

Circulares, Consultas e Instrucciones de la Fiscalía General del Estado

INTERPRETACION DEL ARTICULO 344 DEL CODIGO PENAL

—Circular núm. 1/1984, de 4 de junio—

I

La Ley orgánica 8/1983, de 25 de junio, dio una nueva redacción al artículo 344 del Código penal. Su exposición de motivos expresa la causa de la reforma en el punto concreto del tráfico de estupefacientes: resultaba inaceptable la norma modificada por ser muy amplio el marco punitivo, confiado, además, al exclusivo arbitrio de los Tribunales, con lo que podía ponerse en peligro la seguridad jurídica; después agrega que como hay que dar respuesta diversa a lo que sea diferente, es preciso determinar las circunstancias en que la pena debe reducirse o exasperarse. Y, ciertamente en el nuevo texto la penalidad está en función de circunstancias diversas. El tipo básico valora sobre todo la naturaleza de la sustancia, en tanto que para la agravación de la penalidad se cuenta con índices nuevos, referentes unos a datos puramente objetivos, como son la cantidad de droga objeto de tráfico o el lugar en que se difundan, y otros, a cualidades subjetivas de quienes trafican (pertenencia del culpable a una organización que tenga por finalidad difundir las drogas o entre quiénes se distribuye, ya sea a título oneroso o gratuito (menores de edad).

En la Circular 2/1983, de 1 de julio, sobre medidas generales para la ejecución inmediata de la Ley 8/1983, se resaltaba la dificultad de deslindar —sobre todo cuando hubiere recaído sentencia firme— cuáles son las sustancias que causan grave daño a la salud y a las que no causan grave daño, porque realmente todas las enunciadas en el artículo 344 son perjudiciales para la salud pública que es el bien jurídico protegido; con criterio meramente indicativo se señalaba entonces que la heroína debe considerarse sustancia que causa grave daño y que el hachís carece de tal virtualidad.

Ahora procede el análisis del artículo 344, a fin de señalar el criterio a seguir en algunas cuestiones importantes, que al no estar resueltas de modo expreso en la ley, pueden originar interpretaciones diversas.

II

A) *Objeto material del delito: sustancias estupefacientes y psicotrópicas.*

El anterior texto del artículo 344 sólo sanciona de modo expreso el tráfico de *estupefacientes*, por lo que ante el Tribunal Supremo se planteó la posibilidad de que la norma se aplicara también a los *psicotrópicos*, pero con resultado siempre negativo, como se refleja en las Sentencias de 11-10-1974, 3-5-1980, 29-5-1981 y 30-9-1981, relativas a productos psicotrópicos (anfetaminas y barbitúricos), y de modo especial en la de 4-2-1984, cuando declara que los preparados farmacéuticos «Bustaid» y «Valium» no tienen el carácter de drogas estupefacientes al no figurar como tales en las listas anexas al Convenio Único de 1961, y aunque en el Convenio de Viena de 1971 aparecen incluidas algunas sustancias anfetamínicas y barbitúricos que el «Bustaid» contiene en pequeñas dosis, el tráfico ilegítimo de las mismas no constituyó delito hasta la Ley de 25 de junio de 1983, que incluye en el artículo 344 las sustancias psicotrópicas.

— *Estupefacientes.* Para concretar el giro legal de *estupefacientes* es indispensable acudir a los Convenios internacionales ratificados por España, y de modo especial a la Convención única de 1961, enmendada por el Protocolo de Ginebra el 25-3-1972 y conforme al texto de 8 de agosto de 1975. Su contenido esencial fue incorporado a nuestro derecho positivo por la Ley 17 de 8 de abril de 1967, cuyo artículo 2.º 1, dispone que «a los efectos de la presente Ley, se consideran estupefacientes las sustancias naturales o sintéticas incluidas en las listas I y II de las anexas al Convenio único de 1961 y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional por el procedimiento que reglamentariamente se establezca». El párrafo segundo del citado artículo agrega que «tendrán la consideración de géneros prohibidos los estupefacientes incluidos en la IV de las listas anexas al Convenio» y, a su vez, esta norma internacional expresa (art. 2.5.º) que «los estupefacientes de la lista IV serán también incluidos en la lista I».

Hay que entender, en definitiva, por estupefacientes a los fines del artículo 344, sólo las sustancias relacionadas en las listas I, II y IV del Convenio. El Tribunal Supremo ha declarado en interpretación estricta del artículo 344, que son estupefacientes las sustancias incluidas en las listas I, II y IV del Convenio de 1961 y las que adquieran tal condición en el ámbito internacional, más las que se declaren expresamente tales dentro de España a tenor del artículo 3.º del Convenio y del artículo 2.º de la Ley de 8 de abril de 1967 (Sentencias de 14-2-1974, 22-2-1974, 24-9-1974, 17-3-1975, 4-4-1975, 23-5-1975, 1-6-1975, 6-3-1975, 1-4-1977, 28-10-1978, 22-11-1978, 22-6-1981, 30-9-1981, 8-6-1981, 18-12-1981 y 22-3-1984, entre otras). En las listas I, II y IV están, aparte otras sustancias menos conocidas, la *cannabis* y sus resinas, hojas de coca y cocaína, heroína, metadona, morfina, opio y codeína.

— *Psicotrópicos.* Sustancias psicotrópicas, según el Convenio de Viena de 21 de febrero de 1971 —al que se adhirió España el 2 de marzo de 1973 y entró en vigor el 16 de agosto de 1976— son aquéllas que pueden producir un estado de dependencia y estimulación o depresión del sistema nervioso central y que tengan como resultado alucinaciones o trastornos de la fun-

ción motora o del juicio o del comportamiento o del estado de ánimo (artículo 2.4.º.) De la propia literalidad del precepto y del contenido de las listas I, II y III anexas a este Convenio, se obtienen las especies típicas de drogas psicotrópicas. Entre ellas están enumeradas las que producen acción depresora o reductora de la conciencia (tranquilizantes o sedantes bajo la denominación de barbitúricos), las que ejercen acción estimulante sobre el sistema central produciendo sensación de energía y bienestar (*anfetaminas*) y los *alucinógenos* o ampliadores de la conciencia (ácido lisérgico, mescalina, psilocibina). El Real Decreto 2.829/1977, de 6 de octubre, regulador de las sustancias y preparados medicinales psicotrópicos —desarrollado por las Ordenes de 11-1-1981 y 20-5-1983— da acogida como tales en su anexo a las mismas 32 sustancias enumeradas en el Convenio de Viena.

