

COMPETENCIA SOBRE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES DEL PROCESO PENAL (Sustrato material y límites constitucionales).

Antonio José Terrasa García

SUMARIO

- 1.- Función interpretativa de la norma y cohesión del ordenamiento jurídico.
- 2.- El sustrato material de la competencia y su influencia sobre la naturaleza, clasificación, y efectos de las cuestiones prejudiciales.
- 3.- Administrativización del Derecho penal y normas en blanco.
- 4.- Obsoleta regulación del conflicto competencial en la Ley de Enjuiciamiento Criminal:
 - a) Regla general principal del art. 3 LECrim.: retención de la competencia.
 - b) Regla general subsidiaria del art. 4 LECrim.: devolución de la competencia.
 - c) Regla especial absoluta del art. 5 LECrim. sobre “causas” prejudiciales.
 - d) Regla especial relativa del art. 6 LECrim. sobre propiedad inmobiliaria o derechos reales.
- 5.- Ambigua regulación del conflicto en el art. 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 6.- La retención de la competencia penal: límites y remedios.
 - a) Resolución de la cuestión prejudicial con los criterios propios de

sus normas materiales. El problema de la falta de especialización en función de la índole o complejidad prejudicial.

b) Competencia para el solo efecto del incidente prejudicial.

c) Un límite constitucional.

d). El remedio del recurso de revisión penal.

7.- Conclusión: el mantenimiento de la competencia penal es la regla general, y la devolutividad subsidiaria es valorativa con los límites constitucionales señalados.

8.- BIBLIOGRAFÍA.

Excelentísimo Sr. Presidente, Ilustrísimos Sres. Académicos, Dignísimas Autoridades, Distinguidas Sras. y Sres.

1.- Función interpretativa de la norma y cohesión del ordenamiento jurídico.

Uno cree entender las reglas sobre quién debe resolver las cuestiones prejudiciales hasta que necesita explicar por qué debe prevalecer una competencia sobre la otra, pero si nadie se lo pregunta, no necesita aclararlo.

Probablemente sea un reflejo –siquiera un destello– de la *modernidad líquida* así descrita por Z. Bauman, que intentaré sortear mientras cumplo mi compromiso de adelantar al inicio del vigente curso académico un texto específicamente destinado a ser oído (porque la oratoria académica es de rigor que sea leída) sobre un aspecto puntual de las cuestiones prejudiciales que atañe al sustrato de la competencia para resolverlas: un presupuesto procesal de intrincada justificación final por su obediencia a criterios materiales antes que formales.

Sucede así porque la regulación de las cuestiones prejudiciales busca fijar la competencia idónea para interpretar y aplicar coherentemente normas de derecho material que pertenecen a diferentes ramas del ordenamiento cuyo conocimiento ha sido atribuido por ley a jueces o tribunales distintos, de

modo que cohonestar la doble competencia para unas y otras normas demanda una correlación de rango lógico entre las necesidades de *interpretación de las normas materiales* involucradas (el elemento sustantivo) y *la fijación de la competencia* más adecuada para ello (el presupuesto procesal).

Aunque entre las reglas que señalan esa competencia no suelen asomar explícitamente aquellas *necesidades de interpretación*, que atañen a todas las normas materiales involucradas en el objeto del proceso, y no sólo a las de la materia prejudicial.

Sustrato material que permanece eclipsado, sin motivo alguno para darlo por supuesto, bajo el sesgo formal/procesal que prepondera al tratar doctrinalmente las cuestiones prejudiciales.

Forma y sustancia que también aparecen oscuramente emparentadas en una regulación que resulta obsoleta cuando no es ambigua, con la que el legislador (al parecer absuelto del deber de analizar, probar y justificar) acaba propiciando la desorientación cognitiva del intérprete en un terreno genéticamente ligado a una constante jurídica inmemorial.

Alrededor del siglo II d.C., sin fecha bien determinada, el jurisconsulto y político romano Salvio Juliano (discípulo de Jaloveno Prisco, de la escuela sabiniana) elaboró su “Edicto Perpetuo” (que por encargo de Adriano sustituyó al incorporado a la Lex Cornelia en el año 67 a.C.), un compendio de reglas correspondientes al Derecho pretoriano basado en la solución de casos prácticos que al parecer cobra reflejo en los comentarios de Ulpiano y Paulo en el Digesto justiniano, donde se afirma que: “*Las leyes no pueden escribirse de modo que comprendan todos los casos que pueden a veces acaecer, sino que basta que contengan los que ordinariamente suceden* (D.1.3.10)”.

Una técnica aún hoy eficaz para que las leyes regulen lo que de general y común tienen las relaciones humanas en lugar de disciplinar anecdóticamente sus excepciones, que evoca los problemas de unidad, integridad y coherencia del ordenamiento jurídico, históricamente tratados a partir de –y en torno a– la norma jurídica.

No es paradójico que proceda del ámbito anglosajón (por ser ajeno a la axiología jurídica del derecho continental) la primera construcción de un “sistema” que no se apoya en la norma, sino en la obediencia al soberano, formulado por el utilitarista John Austin (1790-1859), coetáneo de Jeremías Bentham y creador de la jurisprudencia analítica, del mismo modo que desde principios del siglo XX la concepción realista norteamericana percibe, describe y trata una vivencia del derecho (*law in action*) distanciada de la norma (*law in book*).

Sin embargo el derecho continental mantuvo sus cimientos doctrinal-

mente anclados sobre la norma jurídica, hasta que Santi Romano reformuló (1917-1918) el concepto sobre “El ordenamiento jurídico” (ese es precisamente el título de su conocida obra), desde entonces entendido como una unidad global, un conjunto organizado del que las normas constituyen meros elementos componentes.

Tal fue su influencia que incluso el positivismo jurídico contemporáneo ha desplazado su vértice desde la norma hasta el ordenamiento en su conjunto, siendo remarcable que el propio Kelsen (“La teoría pura del Derecho” 1934) llegó a afirmar que “*el orden jurídico no puede ciertamente evitar todos los conflictos posibles*”, y desde luego Norberto Bobbio (“Teoría del ordenamiento jurídico” 1960) rebasó los postulados más tajantes del positivismo kantiano al señalar que unidad, coherencia y plenitud no son elementos reales, sino más bien ideales (valores morales o exigencias de justicia), porque las contradicciones, antinomias y lagunas internas del ordenamiento jurídico pueden subsistir, y no impiden que el sistema siga rigiendo salvo que su proporción sea exagerada, porque unidad, integridad, coherencia y plenitud son características puramente tendenciales.

Pero si se acepta la imperfección de la regulación jurídica ya no es posible concebirla como un verdadero sistema, siendo preferible hablar de ordenamiento normativo o jurídico, y ello ha desplazado buena parte de los actuales desvelos y esfuerzos dogmáticos hacia la técnica de interpretación de la norma, una herramienta con que operar sobre la deficitaria coherencia de la regulación jurídica contenida en el ordenamiento.

Para el positivismo jurídico la trabazón del ordenamiento está ligada a la noción de jerarquía entre las normas, y averiguar la validez o conformidad de las inferiores respecto de las superiores requiere su interpretación (la indagación de su sentido), pero no como hecho a constatar sino como problema a resolver en función de una opción del intérprete que finalmente, y en palabras del propio Bobbio: “*queda abandonado a sí mismo*” en esa tarea de garantizar la unidad y el respeto a la jerarquía por vía de interpretación, para la que Hart formuló su conocida “*regla de reconocimiento*” (“El concepto de derecho” 1961) que facilita la identificación y ayuda a perfilar las condiciones de validez y obligatoriedad de las normas jurídicas, de las reglas que vinculan al juez, quien sólo ante la insuficiencia de la norma puede decidir discrecionalmente.

