

CIRCULARES Y CONSULTAS

Circulares, consultas e instrucciones de la Fiscalía General del Estado

UN SUPUESTO DEL ARTICULO 344, PARRAFO SEGUNDO, DEL CODIGO PENAL: LA DIFUSION DE DROGAS EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

— Consulta número 5/1985, de 12 de junio —

— I —

Consulta V.I. el siguiente hecho extraído de sentencia dictada por una Audiencia Provincial: Una persona logró introducir determinada cantidad de hachís en un centro penitenciario, con destino directo a un hermano que allí cumplía condena, indicándose además en el relato fáctico no constar probado que dicha droga tuviera previsto otro destino que el consumo personal del propio interno al que iba dirigida. La sentencia en cuestión no aceptó la tesis del Ministerio Fiscal, quien había sostenido que concurría la agravante específica prevista en el párrafo segundo del artículo 344 del Código penal (difusión de drogas en establecimientos penitenciarios); la razón de esta discrepancia estaba en la falta de prueba suficiente de que el hachís tuviera como destino su distribución entre la población reclusa, y esta distribución, agrega la sentencia, es siempre necesaria, porque si difundir equivale a repartir entre varios no puede equipararse ni gramatical ni finalísticamente con la mera introducción de la droga en un centro penitenciario para el consumo personal de un solo interno.

La solución acogida en la resolución judicial no la considera quien consulta acertada por varias razones. En primer lugar, porque la introducción de una cierta cantidad de droga en un centro penitenciario crea inevitablemente el riesgo de su reparto o distribución entre varios, es decir, de su difusión en sentido gramatical, riesgo que, naturalmente, no se oculta al introductor. En segundo término, porque el verbo *difundan* del párrafo segundo del artículo 344, no puede ser objeto de una interpretación separada del párrafo primero en el que se definen los tipos delictivos que luego se agravan en el inciso segundo; de ahí que la expresión *difundan* sólo signifique una nueva forma de aludir a los comportamientos comprendidos en los verbos *promovieren*, *favorecieren* y *facilitaren* el consumo de drogas, a través, naturalmente, de las formas comisivas que se concretan, una de las cuales —el tráfico— se extiende también a las transmisiones gratuitas. La consecuencia que extrae, es que como el vocablo *difundir* —utilizado para configurar la tipicidad agravatoria— en relación con el favorecimiento, facilitación o promoción del consumo de drogas en centros penitenciarios, no entraña ninguna nueva exigencia que haya de añadirse a las que se expresan con el uso de aquellos otros verbos, debe entenderse perfeccionada la tipicidad agravatoria con el mero hecho de que se introduzca ilegalmente cualquier género de drogas prohibidas en un centro penitenciario.

— II —

La cuestión planteada puede concretarse todavía más del siguiente modo: si la acción de introducir ilegalmente sustancias estupefacientes o psicotrópicas en un centro penitenciario con fines de tráfico es suficiente para integrar el término legal de *difusión*; así, esta expresión se erige en elemento constitutivo de la agravante específica del párrafo segundo del artículo 344, que, en lo que aquí interesa, dispone que «se impondrán las penas superiores en grado cuando las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas se *difundan* en ... establecimientos penitenciarios».

Como ya recogíamos en los antecedentes, para el Tribunal sentenciador no basta con la introducción de la droga en el establecimiento penitenciario y su entrega a una persona, sino que es imprescindible su distribución entre la población reclusa, porque gramaticalmente difundir significa repartir entre varios. Al contrario, el Fiscal que formula la Consulta entiende que basta con la introducción. De un lado, afirma, porque con ese acto se crea ya el riesgo de su posterior distribución, y de otro, porque el verbo difundir del párrafo segundo del artículo 344 al estar relacionado con los empleados en el párrafo primero (promover, favorecer, facilitar) no comporta una nueva exigencia o requisito.

Una reciente sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la de 11 de marzo de 1985, se ha ocupado del tema, aunque sólo lo haya sido *obiter dicta*, pues es lo cierto que no fue objeto directo del recurso de casación. En lo que aquí interesa el hecho era este: una persona lanzó desde el exterior, por encima del muro de un centro penitenciario, una bolsa conteniendo una cantidad no determinada de hachís, que fue a caer en el patio del referido establecimiento, de donde fue recogida por internos del mismo, a los que en registro efectuado poco después les fue ocupada una barrita de tal sustancia con peso de dos gramos. Tanto la realización del hecho como el pronunciamiento de instancia y la interposición del originario recurso, tuvieron lugar con anterioridad a la promulgación de la Ley orgánica de 25 de junio de 1983; la pena impuesta fue de seis meses y un día de prisión y multa de 20.000 pesetas. El Tribunal Supremo da lugar parcialmente al recurso de casación y condena a seis meses y un día de prisión, sin multa, al ponderar la actual normativa, y en particular, el párrafo segundo del artículo 344, y declara que en el hecho «es susceptible de apreciarse el condicionamiento agravatorio» de difundir la droga en establecimiento penitenciario.

Es claro que en el supuesto de esta sentencia el ánimo inmediato del inculpa-do era únicamente introducir la droga en el recinto penitenciario, y que la posible recogida por los internos y su eventual difusión sólo estaban previstas como posibles por el introductor.

