

Circulares, Consultas e Instrucciones de la Fiscalía General del Estado

INTERVENCION DE LOS ASEGURADORES VOLUNTARIOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL PROCESO PENAL: LEGITIMACION DEL MINISTERIO FISCAL PARA EJERCITAR LA ACCION CIVIL

—Consulta núm. 2/1983, de 7 de febrero—

I

No resulta infrecuente en la práctica que junto al seguro obligatorio de responsabilidad civil se concierten pólizas complementarias de seguro obligatorio, en la misma o distintas compañías, que garantizan por una cantidad mayor o incluso ilimitadamente, la responsabilidad por daños causados a terceras personas con motivo de accidentes de circulación imputables penal o civilmente al asegurado. Producido el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, surge la responsabilidad u obligación del asegurador de indemnizar el daño causado cuyo cumplimiento, a falta de acuerdo privado, sólo se conseguirá en vía judicial. Es precisamente en el ámbito del orden judicial penal en donde se han suscitado muy variadas cuestiones relacionadas con el seguro de responsabilidad civil, y en él está también situado el tema objeto de consulta, que bajo la rúbrica de la intervención en el proceso penal del asegurador voluntario de responsabilidad civil, llega a las siguientes conclusiones: el asegurador voluntario debe participar en el proceso penal, pero no sólo cuando ejercite la acción civil el perjudicado, sino también cuando el Ministerio Fiscal provoque la condición de parte tratando de conseguir su condena en dicho proceso. Como argumentos expone, en síntesis, los siguientes:

— Si tanto el seguro obligatorio como el voluntario tienen como uno de sus principales fines el dar protección al perjudicado, no cabe duda de que si no se da entrada en el proceso penal al asegurador voluntario, la referida protección si no se anula si se disminuye considerablemente.

— Si bien la consulta de la Fiscalía General del Estado 7/1978 expresaba que la fianza que debe instar el Ministerio Fiscal para garantizar las responsabilidades civiles se constreñirá a la cubierta por el seguro obligatorio, correspondiendo únicamente al perjudicado el ejercicio de la acción contra el asegurador voluntario, tal declaración estaba fundada en la orientación jurisprudencial entonces imperante y hoy superada.

— Los principios procesales de economía y armonía. Conforme al primero en un solo proceso, el penal, de tramitación normalmente más rápida, se pueden resolver las cuestiones civiles sin tener que acudir a esta vía una vez concluido el juicio penal. Por el principio de armonía, como dice la sentencia de 20 de abril de 1981, se evita una dispersión de cuestiones de etiología común, teniendo, como es lógico, que acomodarse el Tribunal de lo penal a las normas reguladoras del contrato de seguro de que se trate.

II

Formalmente la sentencia que condene a indemnizar al asegurador voluntario de responsabilidad civil, sólo será válida si en la fase oportuna del proceso penal han concurrido estas circunstancias: ejercicio de la acción civil por quienes se hallen legalmente legitimados y que los destinatarios de ella hayan tenido la posibilidad de hacer valer sus correlativos derechos de personación y defensa. Esta congruencia externa entre proceso y sentencia se logrará cuando a la acción dirigida contra la entidad aseguradora haya seguido su declaración como tercero responsable capaz de legitimarla como parte civil pasiva. Con estos límites se está afirmando que actualmente el proceso penal es marco hábil para que en él se inserten las eventuales acciones que procedan contra el asegurador voluntario de responsabilidad civil automovilística cuando con ellas se pretenda la condena a la indemnización debida por el asegurado responsable. Pero no siempre ha sido éste el criterio sustentado por la jurisprudencia.

1. Como recuerda la sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1981, en otras ocasiones se había declarado que los aseguradores voluntarios en el seguro de responsabilidad civil por daños a terceros producidos como consecuencia de la circulación, ni como acusadores particulares ni como obligados a resarcir están legitimados para intervenir en el proceso penal; la razón aducida era que generándose tanto su derecho como su responsabilidad *ex contractu* y no *ex delicto*, debe ser por cauce extracriminal —dentro del proceso civil correspondiente— como podrán efectuar reclamaciones fundadas en el oportuno contrato de seguro o como se les podrá exigir el cumplimiento de deberes de resarcimiento asumidos y contraídos en el referido contrato; las acciones correspondientes podrán ejercitarse bien de modo directo si quien reclama es el asegurado o a través de la acción subrogatoria cuando quien reclama es la víctima, sus herederos o parientes próximos, amparándose en el artículo 1.111 del Código civil y en el principio de derecho *debitor debitoris debitor meus est*. En el sentido aludido, entre otras, las sentencias de 2 de mayo de 1966, 17 junio 1969, 20 marzo 1970, 15 junio 1971, 17 abril 1972 y 28 noviembre 1974. Todavía la sentencia de 26 de junio de 1979 señalaba que como la obligación de indemnizar que incumbe a las compañías aseguradoras de responsabilidad civil fuera del seguro obligatorio nace *ex contractu*, al perjudicado no le corresponde otra acción frente al asegurador que la oblicua que podrá ejercitar como acreedor del acreedor del asegurado, todo lo cual es materia extraña al proceso penal por cuya razón el asegurador voluntario no puede ser parte en este proceso. Esta tesis restrictiva se amparaba fundamental-

mente en el último párrafo de la regla 5.ª del artículo 784 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en donde se proscribe cualquier intervención en el proceso penal de las compañías aseguradoras que no sea la del afianzamiento de las responsabilidades civiles.

2. Con la fundamental sentencia de 7 de mayo de 1975 se da un giro radical a la anterior doctrina, pues en ella se reconoce el carácter de terceros responsables incluidos en el artículo 615 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los aseguradores voluntarios. Esta cualidad deriva de que al perjudicado se le atribuye la titularidad de una acción directa contra el asegurador voluntario, no obstante carecer de la condición de parte en la relación jurídica de seguro.

Mas se alegan también otro tipo de razones. Unas son prácticas, ya que con tal acción, viene a decirse, se beneficia la economía procesal penal y se evita la duplicidad jurisdiccional dilatoria; y otras, jurídico-civiles y de armonización jurisdiccional con la doctrina elaborada por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de la acción directa contra el asegurador voluntario en el contrato de seguro (Sentencias de 23 de junio de 1930, 18 de febrero de 1967, 14 de octubre de 1969, 7 de noviembre de 1975 y 30 de junio de 1977) en virtud de la solidaridad pasiva entre asegurado y asegurador respecto al perjudicado acreedor, doctrina ésta que trasciende al campo del Derecho penal en la responsabilidad civil dimanante del delito de que es responsable el tomador del seguro o sus subordinados, y por tanto el perjudicado tiene acción directa contra la aseguradora para hacer efectivo su derecho de indemnización (Sentencia de 22 de noviembre de 1982).

La acción civil del perjudicado o sus herederos que da entrada en el proceso penal al asegurador voluntario como tercero civil responsable procesalmente, se construye sobre los principios de rogación (artículos 100, 108, 110 y 111 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y bilateralidad de la audiencia (*nemo damnetur sine auditur*), acogido en el artículo 24 de la Constitución y expresado también en los artículos 850.2.º, 851.4.º y 854 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; a través de ella podrá condenarse por vía complementaria del seguro obligatorio a la entidad aseguradora que suscribió además una póliza de seguro voluntario, pero siempre que esté legitimada pasivamente por habérsela declarado responsable civil en los términos del artículo 615 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La dirección que inició la sentencia de 7 de mayo de 1975 está confirmada por las sentencias de 21 de mayo de 1977, 14 de junio de 1977, 7 de abril de 1980, 27 de junio de 1980, 20 de abril de 1981, 3 de julio de 1981, 26 de diciembre de 1981, 18 de febrero de 1982 y 22 de noviembre de 1982, entre otras. Y cuenta también con el apoyo de la Orden del Ministerio de Hacienda de 31 de marzo de 1977, por la que se aprueba, con carácter uniforme, la póliza del seguro voluntario de automóviles; su artículo 34 se refiere como una de las modalidades del seguro voluntario de automóviles, a la del que ampará la responsabilidad civil suplementaria, y a cuyo tenor la entidad aseguradora garantiza el pago de las indemnizaciones que en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.902 a 1.910 del Código civil y el 19 del Código penal, se impongan al asegurado o al conductor autorizado y legalmente habilitado, cita

legal que, como dice el Tribunal Supremo, expresamente confirma la asunción por el asegurador de la responsabilidad civil no sólo por culpa extracontractual, sino también por razón de delitos, siempre que la indemnización exceda del seguro obligatorio (Sentencias de 21 de mayo de 1977, 14 de junio de 1977, 27 de junio de 1980 y 26 de diciembre de 1981).

Esta corriente jurisprudencial cuenta con una confirmación legal expresa. En efecto, el ejercicio de la acción civil en el proceso penal contra el asegurador voluntario tiene ahora su apoyo —como reconocen las Sentencias de 3 de julio de 1981 y 18 de febrero de 1982— en el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980, que concede al perjudicado o a sus herederos acción directa contra el asegurador de responsabilidad civil para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar; esta acción es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado, y sólo en los supuestos de que se haya extinguido el contrato de seguro al tiempo de la producción del siniestro o de culpa exclusiva del perjudicado, el asegurador podrá oponer excepciones al tercero accionante en vía directa, con lo que se extiende al seguro voluntario el régimen del seguro obligatorio. Han desaparecido, pues, los obstáculos que podrían oponerse al ejercicio directo de la acción del perjudicado contra el asegurador y los argumentos determinantes de que la jurisprudencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo no mantuviera una línea interpretativa única.