Hasta que con un sesgo totalmente diferente Dworkin se refirió (1967) al “*modelo de las reglas*” para señalar que, en materia de interpretación constitucional, ese juicio de discernimiento a cargo del intérprete es compatible con la exigencia de una respuesta jurídica no discrecional, porque junto con las reglas (estándares interpretativos que ya incorporan la

ponderación) conviven los principios (estándares que identifican uno de los elementos a ponderar, obligando a su contraposición con otros principios o valores para afirmar –en la decisión– cuál de ellos es preponderante), lo que inevitablemente conduce a un posicionamiento que tiende a diluir la separación entre norma jurídica y filosofía, moral, o política, que si se traslada desde la interpretación constitucional a la legal puede acabar desdibujando la frontera entre derecho, política y moral, negando al Derecho su autonomía, o al menos un ámbito propio netamente diferenciable.

Y todo el moderno énfasis dogmático sobre ese discurso del método, o sobre la técnica más adecuada para interpretar la norma, persigue apuntalar el asumido déficit de unidad, integridad, y coherencia que presenta el ordenamiento jurídico, en parte obediente a que –para facilitar el manejo de las instituciones– se ha disgregado el Derecho en diferentes ramas, y la jurisdicción en diferentes órdenes competenciales, cuya especialización y tendencia a la estanqueidad e impermeabilidad resultan antinaturales frente a la deseable unidad del ordenamiento y de la jurisdicción recogidas en los arts. 117.5 Constitución Española (CE) y 3.1 Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

Y de este conflicto las cuestiones prejudiciales son un reflejo paradigmático.

2.- El sustrato material de la competencia y su influencia sobre la naturaleza, clasificación, y efectos de las cuestiones prejudiciales.

Las cuestiones prejudiciales, la prejudicialidad, constituye un “*pre iudicium*”, es decir un juicio previo en el orden material que condiciona otro posterior, también material, con tal de que la cuestión:

- Actúe temporalmente como un “*pre*”, como un simple juicio antecedente;
- Constituya materialmente un “*prius*” tanto desde el punto de vista lógico como desde el punto de vista jurídico, por resultar necesaria, en ambos terrenos (lógico y jurídico), para alcanzar el juicio material posterior;
- Sea procesalmente autónoma en cuanto a su objeto, es decir que debe poder ser idónea por sí misma como objeto de un proceso.

A las cuestiones prejudiciales de carácter homogéneo se refiere (por primera vez legislativamente) la actual Ley de Enjuiciamiento Civil en su art. 43, aunque parece obvio que ahora sólo nos interesa la prejudicialidad heterogénea, la que opera entre distintos ámbitos del derecho material, que

es posible afrontar mediante un sistema de “separación” y efecto devolutivo (para que la cuestión prejudicial sea resuelta (separada e independientemente) por el de su pertinente materia y orden jurisdiccional (sea en este caso el civil, el laboral, o el administrativo); o de “colaboración” manteniendo la competencia para resolverla en un único órgano (el ya competente para el asunto principal donde surge la cuestión prejudicial).

Para explicar y justificar su regulación comúnmente se exhiben razones de “*oportunidad procesal*”:

- a) la competencia se atribuye al mismo órgano del asunto en que se plantean para impedir dilaciones y salvaguardar la unidad jurisdiccional.
- b) en sentido contrario, se asignan al órgano de la materia prejudicial para evitar pronunciamientos contradictorios y conservar la especialización por razón de cada materia.

Pero como ya se ha dicho, las necesidades de interpretación de las diferentes normas materiales concurrentes (el elemento sustantivo) reciben insuficiente atención, y no suelen aparecer explícitamente entre los elementos influyentes sobre la competencia (el presupuesto procesal), pese a que como apunta Senés Motilla: “*el entramado de la prejudicialidad en general (...) es antes que nada jurídico-material (...) sustantivo en esencia*”, y sin excluir tajantemente la posibilidad excepcional de que ocasionalmente la cuestión prejudicial se vincule a una cuestión de forma (STS 1ª 29 Ene. 1994 sobre falta de legitimación procesal y *ad causam* derivada de la declaración penal de falsedad del documento mercantil que sustentaba la sucesión procesal), puede concluirse una general obediencia de las cuestiones prejudiciales a la cuestión de fondo, al sustrato material que nutre tanto la articulación como la estructura de la prejudicialidad.

Con una vinculación de tal magnitud que:

- 1º) enturbia la naturaleza –sumamente inestable– de las cuestiones prejudiciales, generalmente tratadas como reglas procesales tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, y así la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 2ª 3 Oct. 1983 afirmó que “*no son preceptos sustantivos (...) tratándose, por el contrario, de preceptos adjetivos, que se refieren exclusivamente a cuestiones de «método procesal»*”; aunque la STS 2ª 25 Mar. 1994 remarca su acento material cuando menciona que su “*esencial carácter sustantivo y no procesal, supone una cuestión de derecho material íntima -mente ligada a la cuestión penal, que debe ser resuelta*”, añadiendo que “*pueden afectar al derecho material aplicado en la sentencia*”.

Una discrepancia más aparente que real si se atiende a que la regulación

positiva de las cuestiones prejudiciales esencialmente se dirige a establecer la competencia para resolverlas, y por ende constituyen reglas procedimentales sobre un verdadero presupuesto procesal, aunque la determinación de la competencia fijada en ellas resulte influida y hasta condicionada por las necesidades de interpretación de las normas materiales, pues el conflicto que plantean es material con repercusiones procesales sobre la competencia y la cosa juzgada.

- 2º) dificulta seriamente su clasificación, puesto que a veces son enfocadas desde la perspectiva de las crisis procesales, y en otras resultan ligadas al objeto del proceso, probablemente con más acierto porque en él se integran las normas materiales en juego, y no se olvide que buena parte de la doctrina apuesta por la existencia de un único objeto procesal antes que por la conexión entre dos objetos procesales diferentes, para evitar la segmentación en juicios y pronunciamientos distintos de una cuestión que lógicamente conviene enjuiciar y resolver de una sola vez.

- 3º) *repercute también sobre cuándo y quién debe resolver las cuestiones prejudiciales*, porque desde la STS 2ª de 4 Abr. 1908 sabemos que *«pueden ser propuestas hasta la calificación de la causa, tanto en la fase de instrucción como en la de plenario»*, y también que *«la admisión o inadmisión de la cuestión debe ser resuelta por el órgano sentenciador»*, vetusta línea jurisprudencial (entre otras las STS 2ª 1/4 Abr. 1908, 3 Oct. 1963, 19 May. 1964, 1 Feb. 1973, 6 Jul. y 23 Nov. 1998, 3 May. 2002) inicialmente concordante con las Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1888 y 1910, que hoy lleva a situar el momento más adecuado para decidir sobre ellas al resolver los artículos de previo y especial pronunciamiento del Procedimiento Ordinario (art. 667 LECrim.), que la reforma del art. 786.2 LECrim (por Ley 38/2002, de 24 de octubre) ha arrastrado al momento de las cuestiones previas para el Procedimiento Abreviado, aunque algunos posicionamientos doctrinales apuntan la posibilidad de plantearlas incluso en el propio acto del juicio, tal y como lo admitieron las STS 2ª 1 Jun. 1944 y 10 Jul. 1954: *“son susceptibles de ser propuestas como medio de defensa en el acto del juicio oral”*.