Situados en un plano teórico la difusión a que se refiere el artículo 344, párrafo segundo, puede ser considerada en dos sentidos distintos: como presupuesto esencial del tipo agravado o como requisito accidental. La necesidad de difusión aparecerá como *condictio iuris* de la agravante si se entiende tal término en su sentido más común, por lo que, en tal caso, si verdaderamente falta la distribución no procederá la imposición de una mayor penalidad. Entendida la efectiva difusión como elemento accesorio de la modalidad agravada, la introducción no complementada con la distribución por evento ajeno a la voluntad del imputado, debe ajustarse a la estructura delictiva cualificada. En la tesitura de optar por una

u otra interpretación, creemos que la difusión actual no tiene porqué ser determinativa en todo caso de la mayor intensidad de la penalidad, porque lo condicionante no es el acto recepticio y plural de la difusión, sino que, en ocasiones, bastará la introducción con vocación de distribución, aunque la difusión, gramaticalmente entendida no haya tenido lugar. Esto es así porque lo que sucede normalmente es que la introducción vaya dirigida a una persona determinada o simplemente determinable y actúe como medio necesario para la difusión.

No desconocemos, sin embargo, que en su literalidad estricta el párrafo segundo del artículo 344 exige que las drogas se difundan en un determinado lugar. Mas tampoco debe olvidarse que por tratarse de lugares o establecimientos cerrados y de acceso reglamentado la introducción o entrada de estupefacientes en ellos es un acto necesariamente previo a la entrega a terceros, y como una introducción abstracta no es fácilmente imaginable, debe partirse de que la introducción ilegal o clandestina cumple el requisito de la difusión hayan o no llegado a estar las sustancias introducidas a disposición de intermediarios o de consumidores.

En apoyo de la tesis de que el artículo 344, párrafo segundo, no requiere que las sustancias estupefacientes o psicotrópicas introducidas hayan sido difundidas pueden agregarse otras razones:

— En primer lugar, que si se considera elemento esencial no la introducción, sino sólo la difusión material directamente realizada por el introductor, el supuesto agravado carecería de verdadera aplicación para la conducta que la ley tiene en cuenta, la del introductor, porque no es verosímil que éste, siendo persona ajena al establecimiento sea también distribuidor; y de aceptarse que la introducción simple no legitima la agravante para el introductor, aquella circunstancia sólo podría extenderse a los receptores de la droga que después la difunden en el establecimiento, solución que sin duda no constituye el fundamento de la agravación.

— En segundo término, que la naturaleza de delito de peligro abstracto para el tráfico de estupefacientes del artículo 344 justifica en todos los casos de su párrafo segundo un *plus* de penalidad, pues del propio modo que en él se define un tipo de consumación anticipada que debe entenderse plenamente realizado con la ejecución de actos que tiendan a vulnerar el bien jurídico que protege, es también evidente que la introducción de drogas acompañada de *animus diffundendi*, en cuanto conducta instrumental necesaria para la efectiva difusión, representará también una anticipación de la perfección del tipo cualificado.

— Por último, como lo protegido en la norma es el lugar en que la acción se realiza dada la pluralidad de personas posibles destinatarias de la droga que allí existen, el hecho de la introducción al crear, ya un riesgo, desencadenará la aplicación de la agravante con independencia de que se haya producido o no la acción de difusión.

En conclusión, ante el término difundir o difusión utilizado en el párrafo segundo del artículo 344 son posibles estas diversas actitudes: entender que es imprescindible la entrega de la droga para su uso o consumo a diversos destinatarios; pensar que es suficiente con que se pongan a disposición de una persona las sustancias estupefacientes, o estimar que basta con su introducción, siendo accesorio el posterior reparto o difusión efectiva. Pero si toda entrada de droga en estos establecimientos crea el riesgo de un posible tráfico dentro de los mis-

mos, la introducción satisface el presupuesto agravatorio de la difusión que establece el párrafo segundo del artículo 344. Por esta razón, en tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo no resuelva expresa y satisfactoriamente el tema en otro sentido, el Ministerio Fiscal en el momento de formular los escritos de calificación o cuando se le notifiquen las sentencias dictadas sobre esta materia, deberá entender, a los efectos oportunos, que la introducción de la droga en los centros, establecimientos o unidades que en el precepto se especifican, es suficiente para integrar el tipo agravado del artículo 344, párrafo segundo del Código penal.

ALGUNAS CUESTIONES QUE SUSCITAN LOS DELITOS DE INJURIAS A JEFES DE ESTADO ESPAÑOL Y EXTRANJERO

— Consulta número 6/1985, de 15 de julio —

— I —

Formula V.E. Consulta sobre la posibilidad de proceder penalmente por razón de un artículo aparecido en la revista mensual «La Seda» editada en esa capital y correspondiente al mes de abril de 1985. Bajo la rúbrica de «Mi columnita» y el título específico de «Moros y cristianos» y firmado por «Malvaloca», aparecen expresiones que considera por lo menos claramente irrespetuosas para el Rey Hussein de Jordania y también para Su Majestad el Rey de España. En trances de calificar tal conducta, juzga que se trata de dos delitos perfectamente diferenciados en razón de las personas destinatarias de la ofensa.

1. De un lado la posible tipicidad de las expresiones referidas al Rey de España la encaja, con carácter principal, en los artículos 147, párrafo primero y 148 bis, párrafo segundo, del Código penal, definidor el primero de las injurias inferidas por escrito o con publicidad fuera de su presencia y el segundo destinado a rebajar la pena tipo en un grado atendidas las circunstancias del hecho.

Mas con carácter alternativo entiende que el hecho puede ser incardinado en la falta del artículo 570, 5.º que sanciona a «los que faltaren al respeto y consideración debidos a la Autoridad».

La conclusión que acepta es que al menos provisionalmente debe calificarse como delito para que el hecho pueda enjuiciarse por la Audiencia Provincial, sin perjuicio de que en el curso del juicio se tome la postura que parezca más adecuada a la necesaria individualización del hecho y del presunto o presuntos acusados.

