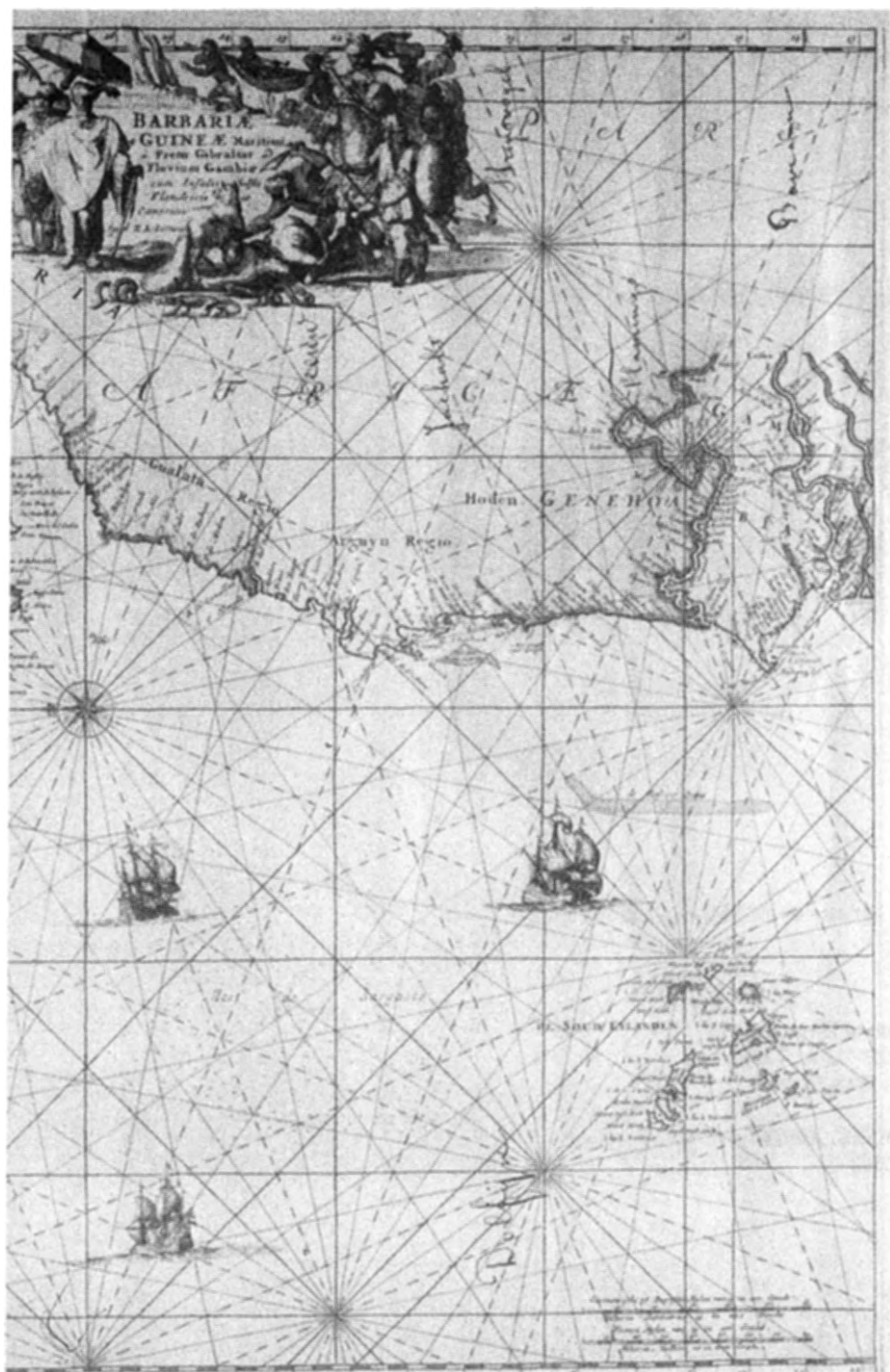


Revista del Foro Canario

83

Las Palmas de Gran Canaria, 1991



Portada: Foto cortesía de El Museo Canario.

Imprime: Imprenta Pérez Galdós
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80
I.S.S.N. 0211-0903

*Revista del
Foro Canario*

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo
Decano del Colegio

Segundo Franco Vega
Diputado Primero

Jaime Santana Castellano
Diputado Segundo

Serafín García Zumbado
Diputado Tercero

Tomás de Páiz Mora
Diputado Cuarto

Juan Antonio Pérez de Paz
Diputado Quinto

Domingo del Toro Augusto
Diputado Sexto

Jaime Rubio López
Diputado Séptimo

Micaela Domínguez Hernández
Diputado Octavo

José María Palomino Martín
Bibliotecario-Contador

José Díaz Henríquez
Tesorero

Rafael Vera Cominges
Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

Óscar Bosch Benítez
Micaela Domínguez Hernández
Serafín García Zumbado
M.^a Teresa García Cuyás

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

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

FE DE ERRATAS

En nuestro número anterior, involuntariamente se omitió que el artículo *La protección del honor: protección constitucional, penal y civil. Doctrina y jurisprudencia*, del que es autor don Manuel Espinosa Labella, obtuvo el accésit del Premio “Foro Canario”.

Revista del Foro Canario

PUBLICACIÓN CUATRIMESTRAL
DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAS PALMAS

TERCERA ÉPOCA

Año XXXIV

Septiembre - Diciembre

1991-III

SUMARIO

	Págs.
<i>“La prueba en los procesos por tráfico de drogas”</i> por don PEDRO MARCELINO RODRÍGUEZ ROSALES	9
<i>“Consideraciones sobre el Acta Única y la libre circulación de capitales”</i> por don SANTIAGO RIVERO ALEMÁN	51
<i>“Praxis y dogmática jurídico-penal”</i> por don JOAN J. QERALT	67
<i>“Anotaciones en torno a las recientes manifestaciones legislativas sobre procesos penales simplificados o acelerados”</i> por don JOSÉ ANTONIO MARTÍN Y MARTÍN	81
<i>El contrato de leasing financiero y su naturaleza jurídica. Incidencia del Derecho de Protección al Consumidor en la relación interna entre la empresa de leasing y el usuario dañado por defecto del bien cedido</i> por don ÁLVARO LATORRE LÓPEZ	123

LA PRUEBA EN LOS PROCESOS POR TRÁFICO DE DROGAS

PEDRO MARCELINO RODRÍGUEZ ROSALES

MAGISTRADO

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.
ESPECIALIDADES EN MATERIA PROBATORIA.
EL ELEMENTO COGNOSCITIVO.
LA TENENCIA DE LA DROGA.
TENENCIA ILÍCITA: EL AUTOCONSUMO.
LA TENENCIA COMPARTIDA.
LA TENENCIA DE DROGA EN VIVIENDA COMPARTIDA.
LA PUREZA DE LA DROGA.
LA INTERVENCIÓN CORPORAL.
EL DELITO PROVOCADO.
EL BLANQUEO DE DINERO.

INFERENCIA DEL TRÁFICO

1. La posesión por toxicómano.
2. El no toxicómano.
3. La cantidad de droga aprehendida.
4. Los medios económicos.
5. Los objetos hallados en poder del poseedor.
6. Los antecedentes del acusado.
7. Reconocimiento del imputado y acusación del coimputado.
8. Detención y huida.
9. Lugar donde la droga es ocupada.
10. Disposición de la droga.
11. Variedad de sustancias.
12. Ocupación de joyas y dinero.
13. Ocultación.
14. Reiterada entrada y salida de consumidores de droga en el lugar donde se encontraba el traficante.

INTRODUCCIÓN

La materia de este trabajo va a ser la presunción de inocencia, concentrada sobre uno de los tipos delictivos más frecuentes en la sociedad occidental, directamente, en unas ocasiones, mientras que en la mayoría de las demás aparece como motivo del crimen, como el origen del impulso criminal en la persona del delincuente: el tráfico ilegal de drogas, porque considero, por las razones que más adelante diré, que la enervación de la citada presunción constitucional, discurre en los procesos que tienen por objeto el enjuiciamiento de esta clase de delitos, por unos cauces particulares.

Presunción de inocencia quiere decir que nadie puede ser condenado sin una actividad probatoria de cargo, razonablemente suficiente y advenida correctamente al juicio oral, y desenvuelve su eficacia en los supuestos de absoluta falta de prueba o cuando las practicadas no reúnen los requisitos y garantías procesales. De aquí resulta la unión indisoluble entre presunción de inocencia y prueba.

Por actos de prueba se entiende la actividad de los sujetos procesales, dirigida a obtener la convicción del juez o tribunal sobre la preexistencia de los hechos afirmados por las partes, intervenida por el órgano jurisdiccional bajo la vigencia del principio de contradicción y de las garantías constitucionales tendentes a asegurar su espontaneidad, e introducida en el juicio oral a través de medios lícitos de prueba (Moreno Catena y otros).

Es común dentro de la doctrina procesalista la distinción entre verdad formal y verdad material. La primera se obtiene dentro del proceso limitando los medios para su búsqueda y conocimiento (en base al principio dispositivo), por lo que puede no ajustarse a la realidad. La segunda, en cambio, es la verdad simple y pura, que es la que debe buscar el procedimiento penal, mientras que el civil persigue la otra, pudiendo por ello llegar a tener por probados hechos inciertos, que ambas partes admiten con valor vinculante para el juzgador.

Sin embargo, debemos entender superado este criterio, por las siguientes razones:

1º. Los medios de investigación en el Derecho Procesal Penal no son ilimitados, debiendo excluirse la práctica y valoración de pruebas ilícitamente obtenidas, aunque de ellas resultasen acreditados hechos susceptibles de sanción penal.

2°. Existe la posibilidad de que el juzgador quede vinculado en su potestad de juzgar, con todos los matices constitucionales que ello conlleva, por el allanamiento del inculpaado y su defensa a la pena pedida por la acusación, e incluso por la conformidad que comprende también el hecho punible.

3°. Existe en ordenamientos como el norteamericano la posibilidad de alcanzar una verdadera transacción en materia penal: la plea bargaining, que supone una sustracción del ius puniendi estatal de manos de los tribunales a las de los Fiscales. La importancia de este sistema en Estados Unidos es tal que algunos autores reconocen que si la justicia penal americana funciona es gracias a él, que solventa el 90% de los casos (Conde Pumpido “Legalidad versus oportunidad”).

Consecuencia de lo anterior es que la prueba no tiene como objetivo llegar a la verdad que se llamaba material, sino convencer al juez de la certeza de unos hechos, lo que es perfectamente compatible con el art. 741 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, que es el eje central de la valoración de la prueba en el proceso penal.

Definida la prueba como medio para llegar a la convicción del juez, queda por fijar cuál es el camino que debe seguir.

En este punto nos encontramos con dos posibilidades, como casi siempre, contrapuestas. La valoración tasada frente a la libre. La valoración tasada de la prueba era propia de la época más arcaica, cuando el concepto de delito era próximo al de pecado y a la ofensa a Dios. De aquí a entender que Dios podía y debía intervenir para restituir las cosas a un estado de justicia, la que existía antes de la comisión del delito, no hay más que un paso. Por ello, no había más que poner al acusado en manos de Dios, para que éste mostrara su inocencia o su culpabilidad, lo que se hacía sometiendo al inculpaado a tormentos físicos cuya resistencia sólo Dios podría proporcionar.

Frente a esto se alza la tesis que defiende la valoración libre de la prueba, unida al racionalismo y a la laicización de la justicia, de manera que a una mayor libertad política en general se le une una mayor libertad en la admisión de pruebas y en su valoración. Esto lleva consigo dos limitaciones: el respeto en la prueba de los nuevos Derechos Humanos y una mayor preparación y estudio por parte de los encargados de aplicar la Ley.

Por dos veces hemos hecho referencia a la prueba ilícita. Ahora es conveniente pararnos un momento en un análisis más detallado. Su importancia nace

desde el momento mismo en que esta clase de pruebas se consideran inadmisibles para destruir la presunción de inocencia.

Prueba ilícita es la obtenida infringiendo normas jurídicas. En nuestro Derecho el Tribunal Constitucional ha dicho en su sentencia de 29 de noviembre de 1984, aunque ello suponga adelantarnos a problemas que se plantearán más adelante, que “los derechos fundamentales, dada su inviolabilidad, se resisten frente a la prueba ilícita, siendo radicalmente nulo todo acto que viole las situaciones reconocidas en los arts. 14 a 29 CE, sin que pueda concederse efectividad a las contravenciones de estos derechos”. De forma que, reconocida la existencia de unos medios probatorios obtenidos con lesión de aquellos derechos, los órganos jurisdiccionales deben inadmitirlos y abstenerse de valorarlos.

El principio expresado anteriormente no ha contado siempre con una completa unanimidad doctrinal a su alrededor, ni siquiera actualmente. Entre sus detractores, están los que opinan que una prueba obtenida ilícitamente debía ser válida y eficaz, sin perjuicio de que los que ilegítimamente la habían conseguido (policías o particulares) fueran castigados por el hecho realizado; o los que consideran que en el conflicto de intereses que surge entre el acusado, a quien interesa la salvaguarda de sus derechos en la investigación de los hechos que hubiera podido realizar y que constituyeran delito, y el interés de la sociedad por sancionarlos penalmente, debía prevalecer el de ésta. Guasp afirma que “quien utiliza un documento obtenido ilícitamente, puede cometer un acto al que vayan ligadas sanciones civiles, penales o disciplinarias, pero para el problema de la prueba procesal estas eventuales consecuencias son irrelevantes: el documento figurará unido a los autos y desplegará su fuerza probatoria”.

Sin embargo, es doctrina mayoritaria la que sostiene lo contrario, y lo hacen partiendo de la consideración de la existencia de intereses extraprocesales que están por encima de la búsqueda de la verdad histórica, pues quienes estiman que la necesidad de investigar ésta a ultranza es el objeto del proceso penal, no pueden admitir que existan limitaciones en su búsqueda, ni medio que no pueda utilizarse, ni testigo que no esté obligado a declarar, ni tema que no pueda ser investigado, ni método de averiguación de la verdad que no pueda ser utilizado.

Existen también otras posturas intermedias, que estiman que debe tenerse en cuenta si se ha violado o no un derecho constitucional, siendo ilícita la prueba obtenida en el primer caso y válida en el segundo, o que dependerá de

si la lesión afecta esencialmente el ámbito jurídico del sujeto, o si la transgresión es secundaria y de poca importancia.

En nuestro ordenamiento, además de la ya citada sentencia del T.C. y otras muchas a idéntico sentido, el Tribunal Supremo ha repetido que se exige la suficiencia y regularidad procesal en la obtención de la prueba, y que no se debe tratar de prueba desautorizada o ilegalmente obtenida. Llega a afirmar que la prueba de cargo ha de ser obtenida en forma procesalmente regular, ya que su producción no sólo no ha de violentar directa ni indirectamente los derechos fundamentales, sino que en la misma se ha de observar en forma positiva toda la normativa procesal de desarrollo del derecho fundamental (STS 23 de junio de 1986).

Destaca nuestro Tribunal Supremo la vinculación de la prueba ilícita con la presunción de inocencia y con el derecho a un proceso con todas las garantías (STS 12 de septiembre de 1986), por un lado, y su extensión a la irregularidad procesal en la obtención de la prueba, por otro, por considerar que las normas que regulan la realización de cada prueba son normas de garantía que deben seguirse con precisión y cuya vulneración lesiona derechos constitucionales.

El art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. A pesar de que esto suponga una restricción de lo expresado anteriormente, debe entenderse con carácter no excluyente, frente a la reiterada doctrina constitucional y jurisprudencial.

Por último, la referencia a la obtención de prueba indirectamente ilícita, supone la obtención por medios lícitos de una prueba, para llegar a la cual se ha partido de otra ilícita.

Podría plantearse la posibilidad de distinguir de las anteriores las pruebas defectuosas, en las que no existe lesión de ningún derecho individual y sí omisión de regularidades procesales, que harían admisible la prueba si su apreciación no hubiese quedado deteriorada por esa irregularidad.

Para terminar este apartado, es conveniente traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1990, que dice en su fundamento jurídico tercero, que “la propia naturaleza del sumario como actividad simplemente preparatoria del plenario (art. 299 L.E.Crim.) impone el carácter meramente provisional de las actuaciones practicadas en él, de manera que cualquier

irregularidad cometida en tal fase previa sólo podrá determinar su irrelevancia, a los efectos de servir de prueba apta para enervar la presunción de inocencia, pero nunca puede dar lugar a un pronunciamiento autónomo de nulidad irradante respecto a las actuaciones posteriores, según ya advirtió la jurisprudencia de esta Sala. Y ello aparece explícitamente corroborado por la norma contenida en el art. 242.1 LOPJ, según el cual la nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes ni la de aquellos cuyo contenido hubiese permanecido invariable aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad”.

ESPECIALIDADES EN MATERIA PROBATORIA

Dije anteriormente que expondría las razones por las que el delito de tráfico de drogas presenta ciertas particularidades en cuanto a su prueba.

No puede entenderse esto, no obstante, como una contraposición entre este delito y todos los demás, porque cada forma delictiva, por la razón de sus elementos y de la forma de comisión conlleva unas específicas formas probatorias. Las cuales pueden incluso ser exigidas por la naturaleza de la víctima del delito.

En el caso concreto que nos ocupa, estimo que las repetidas especialidades surgen de las siguientes causas:

1º. Su descubrimiento policial es casi siempre flagrante, esto es, se encuentra al delincuente llevando encima la sustancia estupefaciente. Incluso cuando existe un seguimiento prolongado de una banda o de una persona dedicada al tráfico de drogas, los miembros de la Policía no les detienen hasta que saben con certeza que la llevan consigo. Esto plantea el problema de la probanza de la tenencia por otro, y el servidor de la posesión, que veremos más adelante, así como la acreditación de la implicación de un sujeto en una organización criminal de tráfico de drogas, cuando sus jefes y miembros más destacados no entran nunca en contacto directo con ella.

A este respecto, cabe hacer una crítica a la injustificada satisfacción exhibida por las autoridades cuando se produce la aprehensión de cantidades más o menos importantes de droga, a la que además se le atribuye un valor económico que alcanza cifras de hasta miles de millones (precio en la calle, se suele

decir). En primer lugar porque evidentemente, como el valor de la droga no está en su coste de producción sino en la clandestinidad de su tráfico, escaso perjuicio económico se causa a quienes la producen y comercializan si se les retira una partida de ella, porque no existen dificultades en reponerla. El “margen comercial” es tan amplio que se puede afirmar que el negocio se realiza sin tener para nada en cuenta el valor de la mercancía. En segundo, porque, sentado lo anterior, solamente con la detención de los verdaderos jefes y directores de las operaciones de tráfico se puede admitir que se ha causado un daño grave a la red de distribución: de nada sirve detener a los correos, simples portadores de la sustancia criminal, para cuya sustitución existe en los países productores una cantera infinita de aspirantes.

2º. Si conforme a lo expuesto, se descubre solamente al delincuente portador, y raramente al que cultiva (en nuestro país además algo impensable), vende o regala, surge el problema de justificar que se posee con ánimo de entregar a otros. Éste es un elemento subjetivo del injusto que exige un análisis detallado de las circunstancias de cada caso, pero que se agrava en el supuesto contemplado porque, a diferencia de otros tipos delictivos, no hay unos criterios fijos y definitivos.

3º. Al ser un delito exclusivamente doloso, su comisión exige el conocimiento de que lo que se vende, transporta, etc. es droga. Esto no es tan sencillo como parece, y enlaza con la cuestión que seguidamente vamos a analizar: el elemento cognoscitivo del tipo.

EL ELEMENTO COGNOSCITIVO

El principio de estricta culpabilidad recogido en nuestro Código Penal expresamente tras la reforma de 1983, aplicado al delito de tráfico de drogas, exige el conocimiento preciso por el agente de que la cosa con que trafica es droga.

Aprovechando esta circunstancia, es habitual entre los reos de esta clase de delito, la alegación del desconocimiento de la posesión de drogas: o no sabían que se encontraba donde fue descubierta, o pensaban que se trataba de otra cosa (dinero, tabaco, etc.).

En diversas ocasiones se ha estimado la falta de este elemento. En un caso de contrabando de tabaco, pero que por las circunstancias es perfectamente

aplicable a nuestro estudio, dijo el TS (S. 31 de diciembre de 1990): “No existe prueba de cargo en el sumario ni en el juicio oral del que se derive el conocimiento de la existencia del compartimento secreto, ni por ende del cargamento de tabaco que en él se contenía, por parte de aquéllos (los procesados). La existencia del compartimento, así como tampoco la forma de hacer funcionar el sistema para abrir la puerta que da acceso al mismo, eran apreciables externamente. Si a ello se añade que el servicio de transporte fue contratado por teléfono entre G y C, y que P era el mero conductor del camión tractor que remolcaba la plataforma de propiedad ajena, puede afirmarse que no hay evidentes pruebas de cargo que hayan enervado la presunción de inocencia”.

Sí ha entendido el Supremo en otros casos que se conocía la existencia de la droga, por medio de indicios. Así la STS de 4 de noviembre de 1988 dice que “El segundo de los motivos se interpone utilizando el mismo cauce procesal que el anterior y cita como infringido lo dispuesto en el art. 1 CP., alegando como fundamento de lo que postula la falta de dolo; mas la inconsistencia del motivo y la procedencia de su desestimación procede por la sencilla razón de que el elemento interno o psicológico integrante del delito y que se halla constituido por el conocimiento de la ilicitud en el obrar al faltar la autorización o justificación para realizar cualquiera de las conductas tipificadas, entre las que se encuentran las de tenencia y transporte, queda puesta de relieve por las circunstancias que se reseñan en el propio resultando de hechos probados, como es el llevar la droga oculta en una maleta de doble fondo, y, a su vez, claro resulta también el ánimo tendencial o de tráfico, que queda puesto de manifiesto por la cantidad de droga ocupada, muy superior al módulo de autoconsumo, aun en el supuesto de que el recurrente hubiese alegado ser adicto a la droga, lo que ni siquiera alegó”. “No tener el recurrente, según alega, la condición de autor, cuya condición resulta demostrada de manera incuestionable por lo ya expuesto anteriormente, pero además, la alegación de que el recurrente desconocía la existencia del doble fondo en la maleta y que no sabía que en ella se contuviese droga ha de reputarse como una coartada carente del menor viso de veracidad, ya que no es concebible, según las reglas de la experiencia humana o del modo normal de suceder las cosas, que alguien desconocido se apodere de una maleta sin conocimiento de su propietario para hacer en ella un doble fondo e introducir en él una sustancia de importante valor sin saber cuál va a ser el destino o rumbo a seguir por el propietario de la maleta, por lo que procede la desestimación del motivo”.

En algunas ocasiones, el TS, en supuestos de alegación de la presunción de inocencia, se ocupa exclusivamente de la lógica interna que resulta de los

hechos probados, sin parar en las contradicciones de la versión que da el acusado y de cómo la desvirtúan los indicios existentes en la causa, lo que a mi juicio no es admisible, pues presentándosele al juzgador dos historias contradictorias, deberá explicar por qué una vale y por qué la otra no, y lo mismo debe hacer el Tribunal que conoce en casación, si el motivo del recurso es la presunción de inocencia.

En este grupo está la sentencia del TS de 29 de noviembre de 1989, donde dice que “El procesado llega al aeropuerto Madrid-Barajas procedente de Bogotá, San Juan de Puerto Rico y sometido a reconocimiento su equipaje se encuentra, según la correspondiente diligencia judicial, nunca contradicha, con un bolso de doble fondo, dos bolsas de plástico conteniendo una sustancia polvorienta que analizada con el narcotest dio positivo de cocaína arrojando un peso total de 1.500 gramos”.

La primera declaración la presta en el Juzgado de Instrucción y en ella manifiesta que antes de salir de Bogotá una persona “al parecer colombiano del que sólo recuerda que uno de sus apellidos es R., le pidió que trajese hasta Madrid un bolso, ofreciéndole por prestar el servicio 20 millones de liras, sin especificar lo que contenía el bolso, aunque sospechaba que no debía ser algo muy legal...

... El hecho por lo consiguiente, está probado y en cuanto a la participación del procesado recurrente, afirmar que era conocedor del contenido del doble fondo del bolso en base a que la sustancia le fue entregada por una persona prácticamente desconocida y que por el transporte iba a recibir 20 millones de liras, entra perfectamente dentro de lo lógico y de las conclusiones obtenibles con las reglas de la experiencia humana”.

Problemas específicos plantea la remisión por correo, cuando el destinatario afirma desconocer que se le iba a remitir ese paquete, y menos conteniendo droga.

El TS, en sentencia de 3 de julio de 1990, afirma: “En el presente supuesto existen unas pruebas de cargo de carácter objetivo, incontestables y por nadie disientidas, cual son: un paquete postal, conteniendo 124,7 gramos de cocaína, dirigido al nombre y domicilio del recurrente, producto valorado en 1.163.780 ptas. y también el dato de que el procesado se relacionaba con personas dedicadas al tráfico ilegal de estupefacientes, de ahí el registro domiciliario llevado al efecto.

Ante estas evidentes pruebas, la parte recurrente lo único que hace es valorarlas de modo diferente a como lo hizo la Sala de instancia, empleando para ello, como argumento principal el de que, al ser el remitente del paquete desconocido, su envío sólo pudo tener por causa una venganza o el propósito de hacer mal al procesado, argumento tan peregrino que en nada puede desvirtuar la comisión del delito imputado, pues, como bien dice la sentencia impugnada, es absurdo pensar (y lo absurdo hace a la coartada inválida) que cualquier persona se gaste más de un millón de pesetas para producir un posible mal a otra, empleando además ese medio postal cuyo descubrimiento por las autoridades es, desde el punto de vista estadístico, muy difícil que se produzca”.

En alguna ocasión se ha admitido la posibilidad de que el tenedor de la droga, aun sabiendo que se trataba de ésta, desconocía su característica de ser una sustancia de las que causan grave daño a la salud. Concretamente, el supuesto de un simple depositario, no traficante, que guardaba bolsas conteniendo heroína y grandes sumas de dinero, por cuenta de otro, sin tomar precauciones especiales, en una chabola inhabitable, recibiendo a cambio una remuneración económica miserable y desproporcionada al riesgo corrido.

LA TENENCIA DE LA DROGA

Hemos visto que sólo puede considerarse traficante penalmente responsable de drogas al que conoce que trafica con ellas. Pero, evidentemente, no basta con la creencia, sino que tiene que existir la sustancia criminal, es decir, los actos deben tener por objeto droga.

Para saber qué debe entenderse por droga, debemos acudir a los Tratados internacionales, que son la Convención Única de 30 de marzo de 1961 sobre estupefacientes, ratificada por España en Instrumento de 3 de febrero de 1966, enmendada en el Protocolo de Ginebra de 1972, ratificado por España en 1977, y el Convenio de Viena sobre sustancias psicotrópicas de 21 de febrero de 1971, ratificado en 1973. A estos convenios se refiere reiteradamente el Tribunal Supremo.

Sin embargo, algunos autores consideran que debe atenderse al bien jurídico protegido, sin despreciar el valor informativo de los convenios, ampliando la lista de sustancias que deben considerarse droga. Otros, partiendo del mismo punto, llegan a la conclusión justamente contraria, pues estiman que para

que una sustancia constituya droga deberá estar incluida dentro de las normas internacionales relacionadas, pero esto es condición necesaria, y no suficiente, pues además debe exigirse que se trate de sustancia idónea para producir un daño significativo en la salud. Sin embargo, esta última tesis debe rechazarse, pues, por un lado, todos los productos recogidos en los convenios causan quebrantos importantes en la salud del consumidor, y, por otro, no pueden los tribunales despenalizar sustancias cuyo carácter de droga está preceptuado por convenios internacionales en que España es parte.

Cabe una pregunta previa: ¿es precisa la aprehensión de la droga para condenar por un delito de tráfico con ella? Partiendo del expuesto principio de libre valoración de la prueba, debemos llegar a la conclusión de que no siempre que existan indicios suficientes de que el tráfico se ha producido. Esto vale para los casos de venta, transporte, etc.

Concretando más. En la forma de comisión consistente en la tenencia con fines de tráfico ¿sería necesaria la ocupación de la droga? En estos casos el TS ha exigido una prueba directa de la tenencia, lo que parece excluir la posibilidad de la no intervención de la droga misma, pues no entendemos qué otra prueba directa cabe (STS 23 de septiembre de 1987 y 5 de octubre de 1988)⁽¹⁾.

Ahora bien, esta tenencia, como toda forma de posesión, puede ser directa o no, es decir, cabe tanto la posesión mediata como la inmediata, pues si así no fuese quedaría fuera de toda posibilidad de inculpación el gran traficante y el jefe de organizaciones comercializadoras de la droga, que nunca llegan a tocarla.

La STS de 30 de septiembre de 1988, sostiene que no es necesario para que exista posesión la tenencia material. La entrega de la cosa ofrece en nuestro Derecho expresiones plurales, muchas de ellas simbólicas. Todas tienen cabida en el Derecho Penal a los efectos que aquí interesan. Otra solución contrariaría la literalidad y el espíritu de la norma y dejaría fuera del campo a los grandes traficantes que manejan el destino de la droga a través de llamadas telefónicas, del télex, o en último término de documentos y otros signos de clandestinidad y que jamás han poseído en términos de materialidad la droga con la que operan y trafican en los mercados.

La posesión por encargo del verdadero traficante (la posesión inmediata) es una de las formas de favorecimiento del art. 344 CP (Consulta de la Fiscalía General del Estado de 14 de octubre de 1985).

(1) “De manera constante esta Sala ha venido declarando que si bien la posesión puede y debe ser demostrada por prueba directa, al tratarse de un hecho, de algo perteneciente al mundo exterior y por tanto perceptible sensorialmente...”.

La remisión por correo de una cantidad de droga, en cuanto a la posesión por remitente y/o destinatario ha sido estudiada por la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1988. “La doctrina de esta Sala recuerda reiteradamente que el delito de que tratamos es de peligro abstracto, en el que basta el daño potencial, llamado también por ello de resultado cortado o de consumación anticipada, de modo que basta la posesión de la droga con propósito de tráfico, aún no llevado a efecto, para que el delito se estime consumado. En el caso de autos si por uno de los procesados, de acuerdo con otro, se provocó el envío de la cocaína desde Colombia a España y llega a introducirse en nuestro país valiéndose de los servicios postales, en los que figura como destinatario el procesado recurrente, es claro que se ha realizado un acto de transporte que también según doctrina de esta Sala es un importantísimo acto auxiliar del tráfico, en cuanto significa movilización de la mercancía. Por otra parte, tanto el remitente como el destinatario son jurídicamente poseedores en cuanto tienen el poder de disposición sobre la misma”. Tratándose de un acto mercantil, bien que ilícito, la puesta a disposición de la mercancía equivale a su entrega, de forma que, remitidos por correo al recurrente, estaban a su disposición aunque se malograra la entrega por la intervención policial.

En cuanto a la venta no seguida de la entrega de la mercancía, la STS de 21 de julio de 1987, dice que perfeccionándose la compra cuando comprador y vendedor convienen en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hubiesen entregado, no hay ningún inconveniente en considerar acto de tráfico, subsumible en el art. 344 CP, como una de las modalidades comisivas que el mismo describe, a la aceptación de compra de cierta cantidad de sustancia estupefaciente, aunque el adquirente no haya entrado todavía en posesión de la misma, pues no debe menospreciarse la posibilidad de que, en esta esfera de la criminalidad, el comprador demore la entrega del producto, e incluso no llegue a tocarlo físicamente, porque prefiera utilizar a verdaderos servidores de la posesión que, corriendo un riesgo casi siempre mayor de ser descubiertos, desempeñan un papel subordinado, aunque insustituible, en el tráfico.

Un caso de condena por venta sin ocupación de droga, lo recoge la STS de 10 de febrero de 1989. “Si bien no fueron encontrados mediante la diligencia de entrada y registro, productos estupefacientes de las características que se dicen en la sentencia (hachís y heroína), sí lo fueron otras sustancias alucinógenas tales como Rohipnol, así como una balanza de precisión y unas importantes cantidades de dinero, desproporcionadas con el negocio al que se

dedicaba el procesado (vendedor ambulante de sábanas). Pero, sobre todo, y aun haciendo caso omiso de lo anterior, lo que sí tiene relevancia probatoria, aunque sea indirecta, es la manifestación llevada a cabo sobre todo en período sumarial, de un número muy elevado de testigos que afirman haber adquirido drogas en el piso registrado, así como el que quien se las vendía era al que designaban o su esposa y que si habían acudido a ese lugar es porque es públicamente sabido, en el correspondiente círculo de consumidores de hachís y heroína, que ése era el lugar y las personas adecuadas para su adquisición, indicándose, incluso, por alguno de esos testigos que había veces que se formaban “colas” en la escalera por los compradores”.

TENENCIA LÍCITA: EL AUTOCONSUMO

Una vez que hemos examinado los aspectos relativos a la posesión consciente de drogas, debemos estudiar el supuesto en que, aun dándose los requisitos expuestos, no existe delito por no estar destinada al tráfico la droga poseída.

Este supuesto está excluido de sanción penal, pues el tipo del art. 344 del CP habla de “los que la poseyeran con aquellos fines, de promoción, fomento o facilitación del consumo ilegal de drogas”.

Corresponde a la acusación acreditar que existe una finalidad de traficar con la droga poseída.

El principal indicio para llegar a la conclusión de la existencia del ánimo de transmitir a terceros es la cantidad que se posee.

STS 21 de noviembre de 1986, dice que el concepto de modicidad o exigüidad, categoría que sirve para distinguir en el consumidor habitual de drogas, la cantidad que puede suponerse destinada al tráfico y la que ya estará orientada a la difusión, debe ser objeto de una interpretación estricta y rigurosa, como lo aconseja no solamente la necesidad social de no abrir portillos de impunidad para el encubierto tráfico de sustancias..., sino el mismo hecho, ofrecido por la realidad criminológica, de que, difícilmente los poseedores de una cierta cantidad de droga, aun siendo ésta relativamente pequeña, resisten la tentación de compartirla, gratuita u onerosamente, con otros adictos e incluso con no iniciados, por lo que el límite de lo que razonable y prudencialmente puede

estimarse destinado, de forma exclusiva al consumo personal no debe situarse, por lo general, más allá de un reducido número de dosis.

Un caso especial es el de los que adquieren droga para consumirla en común.

El Supremo, en sentencia de 1974, admitía que la conducta global de todos los que compran droga para consumirla en grupo, era penalmente irrelevante, cuando, a semejanza de lo que ocurre con el consumo individual, la cantidad poseída en conjunto no excede de las cantidades precisas para cubrir las necesidades de cada uno de los componentes del citado grupo, aunque éstos se cedan o se transmitan entre sí, dentro del ámbito del mismo y sin trascender a otras personas no iniciadas, pequeñas cantidades de estupefacientes o sobrantes de su propio consumo.

Esta doctrina, sin embargo, no es admisible. La impunidad del consumo resulta exclusivamente desde el punto de vista del receptor, no del que le entrega la droga, y no cabe duda de que en el supuesto relatado existía una facilitación constante y multilateral de dicho consumo. No existe una diferencia esencial entre favorecer el consumo dentro de un grupo cerrado y hacerlo con desconocidos o terceras personas.

Quizás por ello, el TS ha cambiado el criterio y en STS de 18 de marzo de 1980, refiriéndose a dos procesados que se habían invitado recíprocamente a consumir droga en diversas ocasiones, dice “lo que indudablemente entraña favorecimiento del consumo de la nociva sustancia, aunque sólo fuera mutuamente, y si esto es así, y así es, no cabe duda de que tales actos escapan a la esfera del propio autoconsumo para entrar de lleno en la donación y favorecimiento aludidos en el párrafo primero del art. 344 CP”.

Más clara todavía es la STS de 4 de febrero de 1991. “Por infracción de Ley, acogido en el número 1 del art. 849 L.E.Crim., se alega infracción por aplicación indebida del art. 344 CP al tipificar como delito contra la salud pública el mero consumo de sustancias estupefacientes por el procesado y condenado S.

Se trata de la ocupación de dos pastillas de Rohipnol y tres papelinás de heroína que tenía para su consumo y para invitar a unos amigos suyos. También se le ocuparon 8.250 \$ USA, 80 libras gibraltareñas, 10 libras esterlinas, 28.850 ptas., 2.000 florines holandeses, 138.100 ptas., un cheque por importe de 4.500.000 de ptas. y otros efectos.

Con ello se dan todos los elementos del tipo del injusto, cual es el tráfico de drogas, en el que se incluye la tenencia de este tipo de sustancias para invitar

a otras personas (cita otras STS). Sólo la tenencia para el exclusivo consumo es hecho penalmente atípico, pero no la tenencia compartida o comunitaria, ni tampoco la tenencia destinada a invitar al consumo de terceras personas; en estos supuestos es indiferente que el negocio jurídico celebrado o a celebrar sea oneroso o gratuito”.

Hemos mencionado anteriormente la relación que ha establecido el Supremo entre la cantidad de droga poseída y la inferencia de su destino al tráfico. En algunos casos, ha llegado a precisar con cifras esa cantidad. Respecto al hachís, STS 11 de mayo de 1990 “...la Doctrina de esta Sala viene sosteniendo que, tratándose de hachís, ha de entenderse que excede del destino que supere los cincuenta gramos; lo cual lleva a inferir, en el presente caso, que más de tres mil cuatrocientos gramos sobrepasan el autoconsumo”. STS 24 de diciembre de 1990: “en el domicilio del procesado, por funcionarios de Policía y en virtud de mandamiento de entrada y registro del Juzgado de Instrucción de Guardia de Barcelona, fue hallada una pastilla de hachís de 124,137 gramos. Tal posesión de droga ha de reputarse preordenada al tráfico, no sólo porque no consta dato alguno que acredite que dicho impugnante fuera consumidor de dicha sustancia, sino porque, además, evidentemente excede del límite que esta Sala en reiteradas sentencias (cita dos) había fijado, a partir del cual se considera que la posesión de la droga lo es con la finalidad de tráfico ilícito con terceras personas, y que lo fue en las resoluciones mencionadas en 50 y 108 gramos respectivamente”.

El principio fundamental en la materia es por lo tanto, insistimos, la cantidad de droga poseída. Todo lo que exceda de unos límites razonables para el autoconsumo se considera que va destinado al tráfico. Y cabría añadir que para el consumo más inmediato, porque por su alto precio resulta antieconómica su acumulación.

Pero en el Derecho las cosas no son nunca tan sencillas, ni caben tampoco excesivas generalizaciones. Dos ejemplos.

La STS de 24 de enero de 1989, que conviene recoger íntegramente por su importancia y por las particularidades que pone de manifiesto.

“Invocada la presunción de inocencia en el único motivo del recurso procede examinar las actuaciones para comprobar si existe o no la actividad probatoria de cargo que siendo razonablemente suficiente y habiendo advenido al proceso con caracteres de corrección constitucional y procesal pueda justificar una condena.

Las actuaciones policiales se inician por haberse detectado, según se dice en el atestado, un viaje a Amsterdam (Holanda) por un hombre y una mujer y sospechase pudieran tener una importante cantidad de heroína. En el domicilio de María del Juncal (fallecida cuando se tramitaba el recurso) se ocupan una sustancia, al parecer heroína con un peso aproximado de 30 gramos y una balanza de precisión marca "Cobos" con el correspondiente juego de pesas, mientras que en la casa del procesado, hoy único recurrente se ocupan una bolsita de plástico conteniendo, al parecer heroína con un peso aproximado de 10 gramos y un estuche de color negro conteniendo una balanza de precisión.

Posteriormente, en la Policía también, y en presencia de Abogado, Juan Miguel manifiesta que consume diariamente heroína por vía intravenosa y explica las razones que motivaron el viaje a Holanda para adquirirla por resultar más económica, confesando haber adquirido 45 gramos de heroína, explicando la razón de poseer la balanza de precisión en su preocupación para no excederse en las tomas de la droga y evitar así las consecuencias gravísimas de la sobredosis. La declaración de María del Juncal tiene un contenido análogo.

Al folio 13 consta haber sido tratado Juan Miguel en la Casa de Socorro por síndrome de abstinencia el 21 de julio de 1984, a la 1,30 horas y otra vez el día 20 del mismo mes en dos ocasiones y otro tanto sucedió con María del Juncal.

Estas manifestaciones se mantienen en el Juzgado.

El auto de procesamiento se dicta el 24 de noviembre, donde para nada se hace referencia a la idea de tráfico y en la declaración indagatoria Juan Miguel estuvo conforme con él.

El procesado ha estado sometido a distintos tratamientos por drogodependencia según certificado expedido por el Centro de Salud Mental de la Diputación Foral de Guipúzcoa el 18 de septiembre de 1985 y del Hospital Siquiátrico de Gasteiz. Ha sido condenado en varias ocasiones, pero siempre por delitos contra la propiedad.

En el acto del juicio oral, el procesado (y también la coimputada) mantuvo sin alteración alguna sus declaraciones. Consumía 1 ó 1,5 gramos diarios y la balanza era para su uso personal.

En estas circunstancias, y ante tan compleja realidad social como lo es el consumo de drogas y estupefacientes, el Derecho Penal ha de tener conciencia de que es, como dice la doctrina científica, uno de los medios de lucha,

pero no el único ni siquiera el principal, porque, por desgracia, el mayor número de personas que resultan aprehendidas en este tráfico son drogadictos que simultanean su adquisición para el autoconsumo y para el tráfico, sin que por las graves dificultades que comporta la investigación a otros niveles sea fácil descubrir los auténticos motores de tan criminal negocio.

En esta situación resulta obligado descubrir si aparecen probados indicios, plurales e inequívocos que conduzcan a la conclusión lógica y razonable de que la cantidad ocupada a los procesados era para traficar y no, exclusivamente, para consumir.

Los dos datos que la Sala de instancia habrá tenido en cuenta en su sentencia que por su configuración hay que elogiar, pueden ser la cantidad y la presencia de una balanza de precisión. La cantidad adquirida fue de 45 gramos para dos, es decir, de 22,50 gramos para cada uno. Si seguimos el importante cuadro de características del consumo a distintas drogas, redactado por la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/1984 de 4 de junio, incorporada a la Memoria de 1985, la dosis de un consumidor alto es de 0,4 gramos con una frecuencia de 2/3 veces al día, es decir si aceptamos la de 3 dosis, serán 1,2 gramos diarios, lo que arroja individualizado 22,5 por 1,2 una duración de la droga adquirida de unos 18 días.

En cuanto a la balanza desde el primer momento se ha explicado su razón de ser: evitar con todo cuidado la sobredosis. Uno y otro procesado se prestaron voluntariamente al registro de sus domicilios, mantuvieron siempre la misma postura en sus declaraciones, sin que por consiguiente pueda entenderse existente una actividad probatoria de cargo, que al ser de naturaleza indirecta o indiciaria hubiera exigido no sólo la constatación de los indicios sino un correlato lógico en cuanto a la conclusión, a la que la sentencia recurrida hace expresa e intensamente referencia. Finalmente en este caso concreto y atendidas las especialísimas circunstancias concurrentes (la coimputada falleció pero su testimonio es muy revelador) el dato de la adquisición en Holanda (sin que se haga ninguna referencia al posible contrabando) de 45 gramos de heroína, atendidas las diferencias de precio y de pureza entre Donosti y Asmterdam, que se destacan en las actuaciones, puede razonablemente justificar el viaje en coche por el importante ahorro que ello supone con evidencia”.