Pero no son desde luego razones procedimentales, sino sustantivas, las que determinan tanto el momento procesal como la competencia funcional para resolverlas.

Para justificarlo necesito recordar que, cuando nuestro proceso obedecía todavía a un diseño netamente inquisitorial, el tránsito de la fase de sumario a la de plenario operaba a través de lo que se conocía como “confesión con cargos” (un lacerante intento de que el encausado reconociera su culpabilidad), trámite a partir del que se establecían y concretaban los

hechos a enjuiciar sin previa intervención posible de las partes. De ninguna.

Fue con la reforma del proceso penal llevada a cabo por la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 22 de diciembre de 1872 cuando se introdujeron los artículos de previo pronunciamiento para permitir que, finalizada una fase de instrucción carente de defensa, pudieran las partes (ya asistidas y defendidas) plantear cuestiones invalidantes del juicio y evitar su innecesaria celebración viciada; finalidad netamente procesal que delata la injustificada equiparación de las cuestiones prejudiciales con los artículos de previo pronunciamiento, porque aquellas requieren siempre la celebración del juicio, y en cambio éstos tienden a poder evitarlo.

Lo cierto es que –con ese objetivo incólume– los artículos de previo pronunciamiento fueron trasplantados a la más que centenaria y vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.) de 1882, un cuerpo legal que, afectado por las prescripciones constitucionales vigentes desde 1978, (más ahora las derivadas de la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012 sobre el derecho a la información en los procesos penales), ha necesitado modificaciones para que los principios de contradicción y defensa mantengan también un adecuado acomodo durante la fase de instrucción, lo que llevó a la reforma –entre otros– de los arts. 118 y 302 LECrim.

Tal cambio de paradigma (porque ya no se carece de contradicción y defensa durante la instrucción de la causa) autoriza ahora a plantear, sustanciar, y decidir en dicha fase buena parte de las cuestiones que siguen incluidas entre los artículos de previo pronunciamiento.

Por el contrario, el momento procesal oportuno para plantear y resolver las cuestiones prejudiciales sigue situándose tras la calificación para su resolución por el órgano sentenciador:

- lo primero porque el objeto del proceso se estructura con perfil propio definitorio y vinculante a partir de la acusación provisional, de modo que sólo tras esa calificación tiene sentido poder plantear las cuestiones prejudiciales.

- lo segundo porque el efecto devolutivo o no devolutivo de las cuestiones prejudiciales depende del derecho material involucrado en el objeto del proceso, a decidir entonces por el órgano funcionalmente competente para el plenario.

En consecuencia, el momento procesal para su planteamiento y la competencia funcional para resolverlas están estrechamente vinculados a la decisión sobre el objeto material del proceso.

3.- Administrativización del Derecho penal y normas en blanco.

Y toda esta problemática de la prejudicialidad se manifiesta singularmente álgida para el proceso penal, especialmente con ocasión de las denominadas “normas penales en blanco”, estrechamente ligadas a la evolución del Derecho Penal surgido a consecuencia de la denominada “sociedad del riesgo” que, heredera –si no hija– de la sociedad post-industrial, genera los importantes inconvenientes que apunta Silva Sánchez: graves perjuicios masivos causados por productos defectuosos que afectan a extensas capas de la población, agresiones al medio ambiente que resultan en algunos casos irreversibles, delincuencia organizada, procesos productivos de dificultoso control por parte del Estado en una economía globalizada y obedientes a modelos cada vez más complejo.

Un escenario que, al entorpecer la aplicación de sanciones penales conforme al sistema culpabilista, desvela una limitada capacidad de respuesta penal, pareja a la falta de respuesta adecuada en otras ramas del Derecho.

Para superar semejante reto, y en palabras de Díez Ripollés, el subsistema de control penal ha llegado a convertirse en un ariete promotor para la transformación de los valores sociales vigentes, cuando para ello existen otros medios sociales más eficaces.

Desde un punto de vista intensivo se ha descrito la tendencia hacia el derecho penal “del enemigo”, desdibujado los principios político-criminales de garantía y aumentando las penas privativas de libertad.

Desde un punto de vista extensivo (el que aquí interesa ahora), se ha ampliado la protección penal hacia bienes jurídicos distintos de los tradicionales, especialmente acudiendo a bienes jurídico penales difusos en el ámbito del riesgo (con proliferación de los delitos de peligro), para lo que se ha necesitado elastificar las reglas tradicionales de imputación, y acudir a las penas privativas de derechos (menos agresivas que las privativas de libertad), dando lugar a lo que se ha descrito plásticamente como un Derecho penal de “dos velocidades”.

La primera velocidad correspondería al Derecho penal digamos tradicional, de corte liberal y atribución netamente culpabilista de la responsabilidad, señalando Muñoz Conde que los bienes jurídicos sólo deben protegerse penalmente frente a los ataques de mayor intensidad y al margen de las contravenciones puramente morales, por lo que el Derecho penal debe mantener su tradicional carácter fragmentario o accesorio respecto de toda

la amplia gama de conductas que el sistema jurídico manda o prohíbe en sus diversas manifestaciones (sean civiles, laborales, o administrativas), actuando el principio de intervención mínima a modo de barrera de contención, o límite externo de la protección penal, que debe respetar el legislador o serle exigido mediante la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, sin confusión con los supuestos de irrelevancia o insignificancia antijurídica apreciables por el juez.

La segunda velocidad se refleja en una cierta “administrativización” del Derecho penal, buscando reprimir la mera infracción o la simple desobediencia a una muy extendida regulación de las actividades arriesgadas o peligrosas, que son consustanciales a la sociedad del riesgo, aunque para ello la culpabilidad resulte tan perturbadora que inclina a modificar las reglas tradicionales para su imputación; y desde que Goldschmidt (1902) trató de perfilar caracteres distintos entre injusto penal e injusto administrativo, la influencia de este cambio ha sido tan importante que Hassemer propuso separar el que denomina “derecho penal nuclear” (el tradicional) del que denomina “derecho de intervención”: una especie de derecho sancionador residual, con menores garantías y penas suavizadas.

Esta “administrativización” ha llevado a delimitar las figuras penales por remisión a normas civiles, laborales, y especialmente administrativas, mediante las denominadas normas o leyes penales en blanco, una denominación acuñada por Binding y conceptualmente ensanchada por Metzger, referida a una ley “extra-penal” (para poder diferenciarla de la norma penal simplemente incompleta) a tenor de la que se configuran los elementos del delito (o al menos se integra por completo alguno de ellos), sujeta al principio formal de reserva de ley, al principio de irretroactividad, y al principio material de taxatividad, afirmando la doctrina de la “descripción suficiente” que la norma penal en blanco debe contener una predicción cierta sobre la conducta infractora, la responsabilidad, y la sanción derivada de infringir la prohibición establecida.

Así la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 140/11 noviembre 1986, STC 122/13 julio 1987, STC 127/5 julio 1990, STC 62/28 febrero 1994, STC 24 /13 febrero 1996) se ha referido con amplitud a la posibilidad de conciliar la ley penal en blanco con las exigencias constitucionales, estableciendo la validez del reenvío siempre que sea expreso, justificado en función del bien jurídico protegido, y cuando contenga el núcleo esencial de la prohibición, además de la pena; prohibiéndose la remisión a normas de rango simplemente reglamentario cuando de ellas derive una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley (lo que acontecería en los supuestos de remisión en bloque), sin perjuicio de ser válida la simple colaboración o coadyuvancia a partir de una norma reglamentaria, o incluso de una norma legal o reglamentaria emanada de una Comunidad Autónoma.