III

La acción directa contra el asegurador voluntario supone para el perjudicado por un *quantum* excedente de la cobertura máxima del seguro obligatorio, la posibilidad de obtener una indemnización reparadora íntegra. Tal acción se desenvuelve en el proceso penal sólo a instancia de sus titulares, siendo anulable la sentencia en que el Tribunal *ex officio* haya concedido efectividad a las no ejercitadas (Sentencia de 7 de mayo de 1975). Quién tiene derecho a la reparación es el titular del interés lesionado por el acto punible y está, al propio tiempo, legitimado para exigir responsabilidad civil en vía penal, ya sea como acusador particular o simplemente como actor civil. Estas posiciones pueden ocuparlas también sus herederos legítimos, dado que la pretensión indemnizatoria es transmisible por herencia (artículo 105 del Código penal). Pero, ¿el Ministerio Fiscal está investido de la facultad de ejercitar esa acción nacida del seguro voluntario, capaz de dar entrada en el procedimiento al asegurador como tercero responsable civil? El ejercicio de la acción no es exclusivo del perjudicado y sus causahabientes. Si no se ha extinguido por renuncia expresa (artículo 106 de la Ley Enjuiciamiento Criminal), no ha mediado reserva para su ejercicio fuera del proceso penal (artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y no se ha resuelto sobre ella previamente en el orden civil, el Ministerio Fiscal está plenamente legitimado para promover el ejercicio de la acción directa derivada del seguro voluntario de responsabilidad civil, porque ejercitada la acción penal se entiende utilizada también la acción

civil (artículo 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); y no sólo la acción civil propiamente *ex delicto* —la acumulable legalmente a la pena—, sino cualesquiera otra acción general de la que sea titular el perjudicado y esté encaminada a obtener el resarcimiento de sus perjuicios, porque todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil pueden ser deducidas en juicio a tenor del artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En consecuencia, siempre que de la acción punible se haya seguido un perjuicio cierto y real, el Ministerio Fiscal hará valer en el proceso los derechos de las víctimas a obtener la reparación. Por lo demás, esta actividad o función procesal sustitutoria impuesta por imperativo legal (artículo 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), al tiempo que suple la inacción del titular directo le atribuye la plenitud de efectos patrimoniales si la pretensión de indemnización no ha perdido su vigencia; y es acorde con la obligación del Estado de procurar el total resarcimiento de la víctima, sin imponer a ésta la carga procesal de instar por sus medios privados el resarcimiento. La tesis de que el Ministerio Fiscal debe ejercitar esta acción ha sido aceptada por el Tribunal Supremo. Por un lado, declara que una de las condiciones que requiere la efectividad de las responsabilidades civiles directas que asumen las Compañías de seguros, es la acción o pretensión del Ministerio Fiscal o del perjudicado, cuya inactividad, sin embargo, no puede ser suplida por el Tribunal al tratarse de materia civil sometida al principio de rogación o de impulso de parte (Sentencia de 3 de julio de 1981). Y por otro, sostiene que cuando cualquiera de las partes, bien el Ministerio Fiscal o el perjudicado, ejercitarse la acción civil desbordando los límites del seguro obligatorio, la aseguradora tiene derecho a ser parte legítima en el proceso para la defensa de sus intereses (Sentencia de 22 de noviembre de 1982).

IV

Destinatarios o titulares pasivos de la acción civil son los aseguradores voluntarios en concepto de seguro complementario del obligatorio, que así se situarán legítimamente en el ámbito del proceso penal en el que ocupan el *status* de terceros civiles responsables directos; indudablemente su condición no es la de responsables subsidiarios porque la acción ejercitada es directa y no subsidiaria o condicionada a eventuales situaciones patrimoniales del imputado o del responsable civil subsidiario. Por otra parte, para que surja la responsabilidad civil subsidiaria, es imprescindible la preexistencia de otra responsabilidad civil de primer grado a la que aquella venga a sustituir, y esto no acontece con la responsabilidad del asegurador voluntario por cuanto es solidaria con la del tomador del seguro. A pesar de ello el cauce para obtener tal declaración será el previsto en el artículo 615 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues como observa la sentencia de 21 de mayo de 1977, aunque tal norma sólo aluda expresa o implícitamente a los artículos 21, 22 y 108 del Código penal, nada se opone a que sea decretada dicha especie de responsabilidad civil de terceros y aplicada por analogía en virtud de otros preceptos, tratándose como se trata de

responsabilidad civil *ex delicto* imputable a terceras personas. Sólo median-do esa declaración tienen las empresas aseguradoras la posibilidad de constituirse como partes en el proceso penal y ejercitar los derechos y acciones correspondientes a su cualidad procesal (proponer pruebas, escritos de conclusión, participación en los debates), lo que, por otra parte, es *condictio* de la condena a indemnizar como responsable directo y solidario con el procesado-asegurado. Como dice el Tribunal Supremo, si se ejercita la acción directa contra los aseguradores voluntarios en el proceso penal hay que darles entrada como terceros responsables civiles (Sentencia de 27 de junio de 1980), pues para una condena válida es necesario que se hayan incorporado como partes al proceso mediante el expediente de extender el concepto de tercero civil del artículo 615 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al responsable directo, de acuerdo con el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído y en cumplimiento de las garantías procesales que toda persona ha de tener para la defensa de sus derechos conforme se determina en el artículo 24 de la Constitución (Sentencia de 86 de diciembre de 1981; en la misma línea las de 27 de mayo y 14 de junio de 1977). Es de notar, por último, que el Proyecto de Código penal de 1980 atribuye el carácter de responsables civiles a las Compañías aseguradoras (artículo 118), lo que lleva implícita necesariamente su condición de parte en el proceso penal.

En definitiva, el tema que se pondera debe ser resuelto en el sentido que se propone en el meritorio análisis jurídico que representa la Consulta, por lo que partiendo de los principios procesales de rogación y bilateralidad de la audiencia, son válidas las siguientes conclusiones:

1.ª Para la efectividad de la indemnización derivada del seguro voluntario de responsabilidad civil automovilística o de cualquiera otro que implique la cobertura de un riesgo producido «*ex delicto*», nace una acción directa contra la entidad aseguradora, para cuyo ejercicio están legitimados, en el marco del proceso penal, tanto los perjudicados y sus herederos como el Ministerio Fiscal.

2.ª Como el contenido indemnizatorio de las sentencias que condenan a resarcir a las Compañías aseguradoras sólo será válido si éstas han sido partes en el proceso en concepto de terceros civiles responsables directos, en los términos del artículo 615 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Ministerio Fiscal, cuando advierta que concurren las circunstancias a que se subordinan los efectos del seguro voluntario, en su condición de actor civil, promoverá las acciones oportunas para constituir en parte real a las referidas compañías y exigirles la indemnización excedente del seguro obligatorio.

REVOCACION DE LA CONDENA CONDICIONAL FACULTATIVA: INTERPRETACION DEL ARTICULO 14 DE LA LEY DE 17 DE MARZO DE 1908

—Consulta núm. 3/1983, de 22 de abril—

I

La consulta tiene como antecedente un hecho que materialmente es muy simple: A una persona se le conceden los beneficios de la suspensión de condena y llegado el momento de resolver sobre la remisión definitiva, con la preceptiva aportación de la hoja histórico-penal, se comprueba que durante el período de suspensión fue dictada contra ella sentencia condenatoria por delito cometido con anterioridad el plazo de suspensión.

Interesado por el Ministerio Fiscal el cese de la situación de suspensión de condena, tal petición no fue atendida por la Sala, porque «si bien es cierto que el penado cuya condena fue suspendida condicionalmente en su ejecución, fue condenado con posterioridad a tal suspensión, tal condena se impuso por hechos cometidos con anterioridad, de donde se deduce que no se está en el caso a que se refiere el artículo 14 de la Ley de 17 de marzo de 1908, cuya *ratio legis* consiste en que el penado beneficiado con la suspensión de condena no realice nuevos actos delictivos a partir del momento en que se le comunica, en acto solemne, la concesión beneficial *sub conditione*», agregándose después en el auto resolutorio del recurso interpuesto, que el espíritu del artículo 14 de la referida Ley «pretende la reinserción social del delincuente mediante una condición potestativa, cual es la de no delinquir en el período al que se refiere la condición, pues otra interpretación llevaría al absurdo de tener que cumplir por causa de un hecho anterior a la concesión de estos beneficios».

La solución dada por la Sala al supuesto de hecho tras el análisis jurídico del artículo 14 de la Ley de condena condicional, ha determinado que, en el seno de esa Fiscalía, se mantengan dos actitudes cuya armonización no ha sido posible. En opinión de la mayoría, si durante el plazo de suspensión recae una sentencia condenatoria por delito, debe dejarse sin efecto la condena condicional y cumplir la pena; este criterio se apoya en la literalidad del párrafo primero del artículo 14 de la Ley de 17 de marzo de 1908, conforme al cual se ejecutará el fallo en suspenso cuando el sometido a condena condicional «fuese de nuevo sentenciado por otro delito», pues si ha sido sentenciado por otro delito, se agrega, esto está demostrando que no es delincuente primario. La otra tesis sostiene que si el fundamento de la institución está en dar una oportunidad al penado, esto no ocurrirá si el hecho por el que fue últimamente sentenciado lo había cometido antes de que se le notificara la concesión de la condena condicional; de ahí que para dejarla sin efecto no es suficiente que la sentencia se haya dictado en el plazo de suspensión, sino que habrá de completarse con que el hecho, motivo de la segunda condena, lo hubiera cometido precisamente en el plazo de suspensión, por lo que si se cometió antes de ese plazo debe acordarse la remisión.

II

El artículo 14 de la Ley de 17 de marzo de 1908 dispone que «si antes de transcurrir el plazo de duración de la condena condicional, el sometido a ella fuese de nuevo sentenciado por otro delito, se procederá a ejecutar el fallo en suspenso. Si cumpliere el plazo de la suspensión sin ser condenado, pero después lo fuese por hecho punible cometido dentro de aquel plazo, se le obligará a que cumpla la pena que fue suspendida, salvo el caso de prescripción».

Su interpretación ha dividido a la doctrina científica. Mientras algunos entienden que en el artículo 14 tienen cabida tanto el delito cometido en el período de prueba como el ejecutado antes de la concesión de la condena condicional, pero juzgado durante el transcurso del plazo, otros creen que la sentencia condenatoria dictada dentro del plazo de prueba por delito llevado a cabo antes, no es causa de extinción de la suspensión de condena, porque la frase «sentenciado por otro delito» del artículo 14 hay que referirla a delito cometido dentro del período probatorio fijado; la consecuencia es que los hechos constitutivos de la causa de revocación, no surgen si el reo es sentenciado por delito anterior al *dies a quo* del plazo de suspensión.

Por su parte la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1969, declara que las normas contenidas en el artículo 14 de la Ley de 17 de marzo de 1908 «no son aplicables a las condenas por hechos acaecidos con prioridad al otorgamiento de los repetidos beneficios, en cuyo caso no puede determinarse la revocación de los mismos, pues la solución contraria equivaldría a una inadmisibile interpretación extensiva de aquel precepto legal», y agrega, seguidamente, que deberá tenerse en cuenta «la conducta del sujeto en este particular extremo durante el plazo de suspensión de la condena y no antes ni después».