El segundo ejemplo es la sentencia de 4 de febrero de 1991.

“La impugnación articulada por el Ministerio Fiscal (la sentencia de instancia fue absolutoria) se inicia con un motivo con sede procesal en el art. 849.1º

de la L.E.Crim., en el que se alega la vulneración por inaplicación del precepto penal sustantivo constituido por el párrafo primero del art. 344 CP; entendiendo dicho recurrente que la expresión en el relato de que “ni siquiera indiciariamente se probó que la intencionalidad de la compra en Ceuta del producto tenía finalidad distinta al propio consumo” era un simple juicio de valor, y por lo tanto era combatible en la vía impugnativa elegida, lo que verifica partiendo de dos datos: de un lado, las cantidades de hachís ocupadas a los tres procesados (400 gramos a uno, 240 a otro y 200 al tercero), como notoriamente superior a las jurisprudencialmente estimadas como normalmente destinadas al consumo propio, de otro, que dos de los procesados ocultasen la indicada sustancia en la zona rectal. Ambos datos son ciertos, pero no necesariamente llevan siempre y en todo caso a la conclusión mantenida por el Ministerio Fiscal, pues éste silencia en el desarrollo del motivo otro de carácter esencial: que el mismo relato histórico de la sentencia recurrida proclama (y esto sí que es un hecho) que los tres portadores de la sustancia aprehendida “eran fumadores habituales de dicha droga”. Partiendo de este dato, la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada llega a la conclusión —ciertamente no alejada de las reglas de la experiencia racional y lógica— de que las cantidades ocupadas eran parificables con un “acopio” de dos a cuatro cartones de cigarrillos de tabaco y que por ello la deducción de que se destinasen al consumo propio es la adecuada. Como ello es así, sería vedada incursión en el área de valoración probatoria, asignada privativamente a los Tribunales de instancia por los arts. 117.3 de la CE y 741 L.E.Crim. el de verificar deducción de otro signo; siendo por lo demás de indicar que tal conclusión aparece robustecida por dos notas: la desigual cuantía de lo transportado por cada uno de los tres procesados y la ocultación por parte de dos de ellos y no por un tercero; notas que “ex se ipsa” predica la inexistencia de un plan conjunto o común y de acción delictiva para destinar la sustancia adquirida a su ilegal tráfico”.

LA TENENCIA COMPARTIDA

Hemos visto que la impunidad del autoconsumo, no comprende la de la tenencia en grupo, lo que algunos autores denominan “cooperativas de consumo”. Partiendo de este principio y dando por acreditada la posesión con ánimo de traficar, se plantea el problema de coposesión.

La STS de 24 de septiembre de 1988 dice al respecto que “La doctrina de esta Sala admite la denominada tenencia compartida o comunitaria en aquellas

conductas en que la posesión de determinados objetos da lugar por su peligrosidad a la existencia del delito y surge cuando el portador es una sola persona y hay otra u otras que le acompañan y tienen la disponibilidad del objeto que da lugar a la infracción penal, no pudiendo establecerse una fracción de un tercio a cada uno para que constituya objeto de delito independiente, cuando la acción es notoria por el concierto previo para el transporte e introducción en España de la droga que le fue intervenida y a dicha cantidad total ha de referirse para cualificar la notoria importancia de la misma”.

La STS de 23 de febrero de 1989 explica la forma de concluir en la existencia de posesión conjunta. “La responsabilidad derivada del art. 344 del CP alcanza por igual a todos los condenados, ya que el acuerdo expreso entre todos ellos se desprende con claridad de la narración de los hechos que, como probados, se estampan en el fallo combatido en el que se manifiesta que “los procesados estaban concertados con el fin de distribuir tal sustancia tóxica”; concierto, acuerdo y acción conjunta en la ejecución del hecho de que se deduce además de las propias actividades desarrolladas por los implicados recurrentes que, en el domicilio de uno de ellos fueron sorprendidos preparando y empaquetando la droga referida para ponerla en condiciones de venta”.

En el mismo sentido la STS de 1 de junio de 1990. “... en los supuestos de tenencia compartida o comunitaria de droga no es procedente el fraccionamiento o división entre los copartícipes de la cantidad poseída”.

Todo lo expresado debe ponerse en relación con la citada STS de 24 de enero de 1989.

LA TENENCIA DE DROGA EN VIVIENDA COMPARTIDA

A caballo entre la tenencia compartida y la problemática acerca de la concurrencia o no del elemento cognoscitivo se encuentran las derivaciones penales del descubrimiento de droga en la vivienda que sirve de domicilio a varias personas.

La cuestión central es determinar cuáles de los ocupantes de la vivienda pueden ser considerados traficantes.

La STS de 9 de mayo de 1990 establece los criterios que deben seguirse. “Entre los principios fundamentales del derecho penal ha sido reconocido sin

excepciones el de responsabilidad personal. De acuerdo con este principio, la base de responsabilidad penal requiere como mínimo la realización de una acción culpable, de tal manera que nadie pueda ser responsable por las acciones de otros. En este sentido se ha sostenido por el TC que el principio de la personalidad de las consecuencias jurídico-penales se contiene en el principio de legalidad.

De la vigencia del principio de la personalidad de las consecuencias jurídico-penales se derivan exigencias para la interpretación de la ley penal. En particular, se impone al intérprete establecer claras delimitaciones objetivas en los tipos penales en los que el aspecto exterior de la conducta está descrito en la ley de una manera tan ambigua que no es posible una aplicación literal del mismo. Ello es indudablemente lo que ocurre en los tipos penales que se caracterizan por la posesión de determinados objetos, pero en los que la acción se puede realizar, naturalmente, aunque la posesión no se exteriorice en una tenencia permanente de ellas. En estos delitos se presentará frecuentemente el problema de distinguir entre la realización del tipo y los casos de aquellas personas inculpadas que tengan simplemente un acceso a los objetos prohibidos como consecuencia de la convivencia familiar con el autor, sin realizar aporte alguno que exteriorice el contenido criminal que caracteriza a todo tipo penal, en tanto descripción de conductas gravemente contrarias al orden social.

En el supuesto de la tenencia de drogas con propósito de tráfico, previsto en el artículo 344 CP, el acceso a la droga que tiene el cónyuge, el padre o una persona que convive con otra de manera análoga, no puede importar, por sí mismo, en consecuencia, la realización del tipo penal. Naturalmente que tanto en este delito como en el de tenencia de armas es posible compartir la tenencia y que esto es posible cuando se la comparte entre padres e hijos. Pero, en la medida en que es preciso excluir la responsabilidad penal por hechos ajenos, se requerirá que en estos casos se acrediten suficientemente circunstancias adicionales que vayan más allá de la mera convivencia familiar y que permitan deducir la coautoría en el sentido real de posesión de las drogas. Estas circunstancias pueden ser muy diversas en cada caso y difícilmente se podrían reducir a un catálogo cerrado, no obstante lo cual, exigirán una comprobación positiva de los elementos que diferencien la convivencia familiar con el autor respecto de la autoría misma, pues la sola relación familiar o una relación semejante a la de los cónyuges y los padres e hijos no puede ser un fundamento válido de la coautoría de la tenencia. De otra manera, en dichos delitos se burlaría por esta vía la exclusión de la obligación de denunciar a los allegados o de

declarar contra el pariente o, inclusive de la prohibición de encubrir, que ha previsto el legislador, reemplazándola por una autoría fundada en la convivencia familiar.

En el caso que pende de la decisión de esta Sala es indudable que el Tribunal de Instancia sólo ha fundado la tenencia de la droga por parte de la procesada en su relación familiar con el que dice que es su marido, quien, por otra parte, era la única persona sospechosa que orientó la investigación. Ello, como es claro, es insuficiente, a la luz de los principios anteriormente expuestos, para determinar la autoría del delito del art. 344 que se imputa a la recurrente”.

En otros casos, el TS sí ha encontrado indicios reveladores de la participación de uno de los ocupantes de la vivienda en el tráfico de drogas. Aunque seguramente, en el presente la alegación de que la vivienda era compartida, permitiendo que terceras personas dejaran en ella cosas de su propiedad, no fuera cierta. Se trata de la STS de 22 de diciembre de 1990: “... se esgrime la presunción de inocencia en orden a que H conociera que los bultos que había en su vivienda contuvieran hachís.

La procesada, a lo largo de sus declaraciones, ha venido atribuyendo el depósito en su vivienda del bolso y del saco a un marroquí que vendía ropa, que visitaba mucho su casa y que había pedido a la procesada que le permitiera dejar allí unos bultos con ropa para otra persona; y agrega que un tal R. preguntó por un tal A. También ha declarado que, en la jornada de autos, vio al norteafricano salir de dicha vivienda. Y, según ya se ha expuesto, niega que F. estuviera en la casa el aludido día.

Esta última negación de lo que aparece acreditado directamente (varios policías declararon haber visto salir a F. ese día de allí), junto al indicio de que los bultos con el hachís fueran hallados en la vivienda donde H habitaba regularmente y fue detenida, para que la Audiencia, sin incurrir en la infracción de las reglas antes dictadas ni, consiguientemente, en la arbitrariedad proscrita para el art. 9.3 CE, concluyera que la procesada conocía el contenido real de los envoltorios y favorecía el clandestino tráfico con la droga”.

Hay que tener en cuenta que esta sentencia admite que la procesada conocía el depósito de la droga, no exclusivamente porque apareció en su domicilio, lo que seguramente no sería por sí sólo suficiente, sino en base a un contraindicio: la presencia de F en su casa, que ella negó.

La STS de 11 de febrero de 1991 aprecia la concurrencia de circunstancias que permiten imputar a ambos cónyuges ocupantes de la vivienda el delito de

tráfico. Las razones valen para cualquier otro caso, porque lo que resulta siempre contrario a la lógica es que, viviendo varios en el mismo sitio no conozcan la actividad ilícita del otro, por lo menos por el número de personas desconocidas que deben acudir a la vivienda en busca de la droga, si el tráfico se realiza allí mismo, o por los ingresos que obtiene su compañero.

“... aduce la infracción del derecho a la presunción de inocencia por entender que ella era ajena a las actividades del marido ignorando que pudiera dedicarse al tráfico de drogas ni que fuera consumidor de las mismas, de modo que tuviera que recurrir a la venta de estupefacientes para satisfacer su adicción.

Sin embargo, el razonamiento de la Audiencia, basado en datos objetivos cuya existencia ha comprobado esta Sala, llevan a sentar la convicción contraria, pues resulta inverosímil que la mujer no advirtiera la significación de las sustancias y útiles intervenidos, que estaban sin ocultar y a la vista, como la balanza de precisión en la mesa del comedor o en lugares de diario acceso, como el aparador sito en un corredor de la casa, así como las continuas visitas que hacían a la casa los consumidores de la droga para conseguir la adquisición de la misma, visitas que alertaron a la Policía y propició el mandamiento judicial para la entrada y registro de la vivienda, no menos que los resguardos de ingreso de dinero, en cuantía de casi dos millones de pesetas, en la C., que no justificaban con la pensión de 41.000 ptas. mensuales que percibían los cónyuges, de lo que resulta que la procesada compartía la posesión como los beneficios de la droga”.

Habría que considerar si no se condena por la participación en los beneficios, que cuenta con tipo específico del 546 bis f), o por un impune encubrimiento de parientes.

En todo caso debe atenderse a la verdadera identidad del ocupante de la vivienda, esto es, a quién sea el que resida en ella, con independencia de su titularidad formal.

Como dice la S. de 26 de marzo de 1990 de la A.P. de La Coruña, “... la objetiva existencia de la droga, distribuida en papelines en la chabola, habitualmente ocupada, o en todo caso regentada por el acusado, son elementos suficientes para destruir la presunción de inocencia que constitucionalmente le ampara (lo cual no es admisible). Frente a ello, como ya se apuntó, el acusado alega no ser ésta su vivienda, cuya propiedad atribuye a su padre. Pero el tribunal llega a la convicción de que en todo caso era su detentador habitual y responsable de lo que había en su interior por otras razones: 1. El registro

fue realizado a presencia del propio hermano del acusado y un cuñado, quienes al firmar el acta como testigos, no consta hicieron protesta o reserva alguna sobre la propiedad de la mencionada chabola, registrada por los funcionarios policiales como domicilio del acusado. 2. ... el propio hermano del acusado les indicó que éste era el responsable de la chabola y vivía allí... se encontraba su coche por el lugar. 3. El segundo policía declarante en el juicio, manifestó que “sabía que la chabola número 4 era del acusado por haberlo visto allí varias veces”. ... La certificación del Padrón, extemporáneamente aportada por la defensa ya al final del juicio, simplemente tiene, como todas las de su clase, un valor meramente formal, no coincidente con la realidad al modo iuris et de iure, ni se opone a la existencia de segunda vivienda o a la simple detención de otro inmueble con fines diferentes”.

En alguna ocasión, el Tribunal Supremo ha decidido absolver, ante la imposibilidad de atribuir a una persona concreta la titularidad de la droga poseída para el tráfico. Así, por ejemplo, la STS de 20 de noviembre de 1989, en que aprecia infracción de la presunción de inocencia en el acusado, cuando otros tres ya habían sido absueltos por la Audiencia.

“El mandamiento judicial de entrada y registro en el domicilio de los padres del procesado se otorga porque se sospecha que puedan encontrarse allí objetos procedentes de un robo cometido por éste. Y así lo ratifica uno de los policías intervinientes en el juicio oral. Fue entonces cuando otro policía que se hallaba en el exterior del edificio vio caer del 4º piso una bolsa arrojada —según un tercer policía que se encontraba en la vivienda, en deposición en el juicio oral— por la madre desde una ventana. En el piso se encuentran dos bolas grandes y dos pequeñas al parecer de hachís y una balanza. En la manga anudada del jersey que cae desde lo alto se contiene un kilo cincuenta gramos de hachís. Ningún producto del robo se encuentra en la vivienda.

No consta que el hijo viviese en la vivienda de los padres, ni que se dedicase al tráfico de drogas. Tenía antecedentes por robo, y según la policía era adicto a las drogas duras. Es el padre, por el contrario, quien según la Policía se dedicaba parcialmente al tráfico de estupefacientes. Pero el padre, la madre y la hermana son absueltos por el Juzgador de Instancia. En la causa no hay prueba alguna para que al procesado no se depare la misma suerte”.

De todas maneras, el Supremo parece sugerir la posibilidad de que la absolución de los otros procesados, cuya situación ya es inatacable, ha impedido condenar al verdadero culpable.

A pesar de lo que haya podido decirse antes, el simple descubrimiento de drogas en una vivienda no justifica una condena por tráfico. Sobre todo, si a ello va unida la condición de toxicómano del poseedor. Como veremos más adelante, la ocupación de droga al consumidor de ella, exige la concurrencia de otras circunstancias para reputarle traficante.

En este sentido, la S. de la Audiencia Provincial de Tenerife de 8 de mayo de 1990: "... aunque existan algunas sospechas, todas las circunstancias concurrentes no permiten afirmar que tal cantidad perteneciese a la procesada (otra vez el problema de la titularidad) y tuviera por destino el tráfico de la misma, pues, de una parte, la condición de politoxicómano de su hijo A., unido a la total falta de otros indicios, como material para pesar o envolver permiten la sospecha racionalmente probable de que perteneciese a éste y tuviera por destino su propio consumo, y por otra parte, el lugar donde se encontraba, permite admitir, también como probable, que la procesada ni siquiera tuviera conocimiento de su existencia".

Precisamente de su ocultación deduce la STS de 24 de febrero de 1984 la intención de traficar. "La droga fue hallada en el domicilio, en un cuarto trastero del patio donde el acusado la guardaba o tenía escondida, y el carácter irrefutable de esta afirmación en conexión con el propósito de especulación o tráfico que se desprende de la cantidad (50 kg. de hachís), del utillaje para su comercialización (balanzas, una de ellas de precisión) y de las circunstancias del hallazgo (ocultada la droga en un cuarto trastero entre ropas viejas) permiten llevar esta conducta al tipo de posesión o tenencia preordenada al tráfico".

Contrariamente a lo dicho en otra sentencia anterior, la STS de 5 de julio de 1984 considera autora de un delito de tráfico de drogas a la procesada "dado que en su casa se venían realizando operaciones de tráfico de heroína, en presencia de ella, colaborando pues, en dicho tráfico al facilitar el local donde se realizaba y donde se guardaba la droga". La particularidad del presente caso es que se realizaban a su presencia, y por lo tanto conocía y era testigo del tráfico. Pero si basta con ser testigo o propietario para ser autor, habría que hacer una revisión de los casos anteriores, en los que tal posibilidad no se ha planteado, y comprobar si existen o no indicios, derivados incluso de la morfología de la vivienda, para ser inculpado quien no ha participado en el trasiego de drogas.

En otra ocasión, STS de 16 de enero de 1989, se considera autor al que pone a disposición de otros un lugar donde guardar la droga. "Respecto a la

presunción constitucional de inocencia, en que se apoya el motivo, la declaración del acusado en el juicio oral juntamente con las prestadas en el atestado policial y en el sumario con asistencia letrada, revelan paladinamente que era sabedor de la operación de importación clandestina de hachís y en compañía de los propietarios e introductores de la droga había viajado desde Holanda con el papel o cometido —concertado por el precio de 5.000 florines holandeses— de alquilar el apartamento donde había de ser depositado el alijo y de proceder a su custodia y vigilancia hasta que se realizara el transporte; en estos hechos reveladores de una cooperación necesaria para el éxito de la operación de contrabando (conocimiento de la misma y relación directa con los introductores) reside la actividad probatoria de cargo bastante para deshacer o desvirtuar la inocencia alegada”.

Lo que sí hace el TS, es atribuir la droga a los ocupantes de la vivienda, aunque en algún caso, como hemos visto, no pueda hacerlo a ninguno en concreto.

Así, la STS de 6 de junio de 1989, dice que “la sentencia impugnada, en su factum y en su primer fundamento de derecho, viene a expresar suficiente la lógicamente correcta argumentación deductiva que lleva de la base directamente acreditada al hecho inferido, en términos que, agrupados, son cuales: si ambos acusados eran los arrendatarios de las viviendas de autos debe deducirse, a falta de otra explicación, que disponían de la droga allí ocupada, y no puede estimarse como otra explicación la invocada presencia de otra persona en el inmueble, dado el profundo vacío que ha rodeado esa invocación”. Ya hemos visto antes un caso en que se intentó, por un lado alegar la presencia de quien no había estado, y negar la del que sí lo había. Fue justamente la prueba de que esta última afirmación era falsa, la que como contraindicio enervó la presunción de inocencia.

En el mismo sentido, la STS de 1 de octubre de 1990 sostiene que existen pruebas de cargo suficientes, que son: “la ocupación de la droga por la Policía en la habitación que en el hotel ocupaba el procesado, la declaración del mismo ante el juzgado en que admite poseerla y relata su adquisición y la declaración indagatoria”.

Sin embargo, esta adjudicación por razón del lugar donde la droga es descubierta, debe hacerse con las máximas precauciones, cuando por tratarse de un sitio público o de concurrencia de muchas personas, o de acceso fácil para terceros, pudieran existir dudas. Piénsese, por ejemplo, en el caso de la

habitación del hotel, donde, por lo menos, pueden entrar sin demasiados problemas algunos empleados del mismo.

LA PUREZA DE LA DROGA

La determinación de que la sustancia poseída es droga se lleva a cabo sin más problemas por análisis realizados con sencillos aparatos a disposición de los agentes de policía. Pero para una mayor precisión y certeza se exige un análisis más profundo y realizado por personas cualificadas.

La realización de estos informes se deja a organismos públicos acreditados. Dice al respecto la STS de 26 de octubre de 1990 que “... el informe de la Inspección de Farmacia de la Dirección Provincial de Sanidad y Consumo, ratificado a presencia del juez instructor, cuyo valor de prueba en casación, a los fines de completar la apreciación probatoria del Tribunal, debe aceptarse por tratarse de un dato relevante para el enjuiciamiento de los hechos procedente del análisis practicado por un organismo oficial a instancia del juzgado, cuya autenticidad no se ha impugnado...”.

La relevancia de la concreción de la pureza de la droga aparece especialmente a la hora de aplicar o no la agravante de notoria importancia.

La STS de 1 de octubre de 1990, ya citada, dice que “la cantidad de notoria importancia ha de precisarse no sólo con pautas de cantidad en bruto, sino que ha de atenderse también a la mayor o menor pureza o concentración de la sustancia tóxica y demás elementos perjudiciales, que en definitiva producen la nocividad; y en el caso presente, no determinada la concentración de la droga, no es posible incardinar lo aprehendido en cantidad de notoria importancia...”.

Sin embargo, en otras ocasiones, la jurisprudencia ha estimado prescindible el análisis acreditativo de la pureza, atendiendo al número de dosis que pudieran obtenerse, o a la gran cantidad, que excede con diferencia del límite inferior de la notoria importancia.

STS 15 de octubre de 1990: “En lo atinente a la agravación específica aplicada por la sentencia recurrida —cantidad de notoria importancia— el desconocimiento del grado de pureza podría constituir alegación decisiva si la cantidad aprehendida hubiera estado en los límites en que se mueven los Tribunales para

apreciar tal circunstancia, no en el supuesto de ser, la aprehendida, más de seiscientos gramos de heroína”.

STS 3 de enero de 1991: “La notoriedad cuantitativa de la sustancia estupefaciente conocida como hachís a la que alude la sentencia, no viene determinada por el grado de concentración o pureza del producto sino por su peso y modalidades de consumo, variando su efectos según la dosificación y modo de administración... Teniendo en cuenta que la vía de suministro más utilizada por los consumidores es la de inhalación del humo producido por su combustión mezclada con tabaco en forma de cigarrillos, la afectación a la salud pública vendrá determinada por la notoria cantidad de dosis que pueden confeccionarse con los dos kilos y seiscientos gramos ocupados al procesado, resultando su contenido en tetrahidrocannabinol que es el componente más activo de todos los que se contienen en los derivados del C.I. o cáñamo común.

El bien jurídico protegido se resiente en este caso por la cantidad de sustancia que se trataba de introducir en el mercado...”.

STS 28 de diciembre de 1990: “Es cierto que, en algunos casos concretos, la doctrina de esta Sala ha considerado dato de interés para calibrar esa importancia cuantitativa el conocer la calidad también. Pero tal dato pierde interés cuando se trata de una sustancia de no grave daño y además viene identificada ya por un nombre que la califica a efectos de concentración: hachís.

A mayor abundamiento, carece de valor decisorio esa precisión cualitativa cuando la cantidad es tal que tiene ya por sí notoria importancia en términos absolutos como ocurre en el presente caso, cuando se trata de dos kilos”.

Mayor sorpresa causa la STS de 14 de febrero de 1991, porque desestima completamente la relevancia de la pureza. “Esta Sala ha declarado reiteradamente que para apreciar el subtipo agravado, tiene mayor trascendencia la cantidad de droga que la pureza de la misma, por la literalidad del precepto y por la peligrosidad, a su vez, de las sustancias adulterantes. En todo caso, dada la cantidad de heroína objeto de tráfico, 255 grs., es indudable que aquella ha de reputarse de notoria importancia..., aunque su grado de pureza no fuere elevado, siempre habría de exceder de la cuantía mínima, ya señalada como precisa para la existencia del subtipo agravado”.

LA INTERVENCIÓN CORPORAL

Ha declarado el Tribunal Constitucional en providencia de 28 de enero

de 1991 que “El derecho a la libertad y como contrapartida a no ser privado de ella sino en los casos y en la forma establecida por la ley, no puede entenderse afectado por las diligencias policiales de cacheo e identificación, pues aun cuando estas diligencias inevitablemente comportan molestias, su realización y consiguiente inmovilización del ciudadano durante el tiempo imprescindible para su práctica, supone, para el afectado, un sometimiento no ilegítimo desde la perspectiva constitucional a las normas de policía, sometimiento al que incluso puede verse obligado, sin la previa existencia de indicios de infracción contra su persona, en el curso de la actividad preventiva e indagatoria de hechos delictivos que a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado incumbe, a tenor de lo dispuesto en el art. 11 y 12 de la Ley 2/86 de 13 de marzo”.

Ya había negado la doctrina que esta clase de intervenciones supusiera lesión de algún derecho fundamental. Porque no sólo no privan de la libertad al que es objeto de ellas, sino que tampoco supone un trato degradante ni confesión de hechos en perjuicio suyo, ya que de la misma puede resultar tanto su culpabilidad como su inocencia. Por otra parte, no existe en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de imponer obligatoriamente la práctica de esta medida, a diferencia de lo que ocurre en otros.

Justamente, la imposibilidad de ejecutar esta medida si se opone a ella el sujeto pasivo motivó la Instrucción de la Fiscalía General del Estado número 6/1988 de 12 de diciembre, sobre la posibilidad de que exista un delito de desobediencia, en relación con la negativa de las personas posibles portadoras de drogas a ser objeto de reconocimiento.

Esta Instrucción establece los principios siguientes:

1. Un reconocimiento médico y/o radiológico no vulnera el derecho a la salud de la persona proclamado en el art. 43 de la CE.
2. Un reconocimiento médico y/o radiológico no es inhumano ni degradante, ni viola el derecho a la integridad física consagrado en el art. 15 de la Constitución.
3. Un reconocimiento médico y/o radiológico realizado para prevenir un delito grave y en defensa de la salud pública no vulnera el derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 de la CE.

Partiendo de estas premisas llega a las conclusiones siguientes:

1. La resolución de un juez de instrucción que ordene motivadamente un reconocimiento, como el que es objeto de este informe, con la finalidad de pre-

venir un delito grave y proteger la salud pública es constitucionalmente inobjetable pues reúne, para serlo, los dos requisitos exigibles de legalidad y necesidad.

2. Una orden judicial como la descrita en la conclusión primera, contiene un mandato que debe ser acatado (art. 118 CE). La negativa injustificada de la persona así requerida a ese mandato constituye, en línea de principio, el núcleo de un delito de desobediencia.

La doctrina que se deduce de lo anterior es que la Policía puede practicar por su propia autoridad identificaciones y cacheos. Entendiendo por éstos los que pueden llevarse a cabo palpando al sujeto o registrando sus ropas y objetos personales. Pero para realizar un examen físico interno es precisa la autorización judicial.

Otro problema se plantea cuando la persona se niega a ser registrada o examinada médicamente. Es lógico pensar que será preferible una pena por delito de desobediencia que por tráfico de drogas. Esto se solventa mediante técnicas policiales, dejando detenido y aislado al sujeto hasta que la Fisiología empuja las sustancias fuera de su organismo.

José María Asencio Mellado en su obra *Prueba prohibida y prueba preconstituida* entiende que no habría ningún obstáculo para que el Ministerio Fiscal, y por su delegación la Policía Judicial, pudiera ordenar inspecciones e intervenciones corporales en casos de urgencia.

EL DELITO PROVOCADO

Es práctica habitual en la investigación de los delitos de tráfico de drogas que los agentes policiales se aproximen a los delincuentes motivándoles la ejecución de algún acto revelador de su propósito criminal. No se trata de dar lugar a la ejecución de un delito mediante su provocación, sino de confirmar sospechas u obtener pruebas contrastadas del crimen.

Como sabemos, el delito provocado es impune, porque parte de la inducción de un error en el sujeto activo, destruyendo la voluntariedad del acto, y porque desde un primer momento está excluida toda posible lesión del bien jurídico protegido.

Pero este supuesto es diferente del explicado en el párrafo anterior, en que la actividad del agente va enderezada a descubrir la red de distribución y a las personas implicadas en el tráfico, es decir, recae sobre delitos ya cometidos.

La STS de 21 de febrero de 1986 es clara al respecto: “No es óbice para su apreciación (la de un delito del art. 344 CP), la mediación e intervención provocadora de la venta del hachís por parte de los miembros del Cuerpo Superior de Policía que, conocedores de las operaciones de tráfico que se venían desarrollando, fingiéndose compradores, llevaron a efecto las actividades que se describen, hasta proceder a la detención de los inculpadados en el momento en que éstos ponían a su disposición los tres kilos de hachís”.

Una cuestión ciertamente curiosa, pero no infrecuente, es la que resuelve la STS de 5 de octubre de 1990. “Se cita aplicación indebida del art. 344 CP, en la vía del art. 849-1º de la L.E.Crim., argumentando que la Policía obtuvo ilegalmente las pruebas (art. 11.1 LOPJ), pues los miembros de las fuerzas de seguridad que hicieron la averiguación de los hechos debieron haber evitado la comisión del delito contra la salud pública, toda vez que sabían que en uno de los dos coches se transportaba estupefacientes”. Continúa la sentencia citando diversos preceptos y concluye: “... no puede ser reprobada la actuación de unos agentes de seguridad que sospechan la existencia de tráfico de drogas en el encuentro que proyectan dos automóviles que parten de distintos puntos, y montan un servicio de seguimiento con el resultado de sorprender a los ocupantes en el momento en que intercambiaban la droga; no hay provocación, ni interferencia alguna en la iniciación y desarrollo de los hechos, sino intervención cuando el acto de tráfico se consuma, es decir, con posterioridad al momento en que alcanza término y sazón al propósito criminal, averiguando y poniendo al descubierto una conducta delictiva que nace desde el momento del concierto criminal sobre la adquisición de la droga que existía en poder de uno de los grupos participantes. La acción policial, en suma, no constituyó un factor determinante del delito, aunque sí de su descubrimiento y averiguación, y ésta es función de los miembros de los Cuerpos de Seguridad, sin que pueda hacerse reproche alguno a su comportamiento o a las pruebas obtenidas”.

EL BLANQUEO DE DINERO

Es una materia que no se puede analizar aquí por falta de tiempo, y porque aún está en gestación. Los principales problemas surgen a la hora de acreditar qué bienes provienen del tráfico ilícito de drogas.

El Código de Conducta de Basilea (1988) habla como requisito imprescindible de la cooperación de las instituciones financieras.

Se trata no sólo de descubrir la ruta del dinero, sino a través de él llegar hasta la droga. Aunque el dinero es quizá más difícil de ocultar que la droga, sobre todo porque se traduce inmediatamente en un injustificado aumento del nivel de vida del traficante, exige de expertos muy especializados, cuando se trata de grandes organizaciones, que a su vez cuentan con empresas propias dedicadas a blanquear sus beneficios.

INFERENCIA DEL TRÁFICO

Casi al principio de este trabajo hablamos de la impunidad del autoconsumo y del carácter delictivo de la tenencia con ánimo de traficar. Quedan fuera los supuestos en que se acredite directamente la existencia del tráfico en cualquiera de sus formas: venta, transporte, donación, etc. En este apartado vamos a tratar de explicar a través de qué circunstancias puede considerarse acreditado que la droga que, según dijimos quedó acreditado por prueba directa, se posee, está destinada a ser consumida por terceras personas.

Por ser seguramente la cuestión más debatida en los procesos penales por tráfico de drogas, y en aras de una mayor claridad, voy a enumerar las diferentes circunstancias. Debe tenerse en cuenta que, como ha dicho reiteradamente el TS, la inferencia del tráfico, por ser un elemento psicológico del delito, sólo puede deducirse de actos externos y de las circunstancias en que se ejecute, esto es, en base a indicios; y que la justificación de un hecho por prueba indiciaria requiere, entre otros requisitos no menos importantes, que concurra más de uno.

Entre estas circunstancias se encuentran:

1. *La posesión por toxicómano.*

En general, puede decirse que la posesión por toxicómano va destinada a su intención de particular uso o consumición, a menos que la cantidad u otras circunstancias lleven a pensar lo contrario.

En un caso en que el inculpado alegaba que la cocaína poseída era para su consumo personal, el TS en sentencia de 28 de septiembre de 1990, dijo que “El motivo merece total rechazo. Esta Sala ha estimado que excede de la cantidad destinada al consumo (debe querer decir al propio consumo) la que supera la que el procesado utiliza durante un maximum de tres a cinco días. Incluso

partiendo de la declaración del procesado de que esnifaba de 4 a 5 gramos diarios —lo que el propio letrado recurrente pone en duda— la cantidad intervenida se extendería a dos semanas de consumo”. La cantidad intervenida eran 65 gramos de cocaína.

La consideración del imputado como toxicómano no resulta de su simple manifestación sino que debe acreditarse. En algún caso ocurre que ante la propia policía o en el juzgado se produce un síndrome de abstinencia que lo justifica (antes vimos un caso), llegando a precisar el detenido asistencia médica. La STS de 22 de julio de 1987 habla de “la no constancia de la condición de drogadicta de la imputada, fuera de sus propias manifestaciones”, la de 10 de diciembre de 1990 de que “durante la estancia en la Comisaría policial el procesado tuvo que ser asistido de síndrome de abstinencia (tres partes de asistencia ambulatoria) y certificaciones de sentencias que apreciaron en el procesado la concurrencia de una drogadicción antigua y persistente que afectaba sustancialmente a sus facultades volitivas”. En este último caso se aplicó la eximente incompleta en relación con el 8.1º CP.

STS 22 de noviembre de 1989: “... la cantidad de droga poseída por el inculcado es tan ínfima que se hace imposible entender que pudiera ser destinada a la venta, como afirma la sentencia recurrida, máxime, y esto es esencial, cuando demostrado ha sido con pruebas incontestables que el recurrente era adicto al consumo de drogas estupefacientes”. Llevaba 7 papelinas de heroína en sus calcetines y 12,50 gramos de hachís en su bolsillo, por lo que, contrariamente al TS, hay indicios de tráfico.

STS 2 de abril de 1990, considera autoconsumo 1,5 gramos de cocaína y 140.000 ptas. en una pitillera “... por la simple razón derivada de la cantidad aprehendida en su poder, que no da un significado de excesiva, para sobrepasar el parámetro del autoconsumo, sobre todo teniendo en cuenta la personalidad de drogodependiente que se da en el acusado”.

STS 9 de abril de 1990: “... se le ocupan 0,525 gramos de heroína, distribuidos en 21 papelinas. Ni la cuantía de la droga puede presumir una dedicación al tráfico, ni la presencia de otras personas puede presumir ineludiblemente a afirmar tal destino”.

Anteriormente hemos visto varios casos de aprehensión de cantidades importantes, que se entendían destinadas al autoconsumo, según el TS. Como es lógico, la impunidad de la posesión por el toxicómano es lo mismo que decir impunidad de la tenencia de droga para el autoconsumo.

Pero la condición toxicómano del acusado no le exime sin más del delito de tráfico de drogas. Como explica la recién citada STS 10 de diciembre de 1990, “La condición acreditada de consumidor de droga por parte del procesado no altera tal deducción, pues es regla de experiencia común la coincidencia de ambas condiciones: traficante y consumidor, para con el producto de las ventas autofinanciar el consumo propio y así la más reciente y autorizada doctrina científica se refiere a la figura del consumidor traficante, aunque postulen un tratamiento menos riguroso que el de traficante con ánimo de lucro estricto”. Es el caso muy frecuente del toxicómano que vende a pequeña escala.

2. *El no toxicómano*

La Circular de la Fiscalía General del Estado de 4 de junio de 1984, expone que la posesión de estupefacientes, cualquiera que sea su cantidad, por quien no es habitual al consumo, hay que atribuirle la finalidad de transmisión a terceros, sin que sea preciso demostrar este último propósito en el poseedor, pues se presume que su posesión actual es provisoria y que el destino de lo poseído es el tráfico. Se establece así el principio contrario al expuesto en el número anterior, lo que es lógico, pues en estos casos no hay razón que justifique la tenencia del producto, al no existir autoconsumo posible del mismo.

3. *La cantidad de droga aprehendida*

Ésta es la circunstancia más importante, y el recurso más habitual para destruir la presunción de inocencia.

STS 10 de diciembre de 1985: “Entre las diversas circunstancias válidas para la deducción de la dedicación al tráfico, la más trascendental es la cantidad y calidad de la droga intervenida”.

En otras muchas sentencias recogidas en otros apartados se habla de la cantidad como indicio clave. La razón de ser es que resulta antieconómico, absurdo y desmesurado acumular una cantidad importante para destinarla al autoconsumo, que sería la circunstancia exculpatoria.

Una cierta crítica a la tesis expuesta, que posiblemente se aplica demasiadas veces automáticamente, la hace la STS de 17 de diciembre de 1990. “El primer motivo estima inaplicable el art. 344 del Código por cuanto que el razonamiento condenatorio únicamente se basa en sospechas por algo que se ocultaba por el procesado siendo así que, además, las cantidades intervenidas por su cuantía, no pueden ser consideradas como para el tráfico, olvidándose

en este aspecto por el recurrente que en el supuesto aquí enjuiciado no son las cantidades las que han de señalar el destino de la droga, en tanto que las circunstancias concurrentes, la forma y lugar en que aquélla se encontraba guardada, indican claramente, por encima de cualquier peso o cantidad, la finalidad a que estaba predestinado el hachís y la heroína, ciertamente que en escasa medida”.

4. *Los medios económicos*

Frente a la tan repetida alegación de autoconsumo, se alza el indicio fundamentado en la falta de recursos económicos del acusado para adquirir la droga que acumulaba. En este sentido, a la habitual condición de parado, a la falta de acreditación de ingresos económicos se contraponen la tenencia de sustancias que alcanzan un precio muy elevado, en todo caso superior al que podría soportarse con un sueldo medio.

Hay casos en que, encontrada en poder de una persona droga por valor de varias decenas de miles de pesetas, ella sostiene que son para su propio consumo, y que las gasta en uno o dos días, sin justificar medios económicos para pagarla. En estos supuestos, la acreditada falta de medios se constituye en acreditado contraindicio.

STS 24 de diciembre de 1986: “La cantidad de heroína ocupada a la procesada, 10,06 gramos, unido al valor oficialmente asignado a tal cantidad, que llega a 181.180 ptas. y la modesta economía en que se desenvolvía la procesada y la carencia de ingresos para subvenir en tal cuantía la compra del producto, hace presumir que los mismos los conseguía con la reiterada venta de droga, conduciendo a pensar claramente en la habitualidad del tráfico”.

Para el caso de empresas que encubren bajo cualquier otra actividad la distribución de drogas, el mejor indicio es la falta de verdadera actividad propia de la empresa simulada, lo que resultará de sus balances, número de empleados dedicados efectivamente a ella, movimiento de proveedores y clientes, etc.

5. *Los objetos hallados en poder del poseedor*

STS 5 de octubre de 1984: “La suma de dinero habida en poder del procesado, la cantidad de droga poseída (1.750 gramos de hachís) que excede de las previsiones de un normal consumo, y las tres balanzas del tipo de las que normalmente se utilizan para la comercialización del producto, son datos que conducen a afirmar una adquisición, posesión y transporte de hachís con finalidad de tráfico”.

STS 13 de noviembre de 1984: “A los procesados les fueron ocupadas balanzas de precisión”.

La ocupación de balanzas es frecuente, pero no es el único objeto considerado utillaje propio del tráfico. También se comprenden en este supuesto los recipientes y el material para construirlos, las navajas y otros instrumentos para cortarla, y en general todo lo que pueda entenderse como accesorio del tráfico. El problema en estos casos es que, salvo cosas muy concretas, como la balanza de precisión, cuya tenencia no es habitual en el normal de los ciudadanos, el resto tiene una finalidad lícita más corriente que la delictiva. Habría que acumular otros indicios, salvo que, como no es extraño que suceda, junto a ellos se descubran restos de droga.

6. Los antecedentes del acusado

Esta circunstancia no deja de ser utilizada, pero es difícilmente admisible. En mi opinión, por lo que supondría de exceso en los efectos de otras sentencias, deben rechazarse los antecedentes penales consistentes en condenas anteriores por delitos del mismo tipo, que se remitirán exclusivamente a la reincidencia, pero no a la prueba de los posteriores, así como imputaciones de actos hechos gratuitamente, del tipo de que es persona que “habitualmente trafica con drogas”, porque es completamente contrario a cualquier principio procesal; mientras que para condenar por la acusación concretamente formulada sería preciso construir prueba de cargo que pruebe su certeza, estas acusaciones colaterales descansarían en la simple afirmación de testigos, ordinariamente policías, tratándose de imputaciones de verdaderos delitos, realizadas en un proceso donde se juzga otro diferente.

En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 11 de enero de 1990: “Estos elementos probatorios e indicios son los siguientes: ... b) las manifestaciones de los policías actuantes, relativas a conocer al acusado como persona que con frecuencia ha estado implicado en relación con el tráfico de drogas a muy pequeña escala”.

Sí serían valorables otra clase de hechos, como personas con que se relaciona el acusado, o lugares a donde suele ir, y en general todo lo que no implique inculpación de otro delito.

7. Reconocimiento del imputado y acusación del coimputado

Son fundamento suficiente de una sentencia condenatoria, siempre que no esté viciada su obtención. En el primer caso (admisión), por obtenerse ilícita-

tamente (coaccionando, etc.), pues si cabe la posibilidad de admitir procesalmente la conformidad del acusado con los hechos que se le imputan o con la pena que se pide, sustrayéndose a la valoración judicial, no debe entonces rechazarse el valor que pueda tener su confesión de los hechos, en cuanto a la valoración de la prueba. Sí es conveniente que se unan otras circunstancias.

En cuanto a la acusación por el coimputado, es válida, salvo que esté motivada exclusivamente en la venganza o la autoexculpación.

STS 18 de septiembre de 1990: “En definitiva lo que se denuncia es haberse ignorado el principio constitucional de presunción de inocencia, porque, según se arguye, la afirmación que hace el relato probatorio de que los 6 kg. de hachís que la Guardia Civil ocupó al procesado PC, le habían sido entregados con anterioridad por el procesado JGF para que la llevara a Canarias, a cambio de 50.000 ptas., no tiene más base que la manifestación que realizó el procesado PC en su indagatoria, que sólo debe ser tomado a lo sumo como un indicio vago, muy poco digno de crédito... Si el tribunal de instancia oyó las declaraciones de ambos procesados, en virtud del principio de inmediación y afirma en el segundo fundamento de derecho que las del procesado P, incriminaron directamente al recurrente P en la operación de tráfico de droga..., declaraciones que no siendo exculpatorias de quien las realiza, y no constando enemistad entre ambos, es indudable, conforme a la doctrina de la Sala antes expuesta, que constituye actividad probatoria de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia”.

8. *Detención y huida*

STS 29 de octubre de 1986: “La aprehensión se produjo porque alguien denunció que unos jóvenes estaban vendiendo heroína en la calle y al llegar la policía uno de ellos huye, siendo inmediatamente detenido portando la droga, lo que permite a la Audiencia formar conciencia y llegar por juicio de valor a declarar que la heroína estaba destinada al tráfico y no al autoconsumo”.

9. *Lugar donde la droga es ocupada*

STS 21 de noviembre de 1986: “... habrá de tenerse en cuenta lugar y hora en que fueron ocupadas”.

Se encuadran aquí los casos de detención de traficantes en lugares donde es habitual la transacción de estupefacientes (STS 6 de junio de 1989).