Aunque con relación a las cuestiones prejudiciales, tanto para los supuestos de remisión en bloque (cuando uno de los elementos típicos descansa en una norma extrapenal), como para los “conceptos normativos del tipo” (cuando los elementos del tipo están en la ley penal, pero requieren ser integrados desde una norma que no lo es), las necesidades de interpretación material de la norma penal claman por la retención de la competencia cuando el juicio de desvalor (sea de la conducta o del resultado) necesita mantener su núcleo esencial inserto, encajado, ligado, o vinculado al tipo penal porque sólo en él (y no en la norma extrapenal a interpretar prejudicialmente) se plasma la antijuridicidad que –por lesión del bien jurídico protegido– constituye el soporte auténtico de la sanción penal, y entonces la evaluación de los elementos extrapenales que perfilen o que cualifiquen el desvalor han de integrarse con criterios genuinamente criminales, porque la infracción de la normativa extrapenal sólo puede llegar a generar verdadera antinormatividad –y por ende responsabilidad criminal– cuando el comportamiento enjuiciado lesione el bien jurídico protegido penalmente, y no en cualquier otro caso.

Ilustrativos son los avatares del art. 319.1 del Código Penal, que en su redacción originaria (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal) tipificaba las actuaciones urbanísticas “*no autorizadas*” en suelo protegido, cuya aplicación (Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma, Sección Primera, 14 Jul. 2003) nos llevó a interpretar las correspondientes normas administrativas para establecer que, si eran actuaciones urbanísticas autorizables, el supuesto carecía de antijuridicidad material aunque no hubieran sido autorizadas, pese a la contrariedad a derecho administrativo y pese incluso a la tipicidad penal concurrente.

Agravaba el problema que, careciéndose de acto administrativo alguno, mal cabía encomendar a su jurisdicción revisora un pronunciamiento especializado y vinculante con carácter prejudicial.

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (modificativa de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal), sin referencia explicativa alguna en su preámbulo, puso fin a esta problemática suprimiendo la incriminación de las actuaciones urbanísticas “*no autorizadas*”, ciñéndose ahora sólo a las “*no autorizables*”.

Una muestra más de que la técnica interpretativa de la norma remedia las incoherencias del ordenamiento, por lo que la interpretación de las normas penales también ha de tener su adecuado *locus standi* en la regulación de las cuestiones prejudiciales, puesto que la norma vulnerada no es la administrativa, ni la civil, ni la laboral, sino exactamente la penal que integra el bien jurídico protegido y por ello ejerce también, en estos

casos, su fuerza atractiva sobre la competencia para resolver las cuestiones prejudiciales.

4.- Obsoleta regulación del conflicto competencial en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Pero la regulación de este conflicto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 3 a 7) responde a un método imperfecto, cuya obsolescencia fomenta una polémica no del todo resuelta, a la que se ha referido Muñoz Machado en los siguientes términos: *“la centenaria Ley de enjuiciamiento criminal de 1882 estableció, para resolver estos problemas, la fórmula de las denominadas cuestiones prejudiciales devolutivas, que permiten suspender el procedimiento penal y remitir las actuaciones a la jurisdicción competente por razón de la materia, para que establezca, previamente a la calificación de la conducta punible, el criterio interpretativo correcto. Pero la voluntad de omnipotencia de los tribunales penales ha puesto dicha solución en el desván donde se almacenan las técnicas jurídicas más olvidadas.”*

Desde mi modesto punto de vista, achacar la deficitaria solución del problema a *“la voluntad de omnipotencia de los tribunales penales”*, si fuese una afirmación afortunada, probablemente sería excesiva, y para comprobarlo puede resultar útil analizar los rasgos intrínsecos de aquella regulación.

El juego combinado de los arts. 3 y 4 LECrim. plasma la regulación general, para todos los casos.

El art. 3 LECrim. impone como regla principal la competencia del juez o tribunal penal para resolver las cuestiones prejudiciales.

Sólo con carácter subsidiario el art. 4 LECrim. autoriza una devolutividad restringida a favor del juez o tribunal no penal.

Los arts. 5 y 6 LECrim. incorporan dos reglas especiales (para determinados casos) obsoletas y perfectamente prescindibles, la especial sobre devolutividad absoluta en el art. 5 LECrim. y otra asimismo especial pero sobre devolutividad relativa en el art. 6 LECrim.

Finalmente el art. 7 LECrim. no viene al caso porque no constituye regla para determinar la competencia, aunque sí apunta al núcleo del problema (las necesidades de interpretación de estas normas materiales) cuando ordena atenerse a las *“reglas del Derecho civil o administrativo”* para resolver en vía penal las cuestiones prejudiciales en evitación de resultados disonantes.

Pero tanto la regla general principal (art. 3 LECrim.) como la regla general subsidiaria (art. 4 LECrim.), y por igual las dos reglas especiales:

absoluta (art. 5 LECrim.), y relativa (art. 6 LECrim.), responden a un postulado único: las necesidades de interpretación de las normas sustantivas en juego.

4.-a) Regla general principal del art. 3 LECrim.: retención de la competencia.

Lo que en el mismo art. 3 LECrim. se denomina “*regla general*” implanta, como parámetro regulatorio principal o prioritario, la competencia del juez o tribunal penal para resolver las cuestiones prejudiciales, guiándose por la mayor probabilidad estadística de que concurra “*indivisibilidad de la continencia de la causa*”; un criterio de neta significación lógico-material –y no procesal– ya que en general la cuestión prejudicial estará tan estrechamente vinculada con el hecho punible que será (en las mismas palabras del precepto) “*racionalmente imposible su separación*”; y en ello radican tanto la explicación como el fundamento de esta regla general que entrega a la competencia penal la cuestión prejudicial, pues la solución contraria fomentaría una diversificación de juicios y pronunciamientos potencialmente comprometedores para la coherencia al escindir el pronunciamiento sobre un mismo objeto procesal.

4.-b) Regla general subsidiaria del art. 4 LECrim.: devolución de la competencia.

Y así se explica que la solución contraria, la devolutividad, la remisión al órgano no penal que contempla seguidamente el art. 4 LECrim., se articule como una solución:

- de segundo grado o subsidiaria (sólo cuando pueda dividirse la continencia de la causa);

- de eficacia relativa, porque sólo una devolutividad absoluta y tajante podría impedir resoluciones contradictorias, y en cambio la diseñada en la LECrim. queda sujeta a un plazo, tras cuyo vencimiento la jurisdicción penal recobra su competencia para resolverla por sí misma;

- y además de carácter restrictivo, porque no basta que la continencia de la causa sea divisible (no basta la posibilidad lógica de un enjuiciamiento escindido, separado, o independiente), sino que el art. 4 de la LECrim. exige –además– que pueda resultar determinante de la culpabilidad o la inocencia, o sea que condicione la condena o la absolución (que es en realidad a lo que quiere referirse el precepto cuando habla de culpabilidad o inocencia), lo que según la STS 2ª 29 marzo 1999 viene dado por el “*grado de su posible incidencia en el fallo*”.

Conocer ese grado de influencia en el fallo siempre exige interpretar las normas materiales concurrentes (especialmente en los casos de norma penal en blanco), para determinar:

- primero: si cabe o no el enjuiciamiento separado;
- segundo: si la decisión penal queda o no esencialmente condicionada por, o supeditada a, la previa respuesta jurídico-sustantiva dimanante de la cuestión prejudicial.

