su injusticia"), pero no exigen que el informe, la resolución o el voto resulten "arbitrarios" en el sentido expuesto para la prevaricación. En más, mientras el artículo 329 menciona que las licencias medioambientales sean "manifiestamente ilegales", en el artículo 320 basta que las licencias urbanísticas sean "contrarias a las normas urbanísticas vigentes."

Aquí, de mantenerse tal formulación de los tipos penales, será de todo punto obligado acudir al mecanismo de la prejudicialidad, pero existe un reenvío total a la normativa urbanística y medioambiental.

Habría de propugnarse, pues, que todos los requisitos exigidos para la prevaricación por el artículo 404 del Código Penal, y la jurisprudencia que lo interpreta, se incorporaran a tales tipos de los artículos 320 y 329 del mismo Código.

Ocurre, sin embargo, que, de llevarse a cabo tal incorporación, estos últimos tipos penales serían en gran medida redundantes o simplemente agravados respecto de la prevaricación del artículo 404. Y ello no parece asumible ni por el legislador ni por la doctrina penal, que ha acogido los nuevos tipos como una especie de "salvación" frente al estado de cosas anterior, aunque denunciando sus excesos.

ISBN: 978-84-613-7600-1

Así, para Queralt Jiménez,[91] "el panorama urbano español, especialmente preconstitucional, pero también en buena medida postconstitucional, se ha caracterizado por la práctica amparada desde el poder por la construcción, en especial de viviendas, con la única finalidad del provecho sin fondo del promotor. Si ello comportaba levantar barrios inmundos, dejados de la mano de Dios, desprovistos de los más elementales equipamientos, ocupando terrenos con la sola habilitación de la desvergüenza, se llevaba a la práctica sin mayores contratiempos; basta con echar una mirada a gran parte de nuestros pueblos y ciudades." Por eso, para tal autor, "si bien parecía necesario ante el auténtico cataclismo urbanístico precedente dotar de seriedad al sistema, una vez más se recurre al penal sin las debidas ponderaciones."

La crítica del mismo autor, no obstante, es clara: "Antes de perfilar un bien jurídico penalmente digno de protección, que ha de ser indagado por los aplicadores e intérpretes, se procede a una criminalización excesiva tanto en cantidad de conductas como en una pérdida de garantías en materia de principio de legalidad, al abusarse de los elementos normativos extrapenales y de las leyes en blanco."[92]

Lo que, en todo caso, debe excluirse es la formidable confusión que se introduce en algunas sentencias penales, como la comentada por Ballbé y Padrós:[93] una empresa química que realiza vertidos en las

[91] J. J. QUERALT JIMÉNEZ, obra citada en la nota 89, p. 1027 y 1028.

[92] Según concluye el mismo J. J. QUERALT JIMÉNEZ, *loc. cit.*, "Ello ha llevado a buena parte de la doctrina a predicar para la aplicación de estas y otras infracciones afectadas del mismo mal por la reintroducción procesal de la cuestión prejudicial –arts. 3 y ss. LECr– (RODRÍGUEZ RAMOS) u otro tipo de filtro en manos del ministerio fiscal, por ejemplo (Morales/Tamarit/ Acale). La última propuesta requiere reformas procesales, que *ad casum* son siempre perturbadoras y la primera es una institución de carácter restringido y que, acertadamente, los tribunales penales reducen con acierto al mínimo, pues lo único que añade, en vez de seguridad, es dilaciones procesales: la espera a que los tribunales administrativos, después de procesos literalmente seculares, dicten la sentencia que vincula relativamente al órgano penal que es el único soberano para apreciar la existencia de un delito; no es de recibo, dado que la jurisdicción es improrrogable, hacer depender el fallo penal de otro administrativo, dotando a este de facto de condición objetiva de punibilidad. Supone, en fin, una dilación aflictiva en la satisfacción de las víctimas sin añadir más garantías al presunto autor de la infracción. Todo ello sin dejar de tener en cuenta el *bis in idem* prohibido constitucionalmente y, puntualmente, interpretado de modo extravagante por la STC 221/1997, que rompe la preferencia de la sanción penal sobre la administrativa, criterio que parece, por fortuna, no prevalecer en resoluciones posteriores."

[93] M. BALLBÉ MALLOL y C. PADRÓS REIG, obra citada en la nota 68, p. 55.