La Fiscalía del Tribunal Supremo (Memoria de 1971, páginas 233 y 237) expresaba sobre esta cuestión que, como claramente se desprende de la Sentencia de 17 de noviembre de 1969, cuyo buen sentido es indudable, queda prácticamente sin efecto el supuesto establecido por el artículo 14 de la Ley de condena condicional; el hecho de que la doctrina jurisprudencial tenga que apartarse tan claramente de la letra de la ley, hace evidente la necesidad de una modificación en el sentido de que se procederá a ejecutar el fallo en suspenso cuando fuere el reo penado con privación de libertad por delito doloso cometido durante el período de prueba.

En esta misma línea se halla el artículo 95 del Proyecto de Código Penal expresivo de que la remisión de la pena quedará condicionada a que el condenado *no delinca*, observe las reglas de conducta y cumpla las tareas impuestas por el Tribunal, *en el período de suspensión de la pena*.

III

Los efectos extintivos o liberatorios de la suspensión de condena están sometidos a la condición negativa de que, durante un plazo determinado (artículo 92 del Código Penal), el beneficiario no cometa un nuevo delito,

por lo que, si durante ese transcurso (*condictio pendet*) delinque, a través de la revocación procede el cumplimiento de la condena suspendida. Lo único cuestionado en la consulta es determinar cuál es el elemento desencadenante de la revocación. La opción, como antes se anotó, es doble: o la comisión de un delito precisamente durante el plazo de suspensión o el hecho de que durante el mismo se dicte sentencia condenatoria, aunque lo fuere por hechos anteriores al *dies a quo* del plazo de la suspensión. Esta última debe excluirse.

El elemento temporal constitutivo de la condición es de carácter material —el tiempo de la acción— y no de naturaleza formal o procesal —el momento en que se dicte la sentencia—. Hay que atender, pues, de modo esencial, al *tempus commissi delicti* y no al tiempo, variable, en que la sentencia se ha pronunciado; ésta importa sólo en cuanto individualiza en su premisa de hecho el momento en que el delito se ha perfeccionado, que lo será en el instante en que se realice la conducta típica, lo que no ofrecerá problemas en las figuras de delito constituidas por un solo acto, pero que puede presentarlos en otras categorías de delitos en las que el estado de antijuricidad se prolonga, con lo que el *tempus commissi* puede fijarse en momentos diversos.

Si la condena condicional implica una afirmación de responsabilidad solamente exigible cuando se incumplan las condiciones requeridas, debe afirmarse que únicamente es, *de iure*, causa revocatoria de la suspensión condicional de la pena impuesta la comisión de un delito durante el plazo de suspensión, ya sea sancionado en el período de prueba o una vez extinguido éste, siempre que no haya mediado prescripción. Al contrario, la comisión de delitos fuera del plazo de suspensión —ya sea *ex ante* o *ex post*— no puede dar lugar a la revocabilidad de la suspensión de la pena. Es cierto, sin embargo, que en nuestro ordenamiento jurídico no hay demasiada concreción en orden a las circunstancias necesarias para determinar la revocación cuando ésta haya de construirse sobre una conducta delictiva. Por lo pronto, en la estructura del Instituto dentro del Código Penal, no aparece referencia alguna a la revocación. Y en la Ley de 17 de marzo de 1908, si la revocación de carácter subsanable por incumplimiento de ciertas obligaciones de hacer impuestas al penado (artículos 8-10) está clara, la revocación insubsanable contemplada en el artículo 14, es imprecisa, lo que explica la existencia de diversas actitudes interpretativas.

La tesis que aquí se mantiene cuenta con apoyos legales y lógicos:

— El artículo 14 de la Ley de 17 de marzo de 1908, en sus dos incisos, trata de supuestos distintos de revocación: uno, cuando se halle pendiente el plazo de suspensión (artículo 14, párrafo 1.º), y otro, cuando ha concluido el plazo de suspensión, ya en plena fase de pena remitida (artículo 14, párrafo 2.º). Pero en ambas hipótesis la causa delictiva revocatoria ha de tener lugar precisamente *durante* el período de suspensión. Los hechos cometidos *antes* o *después* son jurídicamente irrelevantes. Según el artículo 14, inciso primero, procede la revocación de la condena condicional o ejecución del fallo suspendido, cuando el sometido a ella *fuere sentenciado durante el plazo de suspensión por otro delito*; mas se silencia si

ese otro delito ha de haberse cometido *antes* del plazo o *durante* el plazo. Conforme al artículo 14, inciso segundo, se dará lugar a la revocación cuando el beneficiario *fuere sentenciado después de cumplido el plazo de suspensión*, pero por hecho punible cometido *dentro* del plazo; no comprende, por consiguiente, el delito cometido *antes* de iniciarse el plazo de suspensión y sentenciado *después* de extinguido el plazo. Por la misma razón, si el legislador se fijó, aquí de modo explícito, en las conductas punibles acaecidas *durante la suspensión*, tampoco deberá abarcar el párrafo primero del artículo 14 los delitos cometidos antes del día inicial del plazo de suspensión, sino sólo los cometidos dentro del plazo. Así, el artículo 14, párrafo primero, se extenderá a los hechos punibles cometidos dentro del plazo y sentenciados durante el plazo, en tanto que en el radio del artículo 14, párrafo segundo, se situarán los cometidos dentro del plazo y sancionados con posterioridad a él. Lo fundamental es, pues, haber *cometido* un delito *dentro* del plazo de suspensión: si se *condena* por él *dentro* del plazo, lo que se revoca es la suspensión condicional de la pena, y si se *condena* por él una vez *concluido* el plazo, se revoca la remisión de la responsabilidad penal acordada.

— Si los delitos cometidos antes del acto formal de otorgamiento no son causa de revocación de la remisión definitiva, como se desprende claramente del artículo 14, párrafo segundo, tampoco deben dar lugar al auto revocatorio de la suspensión de condena en curso o pendiente a que se refiere el artículo 14, inciso primero, porque en otro caso, no sería elemento condicionante de la suspensión de condena el dato subjetivo o interno de la conducta observada por el sujeto, sino algo tan ajeno a ella como es la mayor o menor celeridad en la tramitación de los procedimientos penales, con lo que sólo serían beneficiarios los condenados en territorios jurisdiccionales en que por haber un mayor número de causas, la justicia penal es, necesariamente, más lenta.

— Al ser la condena condicional un subrogado punitivo de profunda significación jurídica y de gran relevancia social y humana, que se dirige a estimular la recuperación del culpable y que se basa en la presunción de que en el *futuro* se abstendrá de cometer nuevos delitos, para potenciar su efectividad la conducta a valorar en la revocación, será la observada a partir del momento de su concesión; sólo la transformación, a partir de la suspensión, de la conducta concreta en un hacer antijurídico que presupone el cese del buen comportamiento social, es causa de revocación.

— El principio del *favor rei*, conforme al cual cuando *ex lege* no pueda fijarse con absoluta precisión el ámbito de las circunstancias de hecho determinantes de la revocación, de entre las soluciones posibles deberá acogerse la más favorable al condenado, por lo que continuará beneficiándose de la suspensión de la ejecución de la pena impuesta aun cuando recaiga una sentencia sucesiva por hechos anteriores.

— Por último, tampoco debe desconocerse la evolución que, en el ámbito del *usus fori*, se ha operado en la institución, pues en la práctica la condena condicional, al no observarse con regularidad los presupuestos admonitorios y de vigilancia, se ha convertido en un acto de perdón judi-

cial, con lo que virtualmente el acto de concesión es extintivo de la responsabilidad penal y el acto revocatorio deviene excepcional, dictándose, en todo caso, para los supuestos de delitos cometidos durante el plazo de suspensión. Solución que, por otro lado, no se aparta del criterio que preside el artículo 3.º, 1, del Código civil, a cuyo tenor las normas jurídicas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, pero sin olvidar su relación con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.

En definitiva, como lo que interesa a efectos revocatorios es el momento en que se ha desarrollado la acción antijurídica y no el de la firmeza de la resolución judicial, si, pendiente el término, no se cometió un hecho penalmente típico se extinguirá la condena suspendida, en tanto que los delitos consumados entre los días inicial y final actuarán como causas de revocación automática de la suspensión acordada. Por ello debe afirmarse, para la condena condicional, su irrevocabilidad por delitos anteriores al acto de concesión cualquiera haya sido el momento en que por ellos recaiga sentencia, y la revocabilidad si los hechos penales integradores de sentencias condenatorias tuvieron lugar durante el plazo de suspensión con independencia del momento en que se dictare la resolución judicial.

Atendidas las razones expuestas, en los casos análogos al que es objeto de consulta, el Ministerio Fiscal deberá interesar del Tribunal sentenciador que se dicte auto otorgando la remisión definitiva y no auto revocatorio del beneficio concedido, dado que el plazo de suspensión ha expirado sin cumplirse los eventos constitutivos de las condiciones resolutorias.

CONCURRENCIA DE DELITOS: CONTRABANDO DE ESTUPEFACIENTES DEFINIDO EN LA LEY 13-7-1982 Y EL ARTICULO 344 DEL CODIGO PENAL

—Consulta núm. 4/1983, de 1 de diciembre—

I

Ha tenido entrada en esta Fiscalía su consulta cuyo objeto único se centra en la calificación que deba darse a las conductas constitutivas de tráfico de estupefacientes a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, modificativa de la legislación en materia de contrabando. La causa determinante está, como V. E. expone, en que, con la promulgación de esta norma, los hechos integradores de aquel tráfico ilícito cuentan abstractamente con una tipicidad doble. De un lado, la definida en el artículo 344 del Código penal bajo la rúbrica de delitos contra la salud pública, y de otro, la que se extrae de la Ley de 13 de julio de 1982, que considera reos del delito de contrabando a los que, en cualquier cuantía, importaren, exportaren o poseyeren drogas o estupefacientes o realizaren operaciones de comercio o circulación, sin cumplir los requisitos establecidos por las leyes (artículo 1, párrafos uno, inciso cuarto, y tres, inciso primero).

La existencia de dos preceptos contemporáneamente vigentes que incluyen en su núcleo fundamental el tráfico ilícito de drogas exige concretar la naturaleza del concurso y, en consecuencia, las reglas aplicables. Y es

precisamente en este punto donde han surgido las dos posiciones, netamente contrapuestas, de que da cuenta.