Averiguada la capacidad de enjuiciamiento separado, y derivándose de la cuestión prejudicial un nivel de identidad típica esencial, la competencia debería atribuirse al órgano jurisdiccional no penal.

Por el contrario, si los hechos a establecer prejudicialmente van a carecer de la suficiente relevancia típica, procede que la jurisdicción penal mantenga su competencia.

Se trata en definitiva de un juicio de valor dependiente del grado de identidad típica que presenten los hechos resultantes de la cuestión prejudicial.

Aun así hay que insistir en que la influencia sobre la condena o absolución:

a) puede no depender siempre de una tipicidad propia o como simple antecedente de hecho, sino de derecho, un binomio de categorización en ocasiones finalmente inviable –más que difusa– y de complicada evaluación si se entremezclan conceptos jurídicos procedentes de ramas incluso distintas a la materia prejudicial cuando ésta los importa de ámbitos ajenos.

b) y hasta puede no depender de la tipicidad, sino de los restantes elementos del delito, bien involucrándolos de manera que no quepa una racional escisión del enjuiciamiento (con reenvío a la regla general del art. 3 LEcrim. que atribuye la competencia al juez o tribunal penal), bien determinando que la condena o la absolución no vaya a depender del aporte típico proveniente de la cuestión prejudicial, sino de otros ingredientes específicamente penales que habrán de ser examinados con criterios propios de tal jurisdicción, y así lo señaló la STS 2ª 31 May. 1993 con la siguiente fórmula: *“en relación a determinados delitos la resolución de cuestiones extrapenales es esencial para la determinación del elemento objetivo del delito lo que, a su vez, puede trascender al elemento subjetivo, sin el concurso de los cuales ni hay delito ni puede imponerse pena”*, y desde luego la polémica colocación de los elementos subjetivos del injusto puede llevar a situarlos en la antijuridicidad o en la culpabilidad, pero extrayéndolos de la tipicidad donde se expresan y a la que no pertenecen.

4.-c) Regla especial absoluta del art. 5 LECrim. sobre “causas” prejudiciales.

Por lo demás, los supuestos especiales de devolutividad absoluta al orden jurisdiccional civil taxativamente enumerados en el art. 5 LECrim. (validez de un matrimonio o la supresión de estado civil):

- no abarcan técnicamente todas las situaciones que podrían afectar al estado civil de las personas, aparte de que por su infrecuencia carecen de toda virtualidad práctica;

- desde el punto de vista teórico, derivan de remotos precedentes en el Derecho romano, que conoció las acciones prejudiciales (civiles o pretorias) como antecedente declarativo necesario para un juicio posterior, incluyendo las llamadas “acciones de estado”;

- y nos sumergen en el apasionante núcleo de la ficticia y finalmente imposible diferenciación entre hecho y derecho (sobre la que conviene volver a resistir la tentación de adentrarse ahora).

Baste decir que –en estas figuras penales– el estado civil de las personas integra un hecho típico impropio, porque no es un indiscutible supuesto de hecho sino más bien derecho: el derivado de interpretar y aplicar las normas materiales que en cada caso regulan el estado civil de las personas ante el orden jurisdiccional civil, cuya decisión será de carácter constitutivo y por ello vinculante, más allá de un simple hecho antecedente, y de ahí que la doctrina las trate como supuestos prejudiciales de devolutividad absoluta (con efecto de cosa juzgada formal y material) clasificados como “causas prejudiciales” (siguiendo la clasificación de la doctrina italiana) antes que como “cuestiones prejudiciales”.

4.-d) Regla especial relativa del art. 6 LECrim. sobre propiedad inmobiliaria o derechos reales.

El art. 6 LECrim. incorpora el último supuesto especial (para determinados casos) de devolutividad (aunque ahora relativa), desde una perspectiva obsoleta porque en materia de propiedad inmobiliaria o derechos reales la competencia del juez o tribunal penal se supedita a que *“tales derechos aparezcan fundados en un título auténtico o en actos indubitados de posesión”*.

Una limitación competencial que acusa la vetustez de una ley más que centenaria y esclerotizada, que concibe la protección del patrimonio frente a ataques primarios de desapoderamiento esencialmente material, muy distanciados de la actual protección penal a bienes jurídicos colectivos o

difusos en el orden socio-económico (cuya concreción resulta incluso polémica en el ámbito propiamente penal).

Porque los ataques penalmente relevantes hoy contra el patrimonio están ya mucho más frecuentemente relacionados con la estafa o la apropiación indebida, sin olvidar los alzamientos de bienes o los delitos societarios, y aparejan de ordinario una complejidad que excede de las tradicionales figuras de desapoderamiento simplemente material, especialmente cuando la actividad criminal se proyecta sobre efectos, valores, o activos patrimoniales (algunos de facto inaprensibles) en base a su mera distracción por abuso –y ni siquiera por una auténtica falta de poder de disposición– hasta el punto de que el último Anteproyecto de reforma del Código Penal intenta reorganizar el panorama para construir (siguiendo el modelo alemán) una única figura de administración desleal que –con carácter autónomo– absorba los abusos o extralimitaciones de facultades, frente a las variedades actualmente inconexas (o ligadas tangencialmente a modo de círculos secantes) entre los delitos societarios y una apropiación indebida (actualmente desnaturalizada) que recobraría por este cauce su primigenia proyección de auténtico desapoderamiento ceñido a situaciones donde no existe propiamente capacidad de disposición, mientras que el abuso de facultades se trasladaría más correctamente a una sola figura de administración desleal (no exclusivamente ceñida como ahora a algunos delitos societarios).

Ante este panorama, ¿dónde queda el título auténtico o los indubitados actos de posesión?

Y tan extrema puede llegar a ser la situación que, para superar las dificultades de encajar en el sistema culpabilista el comportamiento de grupos altamente organizados (lo que Schönemann llama la “irresponsabilidad organizada” a partir de estructuras corporativas complejas), el legislador está intentando articular, de modo oscilante y con severas dificultades, la responsabilidad penal de la persona jurídica, lo que requiere cuestionar o conmovir el principio de que la culpabilidad sólo puede atribuirse a un individuo, arruinando desde luego cualquier posibilidad de operar cabalmente según las estructuras propias del derecho material ajeno a lo penal.

Sin olvidar que la norma penal presenta en ocasiones su propia dificultad, por razones de interpretación genuinamente penal, por ejemplo para diferenciar los llamados delitos contra el patrimonio de los meros ilícitos civiles, viéndose alterada la utilidad de una importación directa y exacta del bagaje interpretativo propiamente civil o mercantil, lo que por ejemplo se refleja en las figuras especiales de estafa, y lo que ha conducido también a la desaparición del pronunciamiento civil previo como condición objetiva para la perseguibilidad de las insolvencias punibles (STS 2ª 21 Feb. 2013) dado que la culpabilidad penal mantiene una dimensión diferente de la civil.

5.- Ambigua regulación del conflicto en el art. 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

A clarificar todo este desdibujado panorama tampoco ha contribuido el más moderno art. 10.1 Ley Orgánica del Poder Judicial cuando consigna que *“A los solos efectos prejudiciales cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente”*.

Mediante una fórmula simplista autoriza a que las cuestiones prejudiciales se resuelvan por el mismo órgano que conozca de asunto en que aparezcan, pero sin matizaciones ni criterios.