2. Las expresiones irrespetuosas para el Rey Hussein de Jordania las tipifica en el párrafo tercero del artículo 136, expresivo de que «cualquier otro delito cometido contra las personas mencionadas en los párrafos precedentes (Jefe de un Estado extranjero o persona internacionalmente protegida por un Tratado)... será castigado con las penas establecidas en este Código para los respectivos delitos en su grado máximo». Y al respecto afirma que deberá aplicarse también el propio artículo 147 aunque imponiendo la pena en el grado máximo, y que en un orden procesal habrá de tenerse en cuenta para este delito el párrafo último del artículo 467 declarativo de que para proceder ha de preceder excitación especial del Gobierno.

— II —

Aceptando que algunas de las expresiones contenidas en el texto periodístico que se examina desbordan el área del derecho a la libertad de expresión y se adentran en el plano de la ilicitud, la única tipicidad de las posibles injurias al Jefe del Estado sería la prevista en el párrafo primero del artículo 147. Por ello no es ajustada la tesis que se ofrece como eventual alternativa y que consiste en encuadrar los hechos en la falta de respeto y consideración debidos a la Autoridad del artículo 570, 5.º. Es necesario partir de que las expresiones injuriosas contra el Jefe del Estado son siempre constitutivas de delito, aunque en algunos casos (injurias por escrito o con publicidad del artículo 147, párrafo primero) la penalidad es mayor que en otros (injurias leves sin escrito o publicidad del artículo 147, párrafo 2.º). Ante hechos de esta naturaleza (injurias al Jefe del Estado) la única opción será: conducta constitutiva de delito —inexistencia de delito, con su consecuencia de no ser posible imaginar una falta por injurias leves al Jefe del Estado.

Dentro de las injurias entre particulares se distingue entre las graves (artículo 458) y las leves (artículos 460 y 586, 1.º). Las graves constituyen siempre delito y la penalidad está en función de la forma de ejecución: son de más entidad las cometidas por escrito y con publicidad que las realizadas en cualquier otra forma (artículo 459). Las injurias leves, si se cometen mediante escrito y publicidad, constituyen delito (artículo 460), pero integran una simple falta las injurias leves carentes de publicidad, a las que el artículo 586, 1.º, denomina livianas. En resumen, las injurias leves dirigidas contra un particular pueden constituir una falta, pero las injurias leves cuyo destinatario sea el Jefe del Estado constituyen siempre delito.

Del propio modo que para las injurias comunes, el artículo 147 del Código penal separa las injurias graves de las leves; a estos efectos el núcleo central de la norma permanece invariable, con lo que para integrar los conceptos de injuria grave o leve habrá de acudir al artículo 458. Sólo la dignidad del ofendido y la forma de ejecución ponen una nota de especialidad en la eficacia sancionadora para las injurias al Jefe del Estado; en efecto, el artículo 147, en su primer inciso, contrapone en un primer plano las injurias causadas por escrito a las proferidas con publicidad, antítesis que es inequívoca si se observa que la conjunción o representa una disyunción entre los términos escrito y publicidad. Al contrario, en las injurias con destinatarios particulares se exige para la agravación no la alternativa (o el escrito o la publicidad) sino conjuntamente el escrito y la publicidad. Pero existe otro matiz que las separa, pues a diferencia de las injurias genéricas (artículos 459 y 460) las injurias al Jefe del Estado cometidas por escrito o con publicidad están dotadas siempre de una mayor gravedad conforme al artículo 147, párrafo primero, en tanto que las cometidas en cualquier otra forma pueden ser graves o leves (artículo 147, párrafo segundo).

Proyectando cuanto antecede sobre el objeto de la Consulta, resulta:

1. Que partiendo de la antijuricidad de las expresiones injuriosas dirigidas contra el Jefe del Estado, no es posible en ningún caso degradarlas a la categoría de faltas.

2. Que como las frases ofensivas para el honor del Jefe del Estado están contenidas en una publicación que se difunde mensualmente, no cabe duda que concurren las circunstancias valoradas en el artículo 147, párrafo primero, para considerar las injurias como graves, sin perjuicio de que pueda instarse la aplicación del artículo 148 bis, párrafo segundo.

— III —

En la calificación de las injurias dirigidas contra un Jefe de Estado extranjero debemos distinguir dos cuestiones: Una de ellas está relacionada con la estricta tipicidad, y la otra con la condición de procedibilidad.

1. Sobre la tipicidad son precisas algunas observaciones. El párrafo tercero del artículo 136 expresa que *cualquier otro delito* —excluidos los atentados a la vida y a la integridad personal— cometidos contra un Jefe de Estado extranjero que se hallare en España será castigado con las penas establecidas en este Código para los respectivos delitos en su grado máximo. Es manifiesto que la frase «cualquier otro delito» introducida por la Ley orgánica 8/1983, de 25 de junio, comprende las injurias, aunque ciertamente esta afirmación hubiera sido al menos discutible ante los términos de «cualquier otro atentado de hecho», que utilizaba el texto anterior, por cuanto tal acción parecía excluir los atentados verbales o escritos. En consecuencia, si las injurias contra Jefes de Estado extranjero tenían cabida sólo en el artículo 467, a partir de la vigencia de la Ley de 25 de junio de 1983 encuentran su encaje además en el artículo 136, párrafo último; si el Jefe de Estado extranjero se hallare en España, esta última sería la norma a aplicar, y el artículo 467 cuando no se hallare en España. Mas en ambos casos los preceptos citados estarán en relación con las figuras reguladoras de las injurias comunes (artículos 458-460), tanto en lo que respecta a la calificación de gravedad como en lo referente a la penalidad; la única variante es que en el supuesto del artículo 136, párrafo tercero, la pena se impondrá en el grado máximo siempre que concurra la garantía de reciprocidad exigida por el artículo 137, ya que si ésta faltare el tipo penal a ponderar sería con todas sus consecuencias el de las injurias (artículos 459 y 460). Entendemos así que de entre los delitos contra Jefe de Estado extranjero, sólo los referidos en los párrafos primero y segundo del artículo 136 representan una especial y agravada penalidad y que el párrafo tercero, en donde tienen cabida las injurias, no se remite a la penalidad asignada a las injurias contra el Jefe del Estado español.