ISBN: 978-84-613-7600-1

aguas de un río cuenta con la correspondiente autorización de la Administración catalana en virtud de un plan de descontaminación gradual al amparo de la legislación vigente, dado que la presentación y aprobación administrativa de un plan de descontaminación gradual implica, de acuerdo con la legislación especial, el otorgamiento de una autorización provisional de vertidos. A pesar de ello, los directivos de la empresa son condenados por delito medioambiental.

Como el tipo penal aplicado constituye un tipo penal en blanco, de forma que la realización o no del mismo depende de la vulneración de las disposiciones administrativas reguladoras de los vertidos al medio ambiente ("contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente", artículo 325 del Código Penal), la Audiencia Provincial se permite razonar de la siguiente forma: "Por principio, ninguna norma, sea estatal o autonómica y sea cual sea su jerarquía normativa, puede atentar contra un bien jurídico que se ha considerado digno de protección penal por expresa previsión constitucional; constituye un error de concepto pensar que una norma administrativa puede autorizar o consentir una acción capaz de perjudicar un bien jurídicamente protegido."

Semejante entendimiento del artículo 45.3 de la Constitución ("Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior,[94] en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado") supone una exacerbación de la pretendida "soberanía" del juez penal, que iría más allá de la propia ley (el Código Penal), a la que se remite el texto constitucional y que, explícitamente, se remite a su vez a las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente. Aquí no se estaría ya ante un elemento normativo jurídico propio del Derecho Penal, sino ante una especie de bien jurídico omnicomprensivo, cuya protección no tendría que sujetarse a ninguna norma jurídica distinta del espíritu justiciero de quien lo interprete.

C) También resulta muy insatisfactoria la actual regulación del *delito contra la Hacienda Pública*.

[94] Artículo 45.2 de la Constitución: "2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva."

ISBN: 978-84-613-7600-1

Como propugna Ferreiro,[95] la más precisa delimitación del tipo debe tomar como objetivo, de un lado, un tipo más simple y claro, y, de otro, reducir el peso de las consideraciones estrictamente tributarias en la interpretación y aplicación de la norma penal, esto es, reducir el peso del complemento extrapenal –tributario– de la norma sancionadora, haciéndola más comprensible para todos los que no son especialistas en Derecho Tributario, también para los jueces.

El mismo autor incide de lleno en la problemática que aquí nos ocupa: "la variación del tipo introducida en 1977 no ha producido sino el menoscabo en la protección penal de los valores de legalidad, seguridad, libertad, pues a la sustitución de la ocultación por el verbo defraudar, con las múltiples posibilidades comisivas e interpretativas que él encierra, se ha añadido un verdadero diccionario jurídico-tributario de la parte general (tributo, periodo impositivo, beneficio fiscal, obligado tributario, cuota, devolución, subvención, incentivo fiscal, deuda, recaudación conjunta, estimación directa, base, etc.), exigiendo del juez penal una especialización que no se le ha exigido ni proporcionado. Y expresando una rigurosa orden penal en un lenguaje de especialistas difícilmente inteligible para la generalidad de los ciudadanos a los que va directa e inmediatamente dirigida."

Las consecuencias de ello no pueden ser más evidentes, y cabe resumir las expuestas también por Ferreiro:

a) La introducción de un límite cuantitativo en la configuración del tipo penal, como el vigente de 120 mil €, introduce en él todos los elementos extrapenales –tributarios–, haciendo inútil la simplificación, pues, de seguir calificando el tipo sobre una base cuantitativa, sigue exigiéndose el cálculo previo de la cuota, y con ello la aplicación de todo el ordenamiento tributario, dejando de nuevo al juez penal y al justiciable, en buena parte, en manos de los peritos de Hacienda, a los que se les permite una pericia en Derecho –calificando jurídicamente los hechos juzgados– que se niega en demasiadas ocasiones a la defensa.

b) La supresión, en 1985, de toda prejudicialidad administrativa aumentó el trabajo y, sobre todo, la confusión y la inseguridad del ciudadano, de los órganos administrativos que analizan el expediente y que sin concluir

[95] J. J. FERREIRO LAPATZA, obra citada en la nota 85, p. 572 a 577.