1. A tenor de la primera, esa concurrencia de disposiciones se conforma con la estructura propia del llamado concurso de leyes, por lo que, al excluirse recíprocamente, de acuerdo con el artículo 68 del Código penal, los hechos habrán de calificarse bien como delito contra la salud pública del artículo 344 o como delito de contrabando de estupefacientes, según cual sea, ante una determinada conducta, el que tenga asignada una consecuencia punitiva de mayor entidad. Esta posición esgrime en su apoyo los argumentos siguientes:

— Que el bien jurídico protegido en las normas cuestionadas es el mismo: la salud pública, si bien unas veces aparece expresado de modo directo (artículo 344), y otras de forma indirecta a través del interés del Estado en su control (Ley de 13-7-1982).

— Que las conductas previstas en las dos leyes son idénticas, tratándose en ambos casos de tráfico de drogas, ya sea «sin cumplir los requisitos legales» (Ley de 13-7-1982) o de modo «ilegal» (artículo 344).

— El paralelismo de conductas e intereses protegidos plasma en una auténtica relación de alternatividad cuyo cauce no puede ser otro que el prevenido en el artículo 68 del Código penal.

2. La segunda postura entiende que se trata de un supuesto de concurso ideal —un hecho constitutivo de dos delitos— que ha de resolverse en la forma prevista en el artículo 71 del Código penal. Son razones que contribuyen a mantener esta tesis:

— Los bienes jurídicos que, respectivamente, protegen son diversos, ya que el interés del Estado en el control del tráfico de drogas no es sólo la salud pública, sino que también están latentes un interés económico y el cumplimiento de compromisos internacionales en la materia.

— La aplicación del artículo 68 del Código penal resulta, al menos, difícil, pues literalmente alude a «hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más disposiciones *de este Código*»; aunque ciertamente esta dificultad podría obviarse a la vista del artículo 9.º de la Ley de 13 de julio de 1982, que proclama la supletoriedad del Código penal para lo no previsto en ella.

— La teoría del concurso de normas acude inmediatamente al artículo 68 del Código penal, pero ¿por qué no acudir al principio de especialidad que supondría a veces la aplicación de los preceptos de la Ley de Contrabando más beneficiosos para el reo que el artículo 344?

— Si la Ley de 13 de julio de 1982, con relación a la que deroga, parte de un tratamiento más severo elevando a delito conductas que antes constituían infracciones administrativas, perdería su razón de ser si se admitiera como solución el concurso de normas, pues con él sólo se sanciona un delito, en tanto que merced al concurso ideal siempre se castiga un solo hecho como dos delitos, por cuanto supone un ataque a diferentes bienes jurídicos igualmente dignos de protección.

II

Conforme a la Ley de Contrabando, aprobada por Decreto de 16 de junio de 1964, el tráfico de estupefacientes constituía infracción administrativa de contrabando (artículos 3 y 11, apartados 7-9), conducta que encajaba también en el extenso marco del artículo 344 del Código penal. Si en un mismo hecho concurrían las características de la infracción administrativa y la estructura del tipo penal, la jurisprudencia del Tribunal Supremo reconocía la compatibilidad de las sanciones respectivas sin que ello implicara violación del principio *non bis in idem*; en tal sentido, las Sentencias de 10-5-1974, 30-6-1975 y 20-1-1982, declarativa esta última de que «un comportamiento puede integrar infracción de contrabando sin que ello obste, ni suponga conculcación del principio *non bis in idem*, a que la citada conducta pueda constituir además delito descrito en el Código penal, doctrina ésta que en lo que respecta a los estupefacientes, se ratifica y refuerza por el contenido de la Ley de 8 de abril de 1967, cuyo artículo 30 dispone que las referidas sustancias tienen el carácter de artículos estancados y que el contrabando de las mismas será perseguido, juzgado y sancionado con arreglo a los vigentes preceptos de la Ley de Contrabando, añadiendo el artículo 33 de la misma, que tales conductas serán perseguidas administrativamente sin perjuicio de que puedan integrar delito y ser perseguidas en la vía correspondiente».

Con la publicación de la Ley de 13 de julio de 1982, reguladora de los delitos de contrabando, ha desaparecido la infracción administrativa de contrabando cuando sus actos constitutivos tuvieren por objeto drogas o estupefacientes, pues si, en general, el tránsito de la infracción de contrabando al delito de contrabando se halla en el valor de los géneros o efectos (artículos 1, 1.º, y 12), el tráfico de drogas integrará siempre delito cualesquiera sea su cuantía o valor (artículo 1, 3.º). Así, de la compatibilidad entre infracción administrativa de contrabando de estupefacientes y delito contra la salud pública, se ha pasado a la concurrencia del delito de contrabando de estupefacientes con el delito contra la salud pública, cuyo objeto material son las sustancias estupefacientes. Si los casos consistentes en que unos mismos hechos estuvieran descritos, a la vez, en el presupuesto de una norma penal y en el círculo de una infracción administrativa, fueron resueltos jurisprudencialmente en el sentido de hacer compatibles las respectivas sanciones sobre la hipótesis de subsunción de un presupuesto de hecho en el delito de contrabando de drogas (artículo 1, 1.º y 3.º de la Ley de 13-7-1982) y en el tipo definido en el artículo 344, obviamente no hay todavía declaraciones jurisprudenciales. En trances de valorar en un orden técnico-jurídico tal conducta, las opciones posibles se reducen a éstas: entender que nos hallamos ante un concurso aparente de normas cuyo régimen jurídico-punitivo aparece en el artículo 68 del Código penal, o pensar que convienen mejor a la situación de hecho creada, las normas reguladoras de una de las modalidades del concurso ideal o formal de delitos del artículo 71 (un hecho constituye dos o más delitos).

III

Los requisitos de las normas penales definidos en el artículo 344 del Código y en la Ley de Contrabando de 13 de julio de 1982, son parcialmente coincidentes. De un lado la tipicidad del artículo 344, objetiva y fundamentalmente descriptiva a partir de la Ley de 15-11-1971 adquiere una gran amplitud, reducida a sistema, en su marco pueden comprenderse las siguientes conductas: actos de producción de estupefacientes (cultivo, fabricación, elaboración), actos principales de tráfico (venta, donación, tráfico en general), actos auxiliares de tráfico (tenencia, transporte) y actos de proselitismo o estímulo (promoción, favorecimiento, facilitación). Con la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, el tipo central de injusto que define el nuevo artículo 344, al tiempo que gana en precisión no se separa, por razón del contenido que atribuye a los verdaderos subtipos, de la norma sustituida. Si ciertamente ahora se incluyen *ex novo* los psicotrópicos y la penalidad cuenta con nuevos módulos, los elementos descriptivos de la acción se reducen, en técnica quizá más depurada, a los actos de cultivo, fabricación, tráfico y posesión. Pero es manifiesto que la fabricación comprende la elaboración, también que en la expresión genérica de tráfico tienen cabida tanto los actos de disposición a título oneroso como los de liberalidad, así como el transporte, y que la sustitución de la palabra tenencia por la de posesión, aunque pudiera tener trascendencia en el orden civil, carece de relevancia penal a la hora de encuadrar una conducta en el artículo 344. De otro lado, el radio antijurídico de la Ley de Contrabando es menos extenso, cualesquiera sean los preceptos que sirvan de encaje al contrabando de estupefacientes. Mas aun así no pueden desconocerse superposiciones en los elementos nucleares de los respectivos tipos.

La alternativa más próxima en la Ley de Contrabando al artículo 344 es la que se extrae del párrafo tercero o del párrafo cuarto del artículo 1, 1.º. El primero de ellos se refiere a los *géneros estancados*; el segundo a los *géneros prohibidos*. Géneros estancados y géneros prohibidos son conceptos distintos. Los primeros son aquellos cuya comercialización está reservada con carácter de monopolio al Estado, y los prohibidos aquellos cuya comercialización no está permitida por lo general a los particulares. Pero atendidas las normas en vigor, los estupefacientes tienen la consideración de efectos estancados unas veces y de géneros prohibidos otras. En el artículo 3, 1.º, de la Ley de Contrabando son *ex lege*, *productos estancados*, aquellos cuya producción, adquisición o distribución se atribuye al Estado con carácter de monopolio, pero además se reputan géneros o productos estancados, aquellos a los que por ley se otorgue dicha condición, y la Ley 17/1967, de 8 de abril, declara (artículo 30.1) que las sustancias estupefacientes tienen el carácter de *artículos estancados*, y el contrabando de las mismas será perseguido, juzgado y sancionado con arreglo a los preceptos de la Ley de Contrabando. El carácter de *géneros prohibidos* para los estupefacientes deriva de la propia Ley de 8 de abril de 1967, cuyo artículo 2, 2.º, expresa que tendrán la consideración de artículos o *géneros prohibidos* los estupefacientes incluidos o que se incluyan en

la Lista IV del Convenio Unico de las Naciones Unidas de 1961, y en tal lista están, junto a otros productos, la *cannabis* y la heroína; pero es que, a mayor abundamiento, según el artículo 3, 2.º a) de la vigente Ley de Contrabando, son artículos o géneros prohibidos los que como tales se hallen comprendidos en los Aranceles de Aduanas, y en la disposición octava de esta norma —aprobada por Decreto de 30 de mayo de 1960— se consideran artículos de importación prohibida o condicionada los estupefacientes.

Pues bien, la conducta en el tipo de injusto básico relativo al contrabando de *géneros estancados* (artículo 1, 1.º, tercero) comprende estos términos: importar, exportar, poseer, elaborar y rehabilitar. La acción o comportamiento, siempre positivo, es el delito de contrabando de *efectos prohibidos* (artículo 1, 1.º, cuarto) abarca a quienes los importaren, exportaren, poseyeren o realizaren con ellos operaciones de comercio o circulación.