Generó en consecuencia un debate de limitado consenso del que han surgido opiniones favorables a la derogación tácita del régimen consignado en el LECrim., especialmente en atención al carácter orgánico del precepto en cuestión, entre las que no se encuentra la del Tribunal Constitucional (STC 341/1996, 164/1995, 76/1996, 147/2002), y sólo de modo oscilante la del Tribunal Supremo, con declaraciones tanto favorables (STS 2ª 13 Jul. 2001, 27 Sep. 2002, 28 Mar. 2006, 21 Jun. 2006, 30 May. 2007) como contrarias a la derogación del régimen establecido en la LECrim. (STS 2ª 24 diciembre 1993, 20 enero 1996, y 24 julio 2001).

Un precepto que, probablemente esclavizado por su carácter común, se limitó a esbozar con trazos gruesos un sistema general de no devolutividad, pero limitándose a posibilitarlo sin la más mínima categoría jurídica aprehensible para su interpretación y aplicación.

Con ello ni siquiera ha logrado aunar las opiniones sobre sus consecuencias y, lo que es peor, ha suscitado dudas en torno a la pervivencia de los regímenes específicos, especialmente el de la LECrim., dando pie a posicionamientos tajantes y permitiendo una justificación lábil (aunque cómoda) sobre la propia competencia, muestra de su escasa contribución al esfuerzo por articular una técnica interpretativa correcta para superar el conflicto.

6.- La retención de la competencia penal: límites y remedios.

Si lo hasta ahora expuesto es aceptado siquiera en lo fundamental, no parece que las cuestiones prejudiciales toleren una determinación más o menos automática sobre sus efectos, sean o no devolutivos, sino que más bien parecen requerir matizaciones para poder operar con cierta justificación.

Una aplicación generalizada, mecánica, maximalista, o indiscriminada de la devolutividad al otro orden jurisdiccional generaría graves trastornos, no sólo ni primordialmente por las dilaciones posiblemente indebidas derivadas de paralizar el proceso penal, sino también:

- Porque quedaría bloqueada de facto la posibilidad de represión penal para las más modernas figuras delictivas, que recogen los más graves atentados contra los bienes jurídicos reconocidos por el resto del Ordenamiento.

- Porque perdería eficacia la persecución penal frente a un aumento exponencial de las cuestiones administrativas, o de cuestiones complejas sobre la actuación civil o mercantil, figuras cuya proliferación va en imparable aumento dada la expansividad del derecho penal moderno (STS 2ª 30 May. 2007, 19 Feb. 2013).

- Porque se comprometería la capacidad de evaluar adecuadamente la antijuridicidad (la posible lesión del bien jurídico penalmente protegible), y los restantes elementos del delito más allá de la mera tipicidad.

- Y porque arriesgaría excesivamente a una inconveniente disgregación de la continencia de la causa.

**6.-a) Resolución de la cuestión prejudicial
con los criterios propios de sus normas materiales.
El problema de la falta de especialización en función
de la índole o complejidad prejudicial.**

Aparte de que tampoco sería prudente olvidar o silenciar que los inconvenientes ligados a que resuelva el propio tribunal penal las cuestiones prejudiciales civiles, administrativas o laborales, son mitigados gracias a la presencia de límites sustanciales, más la posibilidad de algún remedio.

El primer límite lo señala el art. 7 LECrim. cuando dispone que la cuestión prejudicial se resuelva conforme a los criterios propios del orden jurisdiccional al que propiamente corresponda la cuestión prejudicial (STS 2ª 20 May. 1996, 21 Dic. 2001).

Quizá sea prudente observar ahora que la exigencia de especialización no parece inquietar cuando se trata de revisar jurisdiccionalmente la potestad sancionadora de la Administración, pese a que la dogmática administrativa en el terreno sancionador resulta perfectamente cuestionable ante la contemplación de un único *ius puniendi* de titularidad estatal, que ha ido paulatinamente acercándola a parámetros propios del Derecho penal por una u otra vía, exigiéndose en definitiva el cumplimiento de los auténticos principios penales también cuando de las sanciones administrativas se trata.

En este aspecto puede apuntarse que, en los sistemas anglo-americanos de *common-law*, la potestad sancionadora no se concibe si no es asignándola a la Autoridad independiente, y en consecuencia los jueces son los únicos facultados para imponer cualquier medida de componente aflictivo. En Francia, cuando no se asigna la potestad sancionadora a verdaderos tribunales penales, se establecen garantías de naturaleza penal. En Austria e Italia se ha llegado a producir una regulación completa de los aspectos jurídicos concernientes al ámbito sancionador que se reconoce a la Administración. En Alemania rige un sistema de sanciones exclusivamente administrativo, porque tras la decisión del Tribunal Federal Alemán (1966) las “consecuencias accesorias” pasaron a aplicarse de forma independiente (Ley de contravenciones de 1968 en su redacción modificada por la Ley de criminalidad económica de 1986) mediante sanciones que se someten en todo caso a los principios y garantías propios del Derecho penal.

En nuestro Derecho, cierto es que no sin algunas dificultades y pese a diversas matizaciones obedientes a la tibieza –cuando no la ambigüedad– del artículo 25.1 de la Constitución Española, se ha llegado a exigir que el ámbito administrativo sancionador cumpla el principio de legalidad desde sus diversas facetas: garantía formal por la reserva de ley, garantía material mediante la tipicidad, prohibición tanto de la analogía *in malam partem* como del *non bis in idem*; e igualmente la observancia de proporcionalidad en la sanción (ante la ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal), y –sobre todo– la presencia de culpabilidad en la conducta sancionable, pese a que la norma constitucional mencionada sólo se refiere a intencionalidad y no a culpabilidad.

Y sin embargo no se escuchan reproches ante posibles pronunciamientos contenciosoadministrativos contradictorios con los criterios marcados para el derecho sancionador por los tribunales penales.

Pero aun así cabe admitir sin reparos que la falta de especialización acarrea inconvenientes en todos los casos, que podrían mitigarse merced a una regla competencial como la acogida en el borrador de Anteproyecto de Ley sobre Código Procesal Penal difundido hace unos meses por el Ministerio de Justicia, que introduce una nueva regla devolutiva para cuando lo aconseje “*la índole o complejidad de la cuestión*” (según redacción dada a su art. 28.4-b-d).

De prosperar legislativamente esta propuesta, pasaría a constituir una regla de carácter general (para todos los casos) y naturaleza subsidiaria (en tanto que devolutiva), que sistemáticamente queda inserta en el entramado regulatorio justo después de la devolutividad por razón de la influencia o grado de incidencia sobre la condena o la absolución (que como hemos visto

la contempla ahora el art. 4 LECrim.); aunque un ensamblaje coherente entre estas dos reglas debería invertir su correlación, dado que la complejidad de la cuestión prejudicial podría bloquear la posibilidad de apreciar cabalmente el grado de influencia sobre la condena o la absolución, por lo que debería ser previamente apreciada aquella; y ya se ve –una vez más– que decidir sobre la competencia para resolver la cuestión seguiría dependiendo de la correspondiente interpretación de las normas sustantivas que rigen la materia controvertida, pese a que corresponda al juez o tribunal penal valorar su sencillez o su dificultad, en definitiva el grado en que puede quedar comprometido el acierto de la decisión, el grado de su influencia sobre el fallo.

6.-b) Competencia para el solo efecto del incidente prejudicial.