ISBN: 978-84-613-7600-1

sus tareas de investigación han de tomar la decisión, y del ministerio fiscal que ha de completar el trabajo que debían de haber completado los órganos especializados de la Administración tributaria.

c) La confusión alcanza al juez que ha de decidir sobre hechos en cuya investigación inacabada han intervenido órganos distintos, aunque a veces no tan distantes; y la inseguridad al ciudadano, investigado primero por un órgano especializado, y acusado y juzgado después por órganos no especializados.

d) Tales incertidumbres y confusiones generan las estadísticas de los años 1995 a 2000, de las que resulta que, año a año, se revela un número de expedientes enviados de 372, 288, 293, 649 y 691, y un número de sentencias condenatorias de 31, 30, 40, 61, 46 y 35, respectivamente (en los dos últimos años, el porcentaje de condena respecto a expedientes es cercano al 6 por 100).[96]

El remedio que propone este autor consiste en una alteración radical del tipo penal, con la vuelta a los orígenes del nuestro actual delito fiscal, centrando el tipo del delito en la ocultación de hechos, de bienes, oficio o industria como decía el Código de 1870 y siguió diciendo el Código Penal hasta 1977.

Se trata de la solución apuntada por el muy prestigioso ordenamiento alemán, que ordena, con toda lógica, pasar las actuaciones a la justicia una vez realizado el acto de liquidación, pues no es en absoluto lo mismo que el juez penal cuente, para su juicio, con un acto administrativo dictado con todas las garantías del procedimiento que lleva a él, que con una pericia de parte, como sucede en la actualidad.[97]

[96] Añade J. J. Ferreiro Lapatza, obra citada en la nota 85, p. 574: "Y revela así el número creciente de ciudadanos sometidos injustamente a una 'pena de banquillo' en todas sus versiones intolerable en cuanto se deba fundamentalmente a la inseguridad del funcionario para distinguir infracción y delito o al excesivo celo del ministerio fiscal en la búsqueda de –en ocasiones– la tan demagógicamente buscada delincuencia de cuello blanco."

[97] Según sigue diciendo el mismo J. J. Ferreiro Lapatza, obra citada en la nota 85, p. 575: "El ordenamiento alemán autoriza, por lo demás, a los órganos judiciales a dejar de perseguir el delito cuando el interés en la persecución puede verse satisfecho con la reparación del daño y/o la entrega de una cantidad de dinero a instituciones sociales. La norma aplicada al ámbito fiscal permite de hecho evitar el proceso penal mediante el pago del tributo y la entrega de una cantidad, suficiente para el castigo, a una institución social, un hospital, p. ej."

ISBN: 978-84-613-7600-1

De esta forma, como subraya Ferreiro,[98] el tipo penal quedaría definido por la ocultación de bienes y rentas en la cuantía que se estime conveniente, lo que, con toda obviedad, es sustancialmente distinto de calcular bases y cuotas tributarias. Ello se apoya en la convicción de que el Derecho Penal cumple mejor su función cuando reserva sus reacciones típicas, las penas, para aquellos comportamientos que más gravemente ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos. Se trataría de buscar el máximo acercamiento posible al modelo de 1870, castigando

[98] J. J. FERREIRO LAPATZA, obra citada en la nota 85, p. 575. Por el contrario, no comparto la tesis del mismo autor (p. 576) de que, si el bien jurídico protegido es el dinero público y la función primordial de las penas establecidas por la ley es su protección, debiera preverse en la ley penal una reducción significativa de la pena, o la eliminación de la pena de cárcel, o, incluso la transformación del delito en infracción administrativa muy grave, para quien regularice su situación en un plazo determinado aun después de iniciada la inspección (para quien, por ejemplo, declarara con complitud todos los datos a tener en cuenta por la Hacienda para liquidar, antes del pase de las actuaciones al ministerio fiscal, en un plazo, por ejemplo, de treinta días). Para FERREIRO, si el bien jurídico protegido es la recaudación, una norma de este tipo multiplicaría por 100 la recaudación y la eficacia de la inspección, y sería una forma de proteger una política fiscal que no esté solo en las leyes, sino que sea, además, realidad.