Delimitadas así las áreas respectivas del injusto penalmente relevante, se observa que *elaborar* y *rehabilitar* son conceptos privativos del artículo 1, 1.º, tercero, mientras que la frase realizar *operaciones de comercio o circulación* sólo la hallamos en el artículo 1, 1.º, cuarto. El resto de las expresiones típicas son comunes a ambos: importar, exportar y poseer. Es claro que el círculo de la antijuricidad es en estas dos figuras de delito menor que el asignado en el artículo 344 al tráfico de estupefacientes. Aquéllos contienen referencias expresas a actos principales («operaciones de comercio») y auxiliares de tráfico («poseyeren», «circulación») e incluso a algún acto de producción («elaborar», «rehabilitar»). Existen otros dos giros en las disposiciones analizadas de la Ley de Contrabando sin correspondencia literal con el artículo 344 («importar» y «exportar»), pero que podrían incardinarse en el término «tráfico», que es comprensivo del transporte, ya que importar, según la interpretación dada por el Tribunal Supremo, puede significar el hecho de introducir la droga por cualquier medio en territorio español, valorándose como transporte punible la llegada de estupefacientes a las Aduanas de puertos, aeropuertos y fronteras en donde se intervienen cuando se pretendía su introducción material en España (Sentencias de 13-5-1975, 15-3-1977 y 26-3-1977), y a tenor de la Convención de las Naciones Unidas sobre estupefacientes —artículo 1, apartado m)—, ratificado por España el 1 de marzo de 1966, por importación y exportación se entiende el transporte material o tráfico de estupefacientes de un Estado a otro o de un territorio a otro del mismo Estado, definiciones que para el Tribunal Supremo entrañan una noción auténtica de los actos integrantes de tráfico (Sentencias de 22-2-1974 y 22-11-1978), añadiendo por su parte la Ley de 8 de abril de 1967 (artículo 15) que constituyen tráfico ilícito las operaciones de importación realizadas en contra de lo prevenido en la Ley. Por consiguiente, «importar» o «exportar», en significado no rigurosamente técnico si se quiere, significarán también «traficar», término que comprende, dada su amplitud, el transporte.

En definitiva, con la precedente interpretación sólo los actos de proselitismo (promoción, favorecimiento y facilitación) y alguno de los actos de producción de estupefacientes («cultivo») son privativos del artículo 344 y

ajenos al delito de contrabando. Los demás comportamientos son sustancialmente convergentes, por lo que convienen, en principio, tanto al injusto típico de contrabando como al tipo penal de injusto en que la salud pública es protegida directamente.

Si hay coincidencia entre el objeto del delito y entre la mayor parte de los elementos descriptivos que integran el contenido de los tipos penales definidos en la Ley de Contrabando y en el Código penal, la cantidad de estupefacientes objeto del tráfico tampoco es dato diferenciador, porque el *quantum* de lo poseído, transportado, elaborado o vendido no es elemento del tipo en ningún caso. El tráfico ilegítimo de drogas es siempre delito del artículo 344, ya que la cantidad no afecta a la antijuricidad, sino, en todo caso, a la penalidad, como se desprende de la interpretación jurisprudencial del párrafo tercero del anterior artículo 344, y de la literalidad del nuevo precepto. Y aunque los delitos de contrabando, en general, subordinan su existencia a que el valor de los géneros o efectos sea igual o superior a un millón de pesetas (artículo 1, 1.º), pues en otro caso sólo hay infracción administrativa (artículo 12), el contrabando de drogas o estupefacientes constituye delito cualquiera que sea su cuantía (artículo 1, 3.º, primera), si bien la pena tipo puede ser rebajada en un grado en atención a las circunstancias del hecho (artículo 2, 3.º). En la aplicación de las normas últimamente citadas debe regir la interpretación que ha venido haciendo de modo reiterado el Tribunal Supremo para el delito contra la salud pública del artículo 344, distinguiendo entre actos de transmisión y actos auxiliares de tráfico, y en tanto que los primeros constituirán siempre delito, aunque se trate de pequeñas cantidades, la posesión y el transporte o circulación de drogas en cantidades exiguas, no comportará la tipicidad de contrabando, sino que puede constituir un elemento probatorio de que la tenencia o el transporte son simples actos preparatorios de otro principal impune cuál es el propio consumo.

Si la dimensión externa de la conducta es parcialmente coincidente, la identidad es plena en el empleo de términos normativos que configuran las denominadas características especiales del deber jurídico o especiales elementos de la antijuricidad; de ahí las expresiones de modo «ilegal» (artículo 344), «sin autorización» (artículo 1.1.º, tercero de la Ley de 13 de julio de 1982) y «sin cumplir los requisitos establecidos por las leyes» (artículo 1.1.º, cuarto), determinantes todas ellas de la punibilidad.

IV

No es, pues, el artículo 344 la única norma penal que reprime el tráfico de estupefacientes, sino que la legislación de contrabando eleva también a categoría de delito la posesión, circulación y tráfico ilegítimo de aquellas sustancias; y existe superposición, en parte, de las acciones que forman el núcleo de los respectivos preceptos, por lo que, obviamente, si un hecho dado es capaz de subsumirse en esa zona típica común, aparece como posible la aplicación de dos normas cuya consecuencia penal es distinta. En el artículo 344 se prevén penas distintas. Prisión menor y multa es la pena

tipo cuando se trate de sustancias que causen grave daño a la salud, que se elevarán en un grado atendidas estas circunstancias: la cantidad objeto de tráfico, la pertenencia del culpable a una organización que tenga por finalidad difundir las drogas, el lugar en donde se difunden (centros docentes, unidades militares, establecimientos penitenciarios) o las personas a quienes se transmiten (menores de edad. Arresto mayor es la pena que procede cuando se trate de sustancias que no causen grave daño a la salud, que se transformará en prisión menor si concurre alguna de las circunstancias antes referidas. En tanto que la pena base para el contrabando de estupefacientes es la de prisión menor en los grados medio o máximo y multa del tanto al duplo del valor de los géneros o efectos (artículo 2.1.º), imponiéndose en su mitad superior cuando los delitos se cometan por medio o en beneficio de entidades u organizaciones de cuya naturaleza o actividad pudiera derivarse una especial facilidad para la comisión del delito.

Si una de esas normas concurrentes ha de desplazarse a la otra o si deben conservar conjuntamente su eficacia los tipos legales, es cuestión que se subordina a cuál sea la naturaleza del eventual concurso: si aparente o de leyes o efectivo o de delitos. En el concurso de leyes, por el principio de la alternatividad excluyente o de la incompatibilidad en la aplicación de los preceptos, prevalece la norma que tenga asignada mayor sanción. En el concurso ideal de delitos, cuando un hecho singular origine dos o más tipos penales distintos —ya sean homogéneos o heterogéneos— la pena es cumulativa (la de los dos tipos) o sustitutiva cualificada (la mayor de ellas en el grado máximo).

La adscripción de un determinado comportamiento a una u otra situación concursal no siempre tendrá fácil solución. A esta dificultad contribuyen no sólo la poca clara estructura legal del concurso de normas y del concurso ideal, sino también la consideración de que aún cuando el delito del artículo 344 y los de contrabando de estupefacientes presentan en ocasiones la misma objetividad jurídica, el bien jurídico protegido por ellos puede ser distinto. El hecho diferencial en tales hipótesis habrá que reconducirle a la esfera del bien jurídico protegido.

Si toda norma penal completa tutela un determinado bien o interés que individualiza su *ratio*, a la total perfección del delito contribuirá no sólo la realización de la conducta que forma el contenido del tipo, sino también la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que la ley quiere proteger. Teniendo esto en cuenta, el tipo de concurso ante el que nos hallemos, estará condicionado por el dato de si el hecho antijurídico a juzgar lesiona o pone en peligro un solo interés o más intereses. Si uno sólo, habrá concurso de normas; si más de uno, concurso ideal de delitos. En el primer supuesto, aunque varias disposiciones sean aparentemente aplicables al hecho concreto, una sola es suficiente para sancionar el total valor ofensivo del hecho. En el segundo caso, se aplican contemporáneamente dos o más disposiciones porque sólo de ese modo puede ser asegurada la represión de las violaciones de intereses, penalmente tutelados, producido por el hecho a juzgar. Ahora bien, ¿cuándo tienen lugar uno y otro supuesto? Una misma situación de hecho incluíble en los esquemas descriptivos de dos

figuras de delito puede representar la lesión o puesta en peligro de diversos intereses, que, por ser estructuralmente distintos, pueden hallarse entre sí en una doble contrapuesta relación: o completamente desvinculados y privados de coincidencia, o, al contrario, total o parcialmente coincidentes en cuanto se adscriben a la misma categoría o *genus*. El supuesto de coincidencia de intereses tutelados por las normas, legitima la existencia del concurso de leyes. El supuesto de discrepancia de los bienes protegidos por la disposición autoriza la existencia del concurso ideal.

— Los intereses jurídicos que con función incriminadora protege siempre y desde luego el artículo 344, forman la categoría sistemática de la salud pública; que la salud pública es, incondicionalmente, el bien jurídico protegido en este precepto, se obtiene de su colocación dentro del Código penal y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando, reiteradamente declara que el artículo 344 tutela la salud pública comunitaria. (SS. de 22-2-1974, 2-2-1976, 7-10-1982, 22-10-1982, 29-11-1982, 20-1-1983 y 3-5-1983, entre otras muchas). En los delitos de contrabando de drogas el bien protegido puede ser único o vario, pues junto a intereses complejos dirigidos a proteger la economía nacional puede figurar también la salud pública como interés tutelado; si un hecho delictivo puede lesionar o poner en peligro una pluralidad de bienes específicos, algunos de los delitos de contrabando de estupefacientes deben calificarse de pluriofensivos, pues la prohibición de las conductas de tráfico no autorizado, responderá unas veces a finalidad tributaria y económica y otras a razones de sanidad pública, pero en ningún caso el fundamento de la intervención del legislador es la salud individual, porque el autoconsumo de estupefacientes es penalmente atípico. Que la salud pública puede ser en el nuevo delito uno de los bienes jurídicos protegidos, se desprende de la Ley administrativa de 8 de abril de 1967, dirigida a establecer el monopolio del Estado en materia de estupefacientes, cuando establece en su preámbulo que «es la salud física y mental de la población la razón profunda determinante de toda acción pública sobre los estupefacientes». Si un Estado moderno prohíbe la libre circulación de drogas, no lo hace exclusivamente por motivos económicos, sino por el peligro real que ello supone para bienes o valores trasindividuales que, como la salud pública, han de ser por ello objeto de una expresa tutela penal.

— Si en la formulación de todo tipo penal existe una cláusula negativa implícita por virtud de la cual se excluye que esa realidad natural halle expresión en otra norma, es lo cierto que un mismo acacamiento humano puede a veces estar cubierto por dos o más disposiciones. A este defecto de técnica legislativa se debe el concurso de leyes, que se produce no sólo cuando todos los elementos de una figura punible están contenidos plenamente en otra, sino también cuando por coincidir solo parcialmente no todos los elementos constitutivos de un delito se hallan en el esquema descriptivo del otro.