B) *Especial consideración del subtipo relativo a la posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.*

En el párrafo primero del artículo 344 es acto típico la posesión con fin de tráfico, y el párrafo segundo aumenta la penalidad cuando fuere de notoria importancia «la cantidad poseída para traficar». De estos pasajes se desprende que la posesión cuya finalidad no sea el tráfico sino el propio consumo, es un hecho impune. Con ello la norma da acogida expresa a una doctrina jurisprudencial reiterada que data de muchos años atrás. Si en el plano legal estamos ante una innovación, para la práctica es una mera confirmación del *usus fori*.

Si la posesión abstracta de drogas no está integrada en el artículo 344, si lo estará la posesión en la que al ánimo de poseer deba añadirse el de transmitir lo poseído. La posesión como fin no engendra ilicitud. La posesión como medio es conducta antijurídica. Mas si la conducta del poseedor de estupefacientes no ha permitido todavía descubrir actos de tráfico, ¿como se pasará de la posesión impune a la posesión típica?, ¿cómo se completará el ánimo de transmitir cuando no ha mediado aún transmisión efectiva a terceros? Desde luego será necesario acudir a presunciones para obtener la voluntad real del poseedor. Distinguimos separadamente los supuestos de posesión como acto previo del propio consumo y posesión como acto que precede al tráfico.

a) *Poseción de estupefacientes o psicotrópicos destinados al consumo propio.*

Antes incluso de la Ley de 15-11-1971, que introdujo en el artículo 344 el término de «tenencia», el Tribunal Supremo había sostenido que la posición de estupefacientes adquiridos para uso propio no constituye conducta inculparable penalmente, pues falta en ella el destino comercial (Sentencias de 13-2-1966, 29-11-1968, 25-2-1971, 11-8-1971 y 3-6-1972). Después de la Ley de 15-11-1971, decenas de sentencias han admitido invariablemente que es atípica la tenencia para ulterior utilización propia no seguida de actos de tráfico (Sentencias de 12-6-1974, 24-9-1974, 18-2-1975, 3-6-1975, 25-10-1975, 16-2-1976, 7-10-

1976, 15-11-1976, 15-12-1976, 17-1-1977, 4-2-1977, 9-3-1977, 26-3-1977, 10-5-1977, 21-10-1978, 22-11-1979, 18-2-1980, 23-4-1980, 10-5-1980, 10-6-1980, 20-11-1980, 26-5-1981, 28-9-1982, 23-10-1982, 2-11-1982, 3-12-1982, 7-12-1982, 21-1-1983, 24-1-1983, 1-2-1983, 8-2-1983; 15-2-1983, 16-3-1983, 10-5-1983, 1-12-1983, 31-1-1984, 16-3-1984). La exención de responsabilidad alcanza a todo poseedor consumidor y no sólo al toxicómano o verdadero drogadicto (Sentencias de 12-6-1974 y 20-6-1974); como dice la Sentencia de 15-2-1983 no sólo la posesión del drogadicto es acto impune, dado que además de los sujetos adictos al consumo de estupefacientes en estado de dependencia, también se abastecen de tales sustancias quienes todavía no se han iniciado en su uso y desean hacerlo, así como aquellos que aun iniciados no han adquirido el hábito de su consumo.

b) *Posesión de estupefacientes o psicotrópicos destinados al tráfico.*

Es preciso analizar dos tipos de conductas: la del consumidor-trafficante y la del simple poseedor-trafficante.

— Así como la posesión que antecede al autoconsumo es siempre un acto esencialmente atípico, la posesión por el consumidor con el fin de usar en parte la droga y en parte transmitirla es comportamiento que se inserta en el artículo 344, dando lugar a la figura del consumidor-trafficante o revededor, una de las formas más extendidas del tráfico en la actualidad. Si se han acreditado actos de tráfico en el drogadicto o habitual a la droga nada impide la inmediata aplicación de la ley penal, pero no realizados aún aquellos actos y ante la mera ocupación de estupefacientes, ¿cuándo la posesión de la droga por el consumidor se entenderá que parcialmente se destina al tráfico? El límite diferencial entre la posesión impune —sólo para consumir— y la posesión delictiva —también para traficar— se obtendrá normalmente a través de hechos concluyentes. Como tiene declarado el Tribunal Supremo (entre otras muchas, las recientes Sentencias de 23-2-1984, 12-3-1984 y 20-3-1984), dado que el autoconsumo es atípico, la mera tenencia en principio también lo es, convirtiéndose en punible cuando esté destinada al tráfico, de modo que cuando el agente no sea sorprendido en actos de tráfico, el propósito de difundir ha de deducirse del conjunto de circunstancias concurrentes (cantidad superior a la normal, la disposición de los estupefacientes, el lugar en que se encontraren, utensilios utilizados para la preparación, etc.). La cantidad intervenida es uno de los criterios a que deberá acudir preferentemente, ya que la tenencia de estupefacientes por drogadictos en cantidades módicas y adecuadas para el consumo propio, pueden ser calificadas como acciones preparatorias para el autoconsumo y por tanto atípicas e impunes (Sentencia de 21-12-1982). Luego las cantidades no módicas o prudenciales, ni exiguas serán indicativas de que al menos parte de la droga estaba destinada a terceros. Para aproximarse a las ideas de módicas o exiguas será preciso tener en cuenta la naturaleza de las sustancias poseídas.

— A la posesión de estupefacientes, cualquiera sea su cantidad, por quien no es habitual al consumo (poseedor-trafficante) hay que atribuirle la finalidad de transmisión a terceros (Sentencias de 26-9-1983, 21-10-1983, 26-12-1983,

2-1-1984, 24-2-1984, 16-3-1984), y no es preciso demostrar este ulterior propósito en el poseedor, pues se presume que su posesión actual es provisoria y que el destino de lo poseído es el tráfico. La situación es opuesta a la derivada de la posesión del drogadicto: la tenencia de estupefacientes por persona que no va a consumir, es típica desde luego. Es declaración reiterada del Tribunal Supremo que la tenencia delictiva, o que requiera el ánimo de destinar las sustancias al tráfico, tiene una trayectoria distinta según las cualidades del poseedor; la ocupación de estupefacientes o psicotrópicos a un poseedor no consumidor conlleva una presunción *ex lege* de destino al tráfico que sólo puede ser destruida por la prueba en contrario del imputado que ha de demostrar que destinaba las drogas a su propio y exclusivo consumo (Sentencia de 7-12-1982), con lo que se opera una significativa inversión en la carga de la prueba (Sentencias de 15-3-1974, 5-12-1977, 30-12-1978), pues lo común en la vida real es que la posesión de drogas tienda a su disposición hacia otros (Sentencia de 23-5-1975).