Un segundo límite deriva de que la competencia para resolver la cuestión prejudicial es *incidenter tantum* (se limita a ese incidente, a la cuestión prejudicial), por lo que la decisión del tribunal penal no es exportable, ni trasplantable, ni causa estado más allá del asunto penal, porque se decide “*para sólo el efecto de la represión*” (art. 3 LECrim.), sin ataduras para cualquier otro orden jurisdiccional donde la cuestión tenga que volver a decidirse.

6.-c) Un límite constitucional.

El tercer límite lo impone la posible lesión de la tutela judicial efectiva por decisiones judiciales contradictorias, situación frente a la que cede la regla general y se impone la devolutividad al orden específico de la cuestión prejudicial, esta vez por exigencias de nivel constitucional y no simplemente de legalidad ordinaria, lo que no sobreviene desde luego de una manera automática e irremediable, y precisamente por ello el Tribunal Constitucional se ha visto obligado a distinguir y matizar:

1.- Distingue en función del mandato legal, exigiendo incondicionalmente la devolutividad cuando el ordenamiento jurídico la imponga expresamente, pues en tal caso la aparición de resoluciones contradictorias vulneraría incuestionablemente el derecho a la tutela judicial efectiva por falta de una decisión razonada, no arbitraria y, especialmente, “fundamentada en el ordenamiento jurídico” cuando éste imponga la devolutividad (y así entre otras, STC 30/1996, de 26 de febrero, F. 5, y STC 255/2000, de 30 de octubre, F. 2).

2.- Y matiza (STC Sección segunda 278/2000 de 27 de noviembre) que, a falta de norma que la imponga expresamente, la doctrina constitucional no

es proclive a la devolutividad (SSTC 171/1994, de 7 de junio, F. 4; 30/1996, de 27 de febrero, F. 5; 50/1996, de 26 de marzo, F. 3; 59/1996, de 4 de abril, F. 2; 102/1996, de 11 de junio, F. 3, 89/1997, de 5 de mayo, F. 3, y 190/1999, de 25 de octubre, F. 4); sino que –en sus propias palabras– la regla general es precisamente la contraria (la no devolutividad), pues –también en sus propias palabras– su doctrina ha sido muy restrictiva al analizar el efecto indeseable de los pronunciamientos contradictorios, que carecen de relevancia constitucional cuando derivan del necesario respeto a la independencia judicial a consecuencia de los distintos criterios informadores del reparto de competencias que ha llevado a cabo el legislador.

Tan es así que el Tribunal Constitucional:

- proclama la irrelevancia a las contradicciones, *incluso sobre unos mismos hechos*, especialmente en lo que se denominan asuntos “complejos” por venir valorados desde perspectivas jurídicas distintas al distribuirse las competencias entre los diferentes órdenes jurisdiccionales.

- e impone la devolutividad sólo cuando la cuestión prejudicial haya sido planteada o resuelta previamente en el orden jurisdiccional correspondiente, debiendo entonces el tribunal penal remitir la cuestión, o hacer suya la previa decisión ya alcanzada en firme ante cualquier otro orden jurisdiccional.

Ese, y no otro, parece ser el verdadero límite constitucional, siendo exactamente éste, y no otro, el criterio que late en la concocidísima STC 30/1996 de 26 de febrero, que junto con otras (STC 50/1996 de 26 de marzo, 91/1996 de 27 de mayo, 102/1996 de 11 de junio) ha parecido generar una suerte de espejismo pese a que la doctrina constitucional no apoya la devolutividad más allá del límite mencionado, porque tales pronunciamientos se refieren a supuestos de intrusismo profesional pendiente de resolver o ya previamente resuelto en el orden contencioso-administrativo.

Las restantes y numerosas decisiones del Tribunal Constitucional en supuestos de intrusismo profesional no parecen invocables en este aspecto porque atañen a vulneraciones diferentes, del modo que la minuciosa STS 2^a 42 Jul 2001 se encarga de señalar: “*apreciando vulneración del principio de legalidad penal (SSTC 111/1993 [RTC 1993, 111], 131/1993 [RTC 1993, 131], 132/1993 [RTC 1993, 132], 133/1993 [RTC 1993, 133], 136/1993 [RTC 1993, 136], 137/1993 [RTC 1993, 137], 138/1993 [RTC 1993, 138], 139/1993 [RTC 1993, 139], 140/1993 [RTC 1993, 140], 200/1993 [RTC 1993, 200], 201/1993 [RTC 1993, 201], 215/1993 [RTC 1993, 215], 222/1993 [RTC 1993, 222], 223/1993 [RTC 1993, 223], 240/1993 [RTC 1993, 240], 241/1993 [RTC 1993, 241], 248/1993 [RTC 1993, 248], 249/1993 [RTC 1993, 249], 250/1993 [RTC 1993, 250], 260/1993 [RTC 1993, 260], 277/1993 [RTC 1993, 277], 295/1993 [RTC 1993, 295], 339/1993 [RTC 1993, 339], 348/1993 [RTC 1993, 348], 123/1994 [RTC 1994, 123], 239/1994 [RTC 1994, 239], 130/1997 [RTC*

1997, 130], 219/1997 [RTC 1997, 219], 142/1999 [RTC 1999, 142] y 174/2000 [RTC 2000, 174]), en supuestos de condenas por intrusismo en profesiones que no exigen título «académico»; bien extendiendo para estos tipos delictivos el recurso extraordinario de revisión penal a supuestos de aplicación retroactiva de la doctrina jurisprudencial, calificada como «hecho nuevo» (Sentencia 150/1997 [RJ 1997, 150]); bien excluyendo del concepto de «título académico» aquellos que exijan estudios académicos pero no hayan sido expedidos por una Autoridad académica (Sentencias 130/1997, 219/1997, 142/1999 o 174/2000), o bien, como sucede en los casos citados por el recurrente, estimando los recursos de amparo interpuestos contra sentencias condenatorias por considerar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 30/1996, 50/1996, 91/1996, 102/1996 y 255/2000 [RJ 2000, 278]), al apreciar contradicción entre la jurisdicción penal y la contencioso-administrativa sobre la validez del título empleado para el ejercicio de la profesión.”

6.-d) El remedio del recurso de revisión penal.

Y por último cabría acudir al remedio que proporciona el mecanismo rescisorio del recurso de revisión que:

- se rechazó durante el debate parlamentario que alumbró el comentado art. 10 LOPJ (1985).

- lo apuntó en su momento el Tribunal Constitucional (SSTC 62/1984 de 21 de mayo, 158/1985 de 26 de noviembre, 367/1993 de 13 de diciembre).

- se implantó en la Ley de Procedimiento Laboral de 1995 (art. 86.3 LPL).

- y desde luego lo contemplan ahora tanto el Anteproyecto de Ley para un nuevo proceso penal presentado durante la anterior legislatura (art. 660, f)), como el texto que sobre un posible Código Procesal Penal ha difundido hace unos meses para su debate el Ministerio de Justicia (art. 28.3), previéndose en ambos casos que la contradicción de pronunciamientos constituya motivo específico para interponer el recurso de revisión penal a favor del condenado.

7.- Conclusión: el mantenimiento de la competencia penal es la regla general, y la devolutividad subsidiaria es valorativa con el límite constitucional señalado.

Así, y en resumen, la devolutividad (con remisión de la cuestión para su resolución por un órgano jurisdiccional diferente del penal) procede

inexcusablemente sólo cuando concurra una norma taxativa que la imponga, y también cuando la cuestión prejudicial se haya planteado o resuelto previamente ante el orden jurisdiccional correspondiente.