Entiendo, en todo caso, que la regularización después del inicio de la inspección solo puede considerarse como una circunstancia atenuante, pero nunca como excluyente del delito. Según la jurisprudencia, cuando la regularización se produce con posterioridad, actúa esta conducta como atenuante de reparación del daño: cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de marzo de 2002 (Sección 2.ª; ARP 2002\467), según la cual, cuando la regularización se produce como consecuencia de una inspección tributaria, la norma aplicable será la circunstancia atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal; la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 1 de febrero de 2000 (Sección 1.ª; ARP 2000\1417) aprecia una atenuante analógica con la de confesión del artículo 21.4 del Código Penal, apoyándose para ello en el hecho de que la regularización de la entidad acusada significó la admisión del hecho delictivo objeto de enjuiciamiento, y en que, aun no siendo aplicable la excusa absolutoria, concurren algunos elementos propios de la misma; también las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de junio de 1999 (Sección 2.ª; ARP 1999\3462) y de 25 de septiembre de 1998 (Sección 2.ª; ARP 1998\5653) se ocupan de la cuestión.

Con todo, el actual sistema en que la declaración o autoliquidación espontánea (sin requerimiento previo) se contempla como una excusa absolutoria, ha obligado a la vigente LGT a contener una definición legal del "requerimiento previo" (párrafo segundo del art. 27.1: "A los efectos de este artículo, se considera requerimiento previo cualquier actuación administrativa realizada con conocimiento formal del obligado tributario conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento o liquidación de la deuda tributaria.")

Y ha dado lugar a casos verdaderamente curiosos, como el examinado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 20 de marzo de 1997 (Sección 2.ª; ARP 1997\376), donde se examinan alegaciones por infracción de precepto legal por aplicación indebida de los artículos 58.3 y 59.3 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común:

ISBN: 978-84-613-7600-1

como delincuente solo a "quien habiendo ocultado a la Hacienda Pública los bienes y rentas gravados por un tributo no los declara o los declara de forma falsa o inexacta después del requerimiento hecho y del plazo dado por la Administración", siempre que el valor de los bienes o rentas ocultados superara la cantidad que se fijara (que este autor sugiere, por ejemplo, en los 30.000 €).[99]

• En el caso, dos agentes notificadores hicieron constar por diligencias que –una vez personados en el domicilio social– "las dos personas presentes no se han identificado; se niegan a firmar y a recoger la presente. Se les ha dejado el original, firmado por los dos agentes admitiéndolas..." y diez días después el interesado presentó las declaraciones. Para la sentencia, al no estar identificadas las dos personas con las que se hizo, no puede obviamente predicarse de ellas que fueran representantes de la sociedad, aun entendiendo la palabra representante en un sentido amplio y no en el estricto sentido civilístico del concepto de representación, y tampoco puede estimarse aplicable el artículo 59.2, párrafo 2, expresivo de que cuando la notificación se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse este presente en el momento de practicarse la notificación, podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. La simple lectura de la diligencia pone de manifiesto la no concurrencia de este último requisito.

• Por eso, se concluye inicialmente que la notificación en sí, en consecuencia, adolece de irregularidades graves que la privan de eficacia a los efectos de, por sí sola, entenderse que no está en el supuesto de estimarse la concurrencia de la excusa absolutoria.

• Sin embargo, la sentencia aprecia la existencia de dos indicios que aparecen probados de manera directa, documentalmente y por el hecho de que ni siquiera han sido cuestionados por el acusado. El primero, la realidad de la notificación efectuada el día 17 de mayo de 1994, y el segundo, que el acusado presentó en la Delegación de Hacienda las declaraciones sobre el IVA correspondientes a los años 1990, 1991, 1992, 1993 y 1994, el 27 de mayo de 1994. De estos dos hechos se deduce lógicamente que el hecho de presentar tales declaraciones, respondía al conocimiento de haber sido citado para tal día 27 ante la agencia tributaria para ser sometido a una inspección. A lo que hay que añadir que presentó –tal como está probado– en su tiempo las declaraciones correspondiente a los años 1988, 1989 y primer trimestre de 1990, dejando de hacerlo hasta precisamente en la fecha para la que fue citado.

• Todo ello constituye prueba bastante del conocimiento de la notificación, que para esta sentencia sana la irregularidad de la misma y veda la aplicación de la excusa absolutoria.

No parece satisfactorio que una condena penal pueda depender de este tipo de consideraciones, siempre problemáticas, en torno a la validez o no de las notificaciones.