C) *La donación de estupefacientes y psicotrópicos.*

La donación, mencionada de modo expreso como uno de los subtipos del tráfico de estupefacientes en el anterior artículo 344, no está incluida en el nuevo texto, con lo que puede cuestionarse si los actos de liberalidad están o no comprendidos en el tipo penal. En favor de que las disposiciones a título gratuito han dejado de constituir conducta típica, cierto sector doctrinal esgrime estos argumentos: el estrictamente literal de que el término *donación* no está en el núcleo descriptivo del artículo 344, y el técnico de que al concepto de actos de tráfico es de esencia la contraprestación, que en la donación no existe. La conclusión práctica de esta tesis sería ésta: la donación de una cantidad de drogas puede representar un acto de favorecimiento del consumo que no tiene como antecedente un acto de tráfico, precisamente porque éste lleva ínsito una actividad mercantil a la que es consustancial la idea de lucro, y ello falta en todas las clases de donación.

Sin embargo, la interpretación que precede no la juzgamos correcta.

— En primer lugar debe acudirse al Convenio Unico de 1961, que contiene un concepto de tráfico y una enumeración exhaustiva de los mismos que los países signatarios se comprometen a sancionar penalmente. De un lado, el artículo 1.1.L) establece que por tráfico ilícito se entiende el cultivo o cualquier tráfico de estupefacientes contrario a las disposiciones de la presente Convención; y de otro, conforme al artículo 36,1, a) las partes se obligan a adoptar las medidas necesarias para que se consideren como delitos, entre otras, las conductas que consistan en la posesión, ofertas en general, ofertas de venta y distribución de estupefacientes; y el contenido del Convenio convertido en Ley interna e imperativa, por exigencias del artículo 96 de la Constitución, no puede ser derogado ni suspendido por otra ley interna, aunque sea de naturaleza penal y posterior al Convenio; pero con mayor razón si esa ley posterior no modifica explícitamente el contenido sustancial del Convenio y tal modificación pretende incluirse por vía tácita e interpretativa, pues, en todo caso, cualquier interpretación de la ley debe

tender a acomodarla a los términos del Convenio para cuyo cumplimiento se dicta y que constituye una norma vigente y básica.

— En el plano de la interpretación, entendemos que en el concepto de tráfico tienen cabida todos los actos de disposición, ya lo sean a título oneroso o gratuito. Introducir en la expresión legal «actos de tráfico» a la donación, no supone interpretación extensiva porque el giro *tráfico* no debe valorarse en el sentido estrictamente mercantil. Esta es la idea que está latente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Si la Sentencia de 26 de mayo de 1979 declaró que el concepto de tráfico «no ha de entenderse en un sentido mercantil, sino vulgar», la de 7 de mayo de 1981 considera comprendido en ese concepto «todo el proceso que arranca del sector primario del cultivo hasta el último acto representado por la facilitación del uso de la droga». Las de 16 y 21 de enero de 1983, insisten en la no mercantilidad del concepto de tráfico, de suerte que se incluyen en él cualesquiera actos aislados de transmisión del producto y los casos —como los de transporte y tenencia— que no implican su comercialización. Más explícitas aún son otras sentencias posteriores a la Ley de 25 de junio de 1983. La de 1 de diciembre de 1983 dice que en el artículo 344 se entiende por tráfico «todo desplazamiento jurídico de la droga de una a otra persona»; la de 3 de diciembre de 1983, expresiva de que ha de entenderse la palabra tráfico «como sinónima de actos de difusión o facilitación a terceros de la droga tanto a título oneroso (venta o permuta) o gratuito (donación)». Y la de 21 de diciembre de 1983 cuando declara que «el tráfico de drogas es siempre punible cualquiera que sea la cantidad vendida, cedida o donada. De la anterior doctrina se extrae que nada se opone a considerar incluido los actos constitutivos de donación en el artículo 344, máxime si a ello conducen también los términos de la interpretación sistemática y teleológica, métodos de interpretación impuestos por el artículo 3.1 del Código Civil. En efecto, sistemáticamente el precepto habrá de conectarse con su antecedente y fuente o *ratio legis*, que es, como se apuntó, el cumplimiento de los términos imperativos del Convenio de 1961. Y desde el punto de vista del espíritu y finalidad de la norma, ésta pretende evitar la difusión de las sustancias prohibidas con actos que favorezcan su consumo ilegal con lo que al dejar impune los actos de liberalidad se estaría en oposición con el teleologismo del precepto.

Por lo demás, debe añadirse en favor de esta tesis otra argumentación del orden lógico sistemático. Y es la siguiente: que en el párrafo segundo del actual artículo 344 se configura como agravante el hecho de *difundir* los estupefacientes o psicotrópicos en determinados lugares o entre determinadas personas (entre menores de dieciocho años, en centros docentes, unidades militares o establecimiento penitenciario); luego si la difusión en determinadas circunstancias es agravante exige la imposición de la pena superior en grado, esa misma difusión no puede situarse fuera del marco de la normal tipicidad.

En suma, dada la latitud del término legal *difundir* en él habrá que comprender la donación; gramaticalmente, porque equivale a dispersar, extender o propagar y a ellos no va necesariamente unido al lucro; y en un orden lógico porque *id quod plerumque accidit* (lo que normalmente sucede) la

iniciación en el consumo de las drogas lo es a través de actos de liberalidad y con otra interpretación quedarían fuera del artículo 344 las conductas más graves.

...
Para concluir este punto: si la donación está en el radio típico, la punibilidad abarcará sólo a una de las partes de la relación obligacional (donante) cuando la otra destina lo recibido al consumo propio; pero se extenderá también al donatario, si se acredita que el fin determinante de la aceptación fue transmitir a terceros todo o parte del objeto de la donación.