La estructura técnica del concurso de normas responde a la existencia de una acción y de delitos descritos en diversas normas concurrentes, una de las cuales ha de excluir a las demás porque el mismo hecho, declarado expresamente punible por el ordenamiento jurídico, no puede estar sujeto a una doble sanción.

Mas como el concurso ideal responde también a las características de unidad de hecho y pluralidad de infracciones, se anotan ahora sus diferencias con el concurso de normas que servirán para calificar la relación que media entre el artículo 344 del Código penal y los párrafos del artículo 1.º de la Ley de 13 de julio de 1982, que tienen relación con el contrabando de estupefacientes.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1982, se analizan las diferencias entre el concurso de leyes y el concurso ideal, llegándose a la conclusión de que en el *concurso ideal* un solo comportamiento constituye dos infracciones diferentes y de diversa naturaleza que lesiona o ponen en peligro bienes jurídicos distintos, por lo que son apropiadas para calificaciones separadas, no incompatibles ni excluyentes, aunque por razones de conexión o adherencia —al haber sido generadas por un mismo acto— se las contemple conjuntamente con la solución penológica del artículo 71. En el *concurso de leyes* el hecho punible es único, si bien cabe su subsunción en dos o más figuras delictivas, las cuales se excluyen recíprocamente, por lo que sólo se castiga una, la más gravemente penada.

En efecto, entre el concurso ideal y el de normas se advierten las siguientes diferencias:

Así como en el concurso ideal existe unidad de acción y pluralidad concreta de delitos (artículo 71, supuesto primero), en el concurso de leyes contamos también con un solo hecho capaz para integrarse *in abstracto* en dos o más tipos penales de contenido idéntico o parcialmente coincidente (artículo 68).

Se aplica el artículo 71 cuando un mismo hecho o conducta da lugar a dos o más delitos de diferente estructura e individualidad cuyos bienes jurídicos específicos son también distintos, pero no cuando el presupuesto de hecho único se subsuma en varios preceptos de similar estructura definidos en disposiciones diversas del ordenamiento penal, supuesto al que responde el artículo 68.

Por regir de modo incondicionado en nuestro sistema jurídico el principio del *non bis in idem sustancial*, los delitos que concurren a formar el concurso ideal son, necesariamente, distintos, ya que se permite su sanción por separado; en el artículo 68 hay dos o más normas violadas al tiempo de la consumación delictiva, pero sólo una resulta aplicable en el momento de la sentencia penal, lo que muestra que los delitos coincidentes en el concurso de normas deben presentar un marco típico casi idéntico.

Conforme al artículo 71, una acción origina materialmente más de un delito cuya sanción es concurrente o conjunta, o, en su caso, la más grave de ellos en el grado máximo; en el artículo 68 hay independencia delictiva formal, pero no autonomía estructural, por lo que si un solo hecho da lugar formalmente a dos o más delitos, que pueden ser calificados por dos o más preceptos, al excluirse uno a otro la sanción alternativa y única que permanece es la correspondiente a la norma principal por su gravedad.

V

Trasladando las notas peculiares del concurso ideal y del concurso de normas al tipo definido en el artículo 344 y a los delitos de contrabando de estupefacientes contenidos en la Ley de 13 de julio de 1982, puede llegarse a la sistematización siguiente:

A) *Supuestos en que será aplicable el concurso ideal de delitos.*

Siempre que concurren bienes jurídicos distintos nos hallaremos ante el complejo penológico del artículo 71, para lo que es necesario la efectiva constatación de un *plus*, esto es, que una de las figuras del eventual concurso tenga su razón de ser fundamental en la protección de los intereses económicos del Estado, debiendo notarse que no es un simple bien jurídico genérico el interés del Estado en percibir las prestaciones correspondientes a los actos de introducción o comercialización de géneros estancados o prohibidos. El dolo de tráfico y el dolo de contrabando es de apreciar en estos casos:

a) Es delito de contrabando importar o exportar géneros estancados sin autorización (artículo 1.º.1, tres) o géneros prohibidos sin cumplir los requisitos establecidos por las leyes (artículo 1.º.1, cuatro); uno de estos requisitos es la no presentación para su despacho, ocultando los estupefacientes o sustrayéndolos dentro del recinto aduanero a la acción de la Administración de Aduanas (artículo 1.º.1.1. del Real Decreto de 16 de febrero de 1983), y otro el permiso que ha de conceder el Servicio de Control de Estupefacientes (artículos 5, apartado b), y 16.2 de la Ley de 8 de abril de 1967).

La conducta es de pura omisión, pues basta para la existencia del delito el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la legislación aduanera, que impide no sólo el control de las importaciones o exportaciones, sino también la percepción por el Estado de los derechos o aranceles de Aduanas. Al tratarse de delitos de mera actividad, estarán perfectos con independencia de los fines perseguidos y aun sin expresos actos de tráfico propio posteriores. Mas si con la importación irregular se tiende al tráfico, concurrirán el delito de contrabando y el definido en el artículo 344 del Código penal en concurso ideal, pues a la conducta de introducción clandestina va unida la posesión del introductor de estupefacientes con cuya sanción se protege indirectamente la salud pública. Este mismo tratamiento concursal se dará a los poseedores o traficantes que se hallen en relación inmediata con el introductor, que serán aquellos que tengan a su disposición cantidades notables de droga, posesión cualificada que lleva implícita la presunción de que el poseedor actual está vinculado al autor material de la importación irregular.

En definitiva, si a los actos de importación ilegítima (irregular o clandestina) se unen la posesión o el tráfico por el introductor o por otros

con el relacionados, con fin de difusión, tales conductas son sancionables conforme al artículo 71.

Mientras que la importación se refiere a la introducción de productos extranjeros, la exportación irregular presenta variedades, ya que puede recaer sobre drogas producidas lícitas o ilícitamente en territorio español o introducidas legal o ilegalmente en nuestro territorio. Como la importación, el contrabando a través de la exportación de drogas también puede estar en concurso con el artículo 344; así ocurrirá en dos casos: cuando en el recinto aduanero se intervengan los estupefacientes, a transportar sin autorización, que hayan sido producidos o introducidos ilícitamente en España, pues ya habían mediado actos típicos de elaboración y posesión; y cuando consumada materialmente la exportación fuere detenido con posterioridad el exportador que comercializó en el extranjero los productos.

b) El artículo 1.º1 de la Ley de 13-7-1982 tipifica estos dos delitos de contrabando:

a') Obtener mediante la alegación de causa falsa o de cualquier otro modo ilícito, el despacho de géneros estancados o prohibidos por las oficinas de Aduanas.

b') Obtener, también ilícitamente, las autorizaciones para los actos de importación, exportación, elaboración o comercio de los efectos estancados o prohibidos.

Como en el caso precedente, es claro que la tenencia o el tráfico posteriores a la actividad formalmente ilegítima dará lugar a la aplicabilidad del artículo 71.

c) Los artículos 1.º1, siete y 1.º1, ocho, son comprensivos de dos supuestos de concurso ideal. Se trata de actos de contrabando a través del transporte o transbordo de efectos estancados o prohibidos en buque para introducirlos clandestinamente en España por lugar de la costa no habilitado a efectos aduaneros o en cualquier punto de las aguas jurisdiccionales españolas.

B) *Casos de concurso aparente de normas.*

No habrá dificultades para apreciarle en estos supuestos: actos de tráfico sin autorización realizados por el importador legítimo, actos de elaboración de estupefacientes sin autorización y actos de posesión o tráfico por un tercer poseedor.

a) Se configura como delito de contrabando la tenencia, comercio y circulación de géneros prohibidos sin observar los requisitos exigidos (artículo 1.º1, cuatro). Todos son actos subsiguientes a la importación regular o legal, y además personales de quienes intervinieron en la introducción de los productos estupefacientes; no se trata de la tenencia abstracta por un tercero cualquiera sino de la tenencia o comercio de quien fue importador autorizado. La identidad objetiva entre este tipo de contrabando y alguno de los subtipos del artículo 344 es manifiesta, pues partiendo de la ilegalidad de los respectivos comportamientos, en ambos se incluye la tenencia, la venta —que se equipara a operaciones de comercio y a la circulación va

unida a la idea de transporte. En cuanto actos *ex post* a la introducción legal no puede entenderse que el fundamento de su punición esté en la defraudación de la deuda tributaria, sino más en la protección de la salud pública comunitaria.

b) Es también delito de contrabando la elaboración o rehabilitación de géneros estancados sin autorización (artículo 1.º1, tres). El inciso anterior abarcaba la tenencia, comercio y circulación ilegítima por nuestro territorio de estupefacientes introducidos de forma legal. El delito a que ahora nos referimos incluye los actos de producción o creación no autorizada —salvo el cultivo— realizados dentro de España, que presentan una sustancial identidad con la estructura objetiva del artículo 344 referente a los actos de producción y con los bienes jurídicos que esta norma protege, pues realmente entraña un peligro potencial o abstracto para la salud pública la elaboración de productos estupefacientes sin autorización.

c) Tráfico de drogas por quien no intervino en los actos propios de los delitos de contrabando. Si a los actos auxiliares del tráfico (tenencia) y a algunos actos de tráfico efectivo imputables al autor de las importaciones irregulares (artículo 1.º1, tres, cuatro, seis) o clandestinas (artículo 1.º1, siete, ocho) es de aplicación la teoría del concurso ideal, penándose más gravemente la conducta del contrabandista traficante, la posesión o el tráfico por quien no ha tenido relación directa con los que intervinieron en la importación, forzosamente tendrá que desenvolverse en el artículo 68. Así, la posesión por un tercero con la cualidad de simple traficante o de consumidor-traficante y ajeno a los cuadros de organizaciones dedicadas al tráfico de drogas, no podrá castigarse como delito de contrabando más que cuando la aplicación de estas normas supongan una mayor penalidad.

C) Conductas ajenas a cualquier modalidad de concurso.

Por último, son de señalar, a título meramente enunciativo, determinados comportamientos que son extraños en absoluto a la punibilidad o que escapan a una u otra de las formas concursales.