[99] La conclusión final de J. J. Ferreiro Lapatza, obra citada en la nota 85, p. 577, es del siguiente tenor: "El tipo de delito así perfilado se centra, claro está, en la ocultación y se dirige solo al defraudador contumaz que habiendo sido requerido para ello se niega a colaborar plenamente con la Administración. Quien declara con complitud en el plazo señalado no incide en el tipo, pero, naturalmente, no queda impune. Será castigado solo en el ámbito administrativo por una infracción grave o muy grave cuyos tipos, centrados igualmente en la ocultación, ya no tienen confusión posible con el tipo del delito. No sabemos, ciertamente, si la propuesta que acabamos de hacer es la mejor. Pero sí sabemos que solo si nos movemos en esta línea se combinan los resultados –al menos para nosotros– más deseables de una política fiscal que, huyendo

ISBN: 978-84-613-7600-1

En mi opinión, el criterio de este ilustre tributarista debe tenerse muy en cuenta si se quiere afrontar con seriedad la actual situación del delito fiscal, del todo insatisfactoria. No comparto, sin embargo, la exigencia de un requerimiento y plazo previos para la tipificación de la conducta, sin perjuicio de los efectos atenuantes que pudiera tener una regularización posterior al inicio de las actuaciones inspectoras. La alusión que se hace a la "economía sumergida" no creo que sea suficiente para tal exigencia, pues la misma tiene causas que exceden en mucho de las tipificaciones penales.

Lo que aquí interesa destacar, en todo caso, es que una propuesta de esta clase obviaría de raíz los problemas (irresolubles en la actualidad) de prejudicialidad administrativo-tributaria, pues estaríamos ante un tipo penal definido con elementos propios del mismo Derecho Penal, sin necesidad de acudir a los complejos problemas derivados de la aplicación de la normativa tributaria.

2.3.5.3. Soluciones procesales

La escasísima confianza en la implantación de la solución teórica radical expuesta[100] obliga a reflexionar sobre otras soluciones que pudieran incidir en la actual tipificación penal relativa a cuestiones administrativas y tributarias.

El sistema que actualmente prevalece en la práctica, de considerar todas las cuestiones prejudiciales no devolutivas, en base incluso a esti-

de posturas demagógicas, necesita imperiosamente poner coto al crecimiento descontrolado y enormemente peligroso de la economía sumergida en todos sus niveles; y de una política criminal que de verdad nos haga creer a todos que en nuestro Estado social de Derecho el Derecho Penal es siempre y solo la 'ultima ratio', el último recurso a utilizar sólo cuando fallan otros medios menos agresivos e intensos para la defensa de una vida, de nuestra vida social, en paz y democracia."

[100] No veo factible ni que, políticamente, se aborde una reforma de tal calado, que inmediatamente sería tachada de despenalizadora de conductas cuya tipificación siempre es muy rentable políticamente, pues el elector medio (que, por definición, nunca podrá cometer un delito fiscal, pues sus ingresos están muy alejados de los que darían lugar a ello, ni tampoco un delito urbanístico o medioambiental) bastante tiene con llegar a fin de mes y pagar la hipoteca, ni que ni la jurisdicción ni la doctrina penal, una vez "abierto el melón" de entrar cual elefantes en una cacharrería en el Derecho Administrativo y Tributario, vayan a permitir una rectificación en ello.

ISBN: 978-84-613-7600-1

mar derogadas las devolutivas, ni respeta siempre los derechos constitucionales (como ha declarado el propio Tribunal Constitucional, bien que en el caso muy concreto del delito de intrusismo), ni evita la aberrante práctica de que sean los peritos quienes, en definitiva, resuelvan las auténticas cuestiones prejudiciales que surgen.

Un supuesto práctico ilustrará cómo están funcionando las cosas: en un proceso contencioso-administrativo fallado recientemente por la Sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que presido, se ha enjuiciado la sanción tributaria impuesta a una empresa respecto de un ejercicio tributario en que la cuantía de la cuota no alcanzaba el límite del delito fiscal. En el proceso se ha acompañado un dictamen pericial presentado en la causa penal seguido por idéntica conducta, pero relativo a un ejercicio en que sí se alcanzaba dicho límite, en el que el perito examina nada menos que la calificación como transparente de la sociedad, concluyendo algo así como que los tribunales contencioso-administrativos estimarán la no transparencia (cosa, por cierto, que no ha ocurrido).