D) *La penalidad y elementos que influyen en ella.*

La pena del nuevo artículo 344 no presenta las oscilaciones del texto modificado, en el que un puro arbitrio judicial, proyectándose sobre tres distintas penas privativas de libertad, eventualmente podía afectar a los principios de legalidad y de determinación de la pena. Ahora la pena, de modo principal, está determinada por la naturaleza de las sustancias constitutivas del objeto material del delito: si se trata de sustancias que causen grave daño a la salud, prisión menor y multa de 30.000 a 1.500.000 pesetas, y en otro caso arresto mayor. El dato objetivo del *quantum* de lo poseído con fines de tráfico, así como el subjetivo de la pertenencia del inculcado a organizaciones dedicadas al tráfico de estupefacientes, forman un eje importante sobre el cual gravita la imposición de la pena superior en grado. Lo mismo sucede cuando los destinatarios de la droga ostentan determinada cualidad o se hallan en determinados lugares. Pero también influyen en la penalidad real del hecho circunstancias técnico-jurídicas, como pueden ser la naturaleza de delito de peligro abstracto para el definido en el artículo 344 —lo que impide la imposición de las sanciones correspondientes a grados imperfectos— o la coexistencia frecuente —en concurso de normas o en concurso ideal— con el delito de contrabando de estupefacientes, cuya pena tipo es siempre de prisión menor y multa (artículo 2.º de la Ley de 13 de julio 1982). A ello hay que añadir la existencia de especiales medidas que pueden afectar a las organizaciones dedicadas, directa o simuladamente, al tráfico de drogas y la gran extensión dada al comiso de efectos e instrumentos en el delito de contrabando de estupefacientes.

Los Estados que han suscrito los más importantes Convenios internacionales en materia de estupefacientes y psicotrópicos, no sólo se comprometieron a prohibir su producción y tráfico estableciendo sanciones administrativas, sino que se obligaron a adoptar las medidas necesarias para considerar tales actos «como delitos si se cometen intencionalmente, y a que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión u otras penas de privación de libertad» (artículos 36,1,a) del Convenio de 1961 y 22,1,a) del Convenio de 1971). La Ley de 15-11-1971 dio acogida a aquellos principios en el nuevo artículo 344, pero refiriéndolos sólo a la represión de estupefacientes. La Ley de 25-6-1983 incluye en el radio de la antijuricidad del artículo 344 a las sustancias psicotrópicas, y aunque modifica en algunos casos la penalidad para situarla en un grado inferior, se sitúa también en la letra y en el espíritu de los Convenios citados, sin

que en absoluto se haya mostrado tolerante con los autores del ilícito tráfico.

a) *Sustancias que causan grave daño a la salud y sustancias que no causan grave daño a la salud.*

Es elemento fundamental para la concreción del tipo básico la naturaleza de las sustancias. Si los actos de tráfico tienen por objeto «sustancias que causen grave daño a la salud la pena asignada es prisión menor y multa de 30.000 a 1.500.000 pesetas; «en los demás casos» la pena procedente es arresto mayor. El artículo 344 no contiene especificación alguna, pero como declara la Sentencia de 12 de marzo de 1984, las expresiones típicas se corresponden con las denominadas en lenguaje común drogas «duras y blandas», conceptualización que en cada caso calificarán los Tribunales a tenor de los dictámenes científicos, experiencia de sus efectos sobre la salud de las personas afectadas por su consumo y de las listas anexas al Convenio de 1961. Aun cuando en el anterior artículo 344 la pena era única y por tanto proporcionada a la calidad de la sustancia estupefaciente, es lo cierto que los Tribunales aplicaban el párrafo tercero para rebajar la pena en los supuestos de drogas cuyos efectos eran menos graves; así, el arbitrio en sentido positivo estaba determinado por la *calidad y condición* de las sustancias estupefacientes en su nocividad intrínseca (Sentencias de 4-4-1975, 1-4-1977, 13-3-1979, 6-11-1982), reputándose, por ejemplo, el «hachís» droga menos dañina y perniciosa a la salud humana que la heroína o el L.S.D., sustancias de muchos y más perjudiciales efectos (Sentencia de 13-6-1977).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en la interpretación del actual artículo 344 mantiene una línea uniforme cuando se trata de precisar los estupefacientes o psicotrópicos que deben incluirse en una u otra categoría.

Todos los derivados de la *cannabis* se han reputado sustancias cuyo consumo no causa un grave daño a la salud. Así el *hachís* está considerado como perjudicial para la salud sin grave daño, en las Sentencias de 4-10-1983, 7-11-1983, 10-11-1983, 16-11-1983, 21-11-1983, 30-11-1983, 2-12-1983, 3-12-1983, 2-1-1984, 16-1-1984, 17-1-1984, 18-1-1984, 24-1-1984, 26-1-1984, 31-1-1984, 6-2-1984, 11-2-1984, 20-2-1984, 23-2-1984, 9-3-1984, 12-3-1984, 13-3-1984, 20-3-1984, 28-3-1984. Lo mismo el *aceite de hachís* (Sentencias de 4-10-1983, 7-11-1983 y 20-2-1984), las *semillas de cannabis* (Sentencia de 24-1-1984) y las *plantas* (Sentencia de 3-12-1983).

Sin excepciones la *heroína* es considerada como sustancia que ocasiona grave daño a la salud (Sentencias de 29-10-1983, 15-12-1983, 26-12-1983, 23-2-1984, 24-2-1984, 5-3-1984 y 17-3-1984. Igual calificativo han merecido la *cocaína* (sentencias de 25-10-1983, 11-11-1983, 13-3-1984 y 23-3-1984) y el *ácido lisérgico* o L.S.D. (Sentencias de 5-10-1983 y 8-2-1984), porque ocasiona daños mentales e incluso genéticos a sus adictos (Sentencia de 20-12-1983).