STS 8 de octubre de 1987: “Aunque la cantidad de droga podrá justificar la alegación de que era para el autoconsumo del imputado, pues fueron 11 gramos y 6 centigramos de hachís, la conclusión es otra, pues la aprehensión se produjo en la calle, junto a un bar,...”.

Descubrimiento en quien va a visitar a otro a prisión, STS 15 de octubre de 1990: “... se ha impugnado el razonamiento por medio del cual la sentencia de instancia llega a la conclusión de que la intención de la procesada era hacer llegar a su hermano la heroína que le fue encontrada.

La Audiencia expresa tal razonamiento en su fundamento de derecho segundo cuando dice que constituye prueba de cargo suficiente el penetrar en una prisión para mantener una comunicación con un interno portando la droga, cuya simple tenencia hace deducir racionalmente que iba destinada a su transmisión a otro, cuando son de todos conocidas las limitaciones en cuanto a pertenencias y objetos con las que cualquier ciudadano puede entrar en un centro penitenciario para visitar a un recluso.

Frente a tal argumento se alza la recurrente afirmando que es drogadicta y que la heroína la tenía en un bolsillo del pantalón sin ocultarla, sabiendo que iba a ser rechazada y sin darse cuenta en ese momento de que la llevaba encima.

... la resolución recurrida aparece bien razonada y es conforme a los criterios de la lógica utilizando correctamente el mecanismo de la prueba indirecta. En efecto, de unos hechos claramente probados, la posesión de la droga, el lugar donde se produjo su aprehensión, el conocimiento que todos tienen respecto de las prohibiciones de introducción de determinados objetos en las prisiones y los cacheos obligatorios en estos supuestos, la Audiencia razonadamente deduce que la intención de la procesada no fue el autoconsumo sino la entrega de las tres papelinas a su hermano recluso a quien iba a visitar”.

10. *Disposición de la droga*

Es un razonamiento muy repetido por la lógica que lleva consigo, el de que la distribución de la droga en paquetes independientes, cada uno de los cuales contiene una cantidad idónea para el consumo, conduce a la conclusión de que, por estar perfectamente dispuestos para vender a terceros, dicha droga está destinada para ser consumida por otros.

Cuenta además esta tesis con el apoyo del principio de que quien adquiere una sustancia a tan alto precio como es la droga, la retira inmediatamente

de su recipiente para examinarla, y seguidamente lo más normal es que la una con los otros, sobre todo por la mayor comodidad en su porte y para adaptar luego la cantidad a su consumo ordinario.

Otro indicio importante es que los paquetes contengan la misma cantidad.

11. *Variedad de sustancias*

STS 10 de abril de 1989: “La mera tenencia de la droga constituye el delito contra la salud pública, sancionado en el art. 344, cuando concurre en el poseedor el ánimo de traficar con ella y el conocimiento de la ilicitud de la tenencia de esas sustancias, conocimiento y voluntad que aparecen con toda evidencia de la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida, en la que se hace constar que al procesado le fueron ocupados en su domicilio, en una caja fuerte, cinco papelines que contenían heroína, con un peso total de 143,009 gramos, 2,179 gramos de cocaína y entre 7 y 8 gramos de hachís, cantidades que si bien no son de suma importancia, tan distinta variedad de estupefacientes —heroína, cocaína y hachís—, las dos primeras de las que causan grave daño a la salud, no es congruente con el autoconsumo, que suele polarizarse en una sola clase de ellos”.

STS 12 de enero de 1990: “Delito de peligro el tráfico de drogas, no es necesario que éste se verifique, siendo suficiente que se posea droga para traficar. Y esto se evidencia por ser variada la droga aprehendida”. Dos papelines de heroína y una de cocaína. Pero reconoció no ser consumidor.

12. *Ocupación de joyas y dinero*

Porque es producto de la venta de drogas. Esto está relacionado con la receptación, pero no es tan sencillo acreditar la procedencia ilícita de los bienes que supuestamente se entregaron a cambio de droga.

13. *Ocultación*

El principio general lo expresa la STS de 18 de julio de 1986: “Todo drogadicto sabe perfectamente que el autoconsumo no es constitutivo de delito, por lo que no hay que tomar precaución alguna ni ocultar cuando se tiene o se halla una persona en posesión de droga para destinarla exclusivamente a este fin”.

STS 10 de febrero de 1986: “... la introducción del estupefaciente en una bolsa con efectos personales e impregnando aquélla con pimienta para encubrir o disimular el contenido”.

STS 14 de marzo de 1986: “La cantidad aprehendida —200,3 gramos de cocaína—, y las circunstancias del viaje, escondida aquélla en un cuadro de su propiedad que entregó a la compañera de viaje, de la que se separó en la terminal del aeropuerto no sin antes concertar una entrevista posterior, son elementos que dan base y consistencia al juicio valorativo del Tribunal sentenciador”. Resalta aquí la irresponsabilidad penal de la portadora del cuadro, si llega a probarse su falta de conocimiento de que el cuadro iba cargado con droga. Debe considerarse esto en los casos de aquéllos que llevan paquetes y cargamentos por cuenta de otros. Anteriormente ya vimos el caso de un conductor, transportista en camiones, que fue contratado para llevar una carga, sin saber que era tabaco de contrabando.

STS 24 de octubre de 1989: “La cantidad de droga que se ocupó es suficiente para reputar su destino al tráfico... Pero además existen otros factores para deducir lógicamente el ánimo de tráfico, y así: 1º. El lugar donde se encontraba la droga, en el interior de un frasco que a su vez se hallaba en la cisterna vacía de agua en un inodoro”.

STS 8 de octubre de 1986. “Se encontraron en el interior de un perro de juguete, hallado en el domicilio del procesado, 11,774 gramos de heroína y asimismo una papelina de 0,0485 gramos de cocaína”.

STS 16 de febrero de 1988: “La forma de ocultación (intravaginal y en un preservativo)”. En estos casos de ocultación en el propio cuerpo, hay que tener en cuenta, para deducir el propósito criminal, el riesgo que dicho porte supone para el que lleva la droga dentro de sí.

Hay otra formas de ocultación, incluso telefónica. Así, cuando por existir sospechas de que valiéndose de determinado teléfono se distribuyen drogas, se ha intervenido el mismo, y se graba una conversación acerca de “27 caramelos” (nadie habla de caramelos por números), o incluso cuando por desconocimiento de las claves se producen confusiones y desentendimientos entre los interlocutores que aparentemente están hablando de flores o coca-colas, exigiéndose explicaciones incoherentes con esa materia. Asimismo cuando se utiliza un lenguaje que no quiere decir nada, llegando al caso de que uno ordena a otro no seguir hablando “por si acaso”.

La forma más vulgar de ocultación consiste en desprenderse del paquete que contiene la droga en el momento de ser descubierto. Esto ya supone una verdadera autoinculpación. STS 17 de abril de 1989: “... las circunstancias de aprehensión, seguimiento de las acusadas por agentes del grupo antidroga, el

hecho de arrojar al suelo en el momento de ser detenidas una bolsa de plástico, escondida bajo el delantal, con tres pequeños botes conteniendo restos de cocaína y un envoltorio con 18,710 gramos”.

14. Reiterada entrada y salida de consumidores de droga en el lugar donde se encontraba el traficante

STS 9 de febrero de 1989: “... existen otros factores elocuentes para deducir lógicamente el ánimo de tráfico. Así: 1º. El lugar donde se encontraba la droga no era el domicilio del procesado sino un bar que regentaba. 2º. De dicho local se vio entrar y salir a individuos sospechosos adictos a la heroína que permanecían escasos minutos”.

STS 10 de febrero de 1989: “Pero sobre todo, lo que sí tiene relevancia probatoria, aunque sea indirecta, es la manifestación llevada a cabo, sobre todo en período sumarial, de un número muy elevado de testigos, que afirman haber adquirido drogas en el piso registrado, así como que quien las vendía era al que designaban o su esposa, y que si habían acudido a ese lugar es porque era públicamente sabido, en el círculo de consumidores de hachís y heroína que ése era el lugar y las personas adecuadas para su adquisición”.

CONSIDERACIONES SOBRE EL ACTA ÚNICA Y LA LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALS

SANTIAGO RIVERO ALEMÁN

ABOGADO - ECONOMISTA
PROFESOR DE DERECHO MERCANTIL DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS ECONÓMICAS DE LAS PALMAS

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LAS LIBERTADES BÁSICAS Y LA LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALS EN EL TRATADO CONSTITUTIVO DE LA CEE.
- III. POSTERIOR EVOLUCIÓN DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALS.
- IV. EL ACTA ÚNICA Y LA CIRCULACIÓN DE CAPITALS.
- V. LA POSICIÓN DE ESPAÑA CON RELACIÓN AL MERCADO COMUNITARIO DE CAPITALS.
- VI. CONSECUENCIAS DE LA CONDUCCIÓN DEL PROCESO DE LA UNIÓN ECONÓMICA Y MONETARIA.

I. INTRODUCCIÓN

Allá por el mes de abril del corriente año de 1991, se hacía eco la prensa española especializada de las declaraciones del Ministro de Economía y Hacienda relativas al paquete de medidas políticas adoptadas por el Gobierno, en alguna forma presionado por la Comisión Europea. La noticia se refería a determinadas actuaciones para la consecución de la *libre circulación de capitales*, como anticipo de las asumidas en virtud del Acta Única; las que, simultáneamente, se han generalizado en los distintos países miembros de la Comunidad Europea.

Los acuerdos —que tanta expectación despertaron en la prensa y en los agentes económicos— están contenidos en dos órdenes ministeriales, la primera de las cuales autoriza a los bancos con depósitos convertibles a conceder créditos a no residentes, en pesetas ordinarias, hasta el límite global de los recursos captados en pesetas convertibles; mientras que la segunda de las disposiciones permite a los ciudadanos españoles abrir cuentas en entidades bancarias extranjeras establecidas en España. Esta última medida es un paso —un gesto más que un acto de liberalización— otorgado ante la presión francesa, afectada por los altos tipos de interés españoles. De actitud gestual puede calificarse el que la apertura de estas cuentas se restrinja a entidades extranjeras residentes, por cuanto ello limita o impide la libre colocación de capitales en el exterior. Subyacen razones de tipo fiscal, con la consecuencia de que al mantener los fondos en estas entidades aquéllos no se exportan al exterior y no se evita la presión alcista en la cotización de la peseta.

Se pretendía salir al paso de las críticas realizadas en los mercados internacionales, en los que se culpaba al proteccionismo gubernativo de ser causa de las distorsiones en el cambio natural de nuestra moneda. No obstante lo limitado de su efecto, el Comisario Europeo de Asuntos Financieros, Sr. Heening Christophersen declaró, diplomáticamente, que tal medida implica a España en la cooperación económica y monetaria de la Comunidad Europea (CE) cumpliendo así una condición indispensable para la primera etapa de la Unión Económica y Monetaria. Los analistas opinaron entonces que tales soluciones habrán de tener nulos efectos en la liberalización de capitales y se inclinaban por la reforma, en profundidad, de la tributación de las rentas del capital, para así lograr *aliviar* la cotización de la peseta y la presión alcista que la rodea.

Este preámbulo pretende dar una explicación a las dificultades que presenta la Libre Circulación de Capitales, en mayor medida que cualquiera otra libertad básica, al estar ligada a políticas de carácter económico y presupuestario a las que los Estados miembros se resisten a renunciar, preocupados de que la dejación competencial provoque resultados indeseables en sus balanzas de pagos y en la cotización de sus respectivas monedas. Ésta es la causa por la que, últimamente, se elevan voces de preocupación y alarma —casi siempre atribuidas a los británicos— que pueden hacer peligrar los objetivos fijados para que diciembre de 1992 concluya con la consolidación del Mercado Interior estipulado con el Acta Única; y es que difícilmente se explica el Mercado Único sin la unión económica y monetaria, resultando ilusorio que esta convergencia se pueda obtener sin un mayor acercamiento político, sin una estructura de carácter federal.

De lo dicho quisiéramos transmitir que la libre circulación de capitales ha encontrado grandes dificultades que sólo pueden salvarse con un mayor compromiso y acercamiento político. Se ha hablado, insistentemente incluso, de la *Europa de las dos velocidades* para que los países menos desarrollados puedan defender su economía, su moneda y su balanza de pagos en mejores condiciones que si la Unión Económica se produce en toda su amplitud; implicando estas resistencias políticas un potencial retraso a la plena liberalización y escollo importantísimo en la aplicación del Acta Única.

II. LAS LIBERTADES BÁSICAS Y LA LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES EN EL TRATADO CONSTITUTIVO DE LA CEE

El Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE), concluido en Roma el 25 de marzo de 1957, se propuso como meta “un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de las Comunidades, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados miembros que lo integran”, para lo cual ha promovido el establecimiento de un *mercado común* y la progresiva aproximación de las políticas económicas de sus partícipes (art. 2).

El Tratado plantea, entre otras actuaciones, políticas e instrumentos, la consecución de este mercado común en torno a las siguientes libertades básicas:

Libre circulación de mercancías (título I), Libre circulación de personas y servicios, con la libertad de establecimiento; y la Libre circulación de capitales (título III). A la Libre circulación de capitales dedica los artículos 67 a 73, enunciando este principio básico en torno a la supresión progresiva de las restricciones que afecten a los movimientos de capitales entre personas residentes en los países miembros, a la no discriminación en razón de la nacionalidad o residencia de los sujetos y del lugar de colocación de la inversión (art. 67). Esta libertad tiene implicaciones en las medidas reguladoras del cambio de las monedas, lo que determinó que se introdujera una cláusula de salvaguardia (art. 73) para el supuesto de que los movimientos de capitales provocasen perturbaciones en el funcionamiento del mercado de capitales de un Estado miembro, en cuyo caso la Comisión le autorizará a que adopte medidas de protección, en las condiciones que se determine y previa consulta al Comité Monetario previsto en el Tratado.

El Tratado de Roma no recoge una definición de los conceptos de pago corriente y movimiento de capital, teniendo que recurrirse a la elaboración del Tribunal de Justicia para ello. Así, en la sentencia dictada el 31 de enero de 1984, en el asunto Luisi-Carbone, define los pagos corrientes como “transferencias de divisas que constituyen una contraprestación a la entrega de una mercancía o a la prestación de un servicio” y se refiere a los movimientos de capital como “operaciones financieras que apuntan esencialmente a la colocación o a la inversión del dinero en cuestión”.

En el transcurso del tiempo la circulación de capitales ha tenido menos desarrollo, según se ha dejado señalado anteriormente, por su mayor vinculación a la política interna, económica, presupuestaria, de cambio y de balanza comercial. Esta libertad había de servir de complemento a la circulación de mercancías y servicios merced a su función de posibilitar los pagos de sus desplazamientos. Mas, la circulación de capitales como libertad autónoma se acrecienta, según afirma el profesor J. Duque⁽¹⁾, por la voluntad política de crear una auténtica unión económica y monetaria, mediante un sistema financiero común, superando así lo que es una zona de libre comercio en sentido estricto y requiriendo, por esta razón, de la *libre convertibilidad de las monedas, plena libertad de circulación de capitales y estabilidad de los cambios*. Del mismo modo será preciso un Banco Central Europeo y una moneda común, o bien, en frase de Jacques Delors, un sistema bancario europeo.

(1) Presentación del libro “*Libre Circulación de Capitales en la CEE*”, editorial Lex Nova, 1990, Valladolid.

Una vez sentado que el libre movimiento de capitales es algo más que la libertad de pagos de bienes y servicios, se extiende este concepto a su transferencia, a la de monedas y metales monetizables, préstamos e inversiones (directas e indirectas), así como a otras actuaciones financieras. Ahora bien, el art. 67 del Tratado CEE limita esta libertad en “la medida necesaria para el buen funcionamiento del mercado común” y, por consiguiente, se ha interpretado este límite en el sentido de que la norma no tiene *efecto directo*, por concordancia con el art. 69 que traslada a directivas posteriores del Consejo la progresiva actuación en este campo, a propuesta de la Comisión y consultado el Comité Monetario.

Ha de añadirse que vinculado a la circulación de capitales, como actos jurídicos negociales, está el de los pagos, como materialización de las obligaciones recogidas en el art. 67,2) del TCEE, que dispone la liberalización de los pagos corrientes relacionados con los movimientos de capitales al finalizar la primera etapa o transitoria.

III. POSTERIOR EVOLUCIÓN DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

El Tratado de Roma se ha caracterizado por la formulación de reserva en orden a que los Tratados de adhesión de nuevos miembros contengan la aceptación del conjunto de la normativa existente por parte de éstos, sin posibilidad de regresión. Asume la llamada posición “stand still” contenida en el art. 71 del TCEE, relativa a que los Estados miembros no introducirán nuevas restricciones en la regulación vigente de los movimientos de capitales, ni en la futura que se vaya concretando con nuevos acuerdos, preservando los pagos corrientes relacionados con aquéllos.

Cumpliendo el mandato del art. 69 TCEE, para la supresión progresiva de las restricciones a la circulación de capitales, se aprobaron dos directivas, una primera de 11 de mayo de 1960 y otra de 18 de diciembre de 1962, adaptadas de nuevo en 1972 por la adhesión de Dinamarca, Irlanda y Gran Bretaña. El esquema seguido consistió en establecer dos anexos con cuatro listas —A a D— en las que se distribuían las operaciones atendiendo al grado de liberalización, régimen de autorización y operaciones no liberalizadas.

La lista A) incluía operaciones sujetas a autorización o a verificación posterior, con obligación para los Estados de mantener respecto de ellas el tipo

corriente de cambio cuando participase un residente. Quedaban incluidas: la creación y ampliación de sucursales, participación en empresas, préstamos a largo plazo, reinversión de beneficios, liquidación de inversiones directas, inversiones inmobiliarias, movimientos de capital de carácter personal (transferencias, entre otros), concesión y reembolso de créditos a corto y medio plazo ligado a operaciones comerciales o de servicios; avales y garantías, con las transferencias que estas garantías originen, e igualmente, las producidas por seguros, marcas, licencias, impuestos de sucesiones, derechos de autor y otros.

La lista B) comprendía las operaciones sujetas a autorización general, o liberadas propiamente, referida a títulos valores cotizados en bolsa y a movimientos derivados de su liquidación.

La lista C) delimitaba las operaciones que se autorizaban de forma condicionada, pero que una vez autorizadas comprometían los medios para su ejecución. Entre ellas, la emisión y colocación de títulos en el mercado, la adquisición por no residentes de títulos nacionales y la de títulos extranjeros por residentes, abarcando a las incluidas en la lista A) cuando interviniese un no residente.

La lista D) recogía operaciones para las que no existía obligación de liberalización, tales como inversiones en títulos del mercado monetario, apertura de cuentas en establecimientos de crédito, concesión de préstamos o créditos no ligados a transacciones comerciales o de servicios, exportación e importación de valores y a otras de capital diverso no incluidas en las listas anteriores, con carácter residual.

Las dos primeras directivas fueron modificadas posteriormente, en adecuación y puesta al día del contenido del art. 67 del TCEE. En particular, la Directiva de 31 de mayo de 1963 dispuso la prohibición de normas que obstaculizasen los pagos de las prestaciones vinculadas a los intercambios de servicios.

A las directivas citadas siguió la de 21 de marzo de 1972, que regulaba los flujos financieros internacionales y la neutralización de los efectos indeseables para la liquidez interna y que permitió determinados controles en los movimientos de capital aún no definidos, a pesar de las listas enumerativas a las que se ha hecho mención. Posteriormente, la Directiva de 20 de diciembre de 1985 alteró las listas B) y C) del anexo.

El 12 de junio y el 17 de noviembre de 1986 se dictan dos nuevas directivas que modificaron las listas del anexo de operaciones, justificándolo sus preámb-

bulos en la necesidad de la continuada liberalización de los movimientos de capital, de acrecentar la convergencia de las políticas económicas de sus integrantes, de incrementar la estabilidad monetaria y de fortalecer el Sistema Monetario Europeo (SME).

IV. EL ACTA ÚNICA Y LA CIRCULACIÓN DE CAPITAL

Después de superar algunas dificultades internas surgidas en los años sesenta, es a partir de la cumbre de París de 1974 cuando se intenta relanzar la Comunidad, institucionalizando el Consejo Europeo como medio de lograr reuniones en la “cumbre” para una mayor colaboración política, estimada necesaria en el avance de los distintos programas básicos, en aras de la consecución plena del Mercado Interior y de la Unión Económica y Monetaria. El Consejo Europeo de Milán, celebrado a fines de junio de 1985, es el antecedente próximo del Acta Única en el que, apoyado en la previsión del art. 235 del TCEE, se decidió la convocatoria de una Conferencia para la modificación del Tratado constitutivo, que concluyó con la elaboración —el 27 de enero de 1986— del texto ratificado por los participantes el 17 de febrero siguiente, a excepción de Italia, Dinamarca y Grecia que lo hicieron el 28 de febrero. El Acta Única entró en vigor el 1 de julio de 1987 con la previsión de un período transitorio hasta final de 1992. Adoptó esa denominación tras algunas reticencias danesas y británicas a la denominación de *Tratado de la Unión Europea*, e introdujo en el Tratado de Roma el art. 8, A) que compromete a los países miembros a la realización del Mercado Único, en el término que habrá de expirar el 31 de diciembre de 1992.

La materia que nos ocupa se ve influida por las modificaciones del Tratado originario en diversos aspectos. De una parte, la plena realización del Mercado Interior (o Mercado Común) a partir de 1 de enero de 1993, propósito incluido en el Libro blanco de la Comisión desde 1985. Queda definido este mercado interior como “*un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente tratado*”, lo que conlleva la supresión de fronteras físicas, técnicas y fiscales, para lo que han sido previstas actuaciones escalonadas hasta el fin del período transitorio bajo la supervisión y control de la Comisión Europea, sin que la fecha del 31 de diciembre de 1992 implique la producción de todos los efectos propuestos de forma automática.

Contempla el art. 100, A) la posibilidad de que, con las medidas de armonización que se adopten, se formulen cláusulas de salvaguardia por motivos no económicos, en aras a la preservación de los intereses nacionales, protegiendo la salud y la vida, la seguridad, el orden público, la moralidad, el patrimonio nacional y la propiedad industrial o comercial, según formula el art. 36 del TCEE desde su origen.

Entre la unión aduanera inicial y la unión política que se divisa como horizonte necesario, es básica la unidad económica y monetaria, a la que el Acta Única dedica el art. 102, A) en el capítulo denominado "*Cooperación en materia de política económica y monetaria*", que insiste en el necesario acercamiento de las políticas en estas materias, reconociéndose por primera vez en un texto primario al Sistema Monetario Europeo (SMU) —adoptado en base a los Consejos de Bremen y Bruselas de 1978— y al ECU como unidad monetaria en la que participan ponderadamente todas las monedas de los países miembros y que fija su paridad con el dólar.

Es necesaria la modulación de normas convergentes que permitan la libre circulación de capitales, al menos hasta un nivel que no obstaculice el desarrollo de las libertades básicas restantes, en especial las de circulación de mercancías y establecimiento, que permita la funcionalidad de pagos y cambios de divisas para el cumplimiento de las obligaciones asumidas. En esta tesitura, como consecuencia del Acta Única y de la evidente subordinación al mercado de bienes y servicios, a la Directiva de 17 de noviembre de 1986 (86/566/CEE) siguió la de 24 de junio de 1988 (88/361/CEE) con la pretensión de configurar un espacio financiero europeo sin fronteras internas a la CEE. Si la Directiva 86/566/CEE significó la modificación de la originaria de 1960 —suprimiendo la lista D) que se incorporó a la C) y liberando la adquisición de títulos en bolsas de otros Estados miembros— la 88/361/CEE fue más allá, al derogar las de 1960 y 1972, señalando como horizonte de ejecución de la política financiera propuesta a julio de 1990.

Esta última directiva se inspira en la idea de la plena liberalización de los movimientos de capital en el seno de la Comunidad para antes del fin de 1992, excepto para Grecia y Portugal que cuentan con un período transitorio hasta 1995. Incluye la obligación —no contemplada anteriormente— de desregular los movimientos de capital a corto plazo y la exigencia de que sea la Comisión la que autorice las cláusulas de salvaguardia después de 1992, añadiendo la recomendación de extender más allá la liberalización, incluso respecto de terceros países.

Es procedente analizar algunos aspectos de la Directiva 88/361/CEE para mejor entender los avances que en la materia financiera se vienen produciendo, distinguiendo las inversiones en inmuebles y otras directas, las inversiones en títulos valores y las de préstamos y créditos financieros. Ha de significarse que en el período que ha de finalizar en 1992 ha de resultar un espacio financiero europeo único, con libre prestación de servicios de esta naturaleza y un sistema monetario unificado o, al menos, coordinado y que no suponga un estrangulamiento para el Sistema Monetario Europeo.

En virtud de la indefinición del Tratado de Roma respecto del concepto *movimiento de capital*, la Directiva de 1988 ha permitido extender la idea, con amplitud, a operaciones tan heterogéneas como las inversiones directas —en inmuebles o en empresas, vía capital o crédito—, operaciones en moneda extranjera, en préstamos financieros, entendiendo por tales los préstamos hipotecarios al consumo, e incluso aquellos que se conceden para la creación de vínculos duraderos, cuales son los facilitados a filiales. Considera inversiones en inmuebles las compras y adquisición de otros derechos reales de bienes de esta naturaleza, edificados o no, con o sin ánimo de lucro.

Aun cuando resulten clasificadas, las inversiones en títulos quedan liberalizadas por la citada directiva en tanto que englobadas en los movimientos de capital, modificando el sistema de directivas anteriores consistente en diseñar una serie de listas, de menor a mayor grado de restricción. Éste es el tenor normativo contenido en su artículo 1, por el que los Estados miembros han de suprimir las restricciones a los movimientos de capital que tengan lugar entre residentes comunitarios, una vez concluido el período previsto para el 1 de julio de 1990. A tal efecto agrupa las operaciones sobre títulos en tres apartados:

- a) Operaciones de títulos destinados normalmente al mercado de capitales —de emisión o secundario— aun cuando éste no sea la Bolsa, excluyendo las inversiones directas o en entidades de inversión colectiva.
- b) Operaciones de participación en entidades de inversión colectiva.
- c) Operaciones sobre títulos o documentos reservados al mercado monetario.

No obstante los aires liberalizadores, la Directiva de 1988 contempla determinadas excepciones en beneficio de los países con más problemas o que se han incorporado a la Comunidad más recientemente. Así, considera y respecta las restricciones impuestas por Irlanda y Grecia —de conformidad con la

cláusula de salvaguardia prevista en el art. 108 del Tratado de Roma—, debido a sus dificultades por exceso de endeudamiento y déficit de balanza de pagos. Otro tanto se aplica a España y Portugal, tanto por su adhesión más tardía como porque estos países tenían reconocido un período de adaptación en el Tratado de Adhesión. De todas formas, el 31 de diciembre de 1992 acabará el período transitorio ampliado para estos países.

En relación con los préstamos y créditos financieros con no residentes, la directiva permite la adopción de determinadas medidas restrictivas por razones de regulación monetaria interna, informando al Comité de Gobernadores de los Bancos Centrales, al Comité Monetario y a la Comisión (art. 2).

V. LA POSICIÓN DE ESPAÑA CON RELACIÓN AL MERCADO COMUNITARIO DE CAPITALES

Ha sido tradicional la proclividad hacia el control y la restricción de la legislación española en materia de movimientos financieros, denominada genéricamente “*control de cambios*”; mas, los trabajos y negociaciones desarrollados con carácter previo a la adhesión española allanaron el camino, por cuanto se aceptaba el acervo comunitario y se comprometía, desde el principio, a desarrollar la legislación precisa para situarse al nivel requerido, asumiendo el estado de las listas A y B de la Directiva de 1960, si bien le fue concedida la reserva respecto a la salida de capitales por inversiones españolas en inmuebles y de cartera, sin asumir compromisos de liberalización de capitales de las listas C) y D), ni siquiera referido a los movimientos a corto plazo.

En el momento en que se produjo la adhesión estaba vigente el Decreto 3.021/74, de 23 de octubre, denominado Texto refundido sobre Inversiones Extranjeras, que más que regular la inversión extranjera se refería al no residente, con independencia de su nacionalidad; imbuido de la idea de clasificar la inversión por la procedencia del flujo más que por la nacionalidad del sujeto que realizaba el movimiento de medios financieros.

A la adhesión comunitaria siguió el Real Decreto Legislativo 1.265/86, de 27 de junio, y su reglamento —Real Decreto 2.077/86, de 25 de septiembre—, los cuales no derogaron enteramente la legislación anterior sino, únicamente, los preceptos que se les opusiesen.

El Real Decreto Legislativo 1.265/86 —conocido por Ley de Inversiones Extranjeras— actualiza la legislación hasta entonces vigente en materia de inversión privada, en concordancia con la legislación comunitaria y como preludio de las previsiones del Acta Única, excluyendo a la de entes de carácter público; supera la situación anterior proteccionista de los intereses de la industria nacional y agrupa las inversiones en: directas, de cartera, inmobiliarias y otras formas. Para determinar los sujetos de la inversión atiende a los conceptos de nacionalidad y residencia, como hacía la normativa anterior; de este modo, el art. 1 del Reglamento se refiere a las “personas extranjeras privadas, físicas o jurídicas, cualquiera que sea su residencia” y a “los españoles residentes en el extranjero”, innovando la distinción entre inversión directa y de cartera; según que se tenga control e influencia de gestión, en el primer caso, o no se tenga; presentando otra característica procedimental importante respecto del texto anterior, cual es que el régimen dominante sea el de verificación de la inversión a posteriori, mediante la simple comunicación del acto realizado, en lugar de la autorización administrativa previa.

Otro aspecto destacable es el reconocimiento del derecho a la libre transferencia al exterior, en el supuesto de desinversión —no reconocido anteriormente en norma de este nivel—, reduciendo a cinco los numerosos sectores especialmente regulados con anterioridad: Juego, actividades relacionadas con la defensa nacional, radio, televisión y transporte aéreo.

Al propio tiempo que se actualiza la normativa de inversiones procedentes del exterior, se da marco a la inversión externa española. Mediante el Real Decreto 2.374/86 se determina la figura del inversor español y se delega en el Ministerio de Economía el calendario para anticipar la liberalización impuesta por el Acta Única. Ha de recordarse que la Directiva de 1988 fijaba un período transitorio para España y Portugal con dos fechas parciales a observar, la del 31 de diciembre de 1990, en la que había de suprimirse determinadas salvaguardias, y la del 31 de diciembre de 1992 de carácter global.

Conforme al calendario previsto, mediante Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 4 de febrero de 1990 se dictan medidas liberalizadoras de las inversiones extranjeras en España, continuando con esta tarea la O.M. de 25 de septiembre de 1991 (BOE 8 de octubre) que eleva la cuantía de las inversiones extranjeras en sociedades españolas hasta situarla en 250 millones de pesetas, sin precisar verificación ni tener en cuenta el grado de dependencia extranjera de la Sociedad. Mantiene como excepciones a esta regla general las siguientes operaciones: Préstamos asimilados a inversión extranjera directa,

inversiones realizadas con cargo a cuentas extranjeras de pesetas ordinarias; inversiones mediante aportaciones no dinerarias distintas de equipo capital; asistencia técnica, patentes o licencias de fabricación extranjeras; inversiones en entidades no societarias e inversiones procedentes de países y territorios contemplados en el R.D. 1.080/91, de 5 de julio.

VI. CONSECUENCIAS DE LA CONDUCCIÓN DEL PROCESO DE LA UNIÓN ECONÓMICA Y MONETARIA

Es indudable que los movimientos de capitales con retornos a largo plazo plantean multitud de problemas, al igual que la movilidad de capitales a corto produce incidencias en las tasas de interés y en los tipos de cambio hasta el extremo de condicionar las políticas nacionales, en especial la de los países de menor nivel económico. A pesar de estas dificultades, casi nadie duda hoy —partiendo del Libro Blanco de 1985 y de la incorporación de sus postulados al Acta Única— de los buenos propósitos y el deseo de culminar el Mercado Único, que no sería tal sin el ámbito financiero como apoyo a las restantes libertades económicas. El informe Delors de 17 de abril de 1989 formula un plan de etapas para la Unión Económica y Monetaria que habrá de culminar en la gestión conjunta de las políticas en la materia, incluida la bancaria y de mercados financieros.

Resulta demasiado evidente que el éxito del Mercado Único no puede limitarse al desarrollo de una serie de libertades básicas de mercado, en mayor o menor medida; ni al establecimiento de una serie de políticas comunes, por cuanto en materia de circulación de capitales y para la consecución de la unidad económica y monetaria acechan múltiples peligros. Es notoria la resistencia de algunos países —el ejemplo del R.U. de Gran Bretaña es reiterativo— temerosos de la pérdida de independencia política y de no poder controlar las consecuencias perniciosas para su balanza de pagos y las fluctuaciones monetarias.

Preocupa en la actualidad la utilización heterodoxa del sistema financiero, razón que ha dado origen a la Directiva del Consejo de 10 de junio de 1991, para prevenir el blanqueo del llamado dinero negro (91/308/CEE) procedente de actividades delictivas, aprovechando el movimiento liberalizador. La Directiva prohíbe expresamente el *blanqueo de capitales* (art. 1) y ha sido dictada

en evitación de que los Estados miembros asuman criterios incompatibles con el Mercado Único; por ello, se persigue la identificación de sujetos y transacciones, conservando copia documental de las operaciones a efectos probatorios.

Es necesario un mayor acercamiento y unificación de políticas monetarias, económicas y fiscales, acercándose definitivamente a una moneda única y a la creación de un Banco central europeo. De lo contrario es mucha la fragilidad aún del Mercado interior único. Al menos, es imprescindible el correcto funcionamiento de la armonización bancaria y evitar la disparidad de sistemas y criterios de fiscalidad, pues las oscilaciones y diferencias impositivas van a determinar el transfuguismo del ahorro, con diferentes incentivos retributivos que significarán una desestabilización para las paridades monetarias y de las balanzas de pagos. En la actualidad existen importantes diferencias entre los distintos países en cuanto a los impuestos —en relación con las obligaciones, títulos de la deuda estatal e intereses bancarios—, distinguiendo a su vez entre cuentas y operaciones de residentes y no residentes, cuya realidad se traduce en la previsión de la Directiva 88/361 (art. 6) en cuanto a que la Comisión presente una propuesta al Consejo que impida la distorsión, evasión y fraudes fiscales.

En la misma línea, la Directiva de 15 de diciembre de 1989 ha sido aprobada para lograr la consecución de un mercado interior bancario, estando siempre presente la suma de factores políticos y socioeconómicos que a su vez determinan actitudes particularizadas en cuanto a los movimientos de capitales, pagos, establecimiento, servicios y política de competencia. Los factores políticos son de decisivo peso, de ahí la conveniencia de un cambio de estructura que permita llegar a la implantación de políticas globalizadoras. Los Estados miembros se han mostrado reacios a renunciar a determinados controles de su Banco emisor y de su Ministerio de Economía; amén de que la excesiva utilización de salvaguardias basadas en necesidades económicas puede dificultar todo el proceso.

Sin la adecuación, armonización o unificación de los distintos sistemas jurídicos, son previsibles ciertos nubarrones que han de dificultar la andadura emprendida, sin que el Consejo haya asumido en la directiva a que nos referimos un papel más decidido de cara a la armonización bancaria. La creación de un espacio financiero europeo exige algo más que la liberalización de la circulación de capitales, al ser preciso que en la misma medida se puedan prestar todos los servicios financieros, sin cortapisas, lo que ha de traducirse en normas que eviten la disparidad fiscal en el tratamiento del ahorro, crédito, operaciones

de inversión y transferencias de capital, con una mayor presencia del ECU como vehículo de operaciones comerciales y financieras. A pesar de que el Acta Única ha sustituido el anterior sistema de acuerdos por unanimidad, por otro de mayoría cualificada, queda aún mucho por hacer para la convergencia de la política económica y monetaria estrictamente precisa. A tal fin, el informe del Comité de abril de 1989 —adoptado bajo la presidencia de Jacques Delors y con la presencia de todos los Gobernadores de los Bancos centrales—, propuso al Consejo Europeo de Madrid las siguientes cuestiones a resolver:

1. Un nuevo Tratado que acabe en la unión monetaria, basado en paridades fijas de las monedas y en su convertibilidad irreversible, con la creación de una nueva institución federal monetaria en forma de fondo o banco.

2. Reglas obligatorias en las políticas presupuestarias.

3. Creación de una moneda única.

Giorgio Stefani ⁽²⁾ ha denominado a esta marcha como “fatigoso camino”, lo cual no sólo es cierto sino que aún se corren riesgos de que quede inacabado. Son muchos los temores a la pérdida de competencias internas por parte de los miembros, no constituyendo un incentivo positivo, precisamente, las tensiones que se viven en la Europa del Este.

Por estas fechas, de finales de octubre de 1991, aparece en la prensa nacional un interesante artículo de don José María de Areilza, titulado “La Europa grande”, anticipando la próxima cumbre de la Comunidad Europea en Maastricht, que pretende la elaboración de un calendario para la unidad política de los Doce, lo que puede resultar, en un plazo no muy lejano, la Europa de veinticinco o treinta Estados dentro de un sistema confederal. Este comentario viene a reforzar lo que hemos venido afirmando de que sin una mayor proximidad política peligra la libertad de movimientos de capitales, íntimamente ligada a los avatares de la política interior.

A pesar de ciertos augurios y noticias de las dificultades con las que se produce la integración, también se reciben noticias alentadoras que hacen el camino sin retorno, cual es el acuerdo cerrado entre la CE y los países de la EFTA que aproxima a países como Austria, Suecia, Noruega, Suiza, Finlandia, Islandia y Liechtenstein para que en un futuro se integren en la Europa unida. Este acuerdo permitirá la libertad de capitales en un área hasta ahora impensable y será realidad en 1993.

(2) Universidad de Ferrara, ob. citada.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ PASTOR Y EGUIDAZU, *Gaceta Jurídica CEE*, núm. 12, D. 2, marzo 1986.

ÁLVAREZ PASTOR Y EGUIDAZU, Edit. *Rev. Derecho Privado*, 7ª edición, Madrid.

BENEYTO, JOSÉ M., *El Acta Única Europea: Mercado interior y Cooperación Política Europea*, Civitas, 1989, Madrid.

Directivas y disposiciones del DOCE y BOE citadas.

Libre circulación de capitales en la CEE, Lex Nova.

PLENDER, RICHARD y PÉREZ SANTOS, J., *Introducción al Derecho Comunitario Europeo*. Civitas, 1985, Madrid.

PRAXIS Y DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

JOAN J. QUERALT

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD DE
LAS PALMAS DE GRAN CANARIA. LETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: LA COHERENCIA COMO NECESIDAD.
- II. CONSECUENCIA: LAS RELACIONES ENTRE DOGMÁTICA Y PRAXIS:
 - 1) Dogmática y crítica.
 - 2) Dogmática y realidad.
- III. EL DERECHO PENAL COMO DERECHO DEL SISTEMA PENAL.

I. INTRODUCCIÓN: LA COHERENCIA COMO NECESIDAD

A estas alturas del desarrollo de la Ciencia que estudia el Derecho Penal resulta, banal incluso, recrearse sobre algo que, a mi juicio, está ya consolidado: responder a la cuestión de qué es el Derecho Penal, supone dar como respuesta que el Derecho Penal es el sector del ordenamiento jurídico que tiene como misión la protección de determinados bienes jurídicos mediante la prevención de la comisión de hechos punibles⁽¹⁾. En suma, *qué es el Derecho Penal* se responde con el *para qué* sirve el Derecho Penal. Tanto el método de determinación del objeto como la respuesta final parecen hoy en día fuera de cuestión. Ello se debe tanto a una orientación sistemático-teleológica de las ciencias sociales⁽²⁾ como al abandono del monismo retribucionista⁽³⁾.

En efecto, en lo que hace referencia a la determinación del concepto de Derecho Penal se ha pasado de atender a una configuración más bien abstracta, ahistórica y formal, a presentar un planteamiento que tiende a establecer el objeto de los problemas en atención a la función a la que la cuestión planteada tiene que servir. Carece hoy, pues, de sentido suscitar un debate en torno

- (1) Así, ya v. LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1882), en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, I, 1905 (reprint, 1970), pp. 145, 147, 163. Ahora, desde diferentes perspectivas, cfr., por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *Introducción*, 1975, p. 48; MIR, *Introducción*, 1976, pp. 91 ss.; el mismo, *Función*, 1982, p. 30; el mismo PG, 1990, p. 75; Arm. KAUFMANN, *La misión del derecho penal* (trad. S. Mir), en *La reforma del Derecho penal II* (S. Mir ed.), 1981, p. 9; OCTAVIO DE TOLEDO, *Concepto*, 1981, pp. 256, 286; STRATENWERTH, *AT/I*, 1981, p. 35; JAKOBS, 1983, pp. 30, 37 s.; BUSTOS, PG, 1984, p. 39; HASSEMER, *Fundamentos*, 1984, pp. 36 s.; el mismo *Kommentar*, 1990, *intro § 1*, nn. mm. 293 s., 300; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, 1989, pp. 121 s.; CEREZO, 1985, pp. 15 ss.; MAURACH/ZIPE, *AT/I*, 1987, p. 256; WELZEL, *Derecho Penal*, 1987, pp. 15 s.; JESCHECK, 1988, pp. 1 s.; LUZÓN, *ADPCP*, 1989, p. 46; QUINTERO en QUINTERO/MORALES/PRATS, 1989, p. 60; BACIGALUPO, *Principios*, 1990, p. 13; COBO/VIVES, PG, 1990, pp. 31, 247; RUDOLPHI, SK, 1990, *intro § 1*, m. 2. La especificidad de centrar el objeto del Derecho Penal en la misión de impedir —o proteger más bien— de ciertos ataques —los humanos— a ciertos bienes jurídicos es más satisfactoria que considerar que el objeto del Derecho Penal lo constituye la protección del orden jurídico, tal como hacían nuestros clásicos decimonónicos; cfr., así, por ejemplo, SILVELA, *El Derecho Penal estudiado en sus principios y en la legislación vigente*, I, 1903, pp. 63 s.
- (2) Cfr. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, pp. 352 ss.; antes ya v. LISZT, siguiendo a JHERING (*Zweck im Recht —1877—*), como el mismo reconoce, *Zweckgedanke* (n. 1), 1882, pp. 153, 161, 195, n. 2.
- (3) Cfr., por ejemplo, ROXIN, *El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto alternativo* (trad. J.J. Queralt), en *La reforma del Derecho Penal* (S. Mir ed.), 1980, p. 89; HASSEMER/MUÑOZ CONDE (n. 1), 1989, p. 151; de nuevo hay que señalar a v. LISZT como el iniciador de esta corriente; así cfr. su *Zweckgedanke* (n. 1), 1882, p. 153.

al objeto del Derecho Penal cuando es *communis opinio* que el Derecho Penal está llamado a prevenir la comisión de hechos punibles. El que con esta finalidad convivan otras colaterales o más o menos supervivientes del pasado ⁽⁴⁾ en nada empeece al cambio copernicano operado ya en la sistemática expositiva del propio concepto de Derecho Penal. Otra cosa será —y en la que aquí no se va a entrar— la corrección y coherencia internas de aquellas opciones que junto a la prevención impongan al Derecho Penal el cumplimiento de otros fines, tales como el aseguramiento de la justicia ⁽⁵⁾ o, para situarnos en las antípodas, el aseguramiento del status quo ⁽⁶⁾.