Sin embargo, la previsión contenida en el artículo 4 de la Ley de enjuiciamiento criminal resulta o muy insatisfactoria o del todo inviable (así, en el delito fiscal, cuya persecución impide *ex lege* la existencia de un acto reclamable ante la jurisdicción contencioso-administrativa). La fijación de un plazo para que las partes acudan al juez o tribunal civil o contencioso-administrativo competente que se contiene en el precepto no se ha utilizado nunca ni, al menos en lo contencioso-administrativo, tendría ningún sentido hacerlo.

Y, sobre todo, no existe ninguna norma procesal que determine un tratamiento especial para ese proceso consecuencia de la eventual cuestión prejudicial devolutiva, lo que implicaría, en lo contencioso-administrativo, seguir la preceptiva vía administrativa previa y el proceso contencioso-administrativo en todas sus instancias o grados, sin ninguna preferencia, con unas dilaciones en el proceso penal del todo inasumibles.

Es necesario, por ello, introducir, en todo caso, las reformas procesales oportunas, que hicieran viable un eventual cumplimiento del artículo 4 de la Ley de enjuiciamiento criminal. La solución, a mi juicio, pasaría por añadir al título V de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa un nuevo capítulo que regulara el procedi-

ISBN: 978-84-613-7600-1

miento especial a seguir en el caso de diferimiento de una cuestión prejudicial devolutiva por el juez penal.

En mi opinión, bastaría con una remisión al procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, pues en él quedan salvados los obstáculos que han quedado referidos: la tramitación tiene carácter preferente a todos los efectos (artículo 114.3), los plazos de interposición y sustanciación suponen una abreviación máxima del proceso y, por fin, no es necesaria la vía administrativa o económico-administrativa previa.

Además, tanto la justificación de estas especialidades como la analogía entre tales procedimientos no puede discutirse: también en la resolución de las cuestiones prejudiciales devolutivas estamos ante materia propia de la protección de derechos fundamentales (los de tutela judicial efectiva, exclusión de dilaciones indebidas y legalidad penal), y también aquí son indispensables la preferencia y la abreviación de trámites. Por fin, en ambos casos se establece que será parte el ministerio fiscal (último inciso del artículo 4 de la Ley de enjuiciamiento criminal, y artículos 117.2 y 119 de la LJCA), como garantía del principio de legalidad.[101]

2.3.5.4. Una reflexión final

Por fin, considero de interés una reflexión acerca de la verdadera naturaleza que debe predicarse de las cuestiones prejudiciales administrativas devolutivas en el proceso penal, con importantes consecuencias en su tramitación procesal y en su resolución.

[101] I. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, obra citada en la nota 10, p. 117, señala que "La intervención del Fiscal está plenamente justificada, pues, no rigiendo en los procesos civiles y administrativos (hoy hay que añadir los sociales) los mismos principios que en el proceso penal, podría quedar la inocencia o culpabilidad al arbitrio o disposición indirecta de las partes. La intervención del ministerio fiscal como auténtica parte permitiría el mantenimiento de la pretensión en toda su significación y contenido, impidiendo cualquier disposición que afectara al futuro castigo penal. Por el indudable interés público latente en el problema penal de fondo, es aconsejable la aplicación a este proceso de la prohibición de disposición prevista en el artículo 751.1 LECr, produciendo, en cambio, el posible desistimiento el efecto de levantar la suspensión del proceso penal pendiente. En cualquier caso, sólo la intervención del ministerio fiscal puede garantizar el hallazgo de la verdad material en condiciones similares, aunque nunca parejas, a las del proceso penal."

ISBN: 978-84-613-7600-1

De ordinario se considera que es presupuesto de tales cuestiones que pueda seguirse por ellas un proceso ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y así viene recogido en el artículo 4 de la Ley de enjuiciamiento criminal.

No obstante, como ha quedado apuntado y pone de manifiesto Rodríguez Fernández,[102] cabe sostener que la verdadera esencia de la cuestión prejudicial en el proceso penal se encuentra, no en el hallazgo de hechos, pues para ese fin el proceso penal ofrece medios mejores que cualquier otro, sino en la interpretación de elementos jurídicos no penales utilizados por los tipos criminales, de forma que la problemática de la cuestión prejudicial no penal se contrae a la interpretación de los elementos normativos típicos (jurídicos y no privativamente penales).