b) *Las cantidades de notoria importancia.*

El *quantum* de la droga poseída no sólo es fundamental para originar actos impunes de tenencia y para construir un elemento del tipo (el ánimo de transmitir en el poseedor), sino que además actúa como circunstancia de

decisiva influencia en la penalidad, dado que el párrafo segundo del artículo 344 expresa que cuando la cantidad poseída para traficar fuere de notoria importancia, se impondrán las penas superiores en grado. Así, en la posesión de estupefacientes o psicotrópicos podemos distinguir tres estadios: uno, de pequeña entidad desvolviéndose en él la presunción del acto impune de autoconsumo; otro, de grado normal, que conducirá a presumir un ulterior destino de lo poseído al tráfico, con la consiguiente tipicidad de la conducta; y un tercero de grado mayor con tipicidad cualificada, cuyo elemento a ponderar es la posesión de cantidades de «notoria importancia». A pesar de sus graves efectos penológicos esta especie de condición de mayor punibilidad carece de concreción en la norma. Y no es fácil en la práctica establecer límites objetivos inflexibles a partir de los cuales se deba producir el tránsito hacia la pena superior en grado. De nuevo entra en juego el arbitrio judicial, ahora no limitado por las circunstancias del culpable y del hecho, como en el párrafo tercero del derogado artículo 344, sino sólo por la notoria importancia de lo poseído, que equivale a la creación de un riesgo o peligro mayor. Desde luego esa pena superior ya no está condicionada por la naturaleza de la droga porque procede tanto para las sustancias que causen grave daño a la salud como para las demás. Por tanto el índice a tener en cuenta es fundamentalmente numérico. Dentro de él no habrá problemas para las grandes cantidades. Tampoco para las pequeñas. Pero, ¿cuándo comienza la cantidad típica de importancia notoria? Es claro que el número variará según la droga de que se trate. El Tribunal Supremo ha tenido ya ocasión de plantearse estas cuestiones y ciertamente las sentencias son contradictorias. He aquí la trayectoria que ha seguido la jurisprudencia.

Relativamente al *hachís* no ha habido cuestión cuando se trataba de cantidades inferiores a 1.000 gramos; así, por ejemplo, se ha declarado que no es de notoria importancia para elevar la pena de posesión de 207 gramos (Sentencia de 20-9-1983), 420 gramos (Sentencia de 11-2-1984), 550 gramos (Sentencia de 13-3-1984) o el cultivo de 96 plantas de *cannabis sativa* (Sentencia de 3-12-1983), aun cuando tratándose de 898 gramos se haya dicho que esta cantidad «casi incide en la agravación de notoria importancia» (Sentencia de 12-3-1984), como si realmente los 1.000 gramos fueran para el hachís la cantidad límite entre una y otra penalidad. Pero ello no es así, porque en otras ocasiones se ha entendido que no concurre la notoria importancia en la posesión de 1.000 gramos (Sentencia de 17-1-1984), 1.050 gramos (Sentencia de 6-2-1984), 1.560 gramos (Sentencia de 31-1-1984) e incluso para 2.500 gramos se ha sostenido que «no parece en este caso la cantidad ocupada notoriamente excesiva» (Sentencia de 30-11-1983). Al contrario, en otras ocasiones cantidades como 1.241 gramos (Sentencia de 23-2-1984) y 1.350 gramos (Sentencia de 20-2-1984) se consideran de notoria importancia. En esta misma dirección se admite la notoria importancia para 2.000 gramos (Sentencias de 18-1-1894 y 26-1-1984), 2.100 gramos (Sentencia de 24-1-1984) y 2.500 gramos (Sentencia de 10-11-1983) u otras cantidades muy superiores, como 7.750 gramos (Sentencia de 13-2-1984).

Para la *heroína*, expresa o implícitamente, se ha dicho que es cantidad de notoria importancia 1.000 gramos (Sentencia de 17-3-1984), pero no lo es la posesión de 56 gramos (Sentencia de 5-3-1984), ni, por supuesto, otras cantidades muy inferiores (Sentencias de 11-11-1983, 15-12-1983 y 24-2-1984).

Y, en fin, en orden a la *cocaína* se ha declarado cantidad de notoria importancia la posesión de 835 gramos (Sentencia de 25-10-1983), pero no la de 36 gramos (Sentencia de 22-3-1984) ni la de 244 gramos (Sentencia de 13-3-1984).

En definitiva, del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sólo puede llegarse a la conclusión de que la cantidad de notoria importancia será un número variable que está en relación directa con la naturaleza del estupefaciente o psicotrópico poseído. Para los productos extraídos de la *cannabis sativa*, la línea divisoria se sitúa en torno a los 1.000 gramos, según el criterio jurisprudencial, pero pensamos que el tratamiento no debe ser absolutamente uniforme, porque el consumo de preparaciones a base de resina pura (hachís o aceite de hachís) representa una peligrosidad potencial mucho mayor que el de los preparados formados por sumidades florales y hojas de la planta desecada (marihuana o griffa), con menor proporción de los principios activos. Con mayor razón para la *heroína* y la *cocaína* el elemento a tener en cuenta no será sólo la cantidad de lo poseído, sino también si el producto se presenta puro o está mezclado con otras sustancias inertes, en cuyo caso la toxicidad es menos aguda por ser dosis menos ricas en drogas. Para el *ácido lisérgico* se tendrá en cuenta el número de dosis.

Desarrollando esta idea, es criterio de la Fiscalía General del Estado que —al menos por ahora— debe aceptarse como válida la separación que viene haciendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo al interpretar la alternativa legal de sus sustancias causantes de grave daño-no causantes de grave daño; y que, en consecuencia, a la *cannabis* y todos sus derivados hay que tratarlos penalmente en su estructura típica de un modo unitario porque la sustancia activa es la misma aunque sea distinta su concentración. Sin embargo, no merecen esa misma acogida favorable los argumentos, de orden puramente cuantitativo, sobre la línea divisoria del término *cantidad de notoria importancia*. Para integrar de modo ajustado la estructura de esta agravante son necesarias especiales concreciones, y, al efecto, valorar la naturaleza de las sustancias estupefacientes.

En general, la cantidad de notoria importancia (acto típico cualificado) debe exceder no sólo de la cantidad cuya posesión hace presumir el autoconsumo (acto atípico), sino también superar a aquélla, mucho mayor, que justifica la presunción de actos normales de tráfico (acto típico). Si partiendo del consumo medio de un habitual a la droga y de la cantidad poseída en un momento determinado, se está en disposición de resolver con bastante aproximación sobre las presunciones atípicas (autoconsumo) y típicas (tráfico), para que surjan los hechos constitutivos de la agravante se tendrá presente no sólo el peso sino también, y de modo principal, la dosis que puedan extraerse.