A reservas de lo que haya que entender por prevención, dado que se trata de un término multívoco, basta en estas líneas que fungen de pórtico poner de manifiesto el cambio en el punto de mira metodológico, con sus consecuencias sustantivas, en el aspecto concerniente al concepto del Derecho Penal. Puede ya afirmarse que subrayar el carácter esencialmente preventivo del Derecho Penal ha influido también, aunque no como única causa, en el cambio metodológico de exposición y conceptualización de la teoría del delito, singularmente en aquellos que no comparten las premisas del finalismo ortodoxo y fundacional. Prevención y finalismo tienden a darse la mano, aunque ciertamente no es la única pareja conceptual posible. De esta suerte, prevención y teorías no causales de la acción tienen que andar en común el camino de la creación de los pilares del sistema del Derecho Penal. Así las cosas, la teoría del delito, de origen finalista, dentro de todos los eclecticismos que se quieran, es la que parece casar más cabalmente con la función preventiva del Derecho Penal.

Dicho esto, no obstante, ha de darse un paso más y resituarse algunas cuestiones. Aun con la brevedad que se quiere conferir a estas líneas, ha de enfatizarse la *plena correlación* que debe existir entre todos los términos que componen la teoría dogmática del Derecho Penal, si ésta ha de actuar como una teoría global del Derecho Penal. Y, a mi modo de ver, esta teoría global es necesario diseñarla si se entiende, como se entiende aquí, el Derecho Penal como el Derecho del sistema penal y, por tanto, de alcance más amplio que lo que convencionalmente se entiende por Derecho Penal sustantivo.

(4) Cfr., por ejemplo, JESCHECK, ⁴1988, pp. 782 s., donde afirma que la pena es un *concepto complejo* (s.o.) y le asigna una función retributiva de la culpabilidad; en contra de este modo de entendimiento, vid., por ejemplo, LUZÓN, *Medición de la pena y substitutivos penales*, 1979, pp. 11 ss.

(5) Una síntesis de los argumentos en contra de que el Derecho Penal pueda suponer la realización de la justicia verlos en MIR, *PG*, ³1990, pp. 75 s.

(6) Cfr. JAKOBS, 1983, pp. 3 ss.

En este contexto me refiero a que no puede operarse con cada uno de los elementos que conforman lo que cupiera denominar teoría del Derecho Penal como si de compartimentos estancos se tratara, sin influencia de unos sobre otros y sin, y esto resulta de la mayor importancia, que las conceptualizaciones y consecuencias derivadas que de un elemento se formulen y obtengan en uno de esos supuestos sirva para otro de los aquí denominados compartimentos. Así, por ejemplo, el concepto de delito que se utiliza en su teoría contiene, según los casos, todos los elementos de la definición beligniana y en otras ocasiones, las más, por delito se expresa exclusivamente el tipo de injusto, es decir, se utiliza el concepto de delito sin las notas de culpabilidad y de punibilidad⁽⁷⁾. Pues bien: dado que mayoritariamente se entiende que el concepto dogmático de delito hace referencia únicamente al tipo de injusto, de esta conceptualización ha de obtenerse alguna consecuencia teórica y práctica para otras secciones de la teoría del Derecho Penal. De este modo, como he propuesto en otro lugar, el crimen al que se refiere el brocardo latino que proclama el principio de legalidad es el tipo de injusto y no el concepto beligniano completo de delito.

Pero no sólo la identidad conceptual ha de preservarse entre las diversas secciones que componen el Derecho Penal, sino que dentro de la misma categoría ésta ha de significar lo mismo. Tomemos como ejemplo el término antijuridicidad en su definición general; si aceptamos como definición de antijuridicidad la contradicción normativa de comportamientos humanos por su capacidad lesiva o peligrosa para bienes jurídicos⁽⁸⁾, ello tiene como consecuencia, ligado a la función preventiva del Derecho Penal, que se adopte un planteamiento ex ante de la antijuridicidad, es decir, un planteamiento en el que la lesión o daño en sí no sea suficientemente relevante para poder hablar de injusto típico, dado que sería necesario que tal daño fuera producto de un comportamiento humano que, al momento de ir a actuar el sujeto, debiera tenerlo presente. Pues bien, si este planteamiento resulta sustentable y preferible⁽⁹⁾, para que pueda hablarse de una concepción sistemáticamente correcta,

(7) Además de MIR, *Los términos "delito" y "falta" en el Código Penal*, en ADPCP, 1973, pp. 325 ss., cfr., ahora, sobre los conceptos legal y dogmático de delito en BUSTOS, PG, 1984, pp. 176 s.; LUZÓN, *Alcance y función del Derecho Penal*, en ADPCP, 1989, p. 21.

(8) Cfr., por todos, BUSTOS, PG, 1984, pp. 186 s.; OTTO, *Grundkurs*, 1988, p. 55; MIR, PG, 1990, p. 136.

(9) Cfr., con detalle, GIMBERNAT, *Delitos calificados por el resultado y causalidad*, 1966, pp. 99 ss.; el mismo, *El sistema de Derecho Penal en la actualidad* (1971), en *Estudios de Derecho Penal*, 1990, p. 174, n. 40; Arm. KAUFMANN, *Teoría de las Normas* (trad. E. Bacigalupo/E. Garzón), 1977, pp. 93 ss.; el mismo, en *Welzel-Fest.*, 1974, p. 393; LUZÓN, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, p. 253; STRATENWERTH, AT/1, 1981, pp. 70 s.; MIR, *Función*, 1982, pp. 65 ss.; el mismo, PG, 1990, pp. 142 ss.; BUSTOS, PG, 1984, p. 181; CEREZO, 1985, p. 319; WELZEL, *Derecho Penal*, 1987, pp. 50 s.; QUERALT, *Obediencia debida*, 1986, pp. 377 ss.; OTTO, 1988, p. 165 (antes ya en ZSTW (87), 1986, p. 565); BACIGALUPO, *Principios*, 1990, p. 112; RUDOLPHI, SK, 1990, intro a § 1, n. m. 17.

habrá que concluir que la irrelevancia per se del resultado será determinante para considerar de entre la doctrina y la jurisprudencia quiénes son seguidores consecuentes de este planteamiento y quiénes no, es decir, quiénes requieren la presencia de un resultado, confiriéndole una relevancia capital ⁽¹⁰⁾.

Una piedra de toque al respecto se da con la legítima defensa. En efecto, incluso entre quienes sostienen la configuración de la antijuridicidad que aquí se estima correcta, se afirma que una agresión es ilegítima y, por tanto, engendra la legítima defensa, si el que se ve agredido no tiene por qué soportar el ataque, incluso cuando éste no sea imputable a un comportamiento humano; otro sector, en cambio, es de la opinión contraria: la agresión ilegítima se dice desde la nota de la propia agresión ⁽¹¹⁾. Sin entrar ahora a terciar entre uno y otro planteamiento de la legítima defensa, no deja de ser cierto que sostener simultáneamente la, para entendernos abreviadamente, antijuridicidad ex ante y que procede la defensa cuando no se tenga el deber de soportar la agresión, supone una patente contradicción, pues en cada una de las situaciones se utiliza una concepción contrapuesta de dicha categoría delictual.

Valgan estos dos ejemplos, entre otros que pudieran mencionarse, para poner de manifiesto el intento, que estas líneas exteriorizan, de contribuir a una depuración conceptual. Ahora bien, esta depuración conceptual no lo es l'art pour l'art, sino orientada a la praxis y por ésta demandada. O dicho de otro modo: el edificio formal de la dogmática, si, aun teniendo el debido rigor intelectual, no tiene un horizonte práctico, está condenado al fracaso y no sólo al ostracismo entre los operadores jurídicos.

II. CONSECUENCIA: DOGMÁTICA Y PRAXIS

Llegados a este punto y antes de concluir este exordio a modo de intro-

(10) Así las cosas, entiendo que es totalmente suscribible la posición de MIR, *Función*, ²1982, pp. 67 ss.; el mismo, *PG*, ³1990, pp. 145 s., en el sentido de que el resultado puede condicionar la punibilidad, pero no el injusto, dado que el injusto no está integrado por el resultado; de este modo se marcan las diferencias entre el tipo legal, que sí incluye el resultado en la medida en que incluye todos los elementos relevantes para la punición de un hecho, y el tipo de injusto que contiene sólo lo que es susceptible de prohibición: la conducta humana; cfr., en sentido similar, STRATENWERTH, *AT/I*, ³1981, pp. 69 s.; BACIGALUPO, *Principios*, ²1990, p. 102. Por su parte, MAPELLI, *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, 1990, p. 93 —siguiendo a JAKOBS, 1983, p. 274 (ahora, ²1991, pp. 337 ss.)—, no considera que dichas condiciones formen parte del tipo legal penal, dado que parece criticar la imposibilidad de inclusión dentro del tipo de injusto dogmático, pues habla de *falta de significación penal de la imputabilidad subjetiva* (p. 91, s.o.).

(11) Con todo detalle, vid., LUZÓN (n. 9), pp. 200 ss.

ducción a lo que considero abarca el concepto de Derecho Penal, debo poner el acento sobre la idea central del párrafo anterior: *la relación entre pensamiento dogmático y práctica*. Ciertamente, ésta será siempre una relación llena de conflictos y, quizás, de no pocos malentendidos. Lo que está fuera de toda duda es la mutua necesidad de ambas facetas del quehacer humano. Típica obviedad es afirmar la necesidad de que la praxis disponga de un instrumentarium teórico y conceptual que le permita afrontar razonablemente el caso concreto; por otro lado, no es menos cierto —aunque esto, en ocasiones, se olvide— que no sólo ha de hacerse justicia en el caso concreto, sino que se ha de ser coherente con los casos análogos que el operador tenga, haya tenido o vaya a tener planteados ante sí o conozca que otro operador se encuentre, se haya encontrado o vaya a encontrarse ante situaciones igualmente análogas. La interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) así como, en buena medida, el principio de igualdad (art. 14 CE), imponen al operador tal coherencia consigo mismo y con el resto del sistema; en el bien entendido que el disenso o el autodisenso, si es advertido y, además, razonado y razonable, resultará inatacable⁽¹²⁾. No menos tópico y obvio resulta recordar que la dogmática, a diferencia de las ciencias exactas y formales, requiere de justificación, justificación que se computa en atención a su capacidad de conocer la realidad que se ventila ante los operadores y en su capacidad consecuente de formular vías de solución.

Pudiera objetarse desde posiciones, entiendo que acastilladas en la tradición, que la dogmática no necesita justificarse por su rendimiento, sino sólo por su profundidad y coherencia, es decir, por lo depurado de sus construcciones y por su pureza sistemática, que ha de ser ajena a contradicciones internas. Sin embargo, tal posible crítica sucumbiría a un doble orden de objeciones: por un lado, se pasaría por alto el carácter mismo de la dogmática como pensamiento problemático y, de otro, no se habría reparado en el carácter no formal, sino práctico del Derecho y, consecuentemente, de la Ciencia que lo estudia.

1) Dogmática y crítica

En relación a la primera de las dos eventuales objeciones, ha de afirmarse que, pese a su denominación y origen, la Teología⁽¹³⁾, la dogmática puede

(12) Cfr., por todas, SSTC 125/1986 —f.j. 1—, 27/1988 —f.j. 2—; vid., también, con un resumen de posiciones, OLLERO TASSARA, *Igualdad en la aplicación de la Ley y precedente judicial*, 1989, pp. 89 ss., REQUEJO PAGÉS, *Juridicidad, precedente y jurisprudencia*, en *REDC* (29), 1990, pp. 229 ss.

(13) Cfr. MEYER-CORDING, *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?*, 1973, p. 7; LUHMANN, *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (trad. I. de Otto), 1983, p. 17; por su parte,

ser entendida como una manifestación del pensamiento problemático. En efecto, la dogmática jurídica, a diferencia de la dogmática teológica, no busca el establecimiento de verdades o dogmas, y que, de otra parte, tienen que ver con la verdad revelada, sino que es el instrumento intelectual más refinado que poseemos para abordar el estudio, ordenación y crítica del Derecho Positivo. Y no puede ser objeto de la dogmática jurídica la formulación de verdades, toda vez que su método es el razonamiento y su objeto es un mundo normativo, producto también de un comportamiento intelectual y que, por tanto, no es susceptible de verificación empírica sino de convencimiento. De ahí que no siendo propiamente el Derecho un objeto empíricamente mensurable o abordable, la actividad intelectual que pretende dotar su estudio y, por ende, como se verá más abajo, su practicidad de sistemática, está directamente abocada a la crítica del sistema jurídico vigente en cada momento de las soluciones ofrecidas. Esta vertiente crítica de la dogmática jurídica, que pasa frecuentemente desapercibida, resulta, a mi modo de ver, fundamental⁽¹⁴⁾.

Ello se debe a que el método de ordenación que emplea la dogmática no es otro que el del razonamiento. Dado que sus afirmaciones, o mejor dicho, sus conclusiones, no pueden ser, por lo general, demostradas empíricamente, sólo la capacidad de convicción mediante unas reglas de razonamientos que excluyan torcimientos del mismo y fomenten su controlabilidad externa puede ser admitida⁽¹⁵⁾. No se trata, pues, de razonamientos falsos o verdaderos, sino de razonamientos absurdos, convincentes o más convincentes. No es éste, desde

(...) NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, 1974, p. 17, al recordar que el dogma tiene que ver con la fe; sin embargo, como acertadamente señala ZULETA PUCEIRO, *Paradigma dogmático y Ciencia del Derecho*, 1981, p. 14, cada etapa histórica tiene su propia dogmática, y la actual se encuentra ligada al positivismo (*op. cit.*, pp. 15 ss.; NINO, *op. cit.*, pp. 21 ss.; aunque, ciertamente, como modo de sistematización arranca de la Escolástica medieval; así MEYER-CORDING, *op. cit.*, p. 9), habiendo perdido su carácter de intento de racionalizar la verdad revelada para los creyentes.

(14) Vid., al respecto, STAMPA BRAUN, *Introducción a la Ciencia del Derecho Penal*, 1953, pp. 104 ss.; GARCÍA-PABLOS, *Reflexiones sobre el actual saber jurídico-penal y criminológico*, en *RGLJ* (1981), p. 150. De ahí cabe seguirse que las conclusiones a las que llega el dogmático pueden divergir de las de otro, siendo esta divergencia una consecuencia del pluralismo actual; así, MEYER-CORDING (n. 13), 1973, p. 18. De este modo, las críticas a la dogmática por pretender presentarse como un instrumento neutro, dejan de tener sentido si el dogmático descubre todas sus cartas; vid., un resumen de estas críticas en GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?* (1971), en *Estudios*, 31990, pp. 158 ss.; LAMARCA, Posibilidades y límites de la dogmática penal, en *CPC* (33), 1987, pp. 532 ss.; por ello MIR (*Introducción a las bases del Derecho Penal*, 1976, pp. 301 ss., *Dogmática creadora y política criminal*, en *RJC*, 1978, pp. 661) exige la explicitación del fundamento político del dogmático.

(15) Cfr. MIR, *Sobre la posibilidad y límites de una Ciencia social del Derecho Penal*, en *Derecho Penal y ciencias sociales* (S. Mir ed.), 1982, p. 22; ALEXV, *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. M. Atienza/I. Espejo), 1989, p. 253.

luego, el lugar para entrar en la discusión de la teoría de la argumentación; sin embargo, sí ha de resaltarse algo de extremo interés: a la vista de que un razonamiento puede ser desbancado o corroborado por otro razonamiento, *la conclusión obtenida siempre es frágil y provisional*. Y lo es hasta tal punto, tal ha de ser la modestia del dogmático, que ni tan sólo de verdades provisionales, al modo en que se habla en el mundo de las ciencias experimentales, puede hablarse en dogmática jurídica. Incluso, las ciencias formales, como las matemáticas, que no requieren de verificación empírica, pueden ver desplazadas sus hipótesis por otras nuevas basadas, eso sí, en nuevos cálculos, es decir, en procesos plenamente formalizados que permiten un control extrasubjetivo independiente de la empatía del operador ⁽¹⁶⁾. Esto, desde luego, no ocurre con las formulaciones dogmáticas, en las que, junto a la mejor o peor calidad de los razonamientos empleados, la empatía del receptor del mensaje que contiene el razonamiento es esencial para la creación del consenso. Éste, no se olvide, incluso en el ámbito científico, es fruto primigenio de un concierto de voluntades y no tanto de calidades intelectuales.

Siendo, pues, tan frágil la conclusión dogmático-jurídica, no puede extrañar a nadie que tanto en su formulación como en la propuesta de superación de una nueva conclusión el *pensamiento problemático* represente un papel preponderante, dado que estamos siempre ante cuestiones permanentemente abiertas: fluidez —o, según se mire, inestabilidad— que es hija, también, del hecho de la propia fluidez del ordenamiento jurídico y de los procesos sociales en los que incide o ha de incidir. La vía por la que ha de entrar la problematización de las conclusiones obtenidas es la de la crítica, es decir, enjuiciamiento y ponderación, del ordenamiento objeto de estudio, entendiendo por ordenamiento algo —si no vivo, que es mucho decir—, sí dinámico; por tanto, las resoluciones judiciales habrán de ser consideradas en idénticos términos, es decir, críticamente, a como lo son las normas legales en la medida que aquéllas cierran puntualmente el programa que éstas configuran.

2) Dogmática y realidad

Otra razón a la que se aludía más arriba para no dejar de abogar en favor de la validez del método dogmático era su *conexión ineludible con la realidad*;

(16) Lo decisivo es, pues, la posibilidad de generar consenso; cfr. MEYER-CORDING (n. 13), 1973, p. 20: el consenso mismo sustituirá a la Ley (p. 19), que es a quien corresponde guiar los problemas sociales; sin embargo, la dogmática tiene función de ayuda para quien, en definitiva debe tomar la decisión, es decir el juez (p. 18). O lo que es lo mismo, la diferenciación de soluciones enriquece la decisión a adoptar; así, LUHMANN (n. 13), 1983, pp. 40/1.

y con ello, además, daremos respuesta a la segunda posible objeción a una dogmática orientada a la praxis.

La razón de que esta orientación sea obligada y no una opción censurable reside, a mi juicio, en el objeto mismo de la dogmática. Éste no es otro que el ordenamiento vigente; y el ordenamiento jurídico, en tanto que realidad social, es un objeto fluido, variable, flexible y en constante modificación: es todo lo contrario de un fenómeno estático y permanentemente invariable. Ello tiene como consecuencia que el dogmático al encarar una determinada institución deba, no sólo analizar su vertiente formal, es decir, el conjunto de reglas que la norma, sino, además, su vertiente de plasmación real, es decir, su desarrollo ante los tribunales u otros operadores jurídicos. Ahora bien, dado que los tribunales confrontan retazos de la vida real misma con el ordenamiento preexistente, no es de extrañar que, superada la estabilidad normativa que subsiguió a la codificación y reconocida la inestabilidad social, que hace del conflicto el motor de la sociedad, el legislador sea mucho menos remiso a actuar que antes y dé respuestas constantes, en ocasiones de modo casi interactivo, o en otras se mantenga y porfíe en su silencio o formulaciones vituperadas —lo cual es indudablemente una respuesta, poco clara y tácitamente polisémica, pero respuesta al fin y a la postre—. Con lo cual, *si el propio objeto de estudio y de sistematización es cambiante, sería un absurdo intentar diseñar una dogmática que no fuera igual de flexible y sensible a la fluidez de su objeto*. Y es más: ante esta mutación normativa —legislativa⁽¹⁷⁾ y jurisprudencial⁽¹⁸⁾— sería censurable que el científico del Derecho no confeccionara sistemas útiles para el encauzamiento de las demandas sociales, entiéndase de aquellas demandas que suponen un desarrollo del sistema jurídico-social, no su amputación o vuelta atrás.

Así las cosas, la ineluctable relación del *sistema teórico* con la realidad social hace que aquél deba ser sometido a una *evaluación de su rendimiento*. Y ello es así, por la sencilla razón de que supondría un contrasentido la creación

(17) El que haya que legislar sobre nuevos aspectos sociales, es decir, el que nos hallemos ante una laguna, es una cuestión que no puede i) afirmarse apodícticamente e ii) el recurso al Derecho Penal, caso de existir la laguna, no es a fortiori el mejor remedio; nos hallamos, en una palabra ante la huida hacia el Derecho Penal. A este respecto, y en relación con la última reforma sufrida por el CP, la LQ 9/1991, sobre tráfico de influencias, hay que preguntarse si todos los tipos reformas y/o introducidos eran necesarios desde un punto de vista sistemático y si, desde una perspectiva político-criminal no era más correcto acudir a otros mecanismos de transparencia en la gestión pública.

(18) La mudanza jurisprudencial, si por tal se entiende la casacional es, por demás, muy significativa cuando se carece de criterio respecto al significado del propio precedente y a la interdicción de la arbitrariedad; recuérdese, a este respecto, recientes resoluciones sobre accesos carnal intimidatorio que han recibido varias calificaciones, en principio, contrapuestas.

de un instrumentarium intelectual exclusivamente teórico, es decir, formal, elaborado a partir de un objeto esencialmente práctico como es el Derecho. De todo lo dicho, pues, se deduce, en mi opinión, *una exigencia de rentabilidad social al pensamiento teórico*. Ello no supone, claro está, que toda construcción doctrinal haya de tener un reflejo práctico; ello es literalmente imposible, a la par que innecesario e indeseable. Lo que se pretende derivar de lo antedicho es que la mera construcción teórica en sí misma resulta poco satisfactoria si no tiene en su origen o como meta echar luz sobre un problema real y no un metaproblema o cuestión exclusivamente especulativa. Esa tendencialidad práctica, entiendo, ha de estar presente en cualquier construcción dogmática por elevado que sea su nivel teórico, puesto que, de lo contrario, no podrá incidir en la transformación del ordenamiento, ya sea en el nivel legislativo ya sea en el nivel jurisprudencial.

III. EL DERECHO PENAL COMO DERECHO DEL SISTEMA PENAL

Visto lo que antecede, me parece consecuente no limitar, de entrada, el ámbito normativo que debe ser calificado de Derecho Penal, es decir, lo que convencionalmente se entiende por Derecho Penal objetivo o *ius poenale*.

En efecto, si bien más abajo habrá que centrarse en el concepto académico que en España se le da al Derecho Penal, no es menos cierto que si tal no se aborda desde la perspectiva más amplia de la normativa del sistema penal, se corre el riesgo de incurrir en un formalismo excesivo, desligando de la realidad la concepción de las diversas instituciones que forman el Derecho Penal en su vertiente académica.

Aunque hayan de ser tomadas cum grano salis los intentos de introducir en el sistema jurídico lo que lato sensu cabría calificar de parámetros sociológicos, dado el riesgo de desdibujamiento de las garantías que comportaría, no es menos cierto que el Derecho forma parte de los sistemas sociales, en la medida que coadyuva a la dinámica de la convivencia comunitaria con su pretensión de regular y solventar desde parámetros de justicia las relaciones y los conflictos interpersonales y, por decirlo de un modo gráfico, orgánico-políticos. Siendo así las cosas, el Derecho Penal, desde el punto y momento en que versa sobre la protección de bienes individuales y colectivos esenciales, y desde el punto y momento que lo hace afectando bienes personales de pareja intensidad, es el sector jurídico que más fácilmente cabe entender sensible a su función social.

A la vista de ello no es de extrañar que empiece a ser moneda común el que, no sólo monografías o artículos científicos, sino también los manuales y tratados de nuestra disciplina, inserten el Derecho Penal como un elemento —no interesa ahora la importancia que se le atribuya dentro del conjunto— que integra lo que se denomina, tan plástica como vaporosamente, control social ⁽¹⁹⁾. Ahora bien, la significación de esta resituación del Derecho Penal dentro de la epistemología social, en sí misma interesante mientras no comporte un desleimiento del haz de garantías tan trabajosa como secularmente confeccionado, debe traducirse en el abandono de un enfoque poco interdisciplinario del objeto de estudio.

No me refiero a que resultaría impensable abordar el estudio dogmático del Derecho Penal sin contar con el concurso imprescindible de la Criminología, de la Sociología e, incluso, de la Criminalística, o de otras Ciencias Sociales como la Psicología Social, la Economía Política o Financiera, sino que al insertar el Derecho Penal dentro del subsistema de los controles sociales formalizados ⁽²⁰⁾, cabe esperar un replanteamiento del concepto tradicional del Derecho Penal. La *interdisciplinariedad*, que es del todo indispensable, no opera el cambio al que se alude aquí, porque permite, pese a todo, seguir considerando el Derecho Penal, al modo habitual, como Derecho formalmente destinado a determinar las penas y los delitos. Sin embargo, al inscribir el Derecho Penal dentro de los mecanismos de control social se opera una mutación significativa en el propio concepto de este sector del ordenamiento jurídico; en efecto, pasa

(19) Sobre el sistema de control social en el que se incluye el control formalizado que presenta el Derecho Penal, cfr., por todos, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción* (n. 1), 1989, pp. 113 ss.; con amplias referencias bibliográficas.

(20) Sin ser éste el lugar para polemizar respecto a las diversas concepciones de lo que haya que entender por control social (vid., desde una perspectiva crítica, BUSTOS, *Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología*, en BERGALLI y BUSTOS dirs., *El pensamiento criminológico*, II, 1983, pp. 11 ss. (32); MUÑOZ CONDE, *Control social y Derecho Penal*, 1985, pp. 37 ss.), lo cierto es que en todo caso aquél se presenta como el fruto de Leviatán omnipotente e inaccesible, que, en definitiva, reduce a los hombres a la calidad de peones, o lo que es peor, de juguetes. Ciertamente existen motivos y experiencias personales más que sobradas para pensar y argumentar así; pero no es menos cierto que, paradójicamente, la formalización y normalización del poder comporta un acceso inusitado —e impensable hace pocos lustros— de esos mismos peones o juguetes a las instancias sociales de control, es decir, del poder. El entrecruzamiento social es tan complejo que las explicaciones lineales tienen cada vez menos peso en cuanto se desprenden —las que alguna vez la tuvieron— de su brillantez formal. O dicho de otro modo: *el tema no es el del control social, sino de quién controla al control social*: si se produce, con todas las insuficiencias que se quiera, pero se produce, una interacción entre controladores y controlados, la carga, ciertamente poco grata que hace del control social un estigma, puede empezar a ser entrevista de otro modo.

a primer término el *Derecho del sistema penal*, es decir, el Derecho que contempla los delitos y las penas como un todo social.

De esta suerte, lo que se entiende tradicionalmente por *ius poenale* sólo constituye una parte, la central ciertamente, que sateliza las demás, pero no la única. Así las cosas, la denominación Derecho Penal cabe ser utilizada en *dos acepciones*, una *amplia* y referida al Derecho que regula el sistema penal, y otra *estricta* o tradicional que se refiere, exclusivamente, a uno de los elementos de dicha esfera normativa ⁽²¹⁾. Ello nos lleva a que bajo el rótulo de Derecho Penal, en sentido amplio, haya de acogerse, no sólo al Derecho Penal en sentido estricto, sino al Derecho procesal penal, al Derecho policial y al Derecho penitenciario, como mínimo ⁽²²⁾.

Ciertamente, saber *qué se castiga* y *con qué*, siendo esencial, se presenta como insuficiente para establecer cuál es la respuesta jurídica al delito, al menos frontalmente. Es también necesario saber *cómo*, es decir, sirviéndose de qué métodos, se castiga, y cómo se seleccionan las conductas típicas en la práctica. De lo contrario no obtendremos una imagen realista del sistema jurídico que se opone al delito, con lo que, al descuidar otros sectores normativos interdependientes, se corre el riesgo de actuar en el vacío y caer en el formalismo, por más que las construcciones dogmáticas sean, desde el punto de vista conceptual, dignas de elogio.

En suma, si el Derecho constituye un sistema más o menos logrado de reglas prácticas para solventar conflictos y encauzar la convivencia desde perspectivas valorativas, es decir, desde la pretensión de justicia, la Ciencia que lo estudie, tanto en su conjunto como sectorialmente, no puede desprenderse de esa nota de vocación de practicidad. Y esta nota viene dada no, como ya se ha anunciado antes, por la obligación de ofrecer siempre y en todo momento soluciones hácibles ante problemas concretos, sino teniendo en el punto de mira que el Derecho Penal, tanto en sentido amplio como restringido, es la respuesta

(21) Vid., con toda claridad, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, 1989 (n. 1), pp. 122 ss., 133 ss.; sobre la importancia del Derecho policial dentro del sistema penal, vid. BUS-TOS, *El control formal: policía y justicia. La instancia policial*, en *El pensamiento criminológico*, II, 1983 (n. 20), pp. 65 ss.

(22) Y digo como mínimo, puesto que, como por otro lado resulta obvio, no son impensables incursiones o entrecruzamientos con otros sectores normativos como el Derecho Civil (inimputables, menores, su acogida, guarda y custodia, tanto como prevención del delito como consecuencia del mismo, resulten aquéllos o no sus sujetos activos); Derecho social (prestaciones, contribuciones a la inserción social —educación especial o no, de recuperación, vacaciones, alojamientos, rehabilitación—); Derecho administrativo (reordenación y rehabilitación urbana, concesión de licencias y permisos para determinadas actividades, consumo); etc.

estatal a una conducta disfuncional socialmente que calificamos normativamente de delito ⁽²³⁾. Desde este punto de vista, el Derecho Penal debe de estar orientado —y la Ciencia que lo estudia y desarrolla con igual o mayor interés— a ese nuclear fin. De ahí que un planteamiento exclusivamente formal de la asignatura esté destinado al fracaso: ni motivará su desarrollo académico ni tendrá relevancia social digna de interés.

Dicho lo que antecede, puede abordarse al modo académico tradicional el concepto del Derecho Penal. Abordar en profundidad una teoría del concepto del Derecho Penal global, del que aquí se parte, supondría un esfuerzo que resultaría desproporcionado a los efectos que este trabajo ha de servir.

(23) La colaboración por íntima que sea entre la ciencia del Derecho Penal y otras ciencias sociales no debe pasar por alto que lo que es delito lo determina el Derecho Penal y que sólo es lo que puede ser considerado delito; otra consideración sería constitucional y científicamente errónea. Ello no quita para que el legislador tenga en cuenta los análisis de la desviación para formular sus prescripciones legislativas, tanto en el sentido de ampliar como de reducir el catálogo de tipos penales.

ANOTACIONES EN TORNO A LAS RECIENTES MANIFESTACIONES LEGISLATIVAS SOBRE PROCESOS PENALES SIMPLIFICADOS O ACELERADOS

JOSÉ ANTONIO MARTÍN Y MARTÍN

MAGISTRADO
PROFESOR DE DERECHO PROCESAL

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. SOMERA REFERENCIA HISTÓRICA.
- III. REFORMAS PRACTUALES
 - a) El Code de procedura penale de 23 de diciembre de 1958.
 - b) La Ley alemana de 9 de diciembre de 1974.
 - c) Las reformas españolas de 1957, 1959, 1962, 1967 y 1980.
- IV. LA RECOMENDACIÓN R (87) DEL CONSEJO DE EUROPA
SOBRE SIMPLIFICACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL
 - a) Principio de Oportunidad.
 - b) Procedimientos sumarios.

- c) Procedimientos simplificadores.
- d) Transacción extrajudicial.
- e) Simplificación del procedimiento ordinario.

V. EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL DE PORTUGAL DE 17 DE FEBRERO DE 1987.

VI. EL CODICE DI PROCEDURE PENALE DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 1988 Y SUS PROCEDIMIENTOS SIMPLIFICADOS

- a) Juicio directísimo.
- b) Juicio inmediato.
- c) Juicio abreviado.
- d) Procedimiento de aplicación de pena a instancia de parte.
- e) Procedimiento por decreto.

VII. LA SIMPLIFICACIÓN ESPAÑOLA DE LA LEY ORGÁNICA 7/1988, DE 28 DE DICIEMBRE: EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

- a) Reconocimiento de hechos en fase de instrucción o juicio “per saltum”.
- b) Conformidad con acusación provisional en fase intermedia.
- c) Conformidad en juicio oral.
- d) La conformidad prestada en Fiscalía y el Consenso o transacción obtenido entre acusación y defensa.
- e) Celebración del juicio en ausencia del acusado.

VIII. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

En todo tiempo y lugar el proceso penal tuvo siempre especial preocupación, y por ello mismo un destacado observador como lo fue MONTESQUIEU no dudó en afirmar categóricamente que la regulación del proceso criminal es lo que más interesa al género humano.

Mas, en los tiempos actuales, donde la preocupación por los derechos humanos de carácter fundamental, no se conforma con hacer un expreso enunciado o catálogo de los mismos, sino que procura garantizarlos para que sean realmente efectivos, esa preocupación por el proceso penal puede decirse que alcanza las máximas cotas.

En efecto, los derechos internos de los países más avanzados se ocupan en las más diversas formas, de garantizar dichos derechos fundamentales, y se suscriben convenios internacionales a ellos dedicados, con influencias recíprocas. Tal es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos, hecha por la ONU el 10 de diciembre de 1948 y del Convenio Europeo de 4 de noviembre de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por un lado, y de preceptos constitucionales de los países suscriptores como el art. 10.2 de nuestra Constitución de 1978, por otro, donde los primeros se incorporan a las normas externas.

De dichas previsiones, y en evitación de ser excesivamente exhaustivos, bástenos reproducir dos preceptos: El art. 6 del citado Convenio en cuanto comienza diciendo:

TODA PERSONA TIENE DERECHO A QUE SU CAUSA SEA OÍDA EQUITATIVAMENTE, PÚBLICAMENTE Y DENTRO DE UN PLAZO RAZONABLE, POR UN TRIBUNAL INDEPENDIENTE E IMPARCIAL...

Y el artículo 24 de nuestra Constitución, en que tras proclamar que todos tienen derecho a la tutela judicial efectiva, prosigue que “**TODOS TIENEN DERECHO AL JUEZ ORDINARIO PREDETERMINADO POR LA LEY, A LA DEFENSA Y A LA ASISTENCIA DE LETRADO, A SER INFORMADO DE LA ACUSACIÓN FORMULADA CONTRA ELLOS, A UN PROCESO PÚBLICO SIN DILACIONES INDEBIDAS Y CON TODAS LAS GARANTÍAS...**”.

En armonía con ello, aunque también desde tiempos pretéritos, fue constante el interés en procurar que el proceso penal se demorara lo menos posible, sin merma de las garantías que le son propias, aunque esa prontitud lejos de alcanzarse se aprecia cada vez como algo más remoto y generalizado, hasta el punto de que el Consejo de Europa, haciéndose eco de ello, en la reunión del Comité de Ministros de 17 de septiembre de 1987 adopta una recomendación en pro de la simplificación del proceso penal, a impulsos de la cual surgen nuevos textos legales como los códigos procesales de Portugal e Italia, y hasta nuestra Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, que adoptan diversas modalidades procedimentales en pos de la aludida aceleración o simplificación del proceso penal.

De ellas precisamente nos vamos a ocupar preferentemente, aunque al propio tiempo sin omitir otras manifestaciones surgidas con anterioridad, tanto en el campo de nuestro derecho positivo como en el del derecho comparado más inmediato en nuestro entorno, pues aunque aquellas manifestaciones de los nuevos códigos aludidos son las más recientes, algunas, como veremos, son reproducción o retoques de otras preexistentes, confirmando la lección histórica de que en el saber en general, y en el saber jurídico en particular, muy poco surge por generación espontánea.

II. SOMERA REFERENCIA HISTÓRICA

Sin otro propósito ahora que dejar constancia de algunos hitos más destacables, y dejando aparte el sistema angloamericano que en gran medida mantiene una singularidad muy peculiar no exenta de interinfluencias, en lo que a nuestro ámbito continental europeo respecta, tras la etapa un tanto simplista del sistema acusatorio puro análogo al proceso civil de exclusiva instancia de parte o justicia rogada, con su derivación a fórmulas de persecución penal sin necesidad de acusación ante delitos flagrantes, en el Bajo Imperio Romano, y la implantación del sistema inquisitivo, donde la iniciación y persecución del delito se posibilitó con la mera delación y la difamatio —adoptada inicialmente por los tribunales eclesiásticos para sus competencias peculiares en materia de herejías, brujerías, entre otros, y luego generalizado en los tribunales del poder secular absoluto—, con las notas de secreto, escritura, prueba tasada y doble instancia, y la confusión en las funciones de acusador y juzgador, que se tradujo en una evidente ausencia de garantías para quien era sometido a juicio, como

pusieron de manifiesto los pensadores de la Ilustración, fue la Revolución Francesa de 1789 la que, en evidente afán renovador, rompiendo con todo lo anterior, estableció nuevamente el sistema acusatorio puro, dejando que el proceso penal se iniciara únicamente cuando los afectados por el delito así lo solicitaran, para desenvolverse ante tribunales populares, en juicio público y oral, con libre valoración de las pruebas y en sentencia inapelable.

Mas, dicha solución extrema, que acarreó una lamentable situación de impunidades, acrecentadas con las violencias de tal época revolucionaria, aconsejó poner freno a ello y en su consecuencia se ideó una fórmula intermedia entre aquellos sistemas acusatorio e inquisitivo, de tal forma que inicialmente el proceso penal lo comenzara el Juez de oficio, ante la mera noticia del crimen, para desplegar bajo su dirección una actividad de averiguación (instrucción) y de adopción de las oportunas medidas cautelares (prisión o detención, provisionales, embargos, etc.) tendentes a asegurar el resultado del juicio, y luego proseguir en una segunda fase ya de plena contradicción de las partes acusadoras y de defensa, en juicio oral y público, con inmediación en la práctica de las pruebas, libre valoración de su resultado y sentencia en única instancia.

Ello es lo que conforma lo que ha venido denominándose sistema mixto o acusatorio formal, desde el Code D'Instruction Criminale francés, de 17 de noviembre de 1808, seguido luego por los Códigos italiano de 1865 y alemán de 1877, entre otros muchos, y sobre todo en nuestras Leyes de Enjuiciamiento Criminal, tanto la de 1872 como la aún vigente de 1882, que se separaron así de las viejas normas inquisitoriales de la Novísima Recopilación de 1805, tras los tímidos intentos renovadores anteriores, como los del Reglamento Provisional de 26 de septiembre de 1835 y la Ley Provisional de 19 de marzo de 1848, refundida en 9 de junio de 1950 (ante la unión entonces de la reforma penal y procesal, que luego derivó en la unión de lo procesal y orgánico).

Nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 se adhiere, pues, al modelo francés del sistema mixto, correspondiendo la fase de instrucción a los Jueces de tal nombre, y el juicio oral a las Audiencias (a partir de 1894 denominadas "Provinciales"), mientras que entre ambas se produce una fase intermedia donde se valora el resultado de la instrucción, para decidir si se confirma o revoca su conclusión y si se accede a la apertura del juicio oral que necesariamente ha de solicitar la acusación, cuya fase se asigna también como competencia de las propias Audiencias, quienes conocen asimismo de los recursos contra las resoluciones dictadas por los jueces de instrucción. Tal esquema, como hemos dicho, fue análogo en los códigos procesales europeos, como el italiano y el

alemán, sin perjuicio de que en cada uno de ellos existan ciertas singularidades, que en nuestro caso, precisamente las hemos de encontrar sobre todo en la acción popular y en el auto de procesamiento.

La acción popular nuestra, o pública, como también la denomina la ley, implica que cualquier ciudadano español y por tanto sin que ello sea monopolio del Ministerio Fiscal, como ocurre en nuestros vecinos europeos, puede ejercitarla mediante la interposición de una querrela, ante cualquier delito que no esté por ley reservado sólo a la instancia del ofendido o perjudicado por él, constituyéndose en parte y deduciendo en su momento la petición de apertura del juicio oral y la formulación de la correspondiente pretensión punitiva (acción penal que desde luego no se corresponde con la esencia de la acción civil en cuanto ejercicio de derecho subjetivo y poder de disposición del objeto procesal, y que ha llevado a decir a autores como Vázquez Sotelo que “la acción penal siendo de todos no es en realidad de nadie, lo que es casi tanto como decir que propiamente hablando no es acción o al menos en el sentido y alcance de la acción procesal en el ámbito del derecho civil o mercantil”, cuando no a ser concebida como un derecho meramente formal de acusar, como concluyó resolviendo la diferenciación de ambas acciones Gómez Orbaneja), posibilidad ciudadana que llevó a afirmar a Alimena que hacía que el proceso penal español era el más perfecto de Europa.

El auto de procesamiento, por su parte, supone la resolución a dictar por el Juez director de la instrucción, encaminada a indicar a la persona frente a la que aprecia la existencia de indicios racionales de criminalidad, como literalmente expresa nuestro artículo 384 (o de indicios de participación en la comisión de hecho reputado punible, como matiza Prieto Castro), que el procedimiento va directamente contra ella, y de ahí que al implicar una imputación formal que pese al secreto del sumario, hace el juez, si bien ello es una clara reminiscencia del sistema inquisitivo (que muchos criticaron desfavorablemente, reprochando incluso que fuera una declaración jurisdiccional, como Ruiz Gutiérrez), tuvo en cambio la gran utilidad no sólo de ir contra aquel inicial secretismo sino el propiciar desde la instrucción misma el derecho de defensa, instando nuevas diligencias e interesando la pronta terminación, por todo lo cual Fenech reconociendo que era institución que tenía mala prensa lejos de pedir su supresión sólo propuso que se le cambiara de denominación, lo que, como luego veremos, no se hizo en las reformas posteriores y en cambio se ha sustituido por una ambigua imputación que posibilita sin más la acusación en trámite de preparación de juicio oral, que antes, sin el procesamiento previo, no era posible.

Al propio tiempo, junto a lo que de hecho la práctica y los estudiosos pasaron a denominar enseguida procedimiento ordinario, se previenen en los diferentes textos legales, fórmulas más sencillas o rápidas, a modo de lo que en la terminología actual se denominan procedimientos simplificados o acelerados, que además ocuparon gran parte de las reformas posteriores, como veremos enseguida. En nuestra centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal se articula por un lado la conformidad con la calificación provisional y la confesión en el instante inicial de las sesiones del juicio oral (condicionadas a que en ambas se tratara de pena correccional o prisión menor, de que coincidieran procesado y letrado defensor y que el Tribunal no estimara necesaria la celebración del juicio), en lo que como matiza Gimeno Sendra constituyen un allanamiento y un allanamiento-confesión o conformidad plena, por ser no sólo sobre la petición de pena sino también sobre los hechos que la fundamentan, y por otra, dentro de lo que en el Libro IV se denominan procedimientos especiales (que en puridad constituyen meras especialidades procedimentales, por razón de las personas o del objeto, además de aspectos parciales como la situación de rebeldía y la extradición), se regula lo que entonces se denominó procedimiento para los casos de flagrante delito, en que como escribe Fenech estaba ya despejada la incógnita del autor del hecho, aunque en su normativa se desaprovecha la oportunidad de una auténtica aceleración, y se mantiene el esquema ya visto de sumario y juicio oral, y sólo se introducen algunas modificaciones del procedimiento ordinario.