En el primer grupo debe destacarse la posesión de estupefacientes con el fin exclusivo de autoconsumo, dado que en el nuevo artículo 344 —siguiendo una reiterada interpretación jurisprudencial— sólo es punible la posesión con destino total o parcial al tráfico. Tampoco surgirá el delito de contrabando cuando la posesión dentro del territorio nacional se refiera a estupefacientes destinados al consumo propio del infractor. Aparte argumentos de orden lógico, contribuye a esta tesis el artículo 1.3.º, circunstancia primera, de la Ley de 13 de julio de 1982 que limita la sanción para el contrabando de estupefacientes a los casos en que su tenencia constituya delito. Luego si la tenencia sin ulteriores fines es acto plenamente atípico quedará también excluida del carácter extensivo de esta última norma.

Entre las conductas ajenas al concurso, unas constituyen sólo delito del artículo 344 y otros delito de contrabando.

Son privativas del tráfico de estupefacientes:

La promoción, fomento y facilitación de productos estupefacientes por quienes no han intervenido directamente en la introducción irregular.

El cultivo y tráfico ilegítimo de estupefacientes de producción nacional; el de los introducidos legalmente si los actos de tráfico son realizados por un tercero tampoco pueden constituir delito de contrabando. Lo mismo cabe decir del tráfico de estupefacientes procedente de sustracciones.

Es problemático si para los psicotrópicos regirán las mismas reglas que para los estupefacientes o si su tráfico sólo puede constituir el delito del artículo 344, con lo que quedarían excluidos los eventuales concursos. En apoyo de su individualidad típica está la redacción del artículo 344 por Ley de 25 de junio de 1983 que, por vez primera, los equipara en su tratamiento jurídico a los estupefacientes, y el hecho de que la Ley de 13 de julio de 1982 mencione únicamente drogas y estupefacientes.

Son propias del delito de contrabando estas conductas:

La introducción de estupefacientes sin autorización cuando no hayan mediado actos posteriores de tráfico y el *quantum* no pequeño de los mismos pueda excluir la presunción del propósito de un ulterior tráfico y del autoconsumo.

La exportación, sin cumplir los requisitos prevenidos, de productos estupefacientes producidos lícitamente en España.

La obtención ilegítima del despacho de estupefacientes en las Oficinas de Aduanas o de las autorizaciones para actos de importación, exportación o elaboración si a los mismos no ha subseguido acto alguno de tráfico.

INSTRUCCIONES SOBRE LA LEY ORGANICA 7/1983, DE 23 DE ABRIL DE REFORMA DE LOS ARTICULOS 503 Y 504 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

—Instrucción núm. 1/1983, de 16 de septiembre—

La publicación de la Ley Orgánica 7/1983, de 23 de abril, de reforma de los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal («BOE» de 26 de abril), hace conveniente impartir unas breves instrucciones sobre las pautas de interpretación de dicha Ley, especialmente en cuanto a las soluciones que deben adoptarse ante las situaciones de prisión de prolongada duración, dada la suspensión de la entrada en vigor de los plazos máximos fijados en el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

1) Principios que inspiran el articulado de la Ley.

La propia Exposición de Motivos de la Ley viene a señalar los criterios generales que han orientado la nueva redacción de los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En primer lugar, la Constitución establece que «por Ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional» (art. 17.4, inciso último) y la Ley 7/1983, desarrolla el mandato constitucional. El límite existente en el artículo 504, redactado por la Ley de 22 de abril de 1980, conforme a la cual «en ningún caso la prisión provisional podrá exceder de la mitad del tiempo que presuntivamente pueda corresponder al delito impu-

tado», no podría considerarse —dada su ambigüedad y falta de precisión— como adecuado cumplimiento del texto constitucional.

La Ley respalda el tradicional criterio, únicamente suprimido en la modificación ahora derogada, de que la regla general es la libertad, teniendo la prisión carácter excepcional. Este principio resulta reforzado por el de la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2, de la Constitución. Por tanto, la prisión del inculpaado deberá ser expresamente razonada en el auto en que se acuerde, conteniendo los motivos que llevan al Órgano judicial competente a tal decisión.

Por último y precisamente por su singularidad, los Jueces y Tribunales no están obligados a mantener y prolongar hasta los límites máximos la prisión, sino que haciendo uso del amplio arbitrio que la nueva norma les confiere, pueden modificar la situación ponderando los datos temporales, personales y técnicos que concurran en cada caso.

II) *Requisitos necesarios para poder decretar la prisión provisional.*

A tenor de los artículos 503 y 504, párrafos primero y segundo, que han entrado en vigor el día 27 de abril de 1983 (disposición final de la Ley 7/1983, que ordena la vigencia de los artículos reseñados al día siguiente de la publicación), deben concurrir los siguientes requisitos para decretar la prisión provisional:

1.º Que conste en la causa la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito (art. 503-1.º).

2.º Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra la que se haya de dictar el auto de prisión (art. 503-3.º).

Tanto esta circunstancia como la anterior, no crean ningún nuevo problema interpretativo, pues son transcripción de los textos anteriores.

3.º La Ley establece la necesidad de un tercer requisito que difiere según cuál sea la pena asignada al delito de que se trate.

A) Que el delito cometido tenga señalada pena superior a la de prisión (art. 503, circunstancia 2.ª, inciso primero). Para conocer los delitos castigados con tales penas habrá que acudir a la escala del artículo 27 del Código penal, por tanto, justificarán tal medida los sancionados con penas de prisión mayor, presidio mayor, reclusión menor y reclusión mayor.

En todos estos supuestos, la norma es la prisión, pero el Juez o Tribunal puede acordar la libertad mediante fianza siempre que «el inculpaado carezca de antecedentes penales o éstos deban considerarse cancelados, y se pueda considerar fundadamente que no tratará de sustraerse a la acción de la justicia y, además, el delito no haya producido alarma ni sea de los que se cometen con frecuencia en el territorio...» (art. 504, párrafo 2.º).

Como estos requisitos, literalmente, están exigidos de forma conjunta para los supuestos en que no concurran todos ellos se plantea la cuestión de si la falta de alguno o algunos debe dar lugar necesariamente a la prisión, o si tal circunstancia no es impeditiva de que el Juez pueda adoptar la medida cautelar de libertad con fianza. Cuestión que debe ser resuelta en el sentido de que la ausencia de las condiciones negativas del

artículo 504, párrafo segundo, son un obstáculo esencial para que el órgano judicial pueda decidir la libertad con fianza en el momento en que, *ex novo*, deba pronunciarse tal medida, pero tal situación no impide la modificación de la medida preexistente cuando haya transcurrido un tiempo razonable (desde luego inferior al plazo máximo) desde que se acordó. Esta solución, aun cuando no se halle en el tenor literal de la ley, no se separa de sus principios inspirados explícitos en la exposición de motivos, y está amparada por otros artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: 528 (la prisión provisional sólo durará mientras subsistan los motivos) y 529 (los autos de prisión son reformables durante todo el curso de la causa); pero cuenta, además, con el argumento lógico de que, en otro caso, carecería de virtualidad el artículo 504, párrafo tercero, que al establecer una duración máxima de la prisión, implícitamente está previendo otras duraciones inferiores, que se derivarán tanto de las conductas que se ajusten a los presupuestos del artículo 504, párrafo segundo, como de las que no se acomoden en su totalidad a ellos.

B) Que el delito tenga señalada pena de prisión menor y considere el Juez necesaria la prisión provisional (art. 503, circunstancia 2.ª, inciso 2.º).

Esta posibilidad queda limitada a los delitos castigados con pena de prisión menor, como expresa el texto y corrobora el estudio de la discusión parlamentaria en que quedó suprimida la expresión «... o inferior», que acompañaba a la pena de prisión menor.

Los motivos que pueden mover al Juez a decretar tal situación, son: Las circunstancias del hecho y los antecedentes del inculpado (art. 503, cir. 2.ª). La prisión nunca podrá ser incondicional; el Juez deberá fijar la oportuna fianza que permita eludir la prisión.

C) La tercera posibilidad de acordar la prisión es la establecida en el artículo 504, párrafo primero y consiste en que el inculpado no hubiera comparecido sin motivo legítimo al primer llamamiento del Juez o Tribunal o cada vez que éste lo considere necesario.

En estos casos, no hay ninguna limitación por la naturaleza del delito, antecedentes del inculpado o pena que corresponda al delito para poder acordar la prisión.

La Ley no limita la decisión a tomar respecto a la clase de prisión. Cabe sea incondicional o se conceda la libertad bajo fianza.

III) *Criterios sobre la duración máxima de la prisión provisional.*

La duración máxima de la prisión provisional queda regulada en los párrafos tercero y cuarto del artículo 504, que entrarán en vigor a los tres meses de su publicación (disposición final de la Ley Orgánica 7/83).

Consecuencia de lo acabado de exponer es la necesidad de estudiar la situación originada por la «vacatio» de Ley durante tres meses y, en segundo lugar, considerar los efectos que producirá el artículo 504 cuando, pasado dicho tiempo, entren en vigor los plazos allí establecidos.

A) La razón de que la Ley retrase su entrada en vigor en los aspectos que ahora consideramos es la de permitir a los Organos Judiciales «el seña

lamiento y celebración de los correspondientes juicios orales en aquéllas en las que existan presos» (Exposición de Motivos de la Ley).

Para el debido cumplimiento de lo transcrito en el anterior párrafo, los fiscales deberán con urgencia examinar cada una de las causas en que existan presos, que, lógicamente al haber entrado en vigor los artículos 503 y 504, en sus párrafos primero y segundo, serán aquellas en que concurran los requisitos exigidos por la Ley Orgánica 7/83 para decretar tal situación. A la vista de todos los antecedentes existentes en la causa, delito cometido, pena que se corresponda y tiempo que el inculpado lleve privado de libertad, solicitarán, en dictamen razonado, el señalamiento de la causa o la rápida remoción de los obstáculos que impidan llegar a la celebración del acto del juicio en el repetido plazo de los tres meses.

Ahora bien, que los plazos de prisión fijados en el artículo 504 no tengan todavía aplicación, no puede llevar a entender que, durante este plazo o «vacatio», el tiempo de prisión provisional pueda ser ilimitado. En efecto, el artículo 5.3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, firmado en Roma en 4 de noviembre de 1950, «BOE» de 10 de octubre de 1979, vinculante para España a tenor de los artículos 10.2 y 96 de la Constitución, establece el límite del «tiempo razonable», a tenor de la repetida interpretación efectuada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por tanto, cuando el estudio de la causa lleve al convencimiento de que el tiempo de prisión preventiva excede del «tiempo razonable», en razón a la pena que presuntamente corresponda y a la falta de necesidad de la continuación de la situación de prisión, se solicitará la oportuna libertad.