El principio activo de la *cannabis sativa* es el tetrahidrocannabinol (T.H.C.), que se halla tanto en los preparados consistentes en hojas y flores desecadas de la planta (marihuana o griffa), como en los obtenidos de su resina (hachís) o mediante concentración de la planta o del hachís (aceite de hachís, hachís líquido). El principio alucinógeno (T.H.C.) es muy variable en las sustancias indicadas; mayor en el hachís y en el aceite de hachís que en la griffa; como esta última tiene una menor proporción de T.H.C., en cantidades semejantes

será mucho menos tóxica, por lo que se precisará una dosis muy superior para obtener efectos análogos al hachís y al aceite de hachís. Reducidos a números, aproximadamente la concentración de T.H.C. es la siguiente: la griffa tiene un contenido de tetrahidrocannabinol que oscila entre el 1 y el 4 por 100; el hachís entre el 5 y el 12 por 100 de T.H.C.; el aceite de hachís (verde oscuro) se sitúa en cifra superior al 25 por 100, alcanzando en ocasiones (aceite rojo) la proporción del 65 por 100.

Según recientes estudios farmacológicos, se estima que son dosis diarias normales del consumidor las que se expresan: griffa entre 15 y 20 gramos; hachís, 5 gramos y aceite de hachís 0,6 gramos. Si esto es así resulta claro que la expresión típica, cantidad de notoria importancia, no puede ser la misma para todos los productos obtenidos de la *cannabis*. Si la jurisprudencia del Tribunal Supremo sitúa la cantidad de notoria importancia en torno a los 1.000 gramos para el hachís, representativos de 200 dosis, tal cifra para el aceite de hachís se reduciría a 120 gramos y se elevaría a un mínimo de 3.000 gramos para la griffa. Estos módulos aparecen como meramente indicativos, pudiendo alterarse porque no siempre la *cannabis* y sus derivados tendrán la misma riqueza en T.H.C., por lo que según cuál sea el resultado de los informes periciales sobre el análisis de concentración, esos baremos podrán ampliarse o reducirse. En suma, para la integración del giro «cantidad de notoria importancia», que determina la imposición de la pena superior en grado, no hay que atender a cantidades fijas, sino que variarán según el grado de concentración del principio activo, e incluso para el mismo preparado oscilará el *quantum* si los análisis acreditan que el producto posee una mayor riqueza de T.H.C. que otros de la misma naturaleza.

Sobre la *heroína* cabe hacer análogas consideraciones. Es cierto que no todas las partidas son igualmente ricas en alcaloide; aquellas cuyo porcentaje de pureza llega al 85 por 100 son excepcionales y no son, ciertamente, las que de modo habitual se venden por los traficantes de los últimos escalones, aunque sí las que son objeto de tráfico más frecuente a niveles superiores. Normalmente sólo la mezclada o adulterada con sustancias inertes es la que llega al consumidor, mas entonces su pureza se halla entre el 3 y el 5 por 100 y las dosis más corrientes (*papelinas* en el argot) oscilan entre los 0,15 y los 0,50 gramos. El consumo, lógicamente, es también variable: el adicto más corriente precisa diariamente entre dos y cuatro dosis de 0,25 gramos. No cabe una aproximación más exacta. Con un gramo puro convenientemente adulterado o *cortado* pueden conseguirse hasta 12 dosis. Si para los alucinógenos, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se ha concluido antes que 200 dosis es cantidad de notoria importancia y la dosis *standard* o tipo es para la heroína de 0,25 gramos, 50 gramos adquirirán los caracteres de cantidad de notoria importancia. Y más aún si se piensa que, después de adulterados, en el tráfico callejero el valor en venta de 50 gramos puede representar cifras ponderadas en millones de pesetas.

De la cocaína, que se presenta bajo la forma de polvo blanco (nieve), los adictos suelen hacer varias tomas diarias, estando el consumo medio sobre 1,5 gramos, con lo que sobre 125 gramos de cocaína puede estar situada la cantidad de notoria importancia.

El L.S.D. (dietilamida del ácido lisérgico) se distribuye en dosis comprendidas entre los 20 y los 100 microgramos (un microgramo equivale a 0,000001 gramo), pudiendo ser suficiente 20 microgramos para producir efectos. Aquí deberá atenderse al número de dosis en la cuantía ya indicada para otros productos.

El tráfico de *sustancias psicotrópicas* (anfetaminas y barbitúricas) no se integraba en la tipicidad del anterior artículo 344 (Sentencias de 11-10-1974, 3-5-1980, 29-5-1981 y 30-9-1981), pues, como se apunta en la Sentencia de 4 de febrero de 1984, sólo adquiere tal carácter a partir de la vigencia de la Ley de 25 de junio de 1983. Antes de ella el tráfico de psicotrópicos era posible encajarlo en determinado estado peligroso (art. 2.8.º), dado que en él a la palabra estupefaciente se añadió la frase «o fármacos que produzcan análogos efectos», de contenido mucho más amplio. Pero si no tenían cabida en el artículo 344, en alguna ocasión el Tribunal Supremo (Sentencia de 29-5-1981), había dicho que la venta clandestina de barbitúricos no era ajena a los artículos 341 (venta, sin hallarse autorizado, de sustancias nocivas a la salud) o al 343 bis (expender medicamentos sin cumplir las formalidades legales).

Como no todos los preparados farmacéuticos que contienen anfetaminas o barbitúricos pueden incluirse en el concepto normativo de psicotrópicos (no se incluyen los relacionados en el anexo 2 del Real Decreto 2.829, de 6 de octubre de 1977), en cada caso concreto habrá que justificar su inserción en las lista del anexo 1 de esta disposición que coincide con las del Convenio de Viena de 21 de febrero de 1971. Y si, además, los productos psicotrópicos, ya se trate de tranquilizantes o sedantes (barbitúricos) o de psicoestimulantes (anfetaminas), no responden al mismo análisis químico ni poseen idéntica actividad tóxica, es claro que para precisar la cantidad de notoria importancia, aparte del número de dosis que representen las píldoras o tabletas o las unidades inyectables, habrá de ponderarse el porcentaje mayor o menor de sustancias psicotrópicas de que están compuestas.