III. REFORMAS PRACTUALES

De las múltiples reformas que a los textos legales aprobados en el siglo pasado se han ido produciendo a lo largo del presente, especial atención merecen las reseñadas reformas procesales francesa y alemana. La primera, a los ciento cincuenta años de su Code d'Instruction criminelle, porque en esencia implica pese a todo la diferidad al comentado sistema mixto o acusatorio formal que acuñó el Code derogado, y la alemana porque tras otras reformas parciales anteriores, cambia la figura del juez instructor por la del fiscal, bajo la influencia norteamericana, aunque como escribe Almagro Nosete "todo ello asimilado dentro de ordenada y meticulosa regulación al modo germánico".

a) *El Code de Procedure Penale de 23 de diciembre de 1958*. El Código francés de 1958, relativo tanto al aspecto procesal como a la organización

judicial, como el de 1808, partiendo de una inicial actividad preparatoria del Ministerio Fiscal (cuyos miembros pertenecen también a la magistratura, con destinos indistintos, conocidos como magistrados de “parquet”, con subordinación jerárquica incluso, pero con total independencia en el juicio oral), que a su vez puede tener una indagación preliminar a cargo de sus auxiliares la Gendarmería y la Policía Nacional, si dicho Ministerio no acuerda el archivo susceptible de reabrir, ha de optar entre pedir la citación directa, sin instrucción, ante el Tribunal de Policía o Tribunal Correccional, o plantear una requisitoria introductoria al Juez para que inicie la instrucción, en los casos de delitos más graves, siendo entonces este Juez de Instrucción —designado entre los que forman el Tribunal de gran instancia— el que dirige la investigación y adopta las medidas cautelares que procedan, con recursos de apelación ante dicho Tribunal. Terminada la instrucción, y caso de que el juez no opte por el sobreseimiento y por la remisión del tema al Tribunal de Policía o Correccional, pasan las diligencias a la *Chambre d’accusation* (como sala especial formada en el Tribunal de apelación), que constituye una de las novedades del Código que comentamos, en cuanto que dicha sala resuelve sobre la prosecución del procedimiento y con ello enjuiciando la acusación, en total separación tanto del instructor como del tribunal que ha de fallar en escueta sentencia no necesitada de motivación, que lo será caso de proseguirse, la *Cor d’assise* o tribunal de Jurado, donde se desarrolla el juicio público, oral y plenamente contradictorio, en única instancia de los crímenes que juzga, sin perjuicio del recurso extraordinario de casación (jurado mixto o escabinado, de 9 legos y 3 magistrados, tal como se estableció desde 1941).

Junto a ello, se previene en el artículo 63, en favor de todo perjudicado, la deducción de “*plainte*” o queja, y constituirse en parte civil desde la fase de instrucción, con lo que de alguna manera se mitiga al monopolio de la acción penal del fiscal, pues de esa forma la víctima puede tomar la iniciativa y constituirse en parte sin esperar al fiscal, con derechos tales como a tomar conocimiento de los autos, a ser informado de las resoluciones que adopte el Juez y hasta a ser asistida por un abogado cada vez que sea llamada a presencia judicial. Ante ello, en cierta medida, la constitución de la víctima en parte civil tiene como consecuencia que promueva tanto la acción pública de acusación como la civil de resarcimiento, como matiza André Vitu.

En cuanto a los procedimientos acelerados, el nuevo código francés regula fundamentalmente dos, aunque ambos no son desde luego para los delitos más graves o crímenes (castigados con penas de privación de libertad de cinco

a veinte años hasta a perpetuidad, tras la supresión de la pena capital en 1981). El primero de esos procedimientos comprende los delitos correccionales flagrantes (de 2 a 5 años), que pueda incluso consistir en la inmediata presentación del delincuente ante el Tribunal Correccional el mismo día de la comisión de los hechos, si aún estuviera el tribunal celebrando audiencia, y dictar sentencia seguidamente, si el tribunal no decide concederle un plazo para que prepare la defensa. El segundo constituye un procedimiento sumamente simplificado, aplicable a la mayoría de las faltas o contravenciones, denominado “d’ordonnance penale”, competencia del juez de los Tribunales de Policía, quien resuelve a la vista del atestado y sin necesidad de convocar al implicado, aunque sólo imponiéndole una pena de multa (no prisión ni suspensión del permiso de conducción), para ser luego notificada la resolución a dicho implicado o sospechoso, el cual de no estar conforme con pagar la multa acordada puede formular oposición y entonces la causa será juzgada por el procedimiento ordinario. Este procedimiento por orden penal, está inspirado en un análogo de técnica alemana vigente en Alsacia y Lorena en 1918 —también subsistente en la nueva Ordenanza que enseguida veremos— y en el procedimiento por decreto italiano, originariamente competencia también para las faltas, del Pretor, ampliado desde 1930 también a los delitos competencia del mismo, y que en el nuevo Código italiano se potencia particularmente, como también veremos luego, aunque en ambos casos referido siempre a sanciones pecuniarias, bien como pena principal o como pena sustitutiva.

Finalmente en el Código francés y en reformas posteriores se recogen algunas otras modalidades, como el procedimiento en rebeldía en la cour d’assises, y el de en ausencia para los delitos y faltas que sólo miran a ese aspecto particular, que no obstante puede concluir hasta con sentencia condenatoria (a diferencia del sistema alemán y el nuestro originario de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y el denominado sistema de “l’amende forfaitaire” para faltas de seguridad de tráfico.

b) *La Ley alemana de 9 de diciembre de 1974*. La reforma alemana, la strafprozeornugn, de la Ley de 1974, de aceleración por interés social como comenta Pedraz Penalva, implica como ya adelantamos, concebir al Fiscal como señor del sumario, nos dice también dicho comentarista, de forma que abandonando el esquema mixto francés, hace recaer en el Fiscal la obligación de investigar, auxiliado también por la policía, en lo que constituye un procedimiento preparatorio, “desde que existe la sospecha de la comisión de un acto que pueda revestir caracteres de delito” como dice el párrafo 160, para que

tras ella el Fiscal, que ostenta el monopolio de la acción penal desde la denominada pequeña reforma de 1964, decida si hay que acusar o no, además de recoger y examinar todo el material probatorio y averiguar las circunstancias del hecho, recogiendo todo lo favorable y adverso, con facultades incluso de adopción de medidas cautelares o coactivas en casos urgentes (tales como el examen de libros, documentos y correspondencia, y hasta enajenar objetos ocupados que no pueden conservarse), mientras que el registro incautación y las prisiones están reservadas al juez que ha de interesar el Fiscal, de los que componen el Tribunal del Land (Landgericht), juez investigador cuyo cometido se limita a comprobar la legalidad de la medida de coerción que solicita el fiscal, sin que pueda por tanto de oficio acordarla, como comenta Gómez Colomer.

Luego, tras esa fase de investigación, si el Fiscal no decide el archivo, y ejercita la acción penal formulando la acusación, se inicia una fase jurisdiccional un tanto equivalente a nuestra fase intermedia, en que el tribunal decide sobre la consistencia de la acusación abriendo el juicio si se considera el imputado suficientemente sospechoso del hecho. Pero aquí se da una total contradicción con traslado de la acusación fiscal al imputado, que puede pedir más pruebas impidiendo la apertura del juicio, lo cual como comenta también Gómez Colomer, no deja de entrañar peligros de prejuzgar, teniendo el Tribunal facultades para encomendar diligencias para mejor esclarecimiento del asunto (parágrafo 202), y hasta indica al fiscal modifique la acusación cuando acuerda la apertura del juicio (parágrafo 207). Al propio tiempo, caso de acordar el fiscal el archivo, el mismo ha de ser notificado al ofendido por el hecho que puede acudir al Tribunal Superior del Land, quien a su vez puede ordenar al Fiscal que ejercite la acción penal, aunque luego en el juicio puede solicitar la absolución con total independencia, lo mismo que es independiente el Fiscal de sus superiores, que sólo pueden darle órdenes en lo relativo al servicio.

Tras la acusación del fiscal y la decisión sobre la apertura del juicio, tiene ya lugar el procedimiento principal con el juicio oral ante el Jurado (tres jueces y dos escabinos) del Tribunal del Land, en los casos de delitos más graves, con recurso de casación al Tribunal Superior del Land, mientras que para los delitos de menos de un año la competencia corresponde al Juez de lo Penal y al Tribunal de Escabinos (un juez y dos escabinos) y apelación a la Pequeña o Gran Sala Penal del Tribunal del Land, integrando precisamente lo que en la normativa procesal alemana constituyen especialidades del proceso ordinario, en pos de la comentada aceleración.

En efecto, en los parágrafos 212 a 212b se regula el procedimiento acelerado, y en los parágrafos 276 a 295 el procedimiento contra ausentes, mientras que en el libro Sexto, parágrafos 407 a 448, se ocupa de lo que literalmente se denominan “clases especiales de proceso”, donde se comprenden cuatro; el proceso de seguridad equivalente a nuestro procedimiento de peligrosidad y rehabilitación social, el proceso de confiscación, comisión y secuestro del patrimonio, relativo a esas medidas (adoptadas contra persona determinada o para un objeto concreto sin que haya acusado), para la imposición de multas administrativas a personas jurídicas y asociaciones, y el proceso por orden penal, del que nos ocuparemos a continuación de los dos anteriores.

El denominado procedimiento acelerado alemán está previsto para los casos de gran sencillez con enjuiciamiento rápido, competencia del Juez de lo Penal o del Tribunal de Escabinos (amtsgerichte), siempre a instancia del Ministerio Fiscal, con pena privativa de libertad no superior a un año, y la simplificación consiste en que no requiere presentar escrito de acusación y cabe solicitar oralmente este procedimiento, mientras que la citación es casi inmediata, a veinticuatro horas. Por su parte el procedimiento contra ausentes, contempla la posibilidad de celebración de la vista principal si no comparece el citado, y la imposibilidad si está ausente y desconocida su residencia, aunque entonces, como en cierta medida ocurre en nuestro proceso se adoptan medidas respecto a las pruebas y al patrimonio.

Mas, el proceso más simple y acelerado es el denominado “por orden penal”, o proceso monitorio por excelencia, donde se llega a la imposición de pena sin vista oral, y por tanto sin audiencia del interesado, que sólo es ejecutable si no existe oposición, tal como veíamos ocurre también en análogo procedimiento francés, y que también es análogo al procedimiento italiano por decreto (diferentes en todo caso al procedimiento anglosajón del “guilty plea”, aunque en éste es el Fiscal quien propone la pena que es efectivamente impuesta por el Juez si el acusado no se opone). En este procedimiento alemán por orden penal, la competencia se atribuye al Juez de lo Penal en los hechos de mínima importancia y el Presidente del Tribunal de Escabinos en los que tengan señalada pena privativa de libertad mínima inferior a un año, aunque en ningún caso se puede imponer aquí tampoco esa pena, sino la pena pecuniaria o penas accesorias, como la privación del permiso de conducción, lo cual posibilita en gran medida la aplicación del principio de oportunidad en la acusación Fiscal al preverse diversos tipos delictivos en que alternativamente hay penas con ese mínimo de privación de libertad y penas pecuniarias. En caso de no conformidad

del condenado con la orden penal, se produce la vista principal, en la que entonces ya no rige la *reformatio in peius*.

En resumen, pues, con estas reformas francesa y alemana, se mantiene en la primera una fase de instrucción preparatoria de tipo inquisitivo y una fase de juicio acusatorio, con un enjuiciamiento intermedio de la acusación, mientras que en la alemana se asigna una investigación preparatoria al Fiscal, seguida de un enjuiciamiento de su acusación con intervención contradictoria del imputado, para celebrarse luego el juicio principal, y en ambos sistemas se compatibiliza dicho sistema ordinario con fórmulas aceleradas bien suprimiendo la instrucción, bien suprimiendo el juicio oral, si bien en ambos casos sólo para los delitos de menos gravedad y sencillez.

c) *Las reformas españolas de 1957, 1959 y 8 de abril de 1967.* Tal como ya vimos, nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 había dedicado el título III de su Libro IV sobre los procedimientos especiales, al que entonces denominó “procedimiento de los casos de flagrante delito”, donde precisamente ante tal flagrancia en la aprehensión del delincuente, se articulan una serie de normas tendentes a acelerar el procedimiento, aunque se mantiene el esquema general de la instrucción y el juicio oral, con posibilidad de concluirse la primera dentro de los ocho días del inicio “cuando no haya necesidad de aguardar el resultado de alguna lesión o diligencia especial” (art. 793) y de que pasara el sumario sucesivamente a las partes una vez recibido por el Tribunal competente, pronunciando inmediatamente la correspondiente sentencia caso de conformidad, y, de continuar el juicio, conceder sólo tres días para proposición de pruebas “ajustándose en lo sucesivo a las reglas ordinarias, debiendo sin embargo el Tribunal acortar los términos cuando fuera posible” (art. 796), con sentencia el mismo día del juicio o el siguiente, con acortamientos también de plazos y trámites respecto al recurso de casación.

Mas, dicho procedimiento, circunscrito además de a la nombrada aprehensión flagrante, a los supuestos en que sólo quepan penas correccionales (luego definidas como presidio o prisión menor, es decir, de seis meses y un día a seis años, de privación de libertad), no evitó que en la mayoría de los casos, sobre todo en que procedían las menores penas, no dejara de utilizarse el procedimiento ordinario, por no ser frecuente las flagrancias (a pesar de conceptuarse extensivamente a la detención tras ser perseguido sin interrupción o “mientras no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persigan”), y antes al contrario se produce un notorio incremento de la delincuencia, sobre todo en los delitos tipificados en la denominada ley penal del automóvil de 9 de mayo

de 1950, lo cual condujo a una reforma global de aquel título III, que se realiza por ley de 8 de junio de 1957, que a inspiración francesa lo pasa a denominar “del procedimiento de urgencia para determinados delitos”.

Con dicha reforma, un tanto ampliada y retocada por ley de 30 de julio de 1959, se incluyeron no sólo los aludidos delitos de la ley de 9 de mayo de 1950 y en general los delitos de imprudencia cometidos con ocasión de la circulación, sino también cualquier delito perseguible de oficio castigado con pena privativa de libertad no superior a presidio o prisión menor o con multa cualquiera que sea la cuantía y la que pueda corresponder al reo por razón de sus antecedentes penales, e incluso similares delitos perseguibles de oficio, flagrantes, con pena no superior a presidio o prisión mayor, cualquiera que sea también la que pueda corresponder al reo por razón de sus antecedentes penales.

Pero tampoco con esta reforma se abandona el esquema tradicional del procedimiento ordinario, es decir, sumario en el Juzgado y juicio oral en las Audiencias, y únicamente se contienen normas tendentes a ciertas aceleraciones o simplificaciones, como consignar las declaraciones en actas breves, realizar los informes de preexistencia de objetos sustraídos en caso de dudas, informes de conductas si el juez las considera imprescindibles, utilizar un sólo perito, y en fin, al acordar el juez la conclusión del sumario posibilidad de decretar el mismo juez el sobreseimiento provisional o la inhibición a la jurisdicción de menores cuando los inculcados no tuvieran los dieciséis años, además de remitirlo al juez competente si reputara falta el hecho, sin necesidad por tanto de ir en esos casos a las Audiencias, ante las que sí se previene un recurso subsidiario de apelación. En caso de continuar el trámite el emplazamiento se hace por cinco días (en lugar de los diez del procedimiento ordinario), y ya en la Audiencia se unifican los trámites de solicitud de apertura del juicio oral y formulación de la calificación provisional con proposición de pruebas, mientras que caso de inadmisión de alguna de las propuestas no cabía recurso sino reproducción de la misma el inicio del juicio oral.

La utilización práctica del nuevo procedimiento de urgencia, dotado además de trámite preferentemente, por mandato expreso del artículo 785 (análogo al 787 en el título originario ya comentado para casos de flagrantes delitos), se vio no obstante desbordada por el incesante aumento de los hechos cometidos con los automóviles, lo cual hizo que sólo para ellos, y tanto en el aspecto civil, como penal y procesal, se promulgara una ley, denominada precisamente de uso y circulación de vehículos de motor, de 24 de diciembre de 1962, autodefinida como para proteger la seguridad del tráfico, de las personas y de los bienes,

en cuyo título segundo se contiene el ordenamiento procesal penal que especifica en tres fases: diligencias preparatorias, juicio oral y ejecución de sentencia, atribuyendo las primeras a los jueces de instrucción (sobre los que continúa pesando el mandato de constituirse en el lugar del hecho y de instruir diligencias tan pronto como tengan noticia del mismo —art. 118, de forma un tanto análoga del art. 308 del procedimiento ordinario—, a pesar de la actuación inicial que al propio tiempo encomienda la ley a la policía judicial), mientras que el trámite del juicio oral lo asigna a un Magistrado de la Audiencia Provincial si la pena de privación de libertad no es superior a arresto mayor o si la tasación de los daños no lo son en cifra superior a quinientas mil pesetas, o a la propia Audiencia caso que excedan, aunque antes, en lo que se ha dado en llamar fase intermedia, sobre recepción de las diligencias, decisión sobre nuevas diligencias y la apertura del juicio oral corresponde, también a un solo Magistrado del Tribunal, con apelación a la propia Audiencia, lo mismo que de su sentencia, y con recurso de casación para las sentencias dictadas por la misma en primera instancia.

Mas la incorporación al Código Penal de los delitos de la ley del 62, la modificación de las cuantías de los delitos económicos en general y la necesidad de articular un procedimiento para los delitos con menores penas, que la propia ley denomina en su introducción o preámbulo de “infracciones leves”, “delitos menores” y hasta “delitos menos graves”, en pos de “la rapidez, que siempre es deseable en la Administración de Justicia”, frente al tratamiento procesal actual desproporcionado, ya que su compleja y dilatada tramitación está en desarmonía con la entidad penal del hecho a enjuiciar, y no sólo no sirve sino que en algunos casos entorpece el logro de los fines de la Justicia penal”, conduce todo ello a una nueva reforma procesal, que realiza la Ley 3/1967 de 8 de abril, en el propio título III del Libro IV de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En dicha reforma, que continúa con la denominación de procedimiento de urgencia para determinados delitos, con pretexto acelerador ya expuestos, se introducen en realidad dos procedimientos bien diferentes, pues si bien uno de ellos sigue fiel al esquema tradicional ya visto, de sumario y juicio oral, a cargo respectivamente del Juez y de la Audiencia (con nuevas matizaciones ahora como lo es, entre otras, que en caso de ser concluido sin procesamiento, al revocar la Audiencia su conclusión para nuevas diligencias puede al propio tiempo decretar dicho procesamiento, en lugar de ordenar al juez que lo efectúa como en el procedimiento ordinario), el otro, denominado en el capítulo III

“del procedimiento para delitos cuyo fallo compete a los Juzgados de Instrucción”, se estructura atribuyendo a estos jueces tanto la fase inicial de instrucción (ahora articulada con un trámite común a ambos procedimientos, denominado “diligencias previas”, seguida de otro para práctica de nuevas diligencias, denominado en este procedimiento del Juzgado “diligencias preparatorias”), como la del juicio oral con sentencia final, lo cual fue objeto de duras críticas por la doctrina científica en general por romper la separación funcional y orgánica de instruir y fallar y hasta por comprometer en ello la imparcialidad del juzgador, como veremos después, a pesar de que su ámbito competencial se redujo sólo a los delitos perseguibles de oficio con penas de arresto mayor, privación del permiso de conducción o multa, entonces fijada en cincuenta mil pesetas, y de que incluso se incorporó al mismo el principio de la doble instancia con apelación a la Audiencia Provincial, sin olvidar la otra gran crítica también hecha respecto a la posibilidad de celebración del juicio sin la presencia del acusado (aunque atemperada con que constara citado personalmente y que el juez estimara que existen elementos suficientes para juzgarlo) y sobre todo el que no se diera al juicio oral y a la prueba en él practicada el valor determinante de la culpabilidad que desde la Ley de 1882 ha querido dársele, al disponer el párrafo segundo de la regla sexta del nuevo art. 791 que “sólo serán admisibles en este momento —del juicio oral— las pruebas que siendo pertinentes no hubieren sido practicadas durante la tramitación de las diligencias por causas ajenas a la voluntad del proponente o que se hubieren realizado sin citación de la parte que las proponga”.

Con este doble procedimiento, pues, de la Ley del 67, se comprenden, además de los ya nombrados delitos perseguibles de oficio con aquellas otras penas de arresto mayor, multa y privación del permiso de conducción, los delitos castigados con penas de presidio o prisión menor “siempre que para su persecución no sea necesaria querella”, y los delitos flagrantes castigados con pena no superior a las de presidio o prisión mayores, en ambos casos cualquiera que sea la que pueda corresponder por los antecedentes, con competencia el juicio oral, como ya se apuntó, en las Audiencias Provinciales y recurso de casación al Tribunal Supremo, mientras posteriormente, y persiguiendo una vez más nuestro legislador, la ansiada aceleración y simplificación en el proceso penal, se produce una nueva reforma vigente ya la Constitución de 1978, por Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, denominada “de enjuiciamiento oral de delitos dolos, menos graves y flagrantes”, donde se incide nuevamente en la comentada coincidencia funcional y orgánica en los jueces de instrucción de la fase de instrucción y del juicio oral, aunque la primera se trate de sustituir

en parte con el atestado policial, con la por casi todos también censurada ampliación competencial de incluir delitos dolosos perseguibles de oficio con penas de distinta naturaleza a la privativa de libertad, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de seis años, y hasta con penas de cualquier naturaleza, incluidas las privativas de libertad, cuya duración no exceda de seis años, en casos de delitos flagrantes.

Con esta reforma de 1980, la variedad procedimental española, en el ámbito del proceso común, es decir, del asignado competencialmente con arreglo a previsiones generales (y no específicas que son las que darían razón de ser a procesos especiales, por más que aquellos denominados de urgencia se enclavaron en el libro de los especiales) comprende cuatro procedimientos en los que se entremezclan criterios diversos: clases de penas, perseguibilidad del delito y hasta flagrancia o momento de la aprehensión del autor del hecho, además de la dolosidad o no en la comisión del mismo, lo cual también es sumamente censurable ya que ello como escribe Prieto Castro muchas veces no podrá determinarse hasta el instante mismo de la sentencia.

Esos cuatro procedimientos resumidamente comprenden: 1) delitos con pena superior a presidio o prisión mayor (reclusiones) y hasta esta pena si no es flagrante, por el denominado procedimiento ordinario; 2) delitos con presidio o prisión mayor flagrantes y con menos pena culposos o no dolosos, es decir, con presidio o prisión menor, y hasta con penas inferiores no perseguibles de oficio, procedimiento de urgencia de las Audiencias; 3) delitos dolosos, perseguibles de oficio, con penas hasta seis años, si son flagrantes y de privación de libertad hasta seis meses si no son flagrantes, procedimiento denominado de enjuiciamiento oral; y 4) delitos culposos, con penas de arresto mayor, privación del permiso de conducción hasta trescientas mil pesetas, procedimiento de urgencia con fallo por el Juzgado de Instrucción.

Finalmente, decir, para concluir este apartado de nuestras reformas preactuales, que en el nombrado procedimiento de la Ley de 1980, junto a una simplificación máxima tras el atestado policial, se previene no obstante la práctica de diligencias de investigación y las que sean imprescindibles para el enjuiciamiento, que de hecho pospusieron la celebración del juicio plazo determinado expresamente de quince días, con posibilidad también de no estar presente el acusado si fue citado personalmente, y de la segunda instancia, aunque no ya con realización de pruebas anticipadas como regla general, sino sólo “aquellos que no puedan practicarse en el acto del juicio oral” (art. 8).

IV. LA RECOMENDACIÓN R (87) DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE LA SIMPLIFICACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL

Adoptada en la reunión del Comité de Ministros número 410 del 17 de septiembre de 1987, la Recomendación fue precedida de los correspondientes estudios y encuestas entre los estados miembros, a través del Comité Europeo de Problemas Criminales y un Comité de Expertos (bajo la presidencia precisamente del español José María Morenilla), donde se constató la situación de sobrecarga en la justicia penal y el consiguiente retraso en la tramitación de los asuntos en prácticamente todos los estados miembros, frente al ideal de juicio rápido como se consigna en las consideraciones generales de la misma, en relación con el derecho a ser juzgado en plazo razonable, ya aludido, del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, afectando la lentitud —se dice también— a la situación de la víctima y a la calidad de las pruebas disponibles, rompiendo además la relación de causa a efecto entre la sanción y el acto criminal, con aumento del costo del procedimiento, teniendo al acusado en un estado prolongado de sospecha, especialmente cuando está en prisión provisional, y contribuyendo al descrédito de la justicia penal. Aunque al propio tiempo, en dichas consideraciones generales, no deja de consignarse que ha de tenerse presente que administrar justicia por el procedimiento más rápido y eficaz no es necesariamente la mejor manera de descubrir la verdad y presenta riesgos de dañar el ideal de justicia. Para, por último, reflejarse también como causas de la sobrecarga y retraso ante dichos, no sólo el crecimiento de la criminalidad que en general se deriva del aumento de la población, de la industrialización y del consumismo, sino el que los estados miembros han recurrido cada vez más a sanciones penales en protección del consumidor y del medio ambiente, que se tratan de la misma manera que la criminalidad tradicional, sin que el aumento de recursos puestos a disposición de la justicia penal haya seguido el número de casos a tratar, agravándose además por el hecho de la complejidad de las nuevas formas de criminalidad, como la internacional de tráfico ilícito de estupefacientes, y la criminalidad económica que demandan una investigación realizada por especialista.

Por todo ello la Recomendación junto a proponer la discriminación de infracciones (en los sistemas en que se distingue entre infracciones administrativas y penales), especialmente las de carácter masivo (circulación de vehículos

de motor, fiscales y aduanero), y la adopción o extensión del principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, propugna para lo que denomina infracciones de menor entidad o infracciones menores, unos procedimientos sumarios cuando el elemento material prima sobre la intención culpable (como frecuencia, repetitividad y leve perjuicio social), unos procedimientos que denomina simplificados cuando aquella levedad deriva en razón de las circunstancias del caso (las del hecho, las referidas a la personalidad del delincuente, la sanción susceptible de ser impuesta, grado de culpabilidad y hasta por la amplitud del perjuicio), juntamente con la transacción, para finalmente referirse también a lo que específicamente denomina “simplificación del procedimiento jurisdiccional ordinario”, tanto respecto a la instrucción previa como durante la vista, incluido las actas, el pronunciamiento de la decisión y hasta la composición y especialización de los órganos sentenciadores.

Integra, pues, la Recomendación un amplio contenido, que supera por ello mismo otras que le precedieron sobre prisión preventiva, delincuencia encubierta, indemnizaciones a las víctimas, institución de un procedimiento simplificado relativo a las infracciones de circulación de poca gravedad, etc., que el Comité de Ministros adoptó por unanimidad de los votos emitidos y mayoría de los Estados miembros, no exentas de una cierta dosis de coactividad por cuanto el propio Comité de Ministros puede invitar a los Estados miembros a darle a conocer cuál ha sido la ampliación en sus sistemas jurídicos, aunque en salvaguarda de la concreta identidad de cada Estado miembro, la Recomendación expresa que las medidas a adoptar lo serán “teniendo en cuenta sus principios constitucionales y sus tradiciones jurídicas”.

Y aunque sea resumidamente, veamos con un poco de separación las aludidas medidas y los principios que las informan que la repetida Recomendación explicita:

a) *Principio de oportunidad* en el ejercicio de la acción penal (que condiciona una vez más a que lo permitan el contexto histórico y la constitución de los estados miembros), y si no otras medidas que respondan a la misma finalidad, de decisión de perseguir o no un delito, tomada por una autoridad judicial, debe estar establecida por ley, disponiéndose previamente de indicios suficientes de culpabilidad para decidir, y partir en su aplicación de bases generales como el interés público, inspirado en la igualdad de todos ante la ley y en el de la individualización de la justicia penal, teniendo en cuenta el hecho, la posible pena, la personalidad del denunciado y los efectos de la condena sobre el mismo, así como la situación de la víctima. El archivo puede ser puro

o condicionado, con consentimiento en este caso del denunciado, con suspensión temporal o definitiva, y con acción siempre de la víctima para obtener la reparación.

Como complemento de este apartado, se contempla el caso de los Estados en que como en el nuestro impere el principio de legalidad, contrapuesto al de la oportunidad al no disponer de facultades discrecionales sobre el ejercicio de la acción, entendiendo la Recomendación que deben entonces introducirse o desarrollarse medidas que cumplen el mismo objetivo, y en particular se menciona el aumento de supuestos legales en los que la iniciación de la persecución penal se sujeta a una condición (como es el caso de la denuncia o consentimiento de la víctima), y el que la ley faculte al juez para que suspenda bajo determinadas condiciones la instrucción o que pueda sobreseer en casos análogos a los contemplados para la oportunidad en el ejercicio de la acción.

b) *Procedimientos sumarios*, que se conciben por infracciones que implican un daño social limitado, pero cometidas frecuentemente y hasta repetidas veces por el mismo autor, teniendo el hecho mismo prioridad sobre el autor, y por tanto el grado de culpabilidad en el mismo, sin ser graves en sí mismas, asegurando un tratamiento idéntico desde el ángulo general de la decisión, normalmente multas de un tanto alzado. Se concibe así como un procedimiento normalmente escrito, donde al aceptar el autor la propuesta de sanción no hay propiamente declaración de culpabilidad, y hasta tiene la ventaja para aquel que su nombre no aparece inscrito en los registros, y ha de quedar condicionado a la aceptación expresa o tácita del sancionado (a notificar por carta certificada o mediante entrega en mano), y que por tanto no puede obstar al derecho del denunciado a plantear el asunto ante una instancia judicial.

c) *Procedimientos simplificados*, o concebidos, como ya apuntamos para los asuntos menores por razón de las circunstancias, donde “los hechos aparecen claramente establecidos y parece cierto que el denunciado es el autor de la infracción”, consistiendo la simplificación del procedimiento en evitar la fase del juicio oral, en procedimiento por tanto escrito. Tal es el caso de la *ordenanza penal* (ya vista en los sistemas francés y alemán), conteniendo los elementos necesarios para que el denunciado quede suficientemente informado, y con penas limitadas sólo a las de naturaleza pecuniaria o de otro tipo que no sean de privación de libertad, y posibilidad de oposición que produce ipso facto la apertura del procedimiento ordinario. Aunque cabe otra modalidad, que es la *renuncia a la fase de juicio oral* para aquellos casos en que el delincuente solicita una pena sustitutiva de las legalmente previstas, si el Ministerio Público no se opone y así lo considera el Juez.

d) *La transacción extrajudicial*, como alternativa posible a la incoación de procedimientos penales, remitida expresamente, como la oportunidad en el ejercicio de la acción, a que lo permitan las disposiciones constitucionales de cada Estado miembro, para que el Fiscal y las otras autoridades que intervienen en el procedimiento puedan transigir los asuntos penales, en especial en *infracciones menores*, previamente determinadas por ley, que también ha de determinar las condiciones de la misma, especialmente el pago del importe al Estado o institución de beneficencia, restitución de lo obtenido con la infracción e indemnización a la víctima con antelación a la propia transacción, para excluirse el ejercicio de la acción sólo cuando se cumplan las condiciones y con posibilidad siempre por parte del denunciado de rechazarlas.

e) *Simplificación del procedimiento ordinario*, que dijimos se subdivide en cuatro apartados relativos a la instrucción, al juicio oral, a las actas de la vista y pronunciamiento del fallo y a la composición y especialización de los órganos sentenciadores. En cuanto a la *instrucción*, aun reconociendo que cuando es realizada por autoridad judicial constituye una garantía para los justiciables, entiende la Recomendación que no debiera tener carácter general u obligatorio, sino limitarse a los casos en que parezca útil para su conocimiento, siendo apreciada su conveniencia por la autoridad judicial teniendo en cuenta los resultados de la investigación policial, la gravedad y complejidad del asunto y el reconocimiento o no de los hechos por el inculcado, y en caso de hacerse, excluir formalismos inútiles incluida la audiencia de testigos cuando no haya oposición a los hechos, igual que, en caso de no realizarse, que la autoridad judicial controle la investigación policial, la prisión provisional del sospechoso y hasta ordenarse una información suplementaria una vez en fase de juicio si la validez de la acusación así lo precisara. Además se recoge aquí la conveniencia del procedimiento del “guilty plea”, si las tradiciones constitucionales o jurídicas así lo permiten, que conduce a prescindir de la instrucción cuando el imputado reconoce los hechos, pasándose directamente al Juez o Tribunal sentenciador, con la ventaja de que entonces haya un abanico de sanciones más amplio que en el marco del sistema de ordenanza penal. Respecto al *juicio oral* se destaca que debiera favorecerse la acumulación de procedimientos relativos al mismo acusado, para evitar sentencias sucesivas; que se eviten formalismos inútiles para declarar la nulidad de actuaciones sólo si pueden ocasionar un perjuicio real a los intereses de la defensa o acusación, y que al menos en las infracciones menores se puedan celebrar las vistas y dictarse sentencias en ausencia del inculcado una vez informado de la fecha de aquéllas y de su derecho a hacerse representar. Para las actas se propone resumirlas si está grabado el

debate o no se aportan elementos nuevos a los del sumario, y en los casos que no sean graves o en que las partes consientan la sentencia que la resolución no tenga que ser escrita, mientras que la lectura de la sentencia ha de limitarse a la decisión sobre la culpabilidad, y que la notificación se haga por fórmulas simples y rápidas, incluida la vía postal, con señalamiento por el inculpado de una dirección legal, a todos los efectos, desde el comienzo hasta la terminación del procedimiento. Finalmente, en cuanto a la composición del órgano sentenciador, se recomienda que el número de magistrados profesionales en los colegios sea el mínimo, mientras que el jurado lo sea sólo para las infracciones graves bien determinadas, y que para facilitarse su tarea el juez debiera exponer a los jurados las “cuestiones a resolver y el derecho aplicable al caso, al comienzo de sus deliberaciones” bastando la mayoría simple o cualificada sin necesidad de la unanimidad, contando además con expertos que asistan en campos como psicología, medicina, psiquiatría, contabilidad, finanzas, economía o policía científica, tanto a las autoridades del enjuiciamiento como a las de la instrucción e incluso a las que corresponde el ejercicio de la acción penal, y “en número suficiente para afrontar la creciente tecnicidad de la criminalidad y de la práctica de las pruebas”.

Con todo ello vemos que en definitiva, la Recomendación comentada del Consejo de Europa, junto a la preocupación por el respeto de las garantías procesales de los Convenios Internacionales así como a las normas, constituciones y tradición jurídica de cada Estado miembro, propugna una simplificación que particularmente se circunscribe a las infracciones de menor gravedad, unas veces evitando la instrucción y otras la celebración del juicio oral, sin necesidad de la oralidad y de la presencia misma del acusado, aunque salvaguardado ello con la conformidad de él o la posibilidad de impugnación, dentro siempre de dichas infracciones menores, ha de insistirse.

V. EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL DE PORTUGAL DE 17 DE FEBRERO DE 1987

Establecido en Portugal el sistema acusatorio formal o mixto, como en España y en general en el ámbito de la Europa Continental, en que había por tanto una investigación preliminar a cargo de la Policía y el Ministerio Fiscal y una instrucción preparatoria competencia del Juez de Instrucción, conforme con el mandato de la Constitución de 1976 (que desechó la reforma hecha por

Ley de 13 de octubre de 1945 que ensayó una instrucción fiscal sin fiscalización jurisdiccional), seguida de juicio ante el Tribunal Colegiado, el nuevo Código Penal de 1982 y las imposiciones que trajo consigo, unido a “la enseñanza ofrecida por los países comunitarios y la influencia que irradia de un foro con el prestigio moral y cultural del Consejo de Europa” como se consigna en la propia Exposición de Motivos, se aprueba en nuestro vecino país un nuevo CÓDIGO DE PROCESO PENAL en 17 de febrero de 1987, basado en los trabajos derivados de la ley de autorización legislativa nº 43/1986, de 26 de septiembre, en Comisión redactora presidida por el profesor Figueiredo Díaz, “inscribiendo todo el proceso, como dice también la Exposición de Motivos, en un eje horizontal donde cobra importancia la distinción entre criminalidad grave y criminalidad pequeña y un eje vertical que establece la frontera entre aquello que se puede designar por espacios de consenso y espacios de conflicto”.

En este nuevo proceso portugués se opta explícitamente por que la fase inicial preparatoria corresponda al Fiscal, que tiene así la titularidad y dirección de la investigación, concebido como una auténtica magistratura independiente, sujeta al deber de objetividad, que es recusable, y asume el deducir la acusación “o inquerito”, como formal imputación, o el archivo, teniendo no obstante que acudir al juez para la adopción de medidas cautelares como la prisión, registros domiciliarios, etc., auxiliado con la Policía.

Al propio tiempo, como veíamos ocurrió en la un tanto análoga reforma alemana, se potencia la fase intermedia, con carácter estrictamente jurisdiccional y contradictoria, para comprobar la decisión de la acusación fiscal, en debate oral, aunque sin intervención en ella de las partes civiles, y concluye con el “despacho de pronuncia o de no pronuncia”. Mas esta fase intermedia es facultativa, de forma que de no plantearse se pasa directamente la acusación fiscal al Tribunal, que decide sobre el fundamento de la acusación, de ser acogida da inicio al juicio oral y tras él se produce la sentencia, con recurso al Supremo Tribunal de Justicia.

Por otra parte, como tributo a las nuevas tendencias sobre el llamado principio de oportunidad, se previene que para los delitos con penas de hasta tres años, caben fórmulas de transacción o consenso y hasta suspensión provisional del procedimiento.

Y en cuanto a la simplificación del proceso penal que primordialmente nos ocupa, destacar que en el nuevo Código portugués se opta por una “reducción sustancial de los tipos de procesos”, como se consigna también expresa-

mente en la Exposición de Motivos, y “se huye de los inconvenientes de un proceso contra ausentes, aunque se favorecen medidas compulsivas que afectan a la capacidad patrimonial y negocial del contumaz”.

Dos son pues, los procedimientos especiales y simplificados que se previenen, denominados respectivamente juicio sumario y juicio sumarísimo, que como veremos enseguida es del tipo de los monitorios ya comentados, estando ambos regulados en el Libro VIII del nuevo Código, artículos 381 a 391 el primero, y 392 a 398 el segundo. En ambos se da la común simplificación de que no tienen la fase intermedia que veíamos del procedimiento ordinario, con debate oral para concluir con el despacho o no de la pronuncia, sino que en el *procedimiento sumario*, tras la investigación preliminar, mínima por tratarse de delitos flagrantes, con imputado siempre mayor de dieciocho años y con posible pena hasta de tres años de privación de libertad, se entra directamente en la fase del juicio. *El procedimiento sumarísimo*, por su parte, que sólo afecta a los delitos perseguibles de oficio, con penas de hasta seis meses de privación de libertad, que no ha de imponerse sino las alternativas de multa o alguna de las medidas de seguridad legalmente previstas, se asemeja al monitorio, aunque aquí no se va directamente a notificarle el proyecto de sanción, sino que se produce en la propia audiencia donde el acusado ha de mostrar su conformidad expresa, ante la cual el tribunal dicta despacho o sentencia condenatoria, que ya no es recurrible por la antedicha conformidad previa.

Existen, pues, en el nuevo código procesal portugués, junto al procedimiento ordinario caracterizado como queda expuesto por la asunción de la investigación preliminar por el Ministerio Fiscal y la celebración de un debate potestativo en fase intermedia, los dos descritos procedimientos especiales, con simplificación y aceleración al máximo, aunque circunscritos al expresado límite temporal de la pena de tres años y al no menos significativo requisito de tratarse de delitos flagrantes, el primero, y al de casi mínima previsión punitiva para el segundo, de cierta coincidencia, ha de insistirse, con los procesos monitorios.

VI. EL CODICE DE PROCEDURE PENALE, DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 1988 Y SUS PROCEDIMIENTOS SIMPLIFICADOS

El nuevo Código procesal italiano, que vino a sustituir el anterior de 1930, adscrito como el precedente, al modelo francés del sistema mixto, sigue la nueva

línea del acusatorio recogida ya con el Proyecto de Canelutti de 1966 y en el posterior de 1974, elaborado como el actual por una comisión presidida por el profesor Pisapia, con base en la delegación legislativa que aprobó la Asamblea el 16 de febrero de 1987, aunque como expone dicho jurista “no copiando el sistema anglo-americano del acusatorio puro sino concibiendo al proceso penal como un proceso de partes, con participación de la acusación y defensa sobre bases de igualdad en cualquier estado y fase del procedimiento”.

Se concibe entonces, en el nuevo Código italiano, el proceso ordinario sin fase de instrucción propiamente dicha, y en su lugar se atribuye la investigación al Ministerio Fiscal, que aunque no es recusable, se le procura su autonomía e imparcialidad, evitando incluso que pueda ser sustituido salvo con su consentimiento, además de por grave impedimento y relevantes exigencias del servicio, y con acusación obligatoria de acuerdo con el principio de legalidad, que no impide ciertas manifestaciones hacia el de oportunidad como vemos al tratar de los procesos especiales simplificados, donde, en cambio, se suprime el juicio oral, dado que, como escribe el también profesor Conso, “sólo cuando no sea posible prescindir del juicio, el mismo debe nacer y desarrollarse sin la hipoteca de la actual fase instructora, lo que es bien distinto a decir que el juicio debe existir siempre”.

Junto a esa supresión de la instrucción, o mejor, sustitución por la investigación o “indagani” preliminar del Fiscal, con la colaboración de la Policía Judicial, dentro de unos plazos que la ley fija para evitar las dilaciones (frente a las cuales se promovió precisamente la reforma procesal, además de por el estímulo de diversas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la propia Corte Costituzionale en contra de varias leyes como la misma aprobada frente al terrorismo), como expresa su Preámbulo, y la intervención del Juez tanto para hacer cumplir tales plazos (a diferencia de Portugal donde el incumplimiento de plazos por el Fiscal no conduce al Juez sino a su superior jerárquico), como para la adopción de medidas cautelares limitativas de derechos y hasta para anticipación de pruebas o archivos provisionales, se potencia también ahora la fase intermedia, con la “udienza preliminare”, de carácter propiamente jurisdiccional y contradictoria, aunque sin publicidad para terceros, que concluye con sentencia de no haber lugar a proceder o con la decisión de apertura del juicio.

Mas, donde la aceleración y simplificación del nuevo proceso penal italiano (que como decíamos, fue el principal impulso de la reforma), se muestra de forma manifiesta, es en los procedimientos especiales, regulados en el libro VI

(artículos 438 a 464), aunque desde luego procura compaginarse con el respeto a las garantías procesales, de forma que en todos ellos prima la petición y acuerdo de las partes, tanto Fiscal como imputado, simplificando los trámites, evitando la proliferación de juicios orales no necesarios y hasta beneficiando al acusado al introducirse penas sustitutorias de las penas cortas privativas de libertad, con el doble objetivo de evitar los efectos criminógenos que su aplicación siempre acarrea y procurar en cambio obtener la efectiva rehabilitación de aquél.