B) Transcurrido el plazo de la «vacatio» —tres meses desde la publicación— los tiempos máximos de prisión establecidos en el artículo 504, son:

— Seis meses, cuando el delito imputado esté castigado con pena igual o inferior a la de prisión menor.

— Dieciocho meses en los demás casos.

— Treinta meses en los supuestos expresamente determinados en el precepto: el delito hubiera afectado gravemente a intereses colectivos o cuando hubiere producido graves consecuencias en el ámbito nacional o cuando se hubiere cometido fuera de éste o la instrucción de la causa fuera de extraordinaria complejidad.

— Mitad de la pena impuesta en la sentencia; cuando excepcionalmente el Tribunal lo acuerde si la sentencia es recurrida.

Indudablemente, además de los anteriores límites está el del «tiempo razonable» del artículo 5.3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en la forma relatada en anterior apartado.

Especial mención requiere el último apartado del artículo 504, que señala que en los plazos del párrafo tercero «no se computará el tiempo en que la causa sufre dilaciones indebidas imputables al inculpado». Esta norma exige un estudio cuidadoso de cada dilación y la solicitud, en los casos en que sea procedente de que el Juez o Tribunal dicte auto en que se haga

constar tal circunstancia, con expresión del espacio de tiempo atribuible a dilación del imputado.

Entre estos supuestos, queda incluido en la excepción del párrafo último del artículo 504, el tiempo mínimo necesario para poder llegar a dictar sentencia, cuando decretada la libertad, después de un tiempo de prisión preventiva, el inculpado no compareciera a los llamamientos judiciales, haciendo imprescindible un nuevo auto de prisión que permita su presencia y la continuación del procedimiento. Ello incluso aun cuando los plazos máximos de permanencia en situación de prisión provisional estuviesen ya cumplidos, pues cualquier otra interpretación llevaría al absurdo de que la causa quedaría indefinidamente paralizada cuando el inculpado, que se encontrase en estas circunstancias, decidiese su incomparencia ante los Juzgados y Tribunales.

CONCLUSIONES

La nueva regulación de la prisión provisional establecida por la Ley Orgánica 7/83 impone a los Fiscales:

1) Examen de las causas con presos para conocer si concurren los requisitos necesarios para decretar o mantener la prisión a tenor de los artículos 503 y 504, párrafos primero y segundo, vigentes desde el día 27 de abril de 1983.

2) Interesar de los Jueces y Tribunales la remoción de cuantos impedimentos existan para poder llegar al pronto señalamiento de los juicios orales y, en su caso, la celebración de éstos, provocando la expresa y oportuna resolución judicial que resuelva la petición fiscal.

3) Durante el plazo de «vacatio» de los párrafos tercero y cuarto del artículo 504, deberá atenderse al «tiempo razonable» contenido en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales para, en su caso, solicitar las oportunas libertades.

4) Transcurrido el plazo de los tres meses, se estará a lo expresado en el anterior apartado y a los plazos señalados en el artículo 504.

5) Llevar ficheros en los que se hará constar la fecha del comienzo de la prisión y el último día del plazo máximo de duración, para de esta manera, si continúa tal medida, interesar la libertad en momento oportuno anterior al *dies ad quem*.

INSTRUCCIONES SOBRE LA APLICACION DEL ARTICULO 501, 5.º, DEL CODIGO PENAL (DELITOS DE ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACION EN LAS PERSONAS)

—Instrucción núm. 2/1983, de 16 de septiembre—

I

La Circular del día 1.º de julio de 1983, sobre «Medidas de ejecución inmediata ante la publicación de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal», dejaba constancia de que esta Fiscalía General del Estado impartiría nuevas instrucciones en la medida en que la concreta aplicación de los preceptos reformados demostrase la necesidad de dar a conocer los adecuados criterios de interpretación, que unificasen las actuaciones de las Fiscalías.

En cumplimiento de este propósito —ante la alarma social ocasionada por la frecuente repetición de hechos delictivos consistentes en atracos a entidades bancarias, comercios y actos análogos—, es conveniente formular algunas consideraciones sobre la penalidad con que el artículo 501, 5.º, del nuevo texto del Código Penal, castiga los delitos de robos con violencia o intimidación en las personas, su relación con la punición de los delitos de robo con fuerza en las cosas y las medidas cautelares personales que se deben adoptar contra los autores de estas infracciones criminales.

II

Doctrina y jurisprudencia patria habían llamado desde antiguo la atención sobre el contrasentido que suponía la posibilidad de que, en determinados casos, el robo con violencia o intimidación en las personas estuviese castigado con pena de inferior gravedad al robo con fuerza en las cosas, pese a que en el primer delito el ataque contra la propiedad reviste una superior intensidad por llevar unido el quebrantamiento de la libertad y seguridad personal de la víctima.

La excesiva punición con que estaban castigados la mayoría de los delitos de robo, la directa aplicación de las circunstancias de agravación del artículo 506 y la posibilidad de incremento de las penas mediante el uso del artículo 511, así como la anterior redacción de los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dejaba reducida la cuestión presentada en el párrafo anterior a una mera discusión doctrinal, sin incidencia en la vida social.

La reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983 ha supuesto una trascendental modificación en la regulación de los delitos contra la propiedad. La nueva Ley establece una correcta proporcionalidad entre estos delitos y sus penas, no solamente mediante la disminución de aquellas sanciones excesivas, sino procurando que los ataques más intolerables contra el bien jurídico protegido estén castigados con penas superiores. Precisamente en esta línea el texto reformado ha suprimido el

criticado defecto de que el robo con violencia o intimidación pudiese estar menos sancionado que el robo con fuerza en las cosas. En cumplimiento de este propósito establece el artículo 501, 5.º: «Con la pena de prisión menor, en los demás casos, salvo que por razón de concurrencia de alguna de las circunstancias del artículo 506 corresponda pena mejor con arreglo al artículo 505, en cuyo caso se aplicará éste.» En consecuencia, la interpretación del citado precepto no deja lugar a duda de que la voluntad de la ley es la de castigar los casos de robo con violencia o intimidación en las personas con las mayores sanciones dentro del arco punitivo establecido para los delitos contra la propiedad.

El estudio del artículo 501, 5.º, en relación con los artículos 505 y 506 del Código Penal, nos permite señalar los siguientes supuestos en relación con las penas a imponer:

a) La pena de *prisión menor* corresponde a los delitos de robo con violencia o intimidación no comprendidos en alguno de los cuatro primeros números del artículo 501, en que la cuantía de lo robado no exceda de 30.000 pesetas.

b) *Prisión menor en su grado máximo* será la pena a imponer cuando, en el robo contemplado en el anterior apartado, resulta aplicable el último párrafo del artículo 501: «...hiciere uso de las armas u otros medios peligrosos que llevase, sea al cometer el delito o para proteger la huida, y cuando el reo atacare con tales medios a los que acudiere en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren».

c) *Prisión menor en su grado máximo* corresponderá a los robos con violencia o intimidación en las personas cuando la cuantía de lo robado supere las 30.000 pesetas y concurra el último párrafo del artículo 501 —transcrito en el apartado anterior— o alguna o algunas de las circunstancias reseñadas en el artículo 506, siempre que no sean supuestos comprendidos en el siguiente apartado.

d) Pena de *prisión menor* o *prisión mayor*, a juicio del Tribunal sentenciador, cuando el robo con violencia o intimidación en las personas, cuya cuantía supere las 30.000 pesetas, resulte agravado por la concurrencia de la circunstancia descrita en el número 1.º del artículo 506 —«el delincuente llevare armas u otros objetos peligrosos»— y conjuntamente con la anterior tenga aplicación la segunda del citado artículo —«el delito se verifique en casa habitada o alguna de sus dependencias»—, la circunstancia tercera del citado artículo —«cuando se cometa asaltando tren, buque, aeronave, automóvil u otro vehículo»— o la circunstancia 4.ª del mismo precepto —«cuando se cometa contra oficina bancaria, recaudatoria, mercantil u otra en que se conserven caudales o contra la persona que los custodie o transporte».

III

Las medidas cautelares que en los supuestos anteriores deberán ser solicitadas por los Fiscales, con la interposición —en su caso— de los pertinentes recursos contra las decisiones judiciales, difieren según el apartado en que el hecho delictivo esté incurso.

En los casos en que la pena correspondiente sea la de prisión menor o mayor —apartado II, d)—, la medida cautelar procedente será la prisión incondicional. La posible duda sobre la aplicación del primer inciso de la circunstancia 2.ª del artículo 503 —«que éste tenga señalada pena superior a la de prisión menor...»— debe ser resuelta en sentido positivo, ya que la pena de prisión menor o prisión mayor supera el tope legal establecido en el citado artículo 503, 2.º, en una de las alternativas y no puede aceptarse que la elección de la pena concreta a imponer, reservada al Tribunal sentenciador, sea anticipada por el Juez Instructor al fijar la medida cautelar. En cuanto a la modificación de la situación de prisión y tiempo de duración de dicha medida, debe estarse a lo señalado en las Instrucciones de esta Fiscalía General del Estado sobre la Ley Orgánica 7/83, de 23 de abril, de reforma de los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En los restantes supuestos —apartado II, a), d) y c)— la situación personal puede ser tanto la de libertad provisional como la de prisión hasta que se preste la fianza que señale el Juez Instructor. Sin descartar que habrá casos en que resulte adecuada la inmediata libertad del detenido, es lo cierto que a la vista de lo dispuesto en el artículo 503, 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —«... considere el Juez necesaria la prisión provisional, atendidas las circunstancias del hecho y los antecedentes del imputado...»—, la decisión correcta deberá ser la prisión con fianza.

La calidad y cantidad de la fianza debe ser objeto de una adecuada meditación en cada caso. El artículo 531 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala que «para determinar la calidad y cantidad de la fianza se tomarán en cuenta la naturaleza del delito, el estado social y antecedentes del procesado y las demás circunstancias que pudieren influir en el mayor o menor interés de éste para ponerse fuera del alcance de la Autoridad Judicial». Por tanto, a la vista de las reseñadas circunstancias, debe fijarse en cada caso la fianza que, estando dentro de las posibilidades económicas del procesado, pues no debe convertirse la cuantía de la fianza en un modo de fijar la prisión incondicional, responda a los fines propios de tal medida, en razón a que la cantidad fijada contribuya a impedir, ante el temor de su posible pérdida, la fuga del presunto culpable.