2. Otro tema es el de si el ejercicio de la acción por delitos de injurias contra Jefes de Estado extranjeros está o no condicionada, o lo que es igual, si el requisito de procedibilidad expresamente previsto en el artículo 467 —la excitación especial del Gobierno— es exigible siempre para perseguir aquellas injurias. La conclusión no puede ser única, por lo que es necesario distinguir. Sólo cuando el supuesto de hecho se enmarque en el artículo 467 la falta de excitación especial impide el ejercicio de la acción penal, pero en las hipótesis contrarias, o de injurias a Jefes de Estado extranjeros que se hallen en España, el requisito de procedibilidad mencionado no es exigible.

En definitiva, de entre las características de los delitos de injurias a Jefes de Estado extranjeros, son de destacar:

— La penalidad para estos delitos en ningún caso será la fijada a los delitos de injurias al Jefe del Estado español.

— Cuando se hallaren en territorio nacional la sanción será la expresada en el artículo 136, párrafo último, que resultará variable según exista o no reciprocidad. Para proceder en estos casos no es necesaria excitación especial del Gobierno.

— Las injurias a Jefes de Estado extranjeros hallándose fuera de España, están sancionadas siempre con las mismas penas señaladas para las injurias a particulares, separándose de ellas en que el procedimiento se inicia *ex officio* pero sólo cuando haya mediado el requisito de procedibilidad comprendido en el artículo 467.

**INCOMPETENCIA DE LOS JUZGADOS DE FAMILIA PARA
CONOCER DE LAS DEUDAS ALIMENTARIAS EXIGIDAS AL
AMPARO DEL CONVENIO DE NUEVA YORK
DE 20 DE JUNIO DE 1956**

— Consulta número 7/1985, de 10 de octubre —

— I —

Al amparo del Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956, sobre obtención de alimentos en el extranjero, el Fiscal que formula Consulta promovió ante el Juzgado de Primera Instancia de la capital que por turno correspondiera, juicio declarativo de menor cuantía contra el súbdito sueco B. K. C., reclamando la deuda alimenticia a que había sido condenado por un Tribunal de su país. Correspondió conocer de la demanda al Juzgado de Primera Instancia núm. 2, mas en lugar de asumir la competencia y ordenar los trámites correspondientes, el Juez dictó una providencia concebida en estos términos: «La anterior demanda y documentos que se acompañan remítanse al Juzgado de Familia de esta ciudad, dado que la competencia corresponde al mismo en razón de la materia de que se trata». El Ministerio Fiscal, autorizado por el artículo 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, recurrió en reposición contra la providencia. El Juez, en el auto resolutorio de la reposición, no da lugar al recurso argumentando del siguiente modo: que la Sala de Gobierno de la Audiencia Territorial había aprobado un acuerdo de la Junta de Jueces en el que se especificaba que a tenor de las disposiciones finales de las Leyes 11/1981, de 13 de mayo y 30/1981, de 7 de julio, el Juez de Familia pasaría a conocer, entre otras cuestiones, de los juicios de alimentos tanto provisionales como definitivos; y concluye que como se trata del cumplimiento de unas normas sobre reparto de asuntos, deberá ser el Juzgado de Familia de la capital en su específico ámbito competencial legalmente estipulado el que conozca y en definitiva resuelva la pretensión deducida.

El Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación, que se halla pendiente de la decisión y formula Consulta porque en los Juzgados de la capital ha apreciado dudas sobre la competencia para conocer demandas fundadas en el Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956 que fue publicado en el «Boletín Oficial del Estado» el 24 de noviembre de 1966.

El contenido de la Consulta discrepa de los razonamientos expuestos por el órgano jurisdiccional que resolvió la reposición, fijándose principalmente en estos aspectos:

— El auto recurrido se apoya para no entrar a tramitar la demanda del Ministerio Fiscal en las disposiciones finales de las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981; en la primera de ellas se disponía la creación de los Juzgados de Primera Instancia necesarios en las capitales en que se hallen separadas la jurisdicción civil de la penal, los cuales conocerán en forma exclusiva, por vía de reparto, de las actuaciones previstas en el Título VII del Libro I del Código Civil; se tratan en ese lugar de relaciones paternofiliales, que, obviamente, no forman parte de la demanda promovida por el Ministerio Fiscal. Y la disposición final de la Ley de 7 de julio de 1981 estableció que una vez creados los Juzgados de Familia, asumirán las funciones atribuidas en la presente Ley a los de Primera Instancia. Y estas funciones son las contenidas en el Título IV del Libro I del Código Civil, relativo al matrimonio. Mas tampoco la demanda del Ministerio Fiscal se refiere a estas cuestiones.

— Ciertamente el acuerdo de la Junta de Jueces que se cita en el auto resolutorio del recurso del Ministerio Fiscal ensancha la competencia de los Juzgados de Familia, en cuanto les concede competencias en materia de incapacidad (comprendida en el Título IX del Libro I del Código civil), tutela (Título X del Libro I) y alimentos definitivos o provisionales (Título VI del Libro I y artículo 1.609 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, en su caso, remite al declarativo ordinario correspondiente). Pero es evidente que un mero acuerdo gubernativo no puede modificar las leyes.