En el cuadro adjunto, se refleja la dosificación para consumidores de distinto nivel, según el tipo de droga usada. En él se señala la periodicidad normal de utilización según las obras clásicas de farmacología, por lo que se refiere a las dosis terapéuticas y las publicaciones y comunicaciones de orientación contractual, por lo que hace a las dosis de abuso. La fuente de estos datos es la obra «Droga y fármacos de abuso», publicada en 1981, por el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos.

c) *La pertenencia a una organización que tenga como finalidad la difusión o tráfico de estupefacientes.*

Los actos individuales, aislados y ocasionales, no influyen de modo decisivo en las extraordinarias proporciones que está adquiriendo el consumo de estupefacientes y psicotrópicos. El tráfico de drogas con caracteres de verdadera gravedad es el que se desenvuelve en el seno de redes nacionales o internacionales de traficantes que forman estructuras organizadas. Por ello puede decirse que se trata de delitos con actuación y repercusión frecuentemente supranacional, para cuya efectividad es esencial una red organizativa con

sucesivos escalones de partícipes, agentes e intermediarios que materializan el tráfico efectivo.

El nuevo texto de la norma en examen, y siempre con la finalidad de fijar una penalidad más grave, tiene en cuenta la adscripción del culpable a una organización. La simple pertenencia a organizaciones nacionales o no cuya finalidad sea la difusión de estupefacientes, supone la imposición de la pena superior en grado. Pero para casos de extrema gravedad y tratándose de miembros cualificados de la organización (jefes, administradores, encargados) dedicada, aunque sólo sea parcialmente, a aquellos fines, procede además la adopción de graves medidas no propiamente penales (clausura definitiva de la empresa, disolución de la sociedad, suspensión o prohibición temporal de sus actividades).

Como esas entidades normalmente lo serán de *facto* o clandestinas, para encuadrar una conducta en el tipo cualificado no es necesario justificar una adscripción formal de las personas a las organizaciones dedicadas al tráfico de drogas, sino que bastará con que de los hechos se desprenda que están en relación con ellas, cualesquiera sea el cometido que se les tenga confiado.

En consecuencia, para atribuir a una determinada persona la condición de miembro o partícipe de las actividades de esas organizaciones, será necesario partir muchas veces de la presunción de pertenencia. En la búsqueda de la presunción, como hechos integradores de la misma o de que se poseen los estupefacientes *alieno nomine*, pueden, entre otros, mencionarse: la relación o contacto con otros para los que se acreditó la cualidad de partícipes, la cantidad y calidad de la droga ocupada (pues no es imaginable pensar, por ejemplo, que la posesión para el tráfico de heroína o cocaína sea producto de actos individuales y aislados) y también el dinero intervenido. En el círculo de esta agravante están incluidos, tanto los elementos de base que se hallen en los últimos reductos y que se dediquen a la distribución, como quiénes formen parte de los órganos de gestión; es importante diferenciar al simple miembro de una organización del miembro cualificado, porque en este último supuesto, aparte la mayor pena privativa de libertad, procede también una sanción para la organización de que se forma parte.

Pero la pertenencia a una organización no sólo atrae la agravante, sino que puede incidir sobre la competencia. El Real-Decreto-Ley 1/1977, de 4 de enero, dispuso que es competente la Audiencia Nacional para conocer de los delitos de tráfico ilícito de drogas tóxicas o estupefacientes siempre que sean cometidos por bandas o grupos organizados y produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas Audiencias Territoriales (art. 4.1.º.c), según redacción dada por la Ley Orgánica 12/1983, de 16 de noviembre). No hay cuestión cuando se trate de sustancias psicotrópicas distribuidas por personas en relación de pertenencia a una organización, pues tal tráfico será siempre ajeno a la competencia de la Audiencia Nacional, dado que, aunque se ha rectificado su competencia por la citada Ley Orgánica de 16 de noviembre de 1983, en ella no se ha incluido el tráfico de psicotrópicos elevado a categoría delictiva por el nuevo artículo 344. Pero sí puede haberla para el tráfico de estupefacientes. El elemento diferenciador será la incidencia territorial. Para que la Audiencia Nacional conozca de los hechos no bastará

con acreditar, directamente o a través de presunciones, la pertenencia a la organización; además, que sus efectos —la actividad o conducta de tráfico de los pertenecientes a la organización— se han desenvuelto en territorios de diversas Audiencias Territoriales; en cualquier caso, será competente el *iudex deprehensionis* (el del lugar del descubrimiento o la detención).

d) *Eliminación de las formas imperfectas.*

El tráfico de estupefacientes del artículo 344 presenta las características propias de los delitos de peligro abstracto, entre las que se hallan su consumación anticipada y la inexistencia de formas imperfectas de ejecución. Todos los actos iniciales de ejecución son ya consumativos, y si esta fase comienza con la actividad del primer acto exterior y el tráfico real o efectivo se sitúa más allá de la consumación, el delito está perfecto con la puesta en peligro del bien jurídico que protege.

Esta anticipación de la consumación significa además que no sean posibles formas imperfectas de ejecución. Todo comienzo de la conducta típica no se conforma con la tentativa ni con la frustración, sino siempre con la consumación. La jurisprudencia ha rechazado que sean posibles o tengan existencia legal las formas delictivas imperfectas que quedarán siempre absorbidas en la consumación. Según doctrina unánime del Tribunal Supremo, el delito del artículo 344 sólo admite las formas consumadas, porque adelanta y protege el bien jurídico objeto y razón de ser de su existencia, la salud pública, castigándose cualquier hecho que tienda a la realización del resultado previsto en el Código, pues se trata de un delito de peligro que imposibilita la toma en consideración de toda ejecución imperfecta (Sentencias de 17-12-1979, 19-6-1980, 13-11-1981, 17-6-1982, 22-10-1982, 2-12-1982, 3-5-1983, 13-10-1983, 21-10-1983, 26-1-1984, 22-3-1984).

e) *Posibilidad de extender la pena accesoria de comiso a los instrumentos empleados en el tráfico de estupefacientes.*

El comiso de los efectos del delito que define el artículo 344 no ofrece problemas, debiendo someterse al régimen previsto en el artículo 48 del Código penal para los efectos que no son de lícito comercio. En el orden internacional también se establece como sanción el comiso de los estupefacientes procedentes del tráfico ilícito (arts. 37 del Convenio de 1961 y 22.3.º del Convenio de Viena de 1971).