La simplificación, pues, del proceso penal italiano se contempla en los que resumidamente constituyen cinco procedimientos especiales, referidos unos a fórmulas puras del acusatorio, otros al principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, mientras que un tercer apartado lo constituyó el un tanto tradicional procedimiento monitorio para las infracciones más leves o menores, conminando en todos la exigencia general de la oralidad (expresamente recogida en el art. 2-1-1) de la Ley de delegación legislativa de 1987), con formas de escritura favorecedoras de aquella aceleración. Veamos por separado, aunque muy someramente, los cinco aludidos procedimientos especiales:

a) *Juicio directísimo*, que aun existiendo con anterioridad se amplía ahora, para aplicarse en general a los supuestos de delitos flagrantes seguidos de detención. En tales casos, la Policía Judicial ha de presentar al detenido bien ante el Pretor o Juez inferior, en los supuestos de delitos de su competencia, o ante el Fiscal, en el plazo de veinticuatro horas, para a su vez éste, tras el interrogatorio del detenido, presentarlo ante el Juez de las investigaciones preliminares, para la audiencia de convalidación de la detención, y caso de en efecto convalidarse la misma, en el mismo acto podrá entonces el Ministerio Fiscal solicitar la resolución del caso en juicio directamente, sin necesidad por tanto de celebrar la audiencia preliminar. También cabe que el Ministerio Fiscal solicite este procedimiento con posterioridad a la audiencia de convalidación de la detención, aunque no después de quince días de dicha detención, y cuando el detenido confiesa los hechos en el curso del interrogatorio.

b) *Juicio inmediato*, análogo al anterior en cuanto que en él se prescinde de la audiencia preliminar, y por tanto que permite el acceso sin más al juicio oral. Constituye una novedad del Código del 88, y aunque parte de la claridad del hecho a enjuiciar, no lo es como veíamos antes de la detención flagrante, sino de un supuesto un tanto más amplio y abstracto cual es de que haya una evidencia de pruebas, lo que hace que los trámites sean menos expeditivos que en el directísimo, concediendo la ley hasta noventa días al Ministerio Fiscal para que presente la solicitud de este procedimiento ante el Juez de las Investigaciones

Preliminares, y también lo puede solicitar el imputado con renuncia expresa a la Audiencia Preliminar. Ante dichas peticiones el Juez resuelve sin más trámites, en un plazo de cinco días, y caso de acceder remite las actuaciones al Juez o Tribunal que deba conocer del juicio oral.

c) *Juicio abreviado*, también regulado de nuevo, y que a diferencia de los anteriores la simplificación no estriba en evitar la audiencia preliminar, sino en juicio oral, y por tanto haciendo que la cuestión se resuelva precisamente en la propia audiencia preliminar. En este caso la iniciativa de este procedimiento corresponde al imputado, estimulado en que a través de él la pena a imponer se disminuye en un tercio, en función de las circunstancias concurrentes. Mas, junto a esa petición del imputado, es necesario que el Ministerio Fiscal dé su asentimiento a este procedimiento, que al ser vinculante lo imposibilita si no está conforme. No obstante, al Juez corresponde la decisión sobre el procedimiento, ya que al ser sobre el estado actual de las actuaciones, sin nuevas investigaciones por tanto ni nuevas pruebas, puede rechazarlo, sobre todo si la no celebración del juicio implica merma de garantías; en cambio, de acceder a él, la sentencia se dicta en la misma audiencia preliminar.

d) *Procedimiento de aplicación de la pena a instancia de parte*, también regulado ex novo, y que como el anterior elimina el juicio oral mediante la transacción intraprocesal o “patteggiamento”, siendo el mismo a solicitud del imputado y del Ministerio Fiscal, pidiendo la aplicación de una pena sustitutiva de la de privación de libertad o sanción pecuniaria, y hasta una pena de privación de libertad que no exceda de dos años, con reducción en tal caso de un tercio, condicionado todo ello al cumplimiento de determinadas medidas o condiciones, por un plazo de cinco años en caso de delito o de dos en caso de faltas, que al ser cumplidas satisfactoriamente hace que transcurridos dichos plazos no se ejecute la pena de privación de libertad.

e) *Procedimiento por Decreto*, también existente con anterioridad, pero que como ya vimos se amplía no sólo para las faltas ante el Pretor sino por delitos ante el Tribunal, siempre que sean perseguibles de oficio con penas pecuniarias o de otra naturaleza diferente a la privación de libertad, incluidas penas sustitutivas de éstas o alternativas, legalmente previstas (análogos a los ya vistos francés y alemán). Es pues, proceso auténticamente monitorio, en que sin audiencia del imputado, el juez dicta resolución provisional fijando la pena, en formas de decreto (resolución intermedia a la ordenanza y a la sentencia, en el sistema italiano, que contiene motivación sólo en los casos que la ley así lo determina, como en este procedimiento, y que por tanto puede estimarse

un tanto equivalente a nuestros “autos”), y que sólo es firme y efectiva si el imputado no se opone. Pero este procedimiento exige que se presente una solicitud motivada del Ministerio Fiscal, al igual que en los casos anteriores, ante el Juez de las Investigaciones Preliminares (tanto para delitos del Pretor como del Tribunal, ha de insistirse), indicando la pena solicitada, todo ello dentro del plazo máximo de cuatro meses (a partir, también como en los plazos anteriormente citados, de que se efectúa el inicio de las actuaciones del Ministerio Fiscal, en el Registro ahora creado al efecto “de noticias de delitos”), para en caso de oponerse el acusado (y hasta el tercero responsable civil si lo hubiera), dictar el juez decreto de citación a juicio, que a su vez será uno de los tres anteriormente comentados, inmediato, abreviado o de aplicación de pena a instancia de partes, aunque si el Fiscal no da el consentimiento para los dos últimos o nada se especifica por el impugnante, será entonces a Juicio Inmediato, que se convierte así en el procedimiento subsidiario más generalizado.

La simplificación o aceleración del proceso penal italiano se centra pues, por un lado, en la eliminación de la audiencia preliminar, yendo sin más al juicio oral, y por otro, en resolverse todo precisamente en dicha audiencia, sin necesidad de la celebración de juicio oral, estimado entonces como inútil, y valorada en cambio al máximo, como debate entre partes, sin necesidad de instrucción judicial, que en su lugar se sustituye por la mera investigación fiscal.

**VII. LA SIMPLIFICACIÓN ESPAÑOLA DE LA LEY ORGÁNICA
7/1988, DE 28 DE DICIEMBRE: EL NUEVO PROCEDIMIENTO
ABREVIADO**

Como su precedente inmediato el Procedimiento de Urgencia, este Procedimiento Abreviado, rubrica también el título III del Libro IV de nuestra veterana ley de Enjuiciamiento Criminal, y deroga expresamente tanto el nombrado procedimiento de urgencia que había introducido la Ley de 1967 como el de la Ley 10/1980, refundiéndolos en gran medida, y dando sobre todo solución a la cuestión de inconstitucionalidad decidida por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 12 de julio de ese mismo año 1988, cuando estimó que iba contra la imparcialidad del Juez el que como se posibilitaba en la Ley 10/80 el mismo instructor conociera del juicio oral y fallara, impidiendo por tanto la recusación del mismo por tal motivo (lo que igualmente había establecido la Ley de 8 de abril de 1967 para el procedimiento de urgencia con fallo competencia de los Juzgados de Instrucción).

El nuevo procedimiento abreviado, pues, sucede al de urgencia y al de enjuiciamiento oral, pero al propio tiempo por un lado realiza una ampliación competencial y por otro mantiene una diversificación de procedimientos, según que la pena de privación de libertad sea o no superior a seis años, pues en el primer caso la fase del juicio oral la asigna a las Audiencias Provinciales con límite hasta doce años, y para penas inferiores a dichos seis años se crean ex novo unos órganos unipersonales denominados ahora Juzgados de lo Penal, con ámbito provincial y en cierta medida itinerantes.

No es objeto de este trabajo hacer un análisis del procedimiento abreviado, para lo que remito a mi estudio publicado en la *Revista Foro Canario* (nº 76), aunque sí destacar al menos que junto a algunas simplificaciones en el trámite de instrucción, con supresión incluso de la imputación formal de nuestro tradicional auto de procesamiento, se regula ahora la fase intermedia de forma expresa en lo que se denomina “preparación del juicio oral”, tras el trámite común de diligencias previas análogas a las del procedimiento de urgencia, en que se asigna al propio juez instructor el juicio sobre la acusación pública o particular decidiendo acerca de la apertura del juicio oral, sobre la petición de medidas de aseguramiento y determinando quién sea el órgano para el enjuiciamiento, es decir, si el Juzgado de lo Penal o la Audiencia Provincial, sin posibilidad de recurso alguno en caso de apertura, lo mismo que respecto a la adopción de medidas de aseguramiento (salvo las que afecten a la situación personal del imputado, en que sí cabe el recurso de apelación). Por otra parte, tampoco se previene la intervención en esta fase intermedia de la parte imputada, y por ello mismo ya el Tribunal Constitucional ha tenido que pronunciarse en el sentido de que ha de oírsele en ella (S. 17 de abril de 1989).

Por lo demás, si bien no se contienen en esta nueva reforma de nuestro derecho positivo, procedimientos diversos como los ya vistos en el derecho comparado, con el comentado propósito de aceleración, oportunidad o transacción y hasta con investigación fiscal sustitutoria de la instrucción judicial tradicional, no puede tampoco afirmarse que están del todo ausentes, sino que antes al contrario se contienen nuevas prescripciones donde claramente se manifiestan, aunque se perdiera una vez más la ocasión de evitar la sobrecarga de nuestros órganos jurisdiccionales que se hubiera logrado con cierta facilidad con sólo modificar algunos preceptos como los que ordenan la inmediata incoación del proceso ante la mera noticia criminis o el continuar instruyendo a pesar de la confesión dada al juez (art. 308 ó 406), entre otros aspectos de que luego nos ocuparemos, lo que en cierta medida se va procurando extendiendo

los supuestos de instancia de parte con la reforma penal hecha por Ley 3/1989 de 21 de junio.

Dejando a un lado el nuevo impulso que con toda claridad quiere darse en el nuevo procedimiento a la investigación fiscal en el nuevo artículo 785 bis, que desde luego ya existía en nuestro derecho positivo con antelación incluso a la instrucción judicial como lo evidencia el texto del viejo artículo 287 de la D.E. Criminal (que ninguna aceleración puede suponer a la actividad del Juez de Instrucción, sobre todo si sólo cuenta con los mismos medios materiales que éste), la comentada simplificación y aceleración se afronta particularmente, en la nueva regulación de la conformidad, no ya sólo a las penas pedidas y a éstas juntamente con la confesión de los hechos como se regula en el procedimiento ordinario ya visto, sino en una triple posibilidad, en cada una de las fases del proceso, esto es, en la instrucción o diligencias previas, en la intermedia o preparación del juicio oral, y en el juicio oral propiamente dicho: la primera como auténtica novedad en nuestro derecho, que recuerda un tanto el juicio inmediato italiano, sin omitir la previsión de conformidad juntamente con la acusación fiscal que combinada con pena que no exceda de seis años hace pensar igualmente en la aplicación de penas a petición de partes, y la posibilidad de celebración de juicio en ausencia, sin citación personal y el subsiguiente recurso de anulación con toda la gama de problemas que suscita y no pocas críticas adversas. Veamos entonces esas apuntadas fórmulas de aceleración y simplificación contenidas dentro de la nueva normativa del procedimiento abreviado.

a) Reconocimiento de hechos en fase de instrucción y posibilidad de juicio “per saltum”.

Dentro de la regulación de la instrucción, en lo que constituyen las disposiciones generales del nuevo procedimiento abreviado, común como ya se apuntó a ambos enjuiciamientos, de Juzgado de lo Penal o de Audiencia Provincial, bajo la denominación legal de diligencias previas, se previene ahora como un último apartado del art. 789 (el quinto de su número 5), que en el supuesto de constituir los hechos objeto de la investigación un delito cuyo conocimiento compete al Juez de lo Penal (delitos castigados con penas de privación de libertad o de otra naturaleza no superior a seis años, además de multa, cualquiera que sea su cuantía, o privación del permiso de conducir), cuando el imputado, asistido de su Abogado, “haya reconocido los hechos que se le imputan”, el Juez de Instrucción podrá remitir las actuaciones al Juez de lo Penal, a instancia del Ministerio Fiscal y del imputado, en cuyo caso el Juez de lo Penal ha

de convocar “inmediatamente a juicio oral al Fiscal y a las partes, quienes formularán en el mismo acto sus pretensiones, pudiendo dictar sentencia en el acto”.

De dicha normativa, por lo demás sumamente concisa, se desprenden los siguientes presupuestos queducentes a juicio oral sin más instrucción ni desde luego fase intermedia alguna: 1) partiendo de la existencia de una previa imputación por denuncia, querella, atestado de la Policía o incluso derivada de diligencias de comprobación hechas por el Ministerio Fiscal, el imputado asistido de su Abogado, reconoce tales hechos ante el Juez de Instrucción, por comparecencia o previamente citado a prestar declaración o práctica de cualquier diligencia instructoria, 2) ante ello el Fiscal y el propio imputado, con la asistencia siempre de su Abogado, solicite la remisión de las diligencias al Juez de lo Penal para su enjuiciamiento, y 3) siendo un delito de los que corresponde conocer a dicho Juez, el Instructor no sólo así lo constate sino que estime que no hay obstáculo legal alguno que impida tal remisión, afectando por consiguiente a un amplio campo de supuestos que van desde la posible calificación misma de los hechos, a la capacidad de discernimiento del imputado, y en fin, a todo lo que conforme el tipo penal en cuestión, incluidos los requisitos de procedibilidad, pues el precepto no vincula sin más al Juez de Instrucción a la remisión de las diligencias como se le pide, y si bien aquel reconocimiento, en cierta medida exonera al juez de proseguir la investigación que para el procedimiento ordinario le impone el art. 406, no queda vinculada como se deja dicho a la petición de remisión.

Por otra parte, accediendo el Juez de Instrucción a la repetida remisión de las diligencias al Juzgado de lo Penal, la inmediatez en la convocatoria del juicio oral que el precepto le encomienda al segundo hace que no se produzca ya trámite intermedio alguno, como ni tan siquiera la formulación de calificación provisional, sino que como también se cuida de indicar el legislador “en el mismo acto del juicio oral las partes formularán sus pretensiones”, lo cual no puede tener otra significación sino que precisamente por tratarse de acto oral, con las notas además de concentración, inmediación y publicidad, tanto la pretensión punitiva, como la defensiva y en su caso la de resarcimiento, han de formularse prácticamente, como oralmente ha de dictarse la sentencia, “documentándose el fallo mediante la fe del Secretario o en anexo al acta, sin perjuicio de la ulterior redacción”, como matiza el art. 794 a que el repetido precepto se remite, aunque a no dudar ha de entenderse igualmente que también en el acta han de recogerse las respectivas pretensiones, igual que cabe la expresión de las partes de su decisión de no recurrir, de declarar entonces el Juez la firmeza

de la sentencia y hasta de pronunciarse, previa audiencia de las partes, sobre la condena condicional, que el referido artículo 794 asimismo previene.

Con dichas previsiones legales es evidente que puede darse el juicio oral “per saltum”, aunque bien pudo el legislador simplificar aún más tal supuesto, permitiendo la acusación escrita sin necesidad del juicio oral, y evitando la exigencia de redacción de la sentencia, sobre todo cuando las partes deciden no recurrirla y se trata de pena sólo de un año de privación de libertad.

b) Conformidad con la acusación provisional en fase intermedia.

Esta modalidad de aceleración del proceso penal viene regulada en el nuevo procedimiento abreviado en el número 3 del artículo 791, y es análoga a la prevenida en el artículo 655 del procedimiento ordinario, conceptuada por autores como Gimeno Sendra como mero allanamiento al estar limitada a la aceptación de la petición de penas solicitadas por las partes acusadoras (a diferencia de la del artículo 688-694, que se proyecta no sólo sobre la petición de penas sino también sobre los hechos que la fundamentan de carácter pleno por tanto, y que el citado autor cabe denominar allanamiento-confesión).

Dicha conformidad carece en el precepto citado de otras especificaciones en orden al trámite, y únicamente agrega que tal conformidad ha de ser “con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad”, lo cual ha de conducir necesariamente a que ante esa conformidad expresada dentro del total ámbito competencial del procedimiento abreviado, el Juez de Instrucción que recibe el escrito que la contiene, deberá remitir las diligencias al órgano del enjuiciamiento que ya había fijado al acordar la apertura del juicio oral, para que tal órgano dicte sin necesidad de juicio oral, la correspondiente sentencia, tal como se previene para el procedimiento ordinario en el citado art. 655, con la particularidad un tanto paradójica de que tal precepto lleva la remisión genérica que hace el art. 780, aunque aquél sólo sigue permitiendo conformidad con pena correccional o prisión menor (seis años de privación de libertad) mientras que en el procedimiento abreviado se comprenden hasta los doce años.

Pero en cambio, al carecer de otras especificaciones el precepto, como queda dicho, nada ha de obstar a que el Juez o Tribunal del enjuiciamiento decida la continuación del juicio, si así lo conceptúa necesario, tal como también se previene en el nombrado art. 655, pues las otras reglas relativas a la conformidad durante la celebración del juicio oral, que enseguida veremos, no

pueden ser aplicadas a esta fase sin más, aunque nada impedirá que decidido por el Juez o Audiencia la celebración antedicha del juicio oral en él se reitere la conformidad con la acusación, que conduce al supuesto siguiente.

Constituye, pues, esta otra modalidad de aceleración una fórmula que partiendo de la instrucción ya practicada, lo mismo que la fase intermedia, se evita el juicio oral, dentro del poder de disposición que la ley otorga al acusado (aunque aquí como vimos es conformidad con la acusación, mientras que en el supuesto anterior era un reconocimiento o confesión del hecho antes de deducirse la pretensión punitiva), aunque no conviene tampoco olvidar que si hay pretensión civil y no se da la conformidad a la misma, entonces deberá continuar el juicio para “prueba y discusión de los puntos relativos a dicha responsabilidad civil” como concluye diciendo el repetido art. 655.

c) Conformidad en el juicio oral.

Viene esta tercera modalidad de aceleración como otro tributo al poder de disposición del acusado y hasta como medio para llevar a cabo el consenso o transacción intraprocesal tan en boga, como veíamos antes, y que aun manteniendo una gran analogía con el allanamiento-confesión ya citado de los artículos 688 y 694 del procedimiento ordinario, difiere no ya en el mayor alcance apuntado de hasta los doce años, sino sobre todo por concebirse no sólo como trámite inicial sino incluso con posterioridad al comienzo de la sesión del juicio, y contener además cierto carácter vinculante para penas que no excedan de seis años.

Se encuentra regulada en el número 3 del art. 793, y como momento para su planteamiento se fija en dicho precepto que sea “antes de iniciarse la práctica de la prueba”, pero en cambio no se previene esta conformidad como una confesión de hechos a preguntas del juzgador como en el procedimiento ordinario, sino que el precepto la contempla como una petición conjunta de la acusación y defensa al Juez o Tribunal para que “proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación”, reforzando tal petición con la exigencia de que ha de hacerse “con la conformidad del acusado presente”, lo cual ha de ser obvio.

Al propio tiempo, y ésta es otra importante previsión que da pie a posible acuerdo a consenso entre las partes acusadoras y acusadas, el artículo determina que la sentencia a dictar sea “de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, O CON EL QUE SE PRESENTARA

EN ESE ACTO, que no podrá referirse a hecho distinto ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación'', con lo que claramente se está comprendiendo una modificación de la acusación a la vista del desarrollo inicial del juicio, cuando no desde los instantes inmediatamente anteriores a su comienzo, sin que, por otra parte, se llegue a comprender la preocupación del legislador en excluir no ya un hecho distinto, sino que entonces se produzca una calificación más grave, pues lógicamente sería contra cualquier inicio de consenso.

Finalmente, y ello es lo que puede suscitar mayores dudas en la práctica, el legislador se ha cuidado de atribuir un cierto carácter vinculante a los términos del consenso así logrado para pedir la sentencia de conformidad, al agregar el precepto ''si la pena no excediera de seis años, el Juez o Tribunal dictará sentencia DE Estricta conformidad con la aceptada por las partes. No obstante, si a partir de la descripción del hecho aceptado por todas las partes, estimara el Juez o Tribunal que el mismo carece de tipicidad penal o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier circunstancia determinante de la exención de pena o de su preceptiva atenuación, DICTARÁ SENTENCIA EN LOS TÉRMINOS QUE PROCEDA, previa audiencia de las partes realizada en el acto''.

Con tales previsiones, lo primero que se destaca es que ante la pedida sentencia de conformidad se ha de distinguir si la pena pedida y aceptada excede o no de los seis años transcritos, pareciendo entonces a primera vista que en pena inferior estaríamos en un Juzgado de lo Penal con necesidad de sentencia vinculada a la petición, y si la pena excede de esos repetidos seis años, estaríamos en la Audiencia y sin sentencia vinculante. Sin embargo, nos parece que esa deducción no es exacta, pues por un lado claramente el precepto habla en ambos supuestos tanto de Juez como de Tribunal, y aunque la competencia del Juzgado es de penas hasta seis años, caben en la Audiencia penas inferiores a las superiores fijadas en el Código Penal al tipo delictivo, como consecuencia de los diversos grados de participación, de las ejecuciones imperfectas y en suma mediante el juego de las circunstancias modificativas, y por otro porque la carencia de tipicidad penal del hecho aceptado por las partes o la manifiesta concurrencia de eximentes o atenuantes que conducen a dictar la sentencia que proceda, de acuerdo con el principio de legalidad, es de apreciar tanto para aquellas penas que excedan los seis años como a las que no. Por todo ello, la sentencia de estricta conformidad con la pena aceptada por las partes sólo se dará si aquellas exigencias de la legalidad no lo impiden, y sin que, por otra parte,

esa expresión de estricta conformidad haya tampoco de entenderse como que vincula al juez en los días, meses o años de pena pedidos, pues sabido es que cada pena, particularmente las privativas de libertad, comprenden subdivisiones en los grados mínimo, medio y máximo, que a su vez cuentan con un mínimo y un máximo en cada uno, de tal manera que cabría interpretar que dicha estricta conformidad lo ha de ser al grado de pena pedido y aceptado, con posibilidad entonces del Juez o Tribunal de fijarla dentro de los aludidos límites mínimos y máximos legalmente señalados, según se determina expresamente en preceptos como el art. 61, regla 7ª del Código Penal.

Con esta tercera modalidad de conformidad, se simplifica también el proceso penal abreviado, aunque ya únicamente acortando la sesión del juicio oral, e incluso, como en el procedimiento ordinario ya dicho, evitando propiamente que tenga lugar más allá de su inicio estricto.

d) La conformidad prestada en Fiscalía y el consenso o transacción obtenido entre acusación y defensa.

Como apuntamos antes, la nueva regulación del procedimiento abreviado, aun sin incorporar fórmulas expresas en el modo de obtener esos consensos, los posibilita, como ya hemos ido apuntando, para lograr el juicio oral tras el reconocimiento de los hechos imputados, para evitarlo con la conformidad en fase intermedia de preparación o a la iniciación de la sesión del juicio, e incluso para acortarlo antes de entrar en prueba, como acabamos de ver, todo ello inspirado como dice la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1990 en que “el reconocimiento de la propia responsabilidad y la aceptación de la sanción, implican una actitud socializadora que facilita la reinserción social, reclamada como fin de la pena en el art. 25.5 de la Constitución Española y que en lo posible no debe ser perturbada ni por la continuación del proceso ni por la sumisión a la estigmatización del juicio oral”, y, por ello mismo encomienda a los Fiscales que sin apartarse de la legalidad utilicen “todos los márgenes de arbitrio legal para llegar a situaciones de consenso con el acusado y su defensa, especialmente en el ámbito de los delitos menos graves y de menor trascendencia social...”.

Pero de una manera especial se contiene previsto el consenso en el inciso final del nombrado número 3 del art. 791 a propósito de la conformidad en fase intermedia o de preparación del juicio oral cuando agrega “TAL CONFORMIDAD PODRÁ TAMBIÉN FORMALIZARSE CONJUNTAMENTE CON EL ESCRITO DE ACUSACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL”.

Es decir, que si esa conformidad se formula en el propio escrito de acusación del Ministerio Fiscal, al ser este escrito el que dicha parte publica ha de presentar evacuando el traslado de las diligencias previas una vez que el Juez de Instrucción descartando dar otro destino a las mismas, acuerda proseguir por el trámite intermedio de preparación del juicio oral, no cabe duda que ha tenido que producirse una presencia en Fiscalía tanto del acusado como de su Letrado Defensor, que no obstante no ha podido estar precedida de inmediatas diligencias de comprobación del Ministerio Fiscal si como le prescribe el número 3 del artículo 785 bis ha tenido que cesar en sus diligencias “tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos”.

Pese a ello, nada ha de obstar, pues, a ese concurso de Fiscal y acusado con tan anticipada conformidad, que desde luego sí implica, como las demás vistas, una evidente aceleración del proceso penal.

e) Celebración del juicio en ausencia del acusado.

Enfrentada ciertamente tal posibilidad con el tradicional principio de que nadie puede ser juzgado sin ser oído, la celebración en ausencia del acusado se ha ido imponiendo en los diferentes ordenamientos jurídicos, al objeto fundamentalmente de evitar la dilación de los juicios y con ella de la incertidumbre de las cuestiones que han de resolverse, si bien con unas garantías mínimas de que se ocupó precisamente la Resolución 11 (75) de 21 de mayo, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre criterios a seguir en el procedimiento en ausencia del inculcado.

Por todo ello no es de extrañar que nuestra reforma de 28 de diciembre de 1988, se ocupara también de dicha posibilidad, que por otra parte ya contaba en nuestro derecho positivo con diversos precedentes, los últimos contenidos en las propias leyes derogadas de 8 de abril de 1967 y 11 de noviembre de 1980, donde se preveía que “por la ausencia injustificada del acusado o del tercero civilmente responsable que tuvieren domicilio conocido, no se suspenderá la celebración del juicio, siempre que conste haberseles citado personalmente y el juez estime que existen elementos suficientes para juzgarlos” (artículos 797, regla octava, párrafo segundo, y art. 10, regla segunda, párrafo segundo, respectivamente).

Mas, en la nueva normativa, contenida en el número 4 del artículo 789 y número 1, párrafo segundo, del art. 793, ello se altera sensiblemente al intro-

ducirse una citación, ficticia, que si bien posibilita el juicio, plantea no pocos problemas en torno a los fundamentales derechos de información y defensa, a los que evidentemente han de estar atentos en último extremo el juez o el Tribunal, por corresponder a los mismos, igual que en la legislación derogada, decidir sobre la procedencia de la celebración.

Las normas que ahora se contienen pueden sintetizarse en lo siguiente: 1) requerimiento en fase de instrucción al imputado para que designe en España un domicilio en el que se le harán las notificaciones, o una persona que las reciba en su nombre; 2) advertencia al imputado que la citación realizada en dicho domicilio o persona designada permitirá la celebración del juicio en su ausencia; 3) escrito de acusación con petición de pena privativa de libertad que no exceda de un año o de distinta naturaleza cuando su duración no sea superior a seis años; 4) citación personal del acusado o EN EL DOMICILIO O EN LA PERSONA anteriormente expresada; 5) ausencia injustificada de dicho acusado; 6) solicitud del Ministerio Fiscal o de la parte acusadora de la celebración del juicio oral, con audiencia expresa de la defensa; 7) resolución del Juez o Tribunal accediendo a ello SI ESTIMA QUE EXISTEN ELEMENTOS SUFICIENTES PARA EL ENJUICIAMIENTO.

Tales requisitos, extraídos del tenor literal de los preceptos anteriormente reseñados, no precisan de mayores comentarios, y sí sólo añadir que al propio tiempo se previene que “la ausencia injustificada del tercero responsable civil citado en debida forma no será por sí misma causa de suspensión de juicio”.

Por otra parte, como compensación a esa posible celebración se establece como remedio para el condenado un recurso de anulación (art. 797), en cuanto comparezca y le sea notificada la sentencia, a tramitar de forma análoga al recurso de apelación, lo cual pese a la aparente sencillez, encierra también no escasos problemas ya que entretanto no sólo ha podido ser ya ejecutada la sentencia, particularmente en sus pronunciamientos de responsabilidades civiles, sino que también pudo haber otras apelaciones o recursos (pues por las razones ya expuestas a propósito de la conformidad en juicio oral, la petición e imposición de pena no superior a un año ha podido ser incluso ante la Audiencia), al referirse el citado precepto a que “le será notificada la sentencia dictada en primera instancia o apelación...”.

También aquí sobran comentarios, y aunque lo deseable sería la supresión de tales preceptos como con toda contundencia opina Reig Reig, aunque dicho recurso está avalado por la citada resolución del Consejo de Europa cuando

en su apartado 8 explicita a los Estados miembros “que la persona juzgada en ausencia, en tanto no haya sido citada regularmente, debe disponer de un recurso para hacer constar la nulidad de la sentencia”.

VIII. CONCLUSIÓN

El desarrollo del proceso penal hasta la resolución final del mismo, como insustituible instrumento jurídico para que declarando la culpabilidad o inocencia de una persona a quien se imputa un delito se aplique la previsión legal de imponer las consecuencias punitivas y de resarcimiento que la misma determina, en pro tanto de la convivencia y de las víctimas como de la reinserción social del condenado, es algo que no sólo a todos interesa sino que al propio tiempo implica que ello sea pronto y sin obstáculos entorpecedores.

A ello obedecen sin duda los predicados de aceleración y simplificación, aunque sin olvidar que al ser siempre el proceso garantía de que sólo se juzgue cuando a la mera sospecha se une la probabilidad y que su éxito tanto debe estar en la condena del culpable como en la absolución del inocente, y por ello mismo, aquellos ideales de prontitud y sencillez no podrán nunca alcanzarse a cambio de la pérdida de las debidas garantías que hagan innecesario avanzar en la sospecha o excluir el debate del juicio oral, salvo los un tanto excepcionales supuestos de aceptación de los hechos imputados o de conformidad con las penas pedidas, ya que de lo contrario dejaría de haber un auténtico proceso, lo mismo que las garantías no han de tomarse en trámites inútiles, porque entonces la Justicia o no llegaría o por tardía dejaría de ser también auténtica justicia.

Por todo ello, la complejidad o gravedad de cada caso han de ser los únicos condicionantes al justo término medio de la complejidad o sencillez en el proceso, y por tanto en la mayor o menor prontitud del mismo, de tal forma que la opción priorística hacia procedimientos más sencillos ha tenido que ser siempre con miras a infracciones de menor entidad, como acabamos de ver en el campo del derecho comparado y en el de nuestro derecho histórico y vigente, y hasta así se determina en la comentada Recomendación R (87) del Consejo de Europa, donde como ya se reprodujo y conviene insistir “administrar justicia por el procedimiento más rápido y eficaz no es necesariamente la mejor manera de descubrir la verdad”.

Mas, constatada la sobrecarga de los órganos judiciales en todos los Estados y por tanto que hay una evidente lentitud en la resolución de los procesos penales, nadie puede seriamente oponerse a la búsqueda de soluciones, y al margen de las que se adentran en el terreno siempre opinable de la política criminal (despenalizaciones, administrativización de sanciones, y hasta ataque directo a las causas del aumento de la delincuencia: incultura, paro, subversión de valores o ideales, etc., etc.), desde un punto de vista estrictamente procesal, en que no está ausente esa unidad de la normativa jurídica que disciplina el proceso, con el derecho penal, lo mismo que el orgánico y el penitenciario, de que nos habla Ruiz Vadillo, la aceleración y simplificación tendrá siempre que contemplarse en relación con las tres fases en que el proceso penal se estructura, esto es, instrucción, etapa intermedia y juicio oral, de tal forma que según sea aquella complejidad o gravedad del caso podrá prescindirse de alguna de dichas fases. Por ello, cuando hay flagrancia, y por tanto ya está esclarecida la comisión del hecho, igual que cuando aun sin la aprehensión instantánea que la misma implica se produce un espontáneo reconocimiento de su realización, o cuando, en suma, se aceptan ciertas penas que pueda solicitar la acusación, nada ha de obstar para que se prescinda de la actividad de averiguación, del trámite intermedio acerca de la consistencia de la acusación para decidir proseguir a juicio, o del propio juicio oral, pues entonces esos momentos procesales ya no son necesarios, y aunque el juicio oral es la culminación del proceso, como vimos nos dice el Profesor Conso “no tiene que existir siempre”; sin que los estímulos para que sean alcanzados aquellos reconocimientos o conformidades, correspondan tampoco al área del proceso penal, sino a las apuntadas opciones de política legislativa, lo mismo que no nos parece sea del todo procesal la denominada oportunidad en el ejercicio de la acción penal, so pena de ir de la legalidad a la arbitrariedad, sino meramente procesal, y según sostiene Vázquez Sotelo, como oportunidad reglada.

Por lo demás, esas simplificaciones y aceleraciones no pueden tampoco preverse con un automatismo tal que elimine la ponderación disyuntiva que lleva consigo toda decisión imparcial, una vez que ante el órgano decisor se aportan los presupuestos fácticos de donde deducir las oportunas consecuencias jurídicas y de ahí que en el proceso penal, como en todo proceso, pero en mayor grado si cabe, la verdad ha de estar imprescindiblemente unida a la justicia, la aportación del material fáctico y las consecuencias jurídicas de él derivadas no pueden carecer de un control último para quedar a expensas de prepotencias u oportunismos, sino que necesitan de la intervención de quien por mandato constitucional tiene encomendada la tutela de los derechos e intereses

legítimos, estableciendo el necesario equilibrio entre todos los sujetos intervinientes. Por eso mismo, nuestro ordenamiento procesal penal, dotado de una acción popular (que tanto destacó Alimena, como vimos), juntamente con la acción pública del Ministerio Fiscal, que cuenta con el respaldo no sólo de nuestro derecho histórico y vigente, sino de la Constitución misma (art. 125), así como de unas normativas que salvaguardan todo uso indebido (fianzas exige el art. 280 a quien no ha sido víctima del hecho, o responsabilidad por calumnias previene el art. 638 para casos de sobreseimiento), y desde luego con la posibilidad de que dicho Ministerio Público lleve a cabo toda suerte de diligencias de comprobación o averiguación previas (como principal contenido de la instrucción, aunque nunca sinónimo, al darse en ésta al propio tiempo tutela de derechos y adopción de medidas cautelares que sólo al Juez corresponden) compatibles incluso con fórmulas de transacción o de oportunidad reglada preprocesales, nada tiene que envidiar y menos copiar de otros ordenamientos procesales y sí en cambio, conservar lo que de valor tenemos, como la misma instrucción judicial, tal como acertadamente la conservan los franceses tras su gran reforma de 1958 ya vista, bastándonos con los retoques ya apuntados de que no tenga siempre el Juez que iniciar la instrucción ante la mera noticia criminal (art. 308) o de seguir averiguando a pesar de haber reconocimiento (art. 406), que bien pueden dejarse como mera posibilidad a valorar por el Juez, sobre todo ante el ejercicio de la acción popular extendida con Gimeno Sendra con carácter progresivo desde la querella y la petición de diligencias hasta la formulación de la acusación, lo mismo que ha de posibilitarse la más activa intervención del Fiscal en las diligencias judiciales en lugar de los meros testimonios a enviarle de que habla el art. 306, con que se quiso paliar su evidente falta de medios, similar a la de siempre padecida por los órganos jurisdiccionales.

Entonces sí que se evitarían instrucciones innecesarias que propiciarían una evidente simplificación y aceleración del proceso penal español, a la vez que redundaría en un mayor tiempo de meditación a los casos que realmente lo precisan, pero nunca suprimiendo la acción popular que es como dice Almagro Nosete un instrumento de control social de la democracia, ni suprimiendo tampoco la instrucción judicial misma, compatible además con el principio acusatorio en su iniciación de oficio que consagra nuestro derecho al no implicar deducción de pretensión como escribe también Gimeno Sendra, y provocar con ella el juez la intervención del Fiscal para que deduzca la pretensión de persecución y castigo. Lo mismo que sin esas instrucciones innecesarias se pasaría directamente al juicio oral en los casos de menor gravedad, reconocida la imputación, como ya vimos posibilita nuestro nuevo procedimiento abreviado,

cuando no se evita el juicio mismo ante las fórmulas de conformidad también comentadas, aunque necesitado ello de ajuste legislativo para evitar por un lado que el propio instructor abra juicio oral sin posibilidad de recurso y por otro que quepa una mayor conformidad en el procedimiento abreviado que en el ordinario, sin omitir, finalmente, la máxima simplificación en el enjuiciamiento de las faltas, restringidas desde luego tras la reforma de la Ley 3/1989 de 21 de junio (al ampliar los supuestos de la instancia de parte y por tanto de disposición), pero oportunidad desaprovechada para introducir en ella el procedimiento monitorio con trámite escrito, y en cambio mantiene una segunda instancia con total intervención de las partes cuando ya ello fue suprimido en las apelaciones para delitos sentenciados por los nuevos Juzgados de lo Penal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMAGRO NOSETE, *Derecho Procesal, Proceso Penal*, Valencia, 1988.
- CONSO, Le nuove disposizioni sul processo penale, Padova, 1988.
(También trabajos del autor en *Revista Foro Canario* sobre “Procedimiento Abreviado”, y “Contradicción en fase de instrucción”, números 76 y 80, en *Rev. Poder Judicial* sobre “Denuncia previa o instancia de parte”, número especial XII y *Rev. Actualidad Penal* número 36, 1990. “Instrucción penal y derecho a la tutela judicial efectiva”).
- CONGRESO DE DERECHO PROCESAL DE CASTILLA Y LEÓN, “La reforma del Proceso penal”, Ministerio de Justicia, 1990. Dra. Calvo Sánchez y otros, con comunicación del autor de este trabajo, sobre “Significación de la instrucción en el nuevo Procedimiento Abreviado”.
- FENECH: *El Proceso penal*. Tecnos, 1982.
- FIGUEIREDO DIAS: *Para una nova justiza penal*. Coimbra, 1983.
- GIMENO SENDRA: “Constitución y proceso, fundamentos de Derecho procesal”, 1981. *Rev. La Ley*, Nueva regulación de la conformidad X-90.
- GÓMEZ COLOMER: *El Proceso penal alemán*. Bosch, 1985.
- GÓMEZ ORBANEJA: *Derecho procesal penal*. Madrid, 1987.
- MORENO CATENA y otros: *El nuevo Proceso penal*, 1989.
- PEDRAZ PENALVA: La reforma procesal de la R.F. Alemana de 1975. *Rev. Derecho Procesal Iberoamericana*, 1976, 2-3.
- PISAPIA: *Lineamenti del nuovo processo penale*. Padova, 1989.
- PRIETO CASTRO: *Derecho procesal penal*. Tecnos, 1982.
- REIG REIG: “El juicio en ausencia”. *Rev. Foro Canario*.
- RUIZ GUTIÉRREZ: “El procesamiento”. *Rev. Derecho Procesal*, 1964.
- RUIZ VADILLO: “Crisis de la justicia y reforma del Proceso penal”. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 15-4-1988.
- VÁZQUEZ SOTELO: “El principio acusatorio y su reflejo en el Proceso penal español”. *Rev. Jurídica de Cataluña*, 1984.
- VITU, André: “Rasgos característicos del Procedimiento penal francés”. *Revista Justicia* III, 1990.

**EL CONTRATO DE LEASING FINANCIERO Y SU
NATURALEZA JURÍDICA. INCIDENCIA DEL DERECHO
DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN LA RELACIÓN
INTERNA ENTRE LA EMPRESA DE LEASING Y EL
USUARIO DAÑADO POR DEFECTO DEL BIEN CEDIDO.**

ÁLVARO LATORRE LÓPEZ
MAGISTRADO

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

UNA APROXIMACIÓN AL CONTRATO DE LEASING

- 1) Las operaciones de leasing en general.
 - A) Diversidad de operaciones y unidad conceptual.
 - B) El leasing operativo y el leasing financiero.
- 2) Novedad del contrato de leasing en el Ordenamiento Jurídico.
- 3) Las relaciones jurídicas derivadas del leasing financiero mobiliario.
- 4) Sucinta referencia al Derecho Español.
- 5) El contrato de leasing en el ámbito jurisprudencial.

- A) La Jurisprudencia europea:
 - a) Francia.
 - b) Alemania.
 - c) Italia.
- B) La Jurisprudencia española:
 - a) Referente a la naturaleza jurídica del leasing.
 - b) Respecto a la responsabilidad por riesgos del bien.
- 6) La naturaleza jurídica del leasing: diferentes posturas doctrinales y solución que se propone.
 - a) El leasing y su relación con el mandato.
 - b) El leasing y la promesa unilateral de venta.
 - c) El leasing como contrato de naturaleza crediticia y financiera.
 - d) El leasing como negocio fiduciario.
 - e) El leasing y la venta a plazos de bienes muebles.
 - f) El leasing como arrendamiento de cosas.
 - g) Postura que se mantiene.

INCIDENCIA DEL DERECHO DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS EN LAS RELACIONES JURÍDICAS DIMANANTES DEL LEASING

- 1) Origen del movimiento en defensa de consumidores.
- 2) Derecho Comunitario Europeo en materia de protección a los consumidores y usuarios.
- 3) Derecho Español de defensa de consumidores y usuarios.
- 4) El derecho de protección al consumidor en relación a la cláusula de exoneración de responsabilidad por riesgos de la cosa que incluye el contrato de leasing financiero en favor de la sociedad concedente.
- 5) Perspectivas del futuro desarrollo del contrato de leasing financiero y su relación con el derecho de protección al consumidor.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Especialmente fértil se presenta nuestra época en cuanto a novedades que vienen produciéndose en el mundo jurídico. El presente trabajo persigue el objetivo de destacar dos de las más significativas: el contrato de arrendamiento —leasing— financiero y el Derecho de protección de los consumidores y usuarios, haciendo una referencia a su interrelación.

En cuanto al aludido contrato, me he propuesto destacar la visión del mismo desde una perspectiva jurídico-económica, otorgando un papel preponderante al elemento económico sobre el jurídico. Por ello, dentro del leasing financiero, y sin perjuicio de que las consideraciones que con respecto al mismo aquí se hacen son válidas en toda su amplitud contractual, he optado por estudiarlo desde una de las modalidades fundamentales, es decir, el leasing financiero industrial, utilizado para la financiación de bienes de equipo y capital productivo. Desde esta óptica, se pone perfectamente de manifiesto la verdadera razón de ser de este contrato, al aparecer claramente su finalidad de financiación, el carácter de la empresa de leasing como intermediario financiero y la explicación de la prevalencia del elemento económico sobre el jurídico que se ha apuntado. A la luz de las precedentes consideraciones, he relacionado la estructura negocial del leasing financiero, su regulación legal en España, su examen jurisprudencial europeo y español y su naturaleza jurídica, todo ello para concluir afirmando el recio carácter de incentivo a la inversión que es propio de este contrato y la plena validez de la cláusula de exoneración de la responsabilidad que favorece a la empresa de leasing por vicios o pérdida de la cosa, previa subrogación de acciones a favor del usuario, cláusula que resulta inexplicable desde el punto de vista de los moldes contractuales clásicos a los que se ha querido asimilar el arrendamiento financiero, pero que es lógica si se atiende a la propia idiosincrasia de este contrato, lo cual ha llevado al legislador y a la jurisprudencia europea —con reticencias de Alemania— y española a reconocer su plena validez.