— II —

En general se consideran válidas las razones esgrimidas por el Fiscal al disentir de la tesis mantenida por el Juez de Primera Instancia. Y a ellas pueden agregarse estas otras consideraciones:

1.º) En el caso concreto objeto de análisis con la demanda del Ministerio Fiscal no se pretendió la iniciación de un juicio especial y sumario para la obtención de alimentos provisionales, ni tampoco un juicio plenario de alimentos definitivos que tenga su causa en los provisionales, al modo previsto en los artículos 1.614 y 1.617 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que la acción promovida por el Ministerio Fiscal en el cauce del juicio declarativo ordinario de menor cuantía, persigue el cumplimiento en España de una prestación alimenticia nacida de una sentencia extranjera. Tal reclamación se formula en una de las formas previstas en el Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956; su ámbito se extiende a los procesos cuyo *petitum* esencial se concrete en reclamaciones alimentarias derivadas del título hábil, perfilándose en el Convenio dos modos de actuarse judicialmente la efectividad de la prestación: mediante el ejercicio en el país en que se halle el demandado de acciones de alimentos o a través de la ejecución de decisiones relativas a la obligación de prestar alimentos. A la primera modalidad se refieren el artículo 6, pfo. primero del Convenio, en cuanto autoriza para iniciar *ex novo* y proseguir una acción de alimentos haciendo ejecutar la sentencia; a la segunda alude el artículo 5, pfo. tercero, y conforme a él puede instarse el *exequatur* o cumplimiento de la sentencia extranjera que con-

denó a prestar alimentos siempre que concurran los presupuestos de su ejecutabilidad.

En suma, las reclamaciones de alimentos instadas por el Ministerio Fiscal en alguna de las formas que autoriza el Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956 no se identifican con el juicio de alimentos regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil ni, en consecuencia, han de tramitarse con arreglo a sus normas.

2.º) Aunque se admitiera a efectos puramente dialécticos que las reclamaciones de alimentos que pueda formular el Ministerio Fiscal por la vía del Convenio de 20 de junio de 1956 deben sujetarse al tratamiento procesal de los juicios de alimentos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, su conocimiento en modo alguno debe atribuirse a los Juzgados de Familia. Ello es así porque ninguno de los tipos de juicios de alimentos están insertos en el círculo de las competencias asignadas a los Juzgados de Familia; las materias a enjuiciar por estos órganos jurisdiccionales son únicamente las expresadas en la norma creadora, disponiendo el Real Decreto 1.322/1981, de 3 de julio, que los Juzgados de Familia conocerán de forma exclusiva por vía de reparto, las actuaciones judiciales previstas en los Títulos IV y VII del Libro I del Código Civil, de esta manera se unificaban las respectivas disposiciones finales de las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, pues si la primera de ellas les atribuía el conocimiento de los procesos derivados de las materias tratadas en el Título VII (relaciones paternofiliales: artículos 154-169), la segunda extendió su competencia (también con carácter de exclusividad cuando coexistan con Juzgados de Primera Instancia) a los procesos de nulidad matrimonial, separación y divorcio. De cuanto antecede es preciso concluir que con la entrada en vigor del Real Decreto de 3 de julio de 1981 los Juzgados de Familia tienen una competencia de contenido rígido, extensiva a materias perfectamente determinadas, entre las que no se hallan las referentes a los juicios de alimentos según los términos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3.º) Los acuerdos sobre reparto adoptados en las Juntas de Jueces y aprobados por la Audiencia respectiva no pueden modificar las normas legales sobre competencia. El Decreto 2.888/1977, de 28 de octubre, regulador de los Cuerpos de Jueces señala que en las Juntas de Jueces, presididas por el Decano (artículo 2.3º) deberán tratarse entre otros temas el del repartimiento de negocios civiles y penales (artículo 3, 1.º), poniéndose los acuerdos en conocimiento del Presidente de la Audiencia (artículo 3, 3.º). Por su parte el Decreto 2.988/1977, de 11 de noviembre, sobre organización y funcionamiento de los Decanatos de Juzgados, atribuye al Decano (artículo 5, 4.º) determinar, a través de reparto, la competencia relativa que corresponda a cada Juzgado de Primera Instancia y de Instrucción de la localidad, especificándose después (artículo 6, 2.º) que el reparto civil se acomodará a las normas que legalmente se prescriban y a los acuerdos que se adopten en la Junta de Jueces sometidos a la aprobación de la Sala de Gobierno de la Audiencia Territorial respectiva. La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, contiene preceptos análogos sobre el reparto de asuntos (artículos 167, 170). Más tarde los actos relacionados con el reparto son inhábiles para incidir sobre la competencia *ratione materiae*; el acto de gobierno procesal en que consiste el reparto sólo tiene como finalidad la equitativa distribución de trabajo y son objeto del mismo aquellos negocios cuyo conocimiento esté atribuido por ley a los distintos Jueces que, siendo del mismo grado, ejercen su función dentro de una misma circunscripción territorial; sólo en este

sentido podría decirse que el repartimiento de negocios determina la competencia relativa entre esos Juzgados (artículos 59 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 5.4.º del Decreto de 11 de noviembre de 1977), pero tal formalidad no constituye un criterio de verdadera competencia sino un acto de gobierno interior o, como dice el artículo 167.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, un acto de carácter gubernativo interno. De donde se desprende que el acto de repartimiento no puede en absoluto modificar las normas generales sobre competencia. Esta se atribuye por Ley, no por reparto; de ahí que los acuerdos sobre reparto hayan de desenvolverse necesariamente dentro de la competencia objetiva y si alteran estas normas deben reputarse nulos *ipso iure* en cuanto contrarios a normas imperativas (artículo 6.3 del Código Civil).