Por ello, el juez penal solo estaría legitimado a levantar la carga del proceso para que otro juez resuelva una cuestión indisolublemente relacionada con el mismo si se cumplen, esencialmente, los siguientes presupuestos:

1.º Que se trate de un juicio valorativo de un elemento típico, no de una apreciación de hechos. Así, por ejemplo, en la STC 30/1996, la cuestión a resolver por el tribunal penal no era verdaderamente fáctica, sino que versaba, más bien, sobre una cuestión jurídica: si el título de odontólogo obtenido en la República Dominicana debía o no ser homologado en España conforme al convenio firmado con el Estado emisor del título. No se discutía si ese título existía o no, sino su carácter oficial a la luz de la normativa aplicable.

2.º Que ese juicio valorativo sea normativo y jurídico, de manera que se refiriera a un elemento normativo-jurídico del tipo penal, pues en otro caso procedería llevar al proceso conocimientos especiales, no jurídicos, mediante la prueba pericial.

3.º Que ese elemento normativo jurídico no sea propio del Derecho Penal, esto es, no tenga una significación propia desde el punto de vista jurídico-penal, de donde resultaría la autonomía de los tribunales penales para interpretar si estamos o no ante un tipo penal en blanco (o mejor, un tipo de remisión o reenvío parcial), y, solo para este último caso, dejar abierta la posibilidad de deferir una cuestión prejudicial.

[102] I. Rodríguez Fernández, obra citada en la nota 10, p. 122 a 126.

ISBN: 978-84-613-7600-1

4.º Que ese elemento normativo pueda dar lugar a un proceso no penal propio, que, a su vez, pueda terminar en una resolución sobre el fondo, puesto que solo cuando la cuestión puede ser objeto de enjuiciamiento autónomo en otro orden jurisdiccional tiene verdadero carácter prejudicial.

5.º Que el juez penal entienda que carece de elementos suficientes (jurisprudencia de ese orden jurisdiccional, por ejemplo) para interpretar adecuadamente el elemento típico normativo no autónomo.

En suma, según esta tesis, que considero muy atractiva, la cuestión prejudicial, frente a lo que suele afirmarse, no tiene naturaleza fáctica, sino normativa, y la prejudicialidad es una cuestión de aplicación de normas, no de apreciación de hechos, al menos en lo que al proceso penal se refiere. La cuestión prejudicial es una cuestión estrictamente normativa: su virtualidad en el proceso penal estriba en la aplicación de normas no penales para determinar la concurrencia de un elemento normativo del tipo criminal.

En consecuencia, tomando como ejemplo el delito urbanístico, el tribunal no penal no estaría llamado a decidir si se produjo o no la construcción de un invernadero en un determinado lugar, sino a resolver si, conforme a la Ley de ordenación de la edificación, estamos ante una obra calificable como tal o ante una construcción no comprendida en dicha Ley, o si, conforme a las normas urbanísticas aplicables, el suelo es urbanizable, o si, de acuerdo con las mismas normas, la obra es o no autorizable; pero el tribunal penal solo procederá a aplicar las normas no penales que determinan estas circunstancias en cuanto actúen como presupuesto de aplicación de la norma penal.

Creo que podría intentarse un paso más en esta tesis, enfatizando que, realmente, las cuestiones prejudiciales administrativas devolutivas en el proceso penal son normativas, esto es, se producen respecto de elementos normativos o jurídicos, y no respecto de elementos fácticos.

Siendo esto así, cabría analizar las diferencias y analogías con las expuestas prejudicialidades constitucional y comunitaria, que son típicamente prejudicialidades estrictamente normativas. Ciertamente, las diferencias con las cuestiones prejudiciales administrativas en el proceso penal son obvias, pues en aquellas se trata de enjuiciar la validez de una norma, ya sea en relación con su constitucionalidad o con la

ISBN: 978-84-613-7600-1

interpretación del Derecho Comunitario (cabe añadir la cuestión de ilegalidad, introducida en los artículos 27 y 123 a 126 de la LJCA). Sin embargo, cabe reflexionar sobre la utilidad de aprovechar algunos elementos procesales de tales prejudicialidades constitucional y comunitaria para aplicarlos a las cuestiones prejudiciales administrativas.