El Derecho de protección al consumidor representa también una interesante evolución del Ordenamiento Jurídico, en la que se trata de lograr la protección del ciudadano en cuanto consumidor de bienes y servicios mediante adecuados instrumentos legales, a fin de lograr el respeto al derecho a la salud de éste y a su integridad patrimonial. Los puntos básicos de este derecho

protector se hacen aquí considerando el origen del movimiento de defensa de los consumidores y usuarios, la Ley General española, la Directiva Comunitaria y las perspectivas de desarrollo de la misma en España, todo ello para dar respuesta a una serie de interrogantes que se plantean al estudiar la incidencia de este derecho protector en el ámbito interno del contrato de leasing financiero, bien entendido que acotado su ámbito a las relaciones producidas entre la empresa de leasing y el usuario que con ella contrata, ya que con respecto al proveedor del producto no se plantean especiales problemas. Así, ¿puede el usuario en arrendamiento financiero ser tenido como consumidor de ese producto a tenor del derecho protector?, ¿existe diferencia en la decisión que se adopte si se utiliza como parámetro el Derecho Comunitario o el Derecho nacional aplicable?, ¿podrá el usuario en leasing financiero oponer a su empresa concedente los preceptos relativos al derecho de protección al consumidor cuando resulte afectado en su salud o patrimonio por un defecto del bien cedido?, ¿qué papel juega en este sentido la aludida cláusula de exoneración de responsabilidad?, ¿variará la solución adoptada con un ulterior desarrollo del leasing financiero, cuando la empresa concedente asuma funciones informativas a los futuros usuarios sobre los bienes que vayan a ser objeto del contrato?

Estas cuestiones trataré de contestar en el cuerpo del artículo, pero quede adelantado que apuesto firmemente por una incidencia cada vez mayor del Derecho de protección al consumidor en el ámbito del contrato de leasing financiero.

UNA APROXIMACIÓN AL CONTRATO DE LEASING

1) Las operaciones de leasing en general

A) *Diversidad de operaciones y unidad conceptual.*

Introducirse en este campo relativamente nuevo del mundo jurídico es constatar el abuso del término “leasing”, habiéndose agrupado en torno al mismo una diversidad de figuras contractuales, así lo ha puesto de manifiesto Sonnenberger ⁽¹⁾. Ahora bien; esta heterogeneidad es consustancial al leasing, ya que éste no es un contrato ni siquiera complejo, sino una denominación genérica que agrupa una amplia gama de posibilidades. Por consiguiente, y en la línea

(1) SONNENBERGER, H.J.: “La giurisprudenza sul leasing in Germania”, en *La giurisprudenza sul leasing in Europa*. Milán, 1984, p. 9.

marcada en España por el profesor Martín Oviedo ⁽²⁾, concluimos afirmando que el leasing es una operación industrial susceptible de diversas alternativas.

Por ello, este concepto se hace imposible de definir; no obstante, se puede hallar un punto de unión en las diversas operaciones que encierra. La palabra leasing deriva del verbo inglés "to lease" que significa dar o tomar en arrendamiento; esta denominación se ha empleado en la práctica anglosajona con respecto a contratos de naturaleza económica diversa, coincidentes en el hecho de que una empresa arrienda a otra empresa uno o más bienes muebles o inmuebles, por un tiempo determinado y a cambio del pago periódico de un canon establecido, previéndose frecuentemente aunque no necesariamente, la posibilidad de que el arrendatario adquiera el bien pagando el precio prefijado.

En consecuencia, el nexo de unión es el arrendamiento, figura contractual que se convierte en la calificación jurídica de esta gama de operaciones comerciales que puede suponer el leasing, a la que hay que agregar la frecuente opción de compra que se pacta entre las partes.

B) El leasing operativo y el leasing financiero.

En realidad, el primero de ellos es un contrato de arrendamiento normal que no interesa al objeto de esta exposición. A decir de Fossati ⁽³⁾, es la más primitiva forma de leasing y se caracteriza porque es el arrendador el encargado de la instalación del bien arrendado, y él es quien garantiza su adecuado funcionamiento. Por otra parte, ante un eventual incumplimiento del arrendatario o a la terminación del contrato, los bienes pueden volver a ser arrendados o vendidos con facilidad.

Por el contrario, el leasing financiero se reconoce ante la elección del suministrador y el material que corresponde al usuario, el cual presenta a continuación la solicitud de leasing ante una tercera empresa dedicada a esta actividad; ella estudiará la solicitud proponiendo, en su caso, las condiciones generales y particulares, de modo que si hay conformidad entre los contratantes se firmará el contrato, adquiriendo la empresa de leasing del proveedor el material que designó el usuario, a quien entregará ese material en un arrendamiento que tiene un plazo de carácter irrevocable, llegado el cual, puede el usuario devolver el material a la empresa de leasing, convenir un nuevo arrendamiento o adquirir el bien previo pago del precio predeterminado.

(2) MARTÍN OVIEDO: *El leasing ante el Derecho Español*. Madrid, 1972, p. 25.

(3) FOSSATI: *Il leasing*. Milán, 1980, p. 3.

La empresa concedente se presenta así como una entidad que tiene como fin fundamental financiar operaciones. Ahora bien; es menester decir que ésta asume solamente riesgos financieros, pesando sobre el usuario los que recaen sobre la cosa. Ésta es la característica fundamental del contrato de leasing financiero mobiliario, cuya justificación y alcance jurídicos se examinarán en este artículo. En principio, hay que reconocer que en las operaciones de leasing financiero se desvincula la obligación periódica de pago del canon por el usuario del efectivo uso de la cosa por el mismo, para el caso de que si dicha utilización deviene imposible —por vicios, pérdida, obsolescencia...—, el usuario no pueda alegar falta de causa. Esta idiosincrasia específica de tal figura contractual matiza el entramado de relaciones jurídicas que en la misma se producen; ello ha llevado a la doctrina científica a un sinfín de teorías sobre su naturaleza jurídica, y a la jurisprudencia a una interesante evolución.

Consecuencia de la característica apuntada es que el leasing financiero presenta serios problemas para ser calificado como contrato de arrendamiento, cuestión nada baladí en orden a explicar estas especialidades de régimen contractual.

Por último, el leasing financiero es habitualmente, cuando no por requisitos legales, de carácter trilateral, al intervenir en el mismo el fabricante o suministrador del bien, la empresa de leasing o intermediario financiero y el usuario. Una modalidad de operación, llamada leasing financiero directo, es hoy prácticamente irrelevante en las relaciones jurídico-económicas actuales de nuestro entorno, y lo realiza directamente el fabricante; es lo usual que en estos casos se trate del ya comentado leasing operativo.

2) Novedad del contrato de leasing en el Ordenamiento Jurídico

Este contrato no entraña un supuesto de atipicidad contractual. Ésta, viene a constituir una vasta zona de la autonomía privada en la que falta una “ordenación reductora de las relaciones a tipos o también de que son combinables diferentes tipos y asimismo modificables”, según el parecer del profesor Hernández Gil⁽⁴⁾. Así, siempre podremos diferenciar una atipicidad mínima, la cual se da cuando, simplemente, los contratantes alteren un determinado tipo contractual; será la atipicidad de grado medio cuando se lleve a cabo la combinación de diversos tipos, existiendo sólo atipicidad máxima cuando sea imposible

(4) HERNÁNDEZ GIL: *Metodología de la Ciencia del Derecho II*. Madrid, 1971, p. 447.

la ordenación reductora del convenio a uno o varios tipos. En el caso del contrato de leasing se da este tercer supuesto de atipicidad máxima o, lo que es lo mismo, una laguna en nuestro Ordenamiento Jurídico. En efecto, como afirma Gutiérrez Viguera ⁽⁵⁾, al leasing no le conviene ninguna de las figuras contractuales clásicas, si bien haya debido adaptarse a alguna de ellas para su supervivencia jurídica, especialmente al contrato de arrendamiento, aunque éste no ha servido para resolver la multitud de problemas que pueden surgir en una operación de leasing pese a los puntos de contacto que, sin duda, existen entre ambas figuras contractuales. Esta inadecuación no ha impedido que se haya traducido el leasing a nuestra lengua como “arrendamiento financiero”; la razón no es otra que la consideración de que el arrendamiento es el único medio de que dispone nuestro Derecho de separar el uso útil de la cosa de su propiedad; desaparecerá dicha denominación cuando las relaciones jurídicas que constituyen el leasing se tipifiquen, momento en que tendrán vehículo propio y serán autosuficientes (Boletín de la Agrupación Sindical Nacional de Empresas Financieras —ASNEF—. López Ante ⁽⁶⁾).

Queden pues adelantadas estas ideas hasta un momento posterior de la exposición, en el que se abordará la naturaleza jurídica de este contrato.

3) Las relaciones jurídicas derivadas del leasing financiero mobiliario

La relación trilateral protagonizada por los intervinientes en este tipo concreto de leasing se enmarcan en el siguiente esquema: el usuario elige el bien y el suministrador se lo comunica a la sociedad de leasing; ésta compra ese bien en concreto que se entrega directamente del proveedor al usuario. Un pacto típico de este contrato es que éste pueda ejercitar directamente, incluso en su propio interés, todos los derechos y acciones del contrato estipulado entre proveedor y arrendador. El usuario, desde el momento de la entrega, asume todos los riesgos sobre el bien y, en caso de su pérdida o deterioro, incluso por caso fortuito, fuerza mayor o hecho de tercero, debe seguir pagando los cánones e incluso el precio de la opción (Usos de la Cámara de Comercio de Milán y Proyectos Visentini y Schslesinger).

La base sobre la cual se asientan estas relaciones jurídicas es el carácter de intermediario financiero que tiene la empresa de leasing que, como tal, tiene

(5) GUTIÉRREZ VIGUERA: *El leasing como institución financiera*. Madrid, 1977, p. 104.

(6) AGRUPACIÓN SINDICAL NACIONAL DE EMPRESAS FINANCIERAS. Vid. López Ante en el n° 53, p. 68.

que recuperar los fondos invertidos en la operación (premio de la compra, gastos, intereses, etc.). Por su parte, el usuario, a quien interesa fundamentalmente tener la disponibilidad sobre el bien, trata con el proveedor, acude a una institución financiera, recibe la cosa y resuelve directamente los problemas con el primero; se compromete a pagar los cánones que totalizan el coste de la operación junto a la opción de compra, y ello aunque el bien se haya destruido.

Sobre esta base, podemos abordar las cuestiones principales que encierra el contenido del leasing financiero mobiliario:

— La pérdida y aseguramiento de la cosa:

Es importante destacar en este sentido el artículo 5 del Proyecto Schlesinger: “el concesionario, desde el momento de la entrega, asume todos los riesgos del bien objeto del contrato, incluso los derivados de caso fortuito, fuerza mayor y hecho de tercero. En caso de pérdida del bien o de imposibilidad sobreviniente de utilizarlo en todo o en parte, o de resolución del contrato con el proveedor, el concesionario no se libera de la obligación de continuar los pagos en los plazos pactados, y debe también el precio de la opción mencionada en el artículo 1; sin embargo, tiene la facultad de pagar al concedente en un único pago una suma que represente el valor actualizado a la tasa oficial de descuento de tales importes, imputando a su favor cuanto el concedente haya eventualmente conseguido directamente del proveedor y de los seguros. Las sumas debidas al concesionario por los aseguradores por indemnización de la pérdida o del deterioro de la cosa están vinculados al pago de tales importes. Cualquier derecho que pueda ser hecho valer contra tercero por daños causados al bien puede ser ejercitado directamente también por el concesionario. En caso de ejercicio contemporáneo de la acción por parte del concedente y del concesionario se aplica el artículo 109 del Código Procesal Civil”.

Igual regulación se encuentra en el artículo 3 del Proyecto Visentini, resolviéndose la cuestión de igual manera que en el supuesto de resolución de la compraventa del bien: la sociedad del leasing ha de recuperar los capitales adelantados en todo caso.

— La obligación del usuario en orden al aseguramiento de la cosa:

Las empresas de leasing suelen imponer a los usuarios que con ellas contratan la obligación de asegurar el bien contra los posibles daños a que está expuesto, y es en ocasiones la propia empresa concedente la que realiza tal aseguramiento, incluyendo la prima en el montante de los cánones. Dicha práctica

ha tenido eco en el artículo 7 de los Usos de la Cámara de Comercio de Milán; este precepto establece que “por la duración del contrato el bien debe ser asegurado, a cargo del usuario y con póliza a favor del arrendador, que cubra los riesgos de responsabilidad civil y de pérdida total o parcial del bien derivada de cualquier evento asegurable”. Ahora bien; el acaecimiento del evento que se asegura no libera al usuario del abono de las mensualidades correspondientes a la empresa de leasing hasta que no se produzca la reparación de los bienes siniestrados tal como opina Cabanillas Sánchez ⁽⁷⁾, sino que debe seguir pagando esos cánones previstos, a fin de impedir que la pérdida de la cosa se traduzca en pérdida financiera para la entidad concedente; prueba de ello es que en estos contratos la obligación de indemnizar se calcula sobre la base de los cánones no pagados. La explicación de ello es que, como afirma Ferrarini ⁽⁸⁾, la voluntad de los contratantes se dirige a consentir que el concedente recupere el capital invertido prescindiendo de los acontecimientos que afecten al disfrute del bien.

Por otra parte, si se produce un siniestro de importancia tendrá lugar la resolución del contrato de leasing por regla general, con aplicación del artículo 1.129 del Código Civil: es decir, la pérdida del beneficio del plazo por el usuario. No obstante, la empresa de leasing podrá exigir el pago de los cánones pendientes si ha cedido al usuario toda posible acción que a ella pueda corresponder frente a terceros, ya que en caso contrario se justifica jurídicamente la negativa del usuario por su indefensión. De todos modos, el límite de la indemnización que cobre la empresa de leasing debe ser el de los importes de los alquileres pendientes y el precio de opción, con el objeto de exigir del usuario la parte de éstos que falte, transmitiendo a éste el sobrante si se diese el caso. Así se evita una pérdida financiera a la empresa concedente, cerrándole también la vía a un eventual enriquecimiento injusto.

— Problemática de la resolución contractual:

En los contratos de leasing financiero mobiliario se suele acordar la resolución contractual de pleno derecho en los siguientes casos: por falta de pago de un canon arrendaticio; por disminución de garantías o por ciertas obligaciones contractuales del deudor; por siniestro total y por la declaración del usuario en quiebra. El problema que se plantea en estos supuestos de resolución suele ser con frecuencia determinar el quantum de la obligación del usuario.

(7) CABANILLAS SÁNCHEZ: “La naturaleza del leasing o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales”, en *ADC*, 1982.

(8) FERRARINI: “Problemi della locazione finanziaria: esperienze giurisprudenziali e prassi contrattuale in Italia e all’ estero”, en *Nuovi Tipi contrattuali e technique di redazione nella pratica commerciale*. Milán, 1978, pp. 174 ss.

Es ésta una cuestión muy debatida en la doctrina, debate que queda propiciado por la falta de nitidez que la apariencia negocial —arrendamiento con opción— proporciona al tratar de establecer el equilibrio de intereses entre las partes; además, se ha tratado de resolver el problema inadecuadamente, mediante la aplicación de la legislación sobre venta a plazos o bien a través de la cláusula penal. Baste decir a este respecto, con el profesor Rojo Ajuria ⁽⁹⁾, que en caso de resolución contractual el deudor pierde el beneficio del plazo del crédito, materializado en los cánones que restan por pagar y el precio de la opción y, si el crédito está garantizado, habrá lugar a la realización de la garantía. La cuestión del equilibrio de intereses —dirá Cabrillac ⁽¹⁰⁾— se debe centrar en la idea de que la sociedad de leasing no debe obtener más beneficio en caso de resolución contractual que el que obtendría en la normal ejecución contractual, es decir, el importe de los cánones pactados.

— La opción final:

Al finalizar el contrato el usuario puede elegir, generalmente, entre la restitución del bien, concluir un nuevo contrato de leasing sobre el mismo o bien adquirirlo, pagando el precio simbólico que no suele ser superior al de uno de los cánones mensuales. Pero esta opción de compra tiene en el contrato de leasing finalidades de distinta índole a la que le es propia; dicha opción se integra en la misma esencia del contrato, pudiendo cumplir objetivos de garantía así como también ilícitos (préstamo usurario ocultado por pacto de retroventa y juego de la opción. Torres Lana ⁽¹¹⁾).

4) Sucinta referencia al Derecho Español

Son escasas y dispersas las disposiciones legislativas en torno al contrato de leasing financiero mobiliario. Por el momento no existe una regulación sustantiva de este contrato, pudiéndose hallar solamente normativas muy concretas al caso de automóviles, como la Circular de la Dirección General de Tráfico de 16-2-74, o bien de carácter fiscal, como los Reglamentos de 3-12-71 y de 10-1-72, o financiero, como es el Real Decreto-Ley de 25-2-77; con este mismo carácter se pueden señalar los Reales Decretos de 31-7-80 y de 11-9-85, existiendo también referencias en ciertas normas reguladoras de impuestos, como renta de personas físicas, sociedades e IVA. Podrían también citarse otras disposiciones

(9) ROJO AJURIA, L.: *Leasing mobiliario*. Madrid, 1987, pp. 264 ss.

(10) CABRILLAC: *Remarques sur la théorie*, p. 247.

(11) TORRES LANA: *Contrato y derecho de opción*. Madrid, 1982, pp. 4-6.

fragmentarias aparte de éstas que, ejemplificativamente, se han señalado, pero no tienen mayor importancia.

Es la Ley 26/1988 de 29 de julio de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, la norma jurídica más importante que existe hoy día en relación a este contrato. Se aborda en la misma una nueva regulación, aunque incompleta, del contrato de leasing, dando una nueva definición del mismo, más precisa técnicamente que la formulada en el artículo 19 del Real Decreto-Ley de 25-2-77, y así dice el número 1 de la Disposición Adicional séptima de aquella norma que “tendrán la consideración de operaciones de Arrendamiento Financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión de uso de bienes muebles o inmuebles adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas a que se refiere el número 2 de esta disposición. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, de servicios o profesionales. El contrato de Arrendamiento Financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, en favor del futuro usuario”.

También se determina la retribución de la sociedad concedente, al establecer la Disposición Adicional octava número 3 de la citada Ley que “las cuotas de Arrendamiento Financiero deberán aparecer expresadas en los respectivos contratos diferenciando la parte que corresponda a la recuperación del coste del bien por la Entidad arrendadora excluido el valor de la opción de compra, y la carga financiera exigida por la misma, todo ello sin perjuicio del gravamen indirecto que corresponda”.

Por otro lado, se limita en la Ley el objeto social de las sociedades de leasing, que queda circunscrito, exclusivamente, a estas operaciones.

5) El contrato de leasing en el ámbito jurisprudencial

A) *La Jurisprudencia europea.*

a) Francia.

La tendencia jurisprudencial de este país se ha dirigido a otorgar prevalencia al dato económico sobre el jurídico, al no caber duda de que el “*crédit bail*” constituye una operación de financiación y, en consecuencia, no ha tardado en reconocer la validez de las cláusulas contractuales de exoneración de

responsabilidad favorecedoras del arrendador financiero, compensándose el equilibrio con la cesión de las acciones derivadas de la compraventa al usuario por parte de aquél, con la lógica excepción de la acción de resolución contractual que queda reservada a dicho arrendador o “*crédit bailleur*”. La jurisprudencia de ese país ha reconocido como natural a este contrato esta cesión; de esta manera, la Corte de Casación francesa implícitamente entiende que la transmisión de derechos y acciones al usuario por el *crédit bailleur* es condición de validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad de éste por riesgos de la cosa (Cass. comm. de 25 y 26-1-77; de 30-10-73 y 7-5-84).

Otro de los avances importantes operados en el país vecino ha consistido en la separación entre la adquisición y la financiación en el total contenido del contrato de *crédit bail*, consiguiéndose así que la patología de la venta no afecte al financiador. Este mecanismo ha propiciado el cambio entre la doctrina mantenida por la Cour d’appel de París de 8-1-73 y la recogida en Cass. comm. de 4-2-80, 11-5-81 y 10-5-82. La primera de estas resoluciones, considerando la naturaleza arrendaticia del *crédit bail*, determinó la resolución de éste ante la falta de entrega de la cosa, ordenándose al arrendador devolver los cánones ya pagados: es decir, el riesgo de recuperación del precio ya pagado recaía únicamente sobre aquél. En cambio, el contenido doctrinal del resto de resoluciones citadas puede sintetizarse diciendo que la causa de obligación de pago del usuario, en cuanto a los cánones periódicos establecidos, reside en el pago del precio al vendedor realizado por el *crédit bailleur*, de acuerdo con las cláusulas contractuales que determinan una responsabilidad del usuario como mandatario del arrendador financiero; así, al usuario que ha recibido el poder del financiador de pedir la resolución contra el vendedor, no le es posible ejercer una acción de resolución del *crédit bail* si no ha ejercitado la acción contra aquél. Por consiguiente, se trata de que el usuario asuma una obligación que no es de medios, sino de resultado como mandatario del arrendador, consistiendo tal mandato al usuario en que éste elija el material y reciba la entrega.

En conclusión, la evolución jurisprudencial francesa se condensa en el siguiente aserto: para que el arrendador financiero asuma su verdadero papel de financiador, le basta con la cesión al usuario de las acciones derivadas de la compraventa; el usuario es quien asume los riesgos de un cumplimiento defectuoso o un efectivo incumplimiento por parte del vendedor, pudiendo también incurrir en responsabilidad por los daños y perjuicios irrogados al financiador si no cumple adecuadamente las obligaciones, de resultado, derivadas del mandato.

b) Alemania.

El complicado sistema del derecho obligacional de ese país ha sido determinante para que la Jurisprudencia del mismo haya negado a la sociedad de leasing la función meramente financiera de su prestación, y busca un equilibrio sinalagmático entre concedente y usuario sobre la base arrendaticia; ello hace más dificultosa la aceptación de las cláusulas de exoneración previa cesión de acciones, debiendo destacarse la sentencia de 4-12-79 del Oberlandesgericht Hamm, que afirma la ineficacia de la exoneración puesto que, de otra manera, el contrato de leasing tendría como contenido, en realidad, sólo una obligación de concesión de crédito.

c) Italia.

La Jurisprudencia del país transalpino se asemeja más a la francesa puesto que, como aquélla, concuerda en lo fundamental con la realidad del leasing: la cuestión fundamental en este contrato viene dada por el carácter financiero de la sociedad de leasing. En este país, la Jurisprudencia distingue el contrato de adquisición del bien del propio contrato de leasing; ambos están íntimamente relacionados, pero son diferentes. Por consiguiente, la pretensión del proveedor no se pone en relación sinalagmática con la prestación de pago de los cánones por parte del usuario, sino con el abono del precio del bien por parte del concedente —la empresa de leasing—; de esto se deduce que el usuario no puede alegar vicios de la cosa para suspender el pago de aquéllos, sin perjuicio de su subrogación en las acciones que, como propietaria del bien, corresponderían a la sociedad concedente contra el proveedor (Trib. Firenze de 17-11-79; App. Firenze de 26-5-82).

B) *La Jurisprudencia española.*

No es abundante el número de sentencias en que nuestro Tribunal Supremo se ha tenido que pronunciar con respecto al contrato de leasing; no obstante, se han abordado por nuestro más alto tribunal dos cuestiones principales:

a) Referente a la naturaleza jurídica del leasing.

La primera sentencia dictada por nuestro Tribunal Supremo con motivo de un contrato de leasing fue la de 28-3-78. En esta resolución el tribunal enmarca el contrato de leasing en el artículo 2 de la Ley 50/65 de 17 de julio sobre venta de bienes muebles a plazos. En consecuencia, rechazó la pretensión de la empresa de leasing, que litigaba como tercerista, al considerar que no son oponibles a tercero, como lo es el ejecutante demandado, las reservas de dominio

contenidas en los contratos de Autos, al no haberse efectuado su inscripción en el Registro de Ventas a Plazo, según previene el artículo 23 de la mencionada Ley especial.

Sentencias del Tribunal Supremo de 10-4-81; 18-11-83 y 28-5-90. Estas resoluciones abandonan totalmente la postura mantenida en el pronunciamiento anterior, pasando a configurar el contrato de leasing como complejo y atípico, gobernado por sus propias estipulaciones y de contenido no uniforme, de manera que no puede entenderse incluido en la normativa de la Ley de Venta a Plazo de bienes muebles como si fuera una compraventa de aquella modalidad al ser las finalidades de una y otra operación diferentes. Es importante señalar que estas sentencias destacan el fin de financiación como el propio del contrato de leasing; en este sentido, la última de las resoluciones dictadas acoge la doctrina francesa para diferenciar dicho contrato con el de venta de bienes muebles a plazo. Para ello, distingue las finalidades económicas de los mismos, destacando las indudables ventajas financieras y fiscales que encierra el leasing y que son extrañas a este último contrato.

La jurisprudencia menor ha asimilado esta evolución del Tribunal Supremo que comenzó con el primero de los pronunciamientos comentados, y se pueden traer a colación las S.S.A.A.T.T. de Zaragoza de 14-6-88 y de Granada —Sala 2^a— de 25-5-88: ambas definen también el leasing como contrato atípico, si bien la primera de ellas lo considera similar al arrendamiento de cosa o a la venta a plazos, a distinción de la segunda, que diferencia claramente el leasing de la venta de bienes muebles a plazos.

b) Respecto a la responsabilidad por riesgos del bien.

En este aspecto es de destacar la S.T.S. de 26-6-89 que acepta las cláusulas de exoneración de responsabilidad de la empresa concedente por dichos riesgos.

La Jurisprudencia menor es también escasa en resoluciones que aborden este problema, y también contradictoria. Se puede destacar la S.A.P. de Valencia de 2-12-86 de la Sala Segunda de lo Civil. Dicha sentencia establece claramente la irresponsabilidad del arrendador por riesgos de la cosa, basándose en que el mismo no es libre a la hora de elegir el bien que compra para arrendar al ser escogido éste por el usuario; en la función económica del contrato de leasing, consistente en la financiación de bienes de equipo y, finalmente, en que la sociedad de leasing subroga al usuario en todas las acciones que le corresponden frente al vendedor. En sentido radicalmente opuesto hay que destacar

la S.A.T. de Madrid de 1-10-87, que califica al leasing como arrendamiento típico y declara su resolución al no estar el bien que constituye su objeto en condiciones de funcionamiento, ya que es obligación contractual ineludible del arrendador mantener al arrendatario en el uso y disfrute de la cosa arrendada, y ello implica, necesariamente, que ésta se halle en buen estado de uso. Como se ha visto hasta el momento, y se reforzará al considerar la naturaleza jurídica del leasing, la postura mantenida por esta última resolución es inaceptable, puesto que choca frontalmente con la esencia del leasing. Pese a todo, es importante señalar que la S.T.S. de 26-6-89, anteriormente citada, concede validez a la cláusula de exoneración de responsabilidad que favorece al arrendador financiero sobre riesgos que recaigan sobre el bien, y es de suponer que será ésta la línea que en adelante seguirá nuestro alto tribunal y que ha abierto esta sentencia.

6) La naturaleza jurídica del leasing: diferentes posturas doctrinales y solución que se propone ⁽¹²⁾

La cuestión que ahora se analiza muestra los grandes esfuerzos doctrinales llevados a cabo para reducir a moldes jurídicos conocidos este fenómeno contractual. Las soluciones adoptadas son muy dispares entre sí y fuerzan los tipos a los que se pretende asimilar el leasing; dichas soluciones son consecuencia de la carencia de adecuadas referencias legislativas, así como de la pluralidad de matices con los que la realidad jurídica mercantil puede presentarse. En este sentido, basta comprobar la evolución jurisprudencial anteriormente citada.

Atendiendo a una sola de las perspectivas que se dan en el contrato de leasing, se pueden distinguir las siguientes posturas científicas:

a) El leasing y su relación con el mandato.

Como ya quedó expuesto, en el contrato de leasing financiero es el usuario quien elige los bienes objeto del contrato, de igual forma que al proveedor o fabricante con quien deberá convenirse la compra de dichos bienes. Por esta razón, algunos autores consideran que este proceso de elección se desarrolla jurídicamente a través de un mandato que el usuario otorga a la sociedad de leasing (Adam Vallerey ⁽¹³⁾), salvaguardándola así de toda responsabilidad en

(12) SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, J.L.: *Leasing financiero mobiliario*. Madrid, 1989, pp. 109 ss.

(13) ADAM-VALLÉREY: "Considerations sur le développement du leasing en France". *Droit Social* (1965), pp. 533-538.

caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso por parte del proveedor. Se trataría pues de una comisión mercantil, en atención a la condición de intermediario financiero de la sociedad concedente y a que el encargo del usuario se dirige a la realización de un acto de comercio (Vidal Blanco ⁽¹⁴⁾).

Esta primera postura no es satisfactoria, ya que la sociedad de leasing adquiere el bien a su nombre y por su propia cuenta, de manera que sólo cabría el mandato indirecto. A mayor abundamiento, si en el contrato de leasing el usuario dispone de acciones directas contra el proveedor —sin que el arrendador financiero sea responsable frente al usuario por riesgos de la cosa—, no debe olvidarse que el mandante carece de acción contra las personas con quienes contrate el mandatario, ni éstas contra el mandante, como claramente resulta del artículo 1.717 del Código Civil y 246 del C. Com. Otra dificultad que se añade a esta orientación doctrinal estriba en que en el contrato de mandato, las relaciones jurídicas surgen ente el mandatario y los terceros cuando el primero actúa en nombre propio, con independencia de la relación interna entre mandante y mandatario; por el contrario, en el leasing puede suceder que no se produzca la total transmisión de derechos cuando el usuario no adquiere la propiedad de los bienes, a no ser que ejercite la opción de compra al finalizar el contrato.

Las dificultades expuestas han llevado a algunos autores a invertir las posiciones subjetivas de los contratantes, transfiriendo a la sociedad de leasing el papel de mandante y al usuario el de mandatario (Champaud ⁽¹⁵⁾). Pero esta tesis es inadmisibile, porque al ser los contactos entre proveedor y usuario anteriores a la celebración de la venta, el hipotético mandato otorgado por la sociedad de leasing sería siempre posterior a la ejecución de los actos que componen el contenido del contrato y, además, recuérdese que el usuario no concluye en ningún caso un contrato de compraventa, actuando con carácter fáctico y no negocial (De la Cuesta ⁽¹⁶⁾).

Por último, es necesario afirmar que la exoneración de responsabilidad que favorece a la sociedad concedente se fundamenta en la autonomía de la voluntad —art. 1.255 Código Civil—, sin que sea necesario recurrir a la técnica del mandato para justificar aquélla.

(14) VIDAL BLANCO: *El leasing, una innovación en la técnica de la financiación*. Madrid, 1977, pp. 136-140.

(15) CHAMPAUD, C.: "Le leasing", *SCP*, 1965, I, 1974, núms. 28 y 29.

(16) DE LA CUESTA RUTE, J.M.: "Reflexiones en torno al leasing", *RDM* 118 (1970), pp. 558-560.

b) El leasing y la promesa unilateral de venta.

Se han tratado de explicar los efectos de este contrato considerando que en fase preliminar, el proveedor otorga al usuario una promesa unilateral de venta, facultándole para concretar el beneficiario de esa promesa (Coillot; Vincent Dehan ⁽¹⁷⁾). Trata esta dirección de solventar el problema de la imposibilidad para el usuario de accionar contra el proveedor por demora en la entrega de la cosa o por los vicios que ésta puede presentar; en virtud de la promesa sólo podría exigirle la celebración de la venta con la empresa elegida y, por ello, se incluye en el esquema una subrogación del usuario en la posición de la sociedad concedente. Ahora bien; tampoco es convincente esta teoría, ya que olvida que la promesa de venta en favor de tercero faculta a éste para exigir la celebración del contrato prometido, facultad que no ostenta en manera alguna la sociedad de leasing.

El problema de las dos corrientes doctrinales expuestas no es otro que considerar como causa generadora de la posterior eficacia contractual la actuación de los sujetos en la etapa inicial de la operación, cuando lo cierto es que hasta el momento en que se presta el consentimiento por las partes no existen sino tratos preliminares (De la Viña ⁽¹⁸⁾). Es precisamente con la prestación del consentimiento cuando se estipula la cesión de uso y disfrute del bien por el usuario, producidos cuando la sociedad concedente ha adquirido previamente dicho bien; éste es el momento en que existe realmente el contrato de leasing, y así se ha encargado de afirmarlo la S.A.T. de 6-10-87 de Valencia.

c) El leasing como contrato de naturaleza crediticia y financiera.

El contrato de leasing procura los recursos financieros necesarios para la satisfacción de un interés económico determinado, por ello es un contrato de financiación, aunque no puede asimilarse al mutuo como pretenden autores como Clarizia ⁽¹⁹⁾. En efecto, si bien a primera vista podría pensarse que nos encontramos ante un típico préstamo de financiación previsto en los artículos 1 y 3-2 de la Ley 50/65 de 17 de julio, sobre venta a plazos de bienes muebles, ello no es así. Es cierto que ambas figuras presentan importantes concomitancias: así, el término aparece como elemento esencial de la relación y se prevén

(17) VINCENT DEHAN, P.: "La nature de contrat de leasing" (note sous Gand 27 juin 1966), n° 12. *Revue critique de jurisprudence belge* (1967), pp. 231-244.

(18) DE LA VIÑA MAGDALENO: "El leasing como medio de financiación de la empresa: su problemática". *AAMN* 21, 1978, p. 234.

(19) CLARIZIA, R.: "Alcune considerazioni sul contratto di locazione finanziaria", *BBTC* 39 (1976) II, p. 471.

consecuencias similares para los préstamos de financiación en el párrafo quinto del artículo 11 de la Ley 50/1965, que las que tienen lugar en el contrato de leasing para el caso en que se deje de satisfacer algún plazo de pago de la correspondiente renta, pero no puede extraerse de ello la conclusión de una similitud total. En primer lugar, la generalidad de la doctrina configura el simple préstamo como un negocio de carácter real (Castán, Ennecerus-Lehman, Roca Sastre⁽²⁰⁾), que necesita para su perfección la entrega efectiva de la cosa objeto del mismo; por el contrario, la práctica negocial ha configurado el leasing como un contrato que se perfecciona por el mero acuerdo de voluntades (Benavides del Rey y De la Viña⁽²¹⁾). Ahora bien; no se puede desconocer que un importante sector doctrinal, del que es exponente el profesor Díez Picazo⁽²²⁾, considera al mutuo como contrato consensual, de manera que la entrega de la cosa no es elemento constitutivo del mismo sino la ejecución de la prestación debida. Sea como fuere, esta tesis no ha sido acogida hasta la fecha por el Tribunal Supremo, cuya reiterada jurisprudencia establece que la obligación del prestatario de devolver el tantumdem no nace hasta que la cosa le ha sido entregada (S.S.T.S. de 21-2-56, 8-7-74 y 28-3-83). Consecuentemente con tal línea jurisprudencial, no puede obviarse la diferencia apuntada entre ambos contratos, a no ser que se admita la posibilidad de existencia de un contrato de préstamo atípico de naturaleza consensual, denominado en otras legislaciones promesa de mutuo —Código Civil italiano y B.G.B. alemán—, figura no regulada en nuestro Derecho positivo.

Otra distinción entre el mutuo y el contrato de leasing viene dada porque en el primero se entrega dinero o cosas fungibles, mientras que en el segundo su objeto está constituido por bienes no fungibles de naturaleza mobiliaria o inmobiliaria. Pero también quedaría neutralizada esta diferencia si se considerase que los bienes objeto del leasing equivalen a la suma de dinero prestada; de aceptarse esta postura, el pago realizado por la sociedad concedente al proveedor se configuraría como un adelanto del capital a favor del usuario, que

-
- (20) ENNECERUS-LEHMAN: "Derecho de obligaciones", en Ennecerus-Kipp-Wolf "Tratado de Derecho Civil" II-2º (Barcelona, 1935), p. 218.
ROCA SASTRE: "Contrato de promesa", en Roca Sastre-Puig Brutau, *Estudios de Derecho Privado, I. Obligaciones y Contratos* (Madrid, 1948), pp. 323-350 y, especialmente, pp. 339-341.
- (21) BENAVIDES DEL REY: "Inscripción en los Registros de la Propiedad de los contratos de arrendamiento financiero de bienes inmuebles regulados en el Real Decreto de 31 de julio de 1980", *RDCI* 59 (1983), p. 1.184.
DE LA VIÑA: *El leasing...*, p. 232.
- (22) DÍEZ PICAZO: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias*. Madrid, 1983, pp. 105-106.

éste devolvería a través de los cánones establecidos. Por esta razón, el precio de la compra del bien supondría la cesión de un crédito que haría surgir, a cargo del usuario, la obligación de restituir el tantumdem, representado por los cánones concertados. Ahora bien; ante tales razonamientos nos podemos preguntar el porqué de tanta sofisticación cuando lo sencillo hubiese sido entregar directamente el capital al usuario para que él mismo fuese quien adquiriera el bien. Por otra parte, no hay que olvidar que la especial consideración del elemento objetivo es consustancial al leasing, elemento consistente en un bien determinado no sustituible por otro; es éste requisito esencial del negocio. Es también fundamental en el mutuo la transmisión al mutuuario de la propiedad de la cosa prestada, transformándose el derecho de propiedad del prestamista en simple derecho de crédito, lo cual es distinto a lo que ocurre en el leasing, pues en éste no se da tal efecto traslativo ni el usuario puede disponer del bien objeto del contrato, sino que es la sociedad concedente quien ostenta la propiedad hasta el vencimiento del término pactado, momento en que el usuario puede ejercitar la opción de compra satisfaciendo el precio residual.

Por consiguiente, las anteriores consideraciones impiden asimilar el contrato de mutuo y el de leasing, solución que sigue además el Tribunal Supremo en su sentencia de 18-11-83; en ella niega la equiparación del contrato de leasing con el préstamo de financiación al comprador.

d) El leasing como negocio fiduciario.

Un autorizado sector doctrinal encabezado en Italia por Giovanoli⁽²³⁾ considera que el leasing es una venta en garantía de un préstamo, es decir: una fiducia cum creditore. Así estructurado, este contrato gozaría de una doble eficacia: por un lado produciría efectos reales frente a todos, y ello porque la sociedad concedente ostenta la titularidad dominical del bien frente a terceros, mientras que con respecto al usuario la detenta como garantía del cumplimiento de la obligación de restituir la suma anticipada para adquirir el bien objeto del contrato. Además, la sociedad de leasing vendría obligada a cumplir el pacto de fiducia subyacente, según el cual no podría transmitir el bien, que debe devolver al arrendatario contra el reintegro de la totalidad del crédito que aquélla le concedió. Y más en concreto: la sociedad concedente ostentaría la propiedad formal sobre el bien, mientras que la propiedad material sería del usuario, cosa que explicaría la asunción de riesgos por pérdida o deterioro de la cosa por

(23) GIOVANOLI: *Le crédit-bail (leasing) en Europe: développement et nature juridique*. París, 1980, pp. 385-400.

parte de éste, con la consiguiente exoneración de responsabilidad en este aspecto de la sociedad de leasing.

Esta perspectiva no explica la razón por la que el fiduciante no transmite un bien de su propiedad al fiduciario para garantizar el préstamo recibido, como normalmente ocurre en estos casos, sino que es la sociedad de leasing la que compra el bien por su cuenta y a su propio nombre al proveedor o fabricante. Ello obliga, si se quiere aceptar esta tesis, a considerar que es dicha sociedad quien, como eventual fiduciaria, adquiere el bien directamente, conservándolo en garantía hasta la total reintegración del crédito. Y es éste el momento de señalar que una inversión en este contrato de las posiciones jurídicas de los intervinientes ha sido admitida por el Tribunal Supremo; así en su sentencia de 8-3-63 estudia un negocio fiduciario en el que el bien es adquirido por el fiduciario con capital propio, comprometiéndose a retransmitirlo al fiduciante cuando éste le abone la suma que pagó como precio de compra. De esta manera, intercambiadas las posiciones jurídicas de fiduciante y fiduciario, operaría el leasing como negocio fiduciario.

Ahora bien, surge otro problema en el momento final del período contractual que impide la asimilación del leasing al contrato ahora considerado: en la fiducia cum creditore, una vez reintegrado el crédito garantizado por el fiduciante, el titular fiduciario está obligado a reembolsar el bien, cosa que no ocurre en el leasing, puesto que si el usuario quiere obtener la propiedad sobre el bien debe ejercitar, previa e inexcusablemente, la opción de compra establecida en este último contrato a su favor.

Por otra parte, puede no interesar al usuario el ejercicio del derecho de opción de compra sin que subsista por ello un crédito a favor de la sociedad concedente: el usuario puede cumplir sus obligaciones devolviendo el bien o concertando un nuevo leasing. Esta posibilidad no existe en la fiducia cum creditore, de manera que no puede identificarse el leasing con ella debido a todas las diferencias apuntadas, identidad que sólo puede ser considerada aceptando la atipicidad de la última fase contractual del leasing.

e) El leasing y la venta a plazos de bienes muebles.

Esta orientación ha tenido gran predicamento, y se resume en la configuración del leasing como una venta a plazos con reserva de dominio o, al menos, como un contrato al que pueden aplicarse diversas reglas de su disciplina normativa.

La admisibilidad de tal tesis puede generar importantes consecuencias en nuestro Ordenamiento Jurídico, privándose al leasing de autonomía al incluirlo en la normativa de la Ley 50/1965 de 17 de julio sobre venta a plazos de bienes muebles, deviniendo básico el artículo 2 de dicha ley que consagrará esta asimilación, ya que “se entenderán comprendidos en esta ley los actos o contratos, cualquiera que sea su forma jurídica, mediante los cuales las partes se propongan conseguir los mismos fines económicos que con la venta a plazos”.

Pero tal identificación no es posible. Es verdad que existen importantes concomitancias entre ambos contratos al existir afinidad entre sus elementos objetivos; así lo viene a decir el artículo 1 de la referida Ley 50/1965, la cual incluye en su ámbito “los bienes de equipo y capital productivo” que, a su vez, configuran el objeto más común del leasing financiero sobre bienes muebles. Existe también similitud entre la situación subjetiva contractual del comprador a plazos y la del usuario del leasing, puesto que las cláusulas contractuales que imponen a éste la obligación de asunción del riesgo de deterioro y pérdida de la cosa y la satisfacción de los gastos necesarios para su reparación le colocan en una posición similar a la de aquél; por su parte, el vendedor con reserva de dominio y la sociedad de leasing retienen la titularidad dominical y se exoneran de responsabilidad frente a sus respectivas contrapartes por las vicisitudes que pueda sufrir el bien. Por otra parte, ambos contratos tienen en común cierto parecido respecto al tiempo del contrato si para su determinación se tiene en cuenta la vida útil de los bienes. Ambos contratos sirven para colocar bienes en el mercado, asumiendo el vendedor a plazos y la sociedad de leasing el papel de intermediarios en el tráfico mercantil.