En conclusión, el Ministerio Fiscal deberá hacer uso de los medios impugnatorios que la Ley de Enjuiciamiento Civil concede, siempre que en supuestos análogos al que es objeto de la Consulta, se decida por los Jueces de Primera Instancia que son los Juzgados de Familia los competentes para resolver las reclamaciones de alimentos amparadas en el Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956 y para las cuales el único legitimado es el Ministerio Fiscal por expresa delegación de la Institución Intermediaria (el Ministerio de Justicia). Básicamente militan en favor de esta tesis las razones ya apuntadas. Una, que las deudas de alimentos ya deriven de la ley, del pacto o de otro título hábil, reguladas en el Título VI del Libro I del Código Civil, no están en el área del conocimiento de los Juzgados de Familia, que se reduce, como expresa el Real Decreto de 3 de julio de 1981 a las cuestiones nacidas de los Títulos IV y VII del Libro I del Código Civil. Y otra, que los acuerdos sobre reparto adoptados por las Juntas de Jueces no pueden, sin infringir parte del ordenamiento jurídico, modificar las normas imperativas ordenadoras de la competencia.

EN TORNO A LA INCOMPATIBILIDAD DEL ENCUBRIMIENTO EN SU FORMA DE FAVORECIMIENTO REAL CON EL SUBTIPO DE TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES DEL ARTICULO 344 DEL CODIGO PENAL

— Consulta número 8/1985, de 14 de octubre —

— I —

En el resultando de hechos probados de sentencia dictada por una Audiencia Provincial se recogía la conducta siguiente: Tras un registro realizado por la Policía en el domicilio conyugal de los procesados A y B, se les ocuparon 8 gramos de heroína, y en el piso habitado por C, madre de A, correspondiente al mismo edificio en que habitan aquellos, fueron intervenidos 27,5 gramos de la sustancia referida, propiedad del matrimonio A-B, preparados para su venta. Con estos hechos la Audiencia entendió que A y B eran autores de un delito previsto en el artículo 344 del Código penal, pero no así C, porque no participaba en las operaciones de tráfico a que se dedicaban A y B, y porque la posesión de

las drogas por C tampoco estaba orientada a favorecer la persistencia de sus hijos en las actividades de tráfico, sino tan sólo a ocultar los efectos del delito a fin de impedir su descubrimiento. De esta manera C es considerada encubridora, pero queda exenta de responsabilidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 del Código penal, dada su condición de madre de la condenada como autora directa A.

Si la actividad de C es calificada en la sentencia de encubrimiento, se está concluyendo, dice el Fiscal que consulta, que su participación tuvo lugar con posterioridad a la ejecución del delito; y no está conforme con que el delito hubiere sido ya ejecutado por A-B, cuando, al mismo tiempo, se afirma que tanto la droga poseída por C como la hallada en poder de los condenados se encontraba preparada para su venta; precisamente esta última constatación no puede tener otro significado que el de situarnos ante una actividad de tráfico interrumpida antes de su planeada conclusión, aunque jurídicamente deba ser tenida por consumada a causa de la imposibilidad de apreciar en estos delitos formas imperfectas de ejecución; afirma, por último, que la mera observación de la realidad criminológica no permite deducir de los hechos que C tuviera la posesión de los 27,5 gramos de heroína después de que sus hijos dieran término a sus operaciones con el único propósito de hacer desaparecer la droga y evitar el descubrimiento del delito por ellos cometido.

De la sentencia, siempre según los antecedentes aportados, se extraen los siguientes datos a valorar:

— Que C, conociendo la actividad ilegal que desplegaban A-B, poseía la heroína propiedad de los condenados con el fin de ocultarla e impedir su descubrimiento.

— Que C ni había intervenido personalmente en operaciones de tráfico ni favorecía la persistencia de sus hijos en el tráfico; su única participación fue posterior a la ejecución delictiva.

— II —

No se ha proporcionado el texto íntegro de la sentencia, pero pese a desconocerse su literalidad, es preciso partir de que la modalidad de encubrimiento que se atribuyó a C es la del favorecimiento real definido en el artículo 17, 2.º del Código penal. Y ello por dos razones; una, porque en ella se emplea el giro legal de ocultar —la droga— para impedir su descubrimiento, y otra, porque se aplica la exención de pena que describe el artículo 18 del propio Código, supuesto que carece de vigencia cuando se trata del otro tipo de favorecimiento real o actividad complementaria del artículo 17, 1.º.

Estamos situados, pues, en el área del artículo 17.2.º, forma de encubrimiento que consiste en intervenir con posterioridad a la ejecución del delito ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos para impedir su descubrimiento. Y más en concreto, en el favorecimiento real constituido por la ocultación del *corpus delicti*. En los hechos que proporciona la Consulta, es indiscutido el conocimiento de la perpetración de la conducta punible por la procesada, absuelta con causa en el artículo 18. Pero tiene especial interés el examen de otros requisitos, especialmente el positivo de intervenir después de la ejecución.