Pero en los demás casos, cuando se requiera valorar la divisibilidad o no de la continencia de la causa, la influencia de la cuestión sobre la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad, o cuando de lege ferenda lo aconseje “*la índole o complejidad de la cuestión*”, no puede haber una decisión automática o mecánica, sino ponderar de un lado las exigencias interpretativas que plantean el objeto del proceso y la necesidad de acierto en su resolución, y de otro la posibilidad de resultados contradictorios, que desafortunadamente sobrevienen sin necesidad de que intervengan órdenes jurisdiccionales distintos.

Viene a confirmarlo la tendencia marcada por los diversos textos prelegislativos sobre el proceso penal, que prevén la existencia de un régimen regulatorio propio, en el que se mantiene la competencia penal como regla general, subsistiendo una devolutividad de segundo grado o subsidiaria, porque –en definitiva– la finalidad trazada en la exposición de motivos de la LECrim. sobre la regulación de las cuestiones prejudiciales era, y sigue siendo: “*suplir (...) un vacío sustancial por donde era frecuente el arbitrio un tanto desmedido y, más que desmedido, contradictorio de la jurisprudencia*”.

Un objetivo que buscaba reducir el arbitrio decisorio a márgenes razonables para guardar un equilibrio adecuado, proporcionando la máxima eficacia y generando la mínima distorsión, de modo que surjan las menos contradicciones posibles y, caso de producirse, quepa neutralizar sus indeseables efectos.

Porque si la unidad, integridad y coherencia son características meramente tendenciales del ordenamiento jurídico, resulta que nos queda mucho por recorrer.

Muchas gracias Sr. Presidente.

Palma de Mallorca, a 19 de septiembre de 2013.

BIBLIOGRAFÍA

- “*Anteproyectos de ley para un nuevo proceso penal*”. Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid. 2011. pág. 161.

- ATRIA, FERNANDO, “*Lo que importa sobre los principios*”. El Cronista del Estado social y democrático de Derecho n°. 25. pag. 74.

- BAUMAN, ZYGMUNT, “*Modernidad líquida*”. Fondo de Cultura Económica de Argentina. Buenos Aires. 2004. pág. 119.

- BINDING, K., *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885, pág. 180. Citado en GARCÍA ARAN, MERCEDES: “*Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*”. *Estudios penales y criminológicos XVI*, 1993, págs. 63 y ss.

- BOBBIO, N., “*Teoría General del Derecho*”, Editorial Temis. Bogotá. 2007. págs. 189, 195 y 204.

- CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, MANUEL. “Jurisdicción contencioso-administrativa: cuestiones procesales”. Cuadernos de Derecho Judicial. 1992. Control CD 9201502, pág. 5.

- CUENCA GÓMEZ, PATRICIA. “*La concepción del ordenamiento jurídico de Norberto Bobbio*”. Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de los Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. 2010. <http://hdl.handle.net/10016/6500>, pág. 9.

- DÍEZ RIPOLLÉS, LUIS. “La nueva política criminal española”. Cuadernos penales José María Lidón. Universidad de Deusto. Bilbao. 2004. pág. 12.

- DWORKIN, RONALD. “Los derechos en serio”. Editorial Ariel. Barcelona 1984. pág. 89.

- FELIP I SABORIT, DAVID. “*Observaciones a la expansión diez años después*”. La crisis del Derecho penal contemporáneo. Atelier. Madrid. 2010. págs. 65 y ss.

- GARCÍA ARAN, MERCEDES: “*Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*”. *Estudios penales y criminológicos XVI*, 1993, págs. 63 y ss.

- GARCÍA MIRANDA, CARMEN MARÍA: “*El principio de unidad en el concepto de ordenamiento jurídico de Norberto Bobbio*”. Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho n°. 1.

- GOLDSCHMIDT, JAMES: “*Das Verwaltungsstrafrecht*”, págs. 529 y ss., en “*Las medidas administrativas y penales de prevención del blanqueo de*

capitales en el ámbito urbanístico: límites entre infracciones administrativas y delito". BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL y BACIGALUPO, SILVINA. Universidad Autónoma de Madrid (<http://www.uam.es>), pág. 18.

- HART, H.L.A. "*El concepto de derecho*", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963. Traducción de G. R. Carrió, se cita por la reimpresión de 1992. págs. 135 y ss.

- HASSEMER, WINFRIED: "*Perspectivas del Derecho penal futuro*". Revista Penal. Universidad Castilla-La Mancha (portal.uclm.es) pág. 38.

- HASSEMER/MUÑOZ CONDE, "*Viejo y nuevo Derecho penal*". La responsabilidad por el producto en Derecho Penal. Tirant lo Blanch. Valencia. 1995. pág. 46.

- KELSEN, HANS. "*La teoría pura del derecho*". Universidad Nacional Autónoma de México. 1982. págs. 56, 350, 356.

- MEDINA CEPERO, JUAN RAMÓN. "*El origen histórico de las cuestiones o artículos de previo pronunciamiento: el por qué de una figura obsoleta*". Boletín de Información. Ministerio de Justicia. Año LV. NUM. 1887. 15 Febrero 2001. Madrid. págs. 703 y ss. (5 y ss. del Boletín).

- MEZGER: "*Tratado de Derecho penal*", Madrid, 1935, pág. 381. Citado en GARCIA ARAN, MERCEDES: "*Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*". *Estudios penales y criminológicos* XVI, 1993, págs. 63 y ss.

- MOLINA CRESPO, FRANCISCO DE ASÍS, "*Mitos y realidades en el Derecho penal medioambiental...*". Cuadernos digitales de formación. 2009. Control CF0900401. pág. 11. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: "*Protección de los derechos fundamentales en el código penal*". Estudios sobre el Código Penal español de 1995 (Parte General). www.derechoycambiosocial.com pág. 7.

- MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. "*De los delitos y de las penas: ayer y hoy*." La responsabilidad penal en la Administración Pública. Fundación Democracia y Gobierno Local. págs. 66 y 67.

- NAVARRO PÉREZ, JOSÉ LUIS. *Ley de Enjuiciamiento Criminal (Comentarios y jurisprudencia)*. COMARES Editorial. Granada. 1990. págs. 20 y ss.

- PALIERO, CARLO ENRICO. Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho italiano. Anuario de Derecho Penal. 1996. pág. 67.

- PÉREZ JARABA, MARÍA DOLORES, "*Principios y reglas: examen del*

debate entre R. Dworkin y H.L.A. Hart". Revista de Estudios Jurídicos n° 10/2010 (Segunda Época). Universidad de Jaén. pág. 13.

- PÉREZ NIETO, RAFAEL y BAEZA DÍAZ-PORTALES, MANUEL JOSÉ. "*Principios del Derecho administrativo Sancionador*". Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2008. págs. 167 y ss.

- REYNAL QUEROL, NURIA. "*Las cuestiones prejudiciales en el proceso civil*" Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000". Barcelona, 2001, pág. 264. ROMANO, SANTI: "*El ordenamiento jurídico*," trad. de la 2ª edición efectuada por Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963. págs. 101 y 113.

- SANTOS REQUENA, AGUSTÍN ALEJANDRO. "*Encuentro entre fiscales y jueces*". Revista del Poder Judicial n°. 69 Control PJ 0306912, págs. 426 y ss.

- SCHÜNEMANN, Bernd. "*Responsabilidad penal en el marco de la empresa*". ADPCP, VOL. LV, 2002. pág. 16.

- SENÉS MOTILLA, C. "*Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español*". Mac Graw-Hill. Madrid. 1996. pág. XIX.

- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. "La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales". Cuadernos Civitas. Madrid 1999. págs. 163 y ss.