Podría resultar de interés, en efecto, considerar una configuración de estas cuestiones prejudiciales administrativas que se aproximara a dichos elementos procesales: si el juez penal considera necesario un pronunciamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa (ante, como se ha señalado, la necesidad de un juicio valorativo normativo y jurídico, referido a un elemento normativo-jurídico del tipo penal, no propio del Derecho Penal –aquí, administrativo o tributario–, por carecer de elementos suficientes para interpretar adecuadamente el elemento típico normativo no autónomo), deberá deferir la cuestión al tribunal contencioso-administrativo competente para que el mismo, previos trámites análogos a los actualmente previstos para la cuestión de ilegalidad en la LJCA, realice tal pronunciamiento.

Obviamente, una construcción de este tipo exigiría una mayor maduración para su articulación detallada (intervención del ministerio fiscal, facultades del tribunal en orden a pruebas complementarias, preferencia en la tramitación, eventuales recursos, etc.), pero podría hacer frente eficazmente a los problemas insolubles que actualmente se suscitan en esta materia: desde luego, se prescindiría así del esperpéntico espectáculo de que la cuestión jurídica prejudicial se resuelva en base a "pericias jurídicas" acerca de la existencia y cuantía de cuota tributaria en el delito fiscal, o acerca de la validez de un determinado planeamiento urbanístico o de una licencia medioambiental; y también se salvaría el obstáculo de la no impugnación en tiempo y forma de un acto administrativo o tributario, o su inexistencia (obligada legalmente en el delito fiscal). Y, ante todo, se respetaría la garantía esencial del propio Estado de Derecho, consecuente con la especialización de órdenes jurisdiccionales, pues, como quedó adelantado, solo unos órganos jurisdiccionales especializados podrán cabalmente afrontar y enjuiciar las diversas materias que forman el ordenamiento jurídico, y, en particular, cumplir la misión constitucional de controlar la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa (artículo 106.1 de la Consti-

ISBN: 978-84-613-7600-1

tución), como resulta de los propios orígenes y desarrollo del llamado contencioso-administrativo.

2.3.6. Propuestas

Primera: La regulación actual de las cuestiones prejudiciales administrativas (incluidas las tributarias), al ser manifiestamente insatisfactoria, debiera ser modificada mediante las oportunas reformas legales, comenzado por la del artículo 10 de la Ley orgánica del poder judicial.

El actual, y notorio, desencuentro entre la doctrina del Tribunal Constitucional y la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, sobre los efectos derogatorios tácitos de tal precepto orgánico respecto de las cuestiones prejudiciales devolutivas, exige una intervención legislativa que lo zanje.

Segunda: De mantenerse la actual tipificación de numerosos delitos que contienen completos elementos normativos propios del Derecho Administrativo y Tributario, sería necesario modificar tanto la Ley de enjuiciamiento criminal como la LJCA, para proclamar el principio de prejudicialidad devolutiva, en la primera, y para articular procesalmente la sustanciación de la cuestión ante el orden contencioso-administrativo, en la segunda.

La modificación de la LJCA podría ceñirse a una remisión a la sustanciación del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, con la preferencia y abreviación de trámites de este, y con la no necesidad de seguir la vía administrativa o económico-administrativa previa.

Tercera: Otra línea de reformas legales (aquí relativas al propio Código Penal), alternativa a las dos anteriores, podría consistir en la reformulación de numerosos tipos penales, con lo que se eliminarían de raíz todos los problemas actuales, eliminando de ellos los elementos normativos y jurídicos que, por su propia formulación o complejidad, exigen la prejudicialidad devolutiva.

Se trataría, conforme a la "solución teórica radical" expuesta *supra*, de que los tipos solo contuviesen elementos normativos jurídicos propios del Derecho Penal, enjuiciables sin problema por el juez penal, tal

ISBN: 978-84-613-7600-1

como ocurre, en mi opinión, con la actual necesidad de "arbitrariedad" de la resolución en el delito de prevaricación administrativa, o como ocurriría con la analizada tipificación del delito fiscal propuesta por Ferreiro y cuya esencia comparto en su integridad.

Cuarta: Una alternativa final, de mantenerse las actuales tipificaciones penales, sería la propuesta de reflexionar sobre la consideración de las actuales cuestiones prejudiciales devolutivas como cuestiones estrictamente normativas, que cabría deferir, utilizando los actuales mecanismos procesales, de las cuestiones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, para que sea el tribunal contencioso-administrativo quien realice el pronunciamiento sobre aquellas.

ISBN: 978-84-613-7600-1

ISBN: 978-84-613-7600-1