Las analogías que se acaban de reseñar son en muchos casos aparentes pero, aparte de ello, no puede haber similitud entre ambas figuras contractuales que pueden diferenciarse claramente: la compraventa a plazos es un contrato de naturaleza real, mientras que el leasing es de naturaleza consensual. En el primero es necesario un desembolso inicial que no se exige en el leasing.

Igualmente, existe diversidad entre ambos esquemas contractuales: la reserva de dominio supone un expediente para evitar la transmisión plena y definitiva de la propiedad que el contrato de compraventa conlleva de por sí, por el contrario, esta transmisión de propiedad no es la típica finalidad del leasing que es de estricta financiación. En realidad, la cláusula de reserva de dominio, concebida como derecho real de garantía, desvirtúa la hipotética similitud entre ambos contratos, puesto que en el leasing no tiene este objeto, que igualmente se consigue a través de la cesión del derecho de uso; no hay que olvidar

que en este último contrato la sociedad concedente es la auténtica propietaria del bien, mientras que en la compraventa a plazos el vendedor es un simple acreedor pignoraticio, atribuyéndose la propiedad al comprador.

Desde otro punto de vista, la finalización de ambos contratos descubre otra importante distinción: el comprador a plazos adquirirá el bien de forma automática, mientras que el usuario del contrato de leasing deberá manifestar su intención de adquisición mediante una sucesiva y autónoma declaración de voluntad expresada por medio del ejercicio de la opción de compra.

Consecuentemente con lo que se acaba de exponer, debe afirmarse que el vendedor a plazos y la sociedad de leasing ocupan posiciones contractuales similares pero con distinta estructura, ya que la segunda no utiliza una reserva de dominio en sentido técnico; por su parte, las situaciones subjetivas de comprador y usuario sólo son idénticas durante la vigencia del contrato.

Por último, desde una perspectiva funcional, en ambos contratos se opera la transmisión de un derecho, pero así como en la venta a plazos se transfiere la titularidad plena, en el leasing es el uso y disfrute del bien por un tiempo determinado el derecho que se transfiere. Ahora bien; puede ocurrir que en un eventual contrato de leasing las partes acuerden la transmisión de propiedad del bien; en este caso, so pena de desnaturalizar la esencia del leasing, hay que entender que existe un negocio simulado, debiendo reconducirse al esquema contractual de la venta a plazos —artículo 2,2 de la Ley de venta a plazos—. Ello obliga a interpretar cada supuesto particular para aquilatar la verdadera intención de los contratantes.

Actualmente, nuestra jurisprudencia no admite la similitud del leasing al contrato de venta a plazos, puesto que sólo la S.T.S. de 28-3-78 adoptó dicha tesis, la cual fue abandonada en los sucesivos pronunciamientos que, como anteriormente se expuso, consideran a aquel contrato como atípico y gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme.

f) El leasing como arrendamiento de cosas.

Esta línea doctrinal se fundamenta en la cesión de uso del bien que el leasing comporta por tiempo determinado y precio cierto y que también es esencial en el contrato de arrendamiento; además, la empresa concedente debe mantener al usuario en el goce pacífico de la cosa mientras dure el contrato, igual que ocurre en el arrendamiento de cosas y como obligación fundamental del arrendador. El parecido entre ambas figuras jurídicas se acentúa si cabe si se

consideran los bienes que pueden ser objeto del contrato de leasing: los bienes de producción que son los más característicos de este contrato pueden ser también objeto de arrendamiento. Por otra parte, aunque el leasing puede tener por objeto cosas inexistentes en el momento de su celebración, también se da la posibilidad de arrendamiento de cosas ajenas y futuras (Castán Tobeñas ⁽²⁴⁾).

Ahora bien; las estipulaciones del contrato de leasing, ya generalizadas en este tipo de contratos, desnaturalizan la semejanza. Así, no cuadra con el contrato de arrendamiento la exoneración de responsabilidad de la empresa concedente con la consiguiente asunción por parte del usuario de los riesgos de pérdida y deterioro del bien y los gastos inherentes al mismo; la empresa concedente solamente se obliga a transmitir el bien.

Desde otra perspectiva, las relaciones del usuario con el vendedor del bien, el alto precio de los cánones, la opción de compra que se confiere al usuario, etc., no son sino desviaciones de un normal contrato de arrendamiento. Y se aprecia una ruptura del equilibrio de prestaciones que caracteriza al contrato locaticio; esto puede justificarse al amparo del principio de libertad de contratación previsto en el artículo 1.255 del Código Civil siempre que no rebase los límites de actuación dolosa o culpa grave —artículo 1.102 del Código Civil—.

Todas estas desviaciones con respecto al arrendamiento que el leasing presenta, pueden explicarse a través de la subrogación que se produce a favor del usuario por parte de la sociedad concedente en cuanto a las acciones que, con relación al bien, ostenta ésta frente al vendedor o suministrador, pero cierran la posibilidad de asimilación del leasing al contrato de arrendamiento de cosas. Dicha subrogación es, por tanto, extraña al contrato de arrendamiento, y se produce en el leasing al amparo del artículo 1.209 del Código Civil consiguiéndose el fin pretendido: poner en relación al fabricante con el usuario, asumiendo la sociedad concedente el papel de intermediario financiero.

g) Postura que se mantiene ⁽²⁵⁾.

Se habló antes de la novedad que supone este contrato en el Ordenamiento Jurídico; teniendo en cuenta esto y las distintas posiciones doctrinales que se acaban de examinar se llega a una conclusión obvia: pese a los puntos de contacto que mantiene el leasing con cada uno de los tipos considerados, éstos resultan

(24) CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil Español Común y Foral* IV, Madrid, 1985, p. 239.

(25) ROJO AJURIA: *El leasing...*, pp. 49 ss.

siempre forzados en su esquema lógico-jurídico, mostrándose inútiles para explicar la esencia de esta nueva relación contractual.

Para una correcta caracterización del leasing es necesario acudir a sus orígenes:

Es en el año 1936 cuando surge este nuevo contrato al mundo jurídico: en esta fecha se da la primera aplicación de leasing con efectos financieros. Como explica Giovanoli ⁽²⁶⁾, esta aplicación se hizo mediante la fórmula “sale and lease back” que aplicaron los supermercados “Safeway Stores Inc..”. En la misma época, un gran almacén de Ohio vendió un inmueble comercial a un Banco que intervenía a título de trustee por cuenta de inversores que se dotaron de certificados inmobiliarios (land-trust certificates). El trustee devolvía el inmueble al vendedor en lease por noventa y nueve años con una opción de compra. Esta fórmula alcanzó cierto desarrollo en el Estado de Ohio por razón de los altos impuestos que en aquel tiempo tenía la constitución de hipotecas. Este origen pone de manifiesto, según Rojo Ajuria, el eje básico sobre el que se articula el contrato de leasing: la razón fiscal y el formalismo jurídico.

Respecto al formalismo jurídico debe decirse que el Derecho estadounidense lo debe a la influencia recibida del Derecho inglés; no obstante, a partir de la segunda mitad de este siglo, la situación varía trascendentalmente con la publicación del Uniform Commercial Code, al afectar directamente al leasing su artículo 9 que se basa en criterios de supresión de diferencias formales y establece un único derecho de garantía (security interest), así como la calificación de los contratos “by the facts of each”, por los hechos de cada caso. Evolucionan así el Derecho norteamericano desde un sistema formalista y abstracto —con la figura del trustee—, hacia posiciones más causalistas.

Más ilustrativa es, sin embargo, la evolución del sistema fiscal para comprender el fenómeno del leasing: la expansión del leasing financiero inmobiliario entre 1936 y 1949 se explica por la existencia de normas fiscales de amortización poco liberales, créditos bancarios a medio plazo poco desarrollados y, ambas realidades, encuadradas en una etapa de prosperidad económica con margen apreciable de beneficios pero con empresas comprometidas en la renovación de bienes de equipo; por tanto, un tiempo de fuerte demanda de capitales frente a una rigidez en la oferta de los mismos.

Así se comprende que la mayor expansión del leasing en EE.UU. tuviese lugar a finales de la Segunda Guerra Mundial, al existir en aquel país un res-

(26) GIOVANOLI: *Le crédit...*, pp. 77 ss.

tringido mercado de financiación que, además, estaba desorganizado, incapaz de satisfacer las demandas de las empresas en gran expansión. Aún con todo, no debe olvidarse que el leasing no resuelve el problema de la obtención de medios necesarios para la financiación sino que la desplaza del arrendatario al arrendador y, por consiguiente, es necesario que se trate de una época de gran liquidez en el mercado. En este sentido, debe señalarse que la actividad del leasing en EE.UU. es posible a cualquier "lessor", y si éste es independiente del sistema bancario no está controlado por la autoridad monetaria (Federal Reserve Board o Comptroller of the Currency). Por último, a consecuencia de que hasta 1954 las reglas de amortización eran muy rígidas, y que sólo a partir de este momento se permite una cierta amortización acelerada (ampliada en 1962 y 1981), se comprende que sea el año 1952 el decisivo en la aplicación del leasing a la financiación de bienes de equipo y en la fundación de las primeras sociedades especializadas.

Consecuentemente, la conclusión que se extrae de cuanto se lleva dicho en torno a los orígenes del leasing, no es otra que la novedad de esta figura contractual en la que la función de la propiedad va más allá de la mera garantía, convirtiéndose en instrumento de búsqueda de una estructura fiscal óptima tanto para el "lessor" como para el "lessee". De esta manera, fácilmente se aprecia que la historia del leasing y sus efectos económicos están relacionados con la cuestión del incentivo fiscal, de lo que se deduce que un cambio en las formas jurídicas —de préstamos a arrendamientos—, no basta por sí solo para resolver problemas económicos, del mismo modo que la complejidad del fenómeno escapa a los moldes contractuales tradicionales.

La historia del leasing en Europa tiene otras connotaciones que explican la confusión reinante en este continente sobre la naturaleza jurídica de aquél, tratando siempre de asimilarlo a figuras jurídicas conocidas. Frente al formalismo anglosajón, jurisprudencias como la francesa se han mostrado muy diligentes para desenmascarar arrendamientos que encubrían una reserva de dominio. La recalificación contractual era posible debido a los criterios causalistas del Ordenamiento, deviniendo necesaria para salvaguardar principios contractuales clásicos. El leasing financiero se introduce entonces en estos ordenamientos para constituir, a diferencia de lo que ocurre en EE.UU., una actividad estrictamente reglamentada y reservada a las empresas de leasing que cumplan determinados requisitos (similares a los de las entidades de crédito). Dentro de un defectuoso y confuso derecho sobre el crédito y las garantías, el legislador europeo va a configurar el arrendamiento financiero como un nuevo

circuito de financiación de la inversión. Así, se afirma que el leasing es un indudable factor de promoción de inversiones (Bey), lo cual es cierto, porque también en Europa la construcción jurídica sigue siendo deudora del incentivo fiscal a la inversión. En países como Italia, el legislador utiliza la “*locazione finanziaria*” para articular las líneas preferentes de crédito (para determinadas regiones o sectores), en lo que se ha venido a llamar el leasing promocional.

Por todo ello, en Europa, ante un Derecho técnicamente defectuoso, con principios anacrónicos y casi vacíos de contenido —*par conditio creditorum*—, el recurso a un negocio aparente y su consagración legal e incluso jurisprudencial no puede extrañar, pues es éste el curso normal de la evolución del Derecho cuando no se realiza una reforma estructural del Ordenamiento Jurídico; en el campo del leasing debe mirarse a EE.UU., un país en el que se han abordado grandes reformas legales tales como la introducción del Uniform Commercial Code, o bien, la Consumer Credit Protection Act, Bankruptcy Code., con el resultado de que la relación contractual de leasing no está encorsetada por requisitos estrictos, a diferencia de lo que ocurre en el viejo continente.

Llegados a este punto debe concluirse, con el profesor Rojo Ajuria, que la verdadera razón del leasing ha de buscarse en su carácter de ley-incentivo para la promoción de inversiones. El empeño de imponer normas arrendaticias o de otras figuras contractuales perturba la eficacia del leasing y no beneficia ni a la sociedad concedente ni al usuario. De esta manera, mientras desde la óptica de una determinada política fiscal y económica se considere que el leasing es un incentivo para la inversión y su adecuada promoción, se admitirá esta nueva figura contractual y su “negocio aparente arrendaticio”.

En consecuencia, el contrato de leasing no es un mero contrato atípico regido por la autonomía de la voluntad y sometido a sus específicas estipulaciones, tal como quiere actualmente nuestro Tribunal Supremo, sino una ley-incentivo fruto de las normas fiscales y económicas en vigor que el intérprete ha de respetar: en nuestro caso, la Ley 26/1988 de 29 de julio de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que el legislador mantendrá en vigor mientras esa política financiera convenga. Por ello, cuando cambien los parámetros de esa política económica que sustenta el leasing, si se considerase en el futuro que el incentivo a la inversión que aquél lleva consigo no es adecuado, el leasing desaparecería, bastando para ello determinadas normas de carácter fiscal-contable.

Por todo ello, la novedad que entraña el contrato de leasing no viene dada tanto por su inadecuación esencial con los tipos contractuales clásicos, como

por ese carácter de ley-incentivo a la inversión que posee; de tal carácter aflora su verdadera relevancia jurídica, de manera que el Derecho debe salvaguardar tal idiosincrasia económico-fiscal, que deviene fundamental para regular adecuadamente el equilibrio de prestaciones entre la sociedad concedente y el usuario. Ante esta realidad, asumida la verdadera importancia del leasing, deben desaparecer las apariencias para regular de forma congruente los intereses de las partes —punto culminante del ciclo de los negocios aparentes—. En el caso del leasing financiero el problema se centra, como quedó dicho en su momento, en asegurar que la sociedad financiera obtenga la restitución de los capitales invertidos y los intereses, no como contraprestación al uso de la cosa, sino como restitución del *tantumdem*.

**INCIDENCIA DEL DERECHO DE PROTECCIÓN DE
CONSUMIDORES Y USUARIOS EN LAS RELACIONES
JURÍDICAS DIMANANTES DEL LEASING ⁽²⁷⁾**

Examinado en páginas anteriores el contenido fundamental del contrato de leasing financiero, su naturaleza y esencia jurídico-económica y su especial trascendencia en la relación entre entidad concedente y usuario (en la que juega su papel la cláusula de exoneración de responsabilidad de la primera por vicios o pérdida de la cosa y consiguiente asunción de tales riesgos por el usuario, previa subrogación a su favor de las acciones que por ellos corresponden a la empresa de leasing frente al proveedor), toca ahora considerar la influencia que el derecho de protección al consumidor puede tener en este contrato.

Esta razón hace que la segunda parte de este trabajo quede acotada al estudio de la aplicación del derecho de consumidores en el ámbito de la relación trilateral que entraña el leasing financiero. Se trata fundamentalmente de dar respuesta a la cuestión de si la empresa de leasing puede, en algún caso, ser responsable frente al usuario que con ella contrató de los daños y perjuicios producidos a éste por defecto del producto que dicha empresa adquirió del proveedor, ello en el ámbito de aplicación del mencionado derecho protector. En

(27) TIRADO SUÁREZ, F.J.: “La Directiva Comunitaria de Responsabilidad Civil, productos y ordenamiento español”, *RGD*, pp. 4.967 ss. CABANILLAS MÚGICA, S.: “Práctica de la Responsabilidad Civil en la defensa de consumidores y usuarios”. *RGD*, pp. 4.463 ss. RODRÍGUEZ BLOOS, B.: “Perspectivas jurídicas europeas en materia de responsabilidad civil de productos”, *AC* n° 37, semana nueve, 15-10-89, pp. 2.885 ss. GARCÍA SOLE, F.: “La subrogación en los derechos de la compañía de leasing frente al proveedor o vendedor”. *AC* n° 15, semana diez, 15-4-89, pp. 1.057 ss.

consecuencia, no se va a tratar de la protección que esta normativa pueda otorgar a terceros extraños al leasing, sino a los intervinientes en el mismo.

Para tal fin es necesario destacar los pilares básicos que sustentan el derecho de protección de consumidores y usuarios en relación a los orígenes de este derecho, su ámbito de aplicación y su tratamiento normativo en la C.E.E. y en España. Por otro lado, es necesario examinar el campo de acción y límites de las cláusulas de exoneración de responsabilidad de la empresa de leasing sobre los riesgos de la cosa que constituye su objeto.

1) Origen del movimiento en defensa de consumidores ⁽²⁸⁾

Este movimiento se introdujo en Europa procedente de EE.UU. donde se originó en 1928 con la fundación de una organización conocida como "Consumer Union" (Unión de Consumidores). La Unión fue creada por un economista y un ingeniero que trabajaban en la "American Bureau of Standard"; los creadores de la Unión consideraban que el público norteamericano debía tener acceso a los resultados de los tests comparativos efectuados por el gobierno de ese país antes de decidirse por una determinada adquisición. La Unión llevó a cabo sus propias pruebas comparativas, cuyos resultados fueron publicados, para uso de los miembros, en el Consumer Report. Así lo ponen de manifiesto Lozano-Higuero Pinto, Ortega Benito y Arruza Arriarán.

Ahora bien; como dice el profesor Torres Lana ⁽²⁹⁾, la protección de los consumidores no es cosa de los últimos tiempos; su auge actual es fruto de una toma de conciencia colectiva sobre las consecuencias sociales de los nuevos métodos y planteamientos económicos de producción y distribución que han originado la llamada sociedad de consumo. La vertiente jurídica que desde el principio del proceso económico de nuestra sociedad actual concluye con el consumo, es el acto de consumo. Éste es el pórtico de entrada de protección jurídica especialmente diseñado. De su delimitación dependerá también el propio concepto de consumidor que puede describirse, de forma genérica, como quien realiza un acto de consumo. Será nota esencial de todo acto de consumo la de

(28) LOZANO HIGUERO PINTO, M.; ORTEGA BENITO, V. y ARRUZA ARRIARÁN, J.: "Origen y evolución del movimiento de los consumidores, situación, mecanismos de tutela y perspectivas en el Derecho Español", en *DIRECTIVA, Revista Jurídica de Estudios Monográficos*, p. 101.

(29) TORRES LANA, J.A.: "Derecho Civil y Protección de los Consumidores", en *DIRECTIVA, Revista Jurídica de Estudios Monográficos*, 1º trimestre 1990. La protección jurídica del consumidor (I), pp. 5 y 6.

constituir él mismo o tener su antecedente inmediato en un título de naturaleza contractual por cuya virtud se adquieren determinados bienes o se prestan ciertos servicios.

No debe dejarse de señalar que el derecho contractual es la parte del ordenamiento jurídico privado que más acusadamente ha sufrido las distorsiones originadas por las alteraciones sociales y económicas que han conducido a la aparición de la sociedad de consumo; pilares esenciales de esta sociedad han sido el maquinismo que se ha incorporado masivamente al proceso productivo, con su consecuencia directa de producción en serie, la cual exige a su vez la expansión de mercados; ésta se ve facilitada por la mejora en los medios de transporte y comunicación lo cual hace crecer el tamaño y poder de las compañías productoras y suministradoras; a su vez, la distribución de productos exige el aumento del número de intermediarios que se cerrarán en cascada sobre el minorista, penúltimo peldaño del eje producción-distribución. Además, existirá la competitividad entre los productores por la conquista de su propia cuota de mercado, la multiplicación y diversificación de la oferta y un bombardeo publicitario favorecido por el esplendor de los medios de comunicación.

Las repercusiones sobre el mundo contractual serán notorias. El principio de igualdad formal entre los contratantes queda destruido ante el poder de la gran empresa que impondrá sus propios contenidos contractuales (condiciones generales, cláusulas de exoneración de responsabilidad, etc.).

No es extraño ante este panorama que el Derecho haya reaccionado con la admisión de los conceptos de consumo y consumidor, claves sobre las que pivota todo el sistema protector que pretende instaurarse.

Hay que reconocer el papel fundamental que desempeña la empresa de leasing en el ámbito de la sociedad de consumo: por una parte desempeña una actividad de fuerte incentivo a la inversión, favoreciendo a las demás empresas para que puedan acceder a capital productivo y bienes de equipo necesarios para la fabricación de los productos o prestaciones que ofrecen al público; de otro lado, ofrece interesantes productos financieros a dichas empresas que tienen la finalidad de permitirles ese acceso a dichos bienes de equipo.

2) Derecho Comunitario Europeo en materia de protección a los consumidores y usuarios

Es fundamental a este respecto la Directiva de 25-7-85 (85/374) sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. La citada

norma comunitaria tiene la finalidad de aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad civil por productos defectuosos.

El fundamento de esta Directiva hunde su raíz en el propio sistema de libertad de mercado y en el respeto al principio de libre circulación de mercancías, incorporándose al movimiento en defensa de los consumidores que es consecuencia de los dos anteriores.

El sistema adoptado por la norma comunitaria protege vigorosamente al consumidor; así el artículo 9 de la misma incluye en su ámbito de aplicación amparándola, a cualquier persona que sufra un daño sin haber usado, adquirido o consumido el producto defectuoso, sin limitación alguna con respecto a las hipotéticas víctimas; el dañado puede ser el adquirente, persona a él vinculada o cualquier tercero. Consecuentemente con tal regulación, fácilmente se observa el propósito del legislador comunitario, tendente a otorgar protección a cualquiera que tenga relación con el producto defectuoso, sin necesidad de otras circunstancias.

Es también muy amplio el concepto de fabricante y personas a él asimiladas; el párrafo segundo del artículo 3 determina que toda persona que importe un producto en la Comunidad en orden a su venta, alquiler, leasing o cualquiera otra forma de distribución comercial se considera fabricante a efectos de la Directiva, adquiriendo la misma responsabilidad. En orden a una mayor seguridad jurídica, si el fabricante de un producto no es identificado, cada suministrador se considera fabricante, salvo que indique a la víctima en un plazo razonable la identidad del fabricante o de quien le ha suministrado el producto, y lo mismo acaece cuando se trata del importador. En definitiva, se pretende mediante el desplazamiento de responsabilidad, evitar la existencia de daños de imposible indemnización, lo que ocurriría en otro caso ante la falta de identificación del fabricante; igualmente se pretende con este sistema lograr la eliminación de los problemas que supone pleitear en el extranjero, fuera de un país comunitario donde, de acuerdo con su Derecho, no permita la aplicación del Derecho Comunitario como sustantivo. Estas prevenciones se complementan con la regla de solidaridad recogida en su artículo 5, al permitir conseguir una satisfacción plena a los demandados respecto de la indemnización, ya que pueden demandar a cualquiera de los responsables o a todos a la vez (art. 1.137 Código Civil).

Por último, el artículo 2 de la Directiva no excluye como “producto defectuoso” en orden a la protección que otorga más que las materias primas agrícolas

y los productos de caza, limitando este concepto, como es obvio, a los bienes muebles, incluso cuando queden incorporados a otros bienes inmuebles. Se incluyen, por consiguiente, los bienes de producción —como los de consumo empresarial—.

Es conveniente en este momento decir, sin perjuicio de su ulterior desarrollo, que la empresa de leasing no puede ser responsable, frente al usuario en tal concepto del bien defectuoso, en virtud de esta normativa y siempre considerando el grado de desarrollo actual del leasing. En efecto, a la empresa concedente no le afecta hoy día el derecho de protección al consumidor respecto al usuario del bien cedido en leasing aunque se den las condiciones objetivas de reclamación, por haber éste sufrido en su persona o patrimonio daños por un defecto del bien; pero ello no es debido a la cláusula de exoneración de responsabilidad de estas empresas de leasing respecto a pérdida o vicios de la cosa. Se dejan adelantadas estas ideas para su momento oportuno.

3) Derecho Español de defensa de consumidores y usuarios

La citada Directiva comunitaria que se acaba de considerar no ha sido todavía transpuesta al Ordenamiento Jurídico patrio; rige en nuestro país la Ley 26/84 General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, que presenta serias divergencias con la disposición comunitaria. A pesar de todo, la ley nacional es la única aplicable, ya que al tener aquélla el carácter de Directiva, sólo obliga a los Estados miembros —efecto vertical— y no a los particulares —efecto horizontal—.

La norma jurídica española abunda en defectos que inciden en una más deficiente protección de consumidores y usuarios.

El propio concepto de consumidor, pieza fundamental del derecho de consumo, tiene un deficiente tratamiento en la ley nacional.

Desde una perspectiva doctrinal, se ha defendido que es consumidor “cualquier persona que interviene en relaciones jurídicas situada en la posición de demanda en un hipotético y convencional vínculo con el titular de la oferta” (Bermejo Vera). O bien, el “adquirente no profesional de bienes de consumo destinados a su uso personal” (Cornu). Y también la “persona que, para sus necesidades personales, no profesionales, deviene parte en un contrato de adquisición de bienes y servicios”. Esta diversidad de planteamientos pone de relieve la dificultad de perfilar el concepto; ello ha llevado al Derecho alemán

a distinguir tres clases de situaciones: en Derecho alimentario la noción de consumidor se relaciona con el consumo doméstico privado; en Derecho de la competencia con el consumidor final y en Derecho de cártels, en general, con el cliente (Bercovitz ⁽³⁰⁾).

No han sido éstos los criterios seguidos por la ley española; en ésta, el concepto legal de consumidor descansa únicamente en la noción de destinatario final de bienes y servicios (art. 1-2). Puede deducirse que este artículo presupone la presencia de un empresario (comerciante) en el penúltimo escalón del proceso, como parte contractual del título final de transferencia, también se deduce que ese destinatario final no es sólo el adquirente (también parte contractual), sino todos aquellos que disfrutan, utilizan un bien o servicio. Así se traspasa el ámbito de lo contractual para incluir también al consumidor material. Ahora bien; debe tenerse en consideración que la protección a este último se circunscribe al campo de la responsabilidad por los daños causados por el producto (arts. 25 ss. de la Ley); el adquirente, por el contrario, goza además de la protección dispensada en el ámbito contractual (publicidad —art. 8—, condiciones generales —art. 10—, garantía —art. 11—, etc.).

Por otra parte, el artículo 1-3 —pretendidamente complementario del 1-2— dice que “no tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”. Este precepto no es de fácil interpretación pero, siguiendo en este punto al profesor Torres Lana, debe considerarse restrictivamente la frase “proceso de producción” para referirla, estrictamente, al conjunto de actividades y operaciones que directa y decisivamente contribuyen a la obtención del producto empresarial.

Ahora bien, es ésta la fundamental actividad que se desarrolla en el contrato de leasing, es decir, la financiación de empresas en orden a que accedan a bienes que el usuario debe afectar, únicamente, a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, de servicios o profesionales. Así lo dispone el número uno de la Disposición Adicional Séptima de la Ley 26/1988 de 29 de julio de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito que no hace sino recoger el carácter de incentivo a la inversión que tiene el contrato de leasing financiero.

En consecuencia, teniendo en cuenta el artículo 1-3 de la Ley 26/84, los usuarios contratantes con empresas de leasing que estén utilizando bienes en

(30) TORRES LANA, J.A.: *Derecho Civil...*, pp. 10 ss.

concepto de arrendamiento financiero, no tendrán la consideración de consumidores a efectos de la ley protectora con respecto a dichos bienes por impedirlo el precepto citado.

4) El Derecho de protección al consumidor en relación a la cláusula de exoneración de responsabilidad por riesgos de la cosa que incluye el contrato de leasing financiero en favor de la sociedad concedente

Habiendo visto someramente el origen del derecho de protección al consumidor, sus conceptos básicos y su regulación europea y nacional en cuanto aquí interesa, corresponde ahora desarrollar una afirmación realizada anteriormente: la empresa de leasing no queda afectada por este derecho protector cuando el usuario en leasing haya sufrido daños, en su salud o patrimoniales, por defecto del bien, de manera que no podrá hacer valer esa normativa frente a dicha empresa, ello en el grado de desarrollo actual del contrato de leasing financiero.

La exposición que ahora nos ocupa precisa establecer el campo de aplicación de aquella cláusula de exoneración de responsabilidad en primer término.

Se dio en su momento explicación suficiente sobre la existencia de tal estipulación en el contrato de leasing financiero; la sociedad de leasing realiza funciones estrictamente financieras, limitándose a cobrar cargas financieras que constituyen su legítima ganancia. Por ello, la mayoría de la doctrina científica y la más importante jurisprudencia europea —incluida la española—, convienen en desvincular a la empresa concedente de los riesgos que sufra la cosa. En este momento debe completarse aquella explicación afirmando que la referida cláusula de exoneración de responsabilidad sólo tiene virtualidad en el estricto ámbito del contrato de leasing financiero y de acuerdo a principios básicos del derecho contractual. Esta afirmación es evidente, porque la tan citada estipulación se basa en uno de los axiomas básicos del derecho de contratación: el de libertad contractual —art. 1.255 C.C.—; su razón de ser se fundamenta, como hemos visto, en la propia idiosincrasia de un contrato determinado, el de leasing financiero; por fin, sus límites están determinados por normas estrictamente contractuales, de modo que la tan repetida cláusula de exoneración de responsabilidad operará cuando se den las siguientes condiciones: en primer lugar, la sociedad de leasing no actuará con dolo, no debiendo conocer los vicios de la cosa —art. 1.476 C.C. que dispone que será nulo todo pacto que exima de responder de evicción cuando hubiera dolo, y el art. 1.485 del mismo

cuerpo legal que exceptúa la exoneración cuando los vicios se conocieren—. Por otra parte, es necesario que se pacte definitivamente la subrogación por parte de la sociedad de leasing y a favor del usuario de las acciones que a la primera corresponderían frente al proveedor en razón al bien objeto del contrato, a fin de que se produzca efectivamente la exoneración de responsabilidad de aquella entidad respecto a riesgos de la cosa.

Las razones expuestas obligan a afirmar que si bien la empresa de leasing no queda afectada por el derecho de protección al consumidor, en cuanto al usuario que haya sufrido perjuicios por defecto del bien objeto del contrato de leasing financiero, en una eventual reclamación, dicha entidad no podrá basarse jurídicamente en la cláusula de exoneración de responsabilidad, desde el momento en que ésta y aquel derecho protector tienen un ámbito de aplicación diferente.

En efecto, el derecho de protección a consumidores y usuarios no contempla únicamente el contrato realizado entre las partes, sino que va mucho más lejos⁽³¹⁾. La acción de reparación de los daños que un producto o servicio defectuoso causa en la persona o bienes del consumidor no se refiere al daño consistente en la misma defectuosidad del bien adquirido o servicio suministrado, sino que trata de paliar el daño o perjuicio producido por el defecto en cuanto aquél trascienda a la esfera personal o patrimonial del usuario dañado; éste es el campo de acción de tal derecho de protección, mientras que la propia inadecuación o vicio de la cosa o servicio prestados se regula básicamente por el derecho contractual y es donde juega la cláusula de exoneración de responsabilidad por vicios de la cosa a favor de la sociedad de leasing en el contrato de arrendamiento financiero.

Estas aseveraciones quedan ratificadas a través de la propia regulación normativa de la Directiva Comunitaria de 27-7-85: un producto será defectuoso cuando no ofrezca “la seguridad que se puede esperar legítimamente del mismo” (art. 6). Dicho precepto entronca perfectamente con la Exposición de Motivos de esta norma comunitaria que, en este sentido, establece que “la determinación del carácter defectuoso de un producto debe hacerse en función no de la ineptitud del producto para su uso, sino de la falta de seguridad que el gran público puede legítimamente esperar”. Esta falta de seguridad del producto se conocerá en casos concretos, mediante disposiciones legales o inter-

(31) PARRA LUCÁN, M^ªA.: “La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios bajo la óptica de los Derechos de la Personalidad”, AC n^º 7, semana quince, 21-2-88, pp. 404 ss.

pretaciones jurisprudenciales que incidirán en las circunstancias que, con carácter no exhaustivo, se establecen en el ya citado artículo 6 de la Directiva (empaquetado, etiquetado, publicidad, etc.), uso razonable (información, relación producto-tipo de consumidor, etc.) y momento de puesta en circulación del producto en el mercado a disposición de los consumidores (nivel técnico-científico). Por su parte, la Ley 26/84 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios trata de proteger, fundamentalmente, la salud y seguridad de éstos —arts. 2, 3-1, 5—, y sus intereses económico-sociales —capítulo tercero de dicha Ley—.

El carácter amplio de protección de la seguridad, salud y legítimos intereses de los consumidores y usuarios está previsto también en el artículo 51-1 de nuestra Constitución, estableciendo expresamente este precepto que los poderes públicos garantizarán la defensa de aquéllos en relación a tales derechos. Por consiguiente, se aprecia claramente cómo este derecho protector rebasa ampliamente el derecho contractual regulador de una relación jurídica concreta.

Dicho esto, es momento de justificar la imposibilidad de afectación de la empresa de leasing por este derecho protector, en virtud de daños producidos en la persona o bienes del usuario en leasing por defecto del producto objeto del arrendamiento financiero.

Como hemos visto, no puede basarse esta irresponsabilidad en la cláusula de exoneración por riesgos de la cosa, sino que se fundamenta en que hoy día no puede asimilarse la empresa de leasing al fabricante del producto defectuoso y, por consiguiente, no cabe que sea sujeto pasivo de la reclamación. En efecto, la propia Directiva Comunitaria establece en su Exposición de Motivos que el criterio de protección del consumidor exige que todo aquel que participe en un proceso de producción, deba responder en caso de que el producto acabado o una de sus partes, o bien materias primas que hubiese suministrado fueran defectuosos, debiendo extenderse la responsabilidad a todo el que importe productos en la Comunidad y a aquellas personas que se presenten como productores poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo y a los que suministren un producto cuyo productor no pudiera ser identificado. El desarrollo de esta concreta parte de la Exposición de Motivos es el artículo 3 de la Directiva; en el segundo número de dicho precepto se hace responsable, como ya se vio, a “toda persona que importe un producto en la Comunidad con vistas a su... arrendamiento financiero..”.

Ahora bien: pese a la amplitud de esta regulación, ésta no se puede oponer a la empresa de leasing por el defecto del bien cedido y por parte del usuario

en leasing financiero, puesto que dicha normativa exige implícitamente el contacto material con el producto defectuoso o cuando menos la iniciativa en su importación en la Comunidad. De otra manera, faltaría un mínimo soporte jurídico a la reclamación. En el caso que nos ocupa debe tenerse muy en cuenta que la empresa de leasing efectúa una operación estrictamente financiera, la cosa cedida al usuario mediante el arrendamiento financiero pasa directamente del proveedor al arrendatario, la entidad concedente no tiene contacto material con la cosa y, por ello, tampoco es responsable jurídico de su entrega. Por otra parte, la sociedad de leasing actúa según las instrucciones recibidas del usuario, sin ninguna labor de asesoramiento técnico. Por consiguiente, el artículo 3-2 de la Directiva debe entenderse en el conjunto de dicho precepto y conectado a la Exposición de Motivos de la misma, es decir, considera como sujeto pasivo del derecho protector al consumidor al usuario en leasing financiero, para el caso de que un tercero sufra daños en su contacto con el producto defectuoso, de la misma manera que responderá quien importe el producto defectuoso para su venta o distribución en el marco de su actividad comercial.

La Ley 26/84 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios responde a la misma orientación, como se desprende de la dicción de los artículos 25, 26 y 27 de la misma, de modo que no podrá entablarse reclamación por parte del usuario en leasing contra la sociedad concedente, al no tener ésta relación alguna con el proceso de producción o distribución del producto defectuoso, contacto material con él o iniciativa en su importación. Aparte de ello se suma la dificultad, inexistente en la Directiva Comunitaria, plasmada en el artículo 1-3 de esta Ley que, como ya se vio, veda la posibilidad de entender como consumidor a efectos de dicha normativa al usuario en leasing financiero.

Llegados a este punto, conviene decir que las afirmaciones vertidas se circunscriben al grado de desarrollo actual del contrato de leasing financiero; un previsible desarrollo del contrato aludido obligará a adoptar distintas conclusiones.

5) Perspectivas del futuro desarrollo del contrato de leasing financiero y su relación con el derecho de protección al consumidor

Como ya se ha visto, actualmente la empresa de leasing realiza una función estrictamente financiera de incentivo a la inversión. Es previsible que, a medio plazo, esta realidad varíe pasando a adoptar tales entidades una posición activa

de asesoramiento técnico a los potenciales usuarios de bienes en leasing, informándoles convenientemente cuál sea el bien adecuado a la actividad que desarrollan; en este sentido, se producirá un acercamiento entre el leasing operativo y el financiero. La posibilidad que se comenta ha cobrado ya carta de naturaleza en el proyecto preliminar de Reglas Uniformes sobre el leasing financiero internacional elaborado por el Instituto Internacional para la Elaboración del Derecho Privado (UNIDROIT) que, en su artículo 7-1, en relación al número 3 del mismo precepto, viene a establecer que no tendrá validez la cláusula de exoneración de responsabilidad favorable a la empresa de leasing, cuando ésta haya intervenido a nivel técnico en la elección del material.

Fácil es deducir que si tal asesoramiento técnico es realizado por las empresas de leasing, éstas se especializarán en determinadas ramas de producción de bienes de equipo, de modo que también deberán informar a los hipotéticos usuarios interesados en cada caso, no sólo sobre la adecuación de un determinado bien a la actividad realizada por ellos, sino que dicho asesoramiento tendrá que comprender la forma correcta de uso del bien y los posibles riesgos que entrañen los mismos; piénsese en la lejanía que puede llegar a existir entre el fabricante del producto y el potencial usuario en leasing del mismo, de modo que la entidad concedente deba asumir íntegramente la información sobre el bien que aconseje al usuario, lo cual puede perfectamente ocurrir cuando el fabricante esté asentado en país distinto al del usuario.

Pues bien; es en este caso cuando el derecho protector del consumidor tendrá incidencia sobre las empresas de leasing en relación a vicios del producto que dañen al usuario del mismo en arrendamiento financiero. Pero esta responsabilidad no podrá tener en España su base jurídica en la Ley 26/84 de 19 de julio, sino en la futura normativa que desarrolle la Directiva Comunitaria de 25-7-85 (85/374). Ese cuerpo legal se encuentra actualmente en fase de Anteproyecto y será una Ley de Responsabilidad Civil por Daños Causados por Productos Defectuosos. El artículo 15 de este Anteproyecto dice que “las acciones reconocidas en esta Ley no afectan a los derechos que el dañado pueda tener como consecuencia de la responsabilidad contractual o extracontractual del fabricante o de cualquier otra persona exigible con arreglo a la legislación civil”. Hay que reseñar que esta modificación legislativa no afectará ni a inmuebles ni a servicios, ya que se refiere exclusivamente a productos muebles defectuosos.

Según esta exposición, cuando la empresa de leasing asuma labores de asesoramiento técnico al futuro usuario del bien en arrendamiento financiero,

deberá tener muy en cuenta que la información que suministra sobre el bien se adecúe a las disposiciones reglamentarias que puedan existir sobre ese tipo de productos; estas disposiciones se dictan precisamente en interés de los consumidores y usuarios (por ejemplo el Reglamento sobre Declaración de Sustancias Nuevas y Clasificación, Envasado y Etiquetado de Sustancias Peligrosas, R.D. 725/88 de 3 de junio —BOE de 9 de julio—, que modificó el R.D. 2.216/85 de 28 de octubre —BOE de 27 de noviembre—), por consiguiente, si en materia de información se infringen estas disposiciones reglamentarias que, como la señalada a título de ejemplo, existan sobre el tipo de bien en cuestión, la responsabilidad de la empresa de leasing será insoslayable; ello a tenor del artículo 26 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ya que el empresario sólo podrá exonerarse “si consta o se acredita que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos”. A tenor de estas consideraciones, convengo con el profesor Cabanillas Múgica en que, en materia de consumo, es discutible que sea de aplicación la doctrina establecida por el Tribunal Supremo relativa a que las normas administrativas sirven para determinar cuándo procede la imposición de una sanción y no cuándo se produce un ilícito civil generador de responsabilidad, tal como lo han establecido las S.S.T.S. de 10-7-85 y 15-4-85; de manera que la inobservancia de esas normas sea inutilizable directamente para servir de fundamento propio a la responsabilidad extracontractual, siendo simplemente indicadores de una culpa del obligado a su adopción que se valorará, con abstracción de su antirreglamentariedad, según las reglas del criterio humano, según establece la primera de las sentencias citadas. Según el repetido artículo 26 de la Ley General, la ecuación “infracción de reglamentos igual a responsabilidad civil” no admite excepciones cuando se trata de daños causados al consumidor y entra en juego el derecho protector del mismo.

Así responderá la empresa de leasing por deficiente información al usuario en arrendamiento financiero cuando aquélla asuma labores de asesoramiento técnico y con aplicación del Derecho de Consumo, perdiendo su exclusivo carácter de intermediario financiero.

CONCLUSIONES

Tras la exposición que acaba de efectuarse pueden asumirse las siguientes conclusiones:

A) El contrato de leasing financiero supone una relación jurídica trilateral entre el proveedor del bien, la empresa de leasing y el usuario. En dicha relación la entidad concedente adquiere la propiedad del bien y asume una función estrictamente financiera, transmitiendo al usuario en leasing el disfrute de dicho bien durante el tiempo estipulado y contra el pago de los cánones establecidos. El arrendador financiero se exonera de toda responsabilidad por los vicios o inutilidad de la cosa, subrogando al usuario en las acciones que le corresponderían frente al proveedor por tales causas. Dicha cláusula exonerativa ha recibido el respaldo del legislador y de las jurisprudencias francesa, italiana y española. El contrato de leasing financiero incluirá necesariamente una opción de compra a favor del usuario respecto del bien objeto del leasing.

B) El leasing financiero es un contrato nuevo desde un punto de vista jurídico que no se amolda a los tipos contractuales clásicos. Ahora bien; su radical novedad estriba en la perspectiva económica, ya que supone un serio incentivo a la inversión amparado en leyes y disposiciones fiscales favorables, con una apariencia arrendaticia que es su soporte jurídico.

C) El Derecho de protección al consumidor no puede oponerse contra la empresa de leasing por parte del usuario del bien en arrendamiento financiero —cuando éste sufre daños en su salud o patrimoniales por defecto de dicho bien—, porque en el desarrollo actual del leasing financiero la empresa concedente no tiene contacto material alguno con la cosa, ni tampoco realiza —en su caso— su importación en la Comunidad por propia iniciativa, ya que ésta corresponde al usuario. No obstante, las perspectivas de desarrollo futuro de este contrato obligan a mantener otra conclusión, puesto que cuando la sociedad concedente asuma funciones de información sobre el bien al futuro usuario (Proyecto UNIDROIT), no sólo quedará sin eficacia la cláusula de exoneración contractual favorable a la empresa de leasing y antes referida, sino que será posible entonces que ésta se constituya en sujeto pasivo de la reclamación que el usuario en leasing haga según los preceptos del derecho de protección a los consumidores, siempre, claro está, que dicho usuario sea persona física o, al menos, el quebranto se produzca en uno de sus dependientes.