En efecto, ¿interviene o no después de la ejecución quien posee con el fin inmediato de ocultar la droga perteneciente a otros y que se hallaba en disposición

de venta? En la letra del artículo 17, párrafo primero, es esencial a todo encubrimiento la intervención *post delictum*. Si, según el supuesto de la Consulta, la droga ocultada por un tercero se encontraba ya con anterioridad en disposición de tráfico ilegal por aquellos a quienes pertenecía, es preciso concluir que cuando la poseedora actual interviene no sólo se han rebasado los actos preparatorios sino que se ha llegado al círculo de la fase ejecutiva e incluso al de la consumación formal; por ello a quien a partir de ese momento inicia su actividad, le cuadra, en principio, la condición jurídica de encubridor, y en mayor medida si observamos que en los delitos de mera actividad —naturaleza a la que responde el comprendido en el artículo 344— no se requiere que la acción vaya seguida de un resultado separable, puesto que la ejecución se produce con la realización formal de los elementos del tipo positivo de injusto; pero hay otra razón, y es que a diferencia del artículo 17, 1.º —en el que los actos de favorecimiento se realizan de modo necesario después de consumado el delito principal— como con los actos típicos del artículo 17, 2.º lo que se pretende es la impunidad, éste tiene aplicación incluso en los favorecimientos de delitos imperfectos cualesquiera sea su naturaleza.

En suma, la conducta valorada en la sentencia no se separa abstractamente del encubrimiento tanto si consideramos a esta figura como participación accesoria que tiene lugar tras la ejecución, como si se exigiera que la intervención sea posterior a la consumación porque en el artículo 344 existen actos meramente ejecutivos que constituyen consumación anticipada. En el delito a que nos estamos refiriendo, la posesión con el fin de realizar actos dispositivos posteriores integran el delito de tráfico de estupefacientes para quien ejerce la posesión mediata, y la conducta del poseedor inmediato, por supuesto con ánimo no de tráfico propio sino de ocultación para que el autor se aproveche de ello, constituye un acto posterior que encaja en el artículo 17, 2.º del Código penal.

A cuanto antecede podría objetarse que dada la naturaleza del delito contenido en el artículo 344, es incompatible con el favorecimiento real tanto en su aplicación práctica como en un orden técnico. Es cierto que, prácticamente, la modalidad de encubrimiento del artículo 17, 2.º que consiste en la ocultación no tiene virtualidad, como después veremos. Desde el punto de vista de su construcción teórica y partiendo de que el delito del artículo 344 es de carácter permanente, puede concluirse que si toda intervención tiene lugar durante la comisión y nunca *ex post*, cualquier participación se traducirá en cooperación y nunca en encubrimiento. Sin embargo, hay que precisar si todas las infracciones en cuyo tipo se halla la tenencia, por su propio sentido gramatical, representan una conducta de cierta duración o permanencia, la posesión ilegal para traficar encaja mejor que en un delito permanente de modo absoluto en la estructura de un delito permanente de modo eventual (también llamados instantáneos de efectos permanentes) en los cuales una actividad instantánea crea una situación antijurídica prolongada; ello es así porque el subtipo de tenencia en el artículo 344 no exige que la actividad lesiva se prolongue durante cierto tiempo para estimar cometido el delito, y en él la consumación, en cuanto anticipada, está terminada antes del cese del comportamiento antijurídico. La consumación anticipada producida por el acto posesorio con vocación de tráfico extingue la consumación y, al impedir su continuación, cualquier intervención de un tercero en ese momento puede calificarse de postdelictiva.

Si hay, pues, actos consummativos en la actividad de A-B el comportamiento de C tendría su ajuste en el encubrimiento del artículo 17, 2.º, pues C es un mediador posesorio, subposeedor o poseedor *alieno nomine* sin otra finalidad que la de ocultar y conservar para impedir el descubrimiento del delito ya en su fase ejecutiva. Pero si formalmente en nuestro caso puede haber encubrimiento tras el examen de su estricta regulación positiva, son necesarias especificaciones que, en un orden práctico, impedirán la aplicación de la penalidad prevista para esta forma de participación; en efecto, en la tenencia de estupefacientes de pertenencia ajena con fines de ocultación —no de inutilización— caben otras proyecciones típicas cuya consecuencia punitiva excede en gravedad a la de la participación accesorio y no permite aplicar tampoco el artículo 18. Dado que la tenencia de drogas para ocultarlas con los requisitos y fines del artículo 17, 2.º sea técnicamente encubrimiento si se conoce y acepta el hecho típico doloso, en ocasiones ese mismo acto posesorio puede conformarse con la estructura de un específico tipo penal y en particular puede ser hábil para encuadrar la conducta directamente en el artículo 344, bien por haber concluido el eventual encubridor el tipo principal o, mejor, por haber realizado una actividad dependiente en alguna de las formas legales de cooperación; en todos estos casos resultan inaplicables las sanciones para el encubrimiento, porque, de una parte, según el tenor del artículo 17, párrafo inicial, se excluye del encubrimiento cualquier participación que se integre en la autoría o en la complicidad, y por otra, porque el artículo 55 condiciona la penalidad prevista en el artículo 54 a que la conducta constitutiva de encubrimiento no se halle especialmente penada por la ley. En definitiva, como la posesión para ocultar que forma parte del favorecimiento constituye también un subtipo del artículo 344, el favorecedor será castigado con las penas correspondientes al autor o cooperador de ese delito, pues a tenor del principio de subsidiariedad que se recoge en el artículo 55 no es posible el concurso ideal cuando el mismo hecho del encubrimiento real integre otro delito, sino que en estos casos la responsabilidad por el encubrimiento queda absorbida por la de los autores o cómplices.

Todo ello quiere decir que la solución práctica a que llega el autor de la Consulta debe aceptarse, por cuanto la conducta de C, que reunía las características precisas para ser sancionada como cooperación al delito cometido por A-B, fue incluida en otra penalmente menos relevante cual es la del encubrimiento.

Una reciente sentencia del Tribunal Supremo, la del 17 de febrero de 1984, considera una conducta análoga a la que antes hemos ponderado como constitutiva de cooperación necesaria del artículo 14, 3.º, aunque, ciertamente, su argumentación no se ajusta del todo a la expuesta. Sus hechos básicos eran estos: A, conductor de su automóvil y B que le acompañaba ocupando el asiento de lantero, al despertar sospechas fueron objeto de un registro, hallándose bajo el asiento de B 220 gramos de hachís; efectuado después registro domiciliario, fueron intervenidos en el domicilio de A 4 kilogramos de hachís pertenecientes a B quien los había entregado a aquél para su custodia y representaban el resto de 5 kilogramos que había adquirido para su reventa. B fue condenado como autor de un delito del artículo 344, en tanto que la conducta de A poseedor material de los 4 kilogramos de hachís fue calificada, sin más especificaciones, de encubrimiento por la sentencia de instancia. El Ministerio Fiscal formalizó recurso de casación «por indebida aplicación del artículo 17 e inaplicación del artículo

14, 1.º, en relación con el artículo 344 todos del vigente Código penal». El Tribunal Supremo expresa que nunca debió calificarse de encubrimiento la conducta del procesado A «*toda vez que el delito se estaba cometiendo*, ya que en el resultado correspondiente se declara que fueron sorprendidos ambos procesados portando 220 gramos de hachís y que practicado un registro domiciliario en el de A fueron encontrados 4 kilogramos de hachís que *había recibido para su custodia* del otro procesado resto de un total de 5 kilogramos que B había adquirido y del que había dispuesto de un kilogramo teniendo destinado el que custodiaba A para la reventa, *poniéndose así de relieve el carácter indispensable del acto* por parte de A como es la custodia de gran cantidad de hachís que se proyectaba para su venta».

En resumen, respecto al mero acto material de custodiar y ocultar las drogas entregadas por un tercero conociendo que estaban destinadas al tráfico ilícito, caben estas posibilidades al tiempo de su integración típica: en un orden puramente técnico puede conformarse con la participación accesorio del encubrimiento por tratarse jurídicamente de una actividad *post delictum*; mas como ese mismo comportamiento está reflejado en alguno de los subtipos del artículo 344 como cooperación necesaria, éstas serán las normas a aplicar en virtud del principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 55; pero tampoco debe excluirse que la ocultación constitutiva del favorecimiento real del artículo 17, 2.º provoque una forma de favorecimiento del consumo ilegal de drogas capaz de satisfacer el tipo del artículo 344, que será entonces aplicable como delito propio y no como participación en el delito de un tercero.

PREPARACION DE LOS RECURSOS DE CASACION EN MATERIA PENAL

— Instrucción número 1/1985, de 28 de octubre —

La experiencia diaria acredita que sí, por regla general, los Sres. Fiscales al preparar sus recursos de casación extreman su celo en el cumplimiento de aquellas prescripciones prácticas recomendadas por esta Fiscalía, no faltan casos en que se omite acompañar a la documentación extremos importantes para la debida formalización del recurso. Ello, unido a la reforma introducida en el número 2.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley 6/1985, de 27 de marzo, que ha ampliado los límites de ese recurso, aconsejan que, con la finalidad de lograr una mejor actuación del Ministerio Fiscal ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, se estime conveniente impartir las siguientes normas, referidas a la «Preparación de los recursos de casación en materia penal»:

A) Cumplimiento celoso de aquellas formalidades y requisitos que se dicen en las numerosas Circulares que por esta Fiscalía se han emitido, especialmente las de 28 de mayo y 21 de septiembre de 1954; 25 de enero y 14 de octubre de 1966 y 14 de marzo de 1980.

B) En el supuesto de preparación de recurso de casación por infracción de Ley, al amparo del número 2.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, deberán indicarse correcta y claramente —sin razonamiento alguno—, los

particulares del documento que muestren el error de hecho de la resolución que se impugna (artículo 855, párrafo 2.º de la Ley mencionada). Además, y a efectos del más completo conocimiento y estudio por la Fiscalía del Tribunal Supremo de la cuestión planteada, a fin de decidir la interposición o no del recurso, deberán remitir los Sres. Fiscales, juntamente con su informe y los demás antecedentes usuales, copia del documento en el que se contenga los particulares a que el recurso preparado se refiere, sin cuyo conocimiento ni se puede valorar adecuadamente la trascendencia del mismo, ni es posible, muchas veces, argumentar el escrito de formalización del recurso, por carecer de datos para ello.

C) Cuando se prepare el recurso de casación por infracción de Ley, amparado en el número 2.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dado que las consecuencias del error deben repercutir en la calificación jurídica, que de los hechos ha efectuado el Juzgador, no deberán omitir los Sres. Fiscales el prepararlo también, por infracción de Ley, basado en el número 1 del mencionado artículo 849 de la Ley antes citada. La no formalización del recurso por este motivo del número 1 del artículo 849 acarrea dificultades en cuanto no es posible para el Fiscal señalar a la Sala las infracciones concretas que se derivarían de la modificación que de los hechos pudiera hacer el Tribunal a la vista del documento que acreditara el error del Juzgador de instancia, pues no podría formalizarse motivo alguno al amparo del número 1 del artículo 849, que fijara los términos del debate en el recurso, en orden a como los nuevos hechos se debieran repercutir en la calificación jurídica y el fallo de la sentencia. Ese defecto en la preparación del recurso contribuye, a veces, a que se acuerde desistir de recursos que con una adecuada preparación tendrían probabilidades de éxito.