Otra cuestión es la del comiso de los *instrumentos* o medios materiales empleados en el delito de tráfico de estupefacientes. Una de las modalidades ejecutivas del tráfico es el transporte. Vehículos de todo tipo, yates lujosos, embarcaciones, lanchas rápidas, son utilizados para trasladar la droga de un lugar a otro dentro de nuestro territorio o para introducirla en España. Todos ellos son verdaderos instrumentos que contribuyen de forma esencial a la difusión de la droga, por lo que la solicitud que se haga por el Ministerio Fiscal sobre su pérdida definitiva y la del valor obtenido por su venta se acomoda al artículo 48 del Código penal. La sentencia del Tribu-

nal Supremo de 3-10-1981, sin establecer una doctrina general, alzó el comiso de un automóvil, acordado por el Tribunal *a quo*, en el que se transportaba *hachis* por entender que algunos actos típicos fueron realizados con independencia de la utilización de vehículo y que no fue empleado para la propia ejecución, sino para lograr el agotamiento y la huída del lugar en que se cometió. Con la legislación ahora en vigor, y al menos cuando el delito de tráfico de estupefacientes se halle en concurso con el delito de contrabando de estupefacientes, el Ministerio Fiscal deberá interesar la intervención de los instrumentos de referencia, en cuanto que el artículo 5, tercero, de la Ley de 13 de julio de 1982, establece que toda pena que se impusiere por un delito de contrabando llevará consigo el comiso de los medios de transporte con los que se lleve a efecto la comisión del delito, siempre que el Tribunal competente estime que dicha pena accesoria no resulta desproporcionada en atención al valor del medio de transporte objeto del comiso y el importe de los géneros objeto del contrabando.

f) *Penalidad derivada del concurso con el delito de contrabando de estupefacientes.*

Determinadas conductas cuyo objeto material son las sustancias estupefacientes cuentan con una tipicidad doble. No es, pues, el artículo 344 la única norma penal que reprime aquel ilegal tráfico, puesto que el artículo 1.º de la Ley Orgánica de 13 de julio de 1982, considera reos del delito de contrabando a los que, cualquiera sea su cuantía o valor, importaren, exportaren o poseyeren drogas o estupefacientes o realizaren operaciones de comercio o circulación sin cumplir los requisitos establecidos. Sus respectivos contenidos son, en parte, coincidentes, por lo que son posibles superposiciones cuando la posesión o el tráfico se refieran a sustancias estupefacientes. Pero si el artículo 344 comprende estupefacientes y psicotrópicos en el radio del delito de contrabando no están las sustancias psicotrópicas. Es evidente, pues, que ante los estupefacientes aparece como posible la aplicación de dos normas cuya consecuencia penal es distinta y que estarán en situación de concurso. Cuando se trate de concurso de normas, atendido el artículo 68 del Código penal, los hechos habrán de calificarse como delitos contra la salud pública o como delito de contrabando de estupefacientes, prevaleciendo la norma que tenga asignada mayor sanción. Si concurren los supuestos del concurso ideal entrará en juego la penalidad del artículo 71 imponiéndose acumulativamente las penas previstas o sólo una de ellas en forma cualificada. En el artículo 344 se prevén penas distintas a las del artículo 2.º de la Ley de Contrabando. Aquél distingue según que la sustancia cause grave daño a la salud (prisión menor y multa) o no cause grave daño (arresto mayor), y que mediando circunstancias típicas pueden convertirse respectivamente en prisión mayor y prisión menor. En la legislación de contrabando es irrelevante la naturaleza de la droga y la cantidad objeto del delito para graduar la pena privativa de libertad, que es siempre la de prisión menor en los grados medio o máximo, que se impondrán en su mitad superior cuando los delitos se cometan por medio o en beneficio

de organizaciones de cuya naturaleza o actividad pudiera derivarse una especial facilidad para la comisión del delito. En definitiva, moviéndonos dentro del Código penal, y situados en la esfera de la pena superior, es posible la imposición de la pena de prisión mayor; en la Ley de Contrabando, la prisión menor en su grado máximo es la mayor pena. Sin embargo, en el plano de la pena inferior prevista para el Código penal es la de arresto mayor y para la Ley de Contrabando, la de prisión menor.

La adscripción de un determinado comportamiento a las situaciones concursales legalmente posibles no siempre será fácil. En la Consulta de esta Fiscalía 4/1983, de 1 de diciembre, se apuntaron las varias soluciones que son válidas para las sustancias estupefacientes y que, en síntesis, se concretan ahora del siguiente modo.

1. *Supuestos en que por tratarse de un concurso ideal será aplicable el artículo 71.*

— Concurrencia de importación ilegal de estupefacientes con la posesión o tráfico de estupefacientes. Como el delito de contrabando, al ser de mera actividad, se perfecciona con el incumplimiento de la obligación que establece la legislación aduanera (art. 1.1, tres y cuatro de la Ley de 13-7-1982 y artículo 1.1.1 del Real Decreto de 16 de febrero 1983), no son elementos del tipo los eventuales actos de tráfico posteriores, que tendrán, sin embargo, su encuadre en el artículo 344, por lo que si a la introducción clandestina se une la posesión o tráfico por el propio introductor o por quien se halle en relación directa con él, se habrán consumado dos delitos.

— Concurrencia de exportación ilegal de estupefacientes y tráfico de estupefacientes. Si es delito de contrabando la exportación, sin observar los requisitos establecidos, de sustancias producidas en nuestro territorio o introducidas en él ilegalmente, estará en concurso con el artículo 344 cuando en el recinto aduanero se intervengan los estupefacientes a transportar sin autorización, pues ya habían mediado actos típicos de producción y posesión.

— Concurrencia de la obtención ilícita del despacho de estupefacientes o de las autorizaciones de exportación, importación o comercio, con el artículo 344. Se producirá a la vista del artículo 1.1, de la Ley de 13-7-1982, cuando a esa actividad formalmente ilegítima subsiga la posesión o el tráfico efectivo.

— El artículo 1.1, siete y ocho, de la Ley de Contrabando, comprende dos casos de concurso ideal. Se trata de actos de contrabando a través de transporte o transbordo de efectos estancados o prohibidos en buque para introducirlos clandestinamente en España por lugar de la costa no habilitada a efectos aduaneros o en cualquier punto de las aguas jurisdiccionales españolas.

2 Supuestos en que por tratarse de un concurso de normas será de aplicación el artículo 68.

— Realización por el importador legítimo de actos posteriores de tráfico de estupefacientes ya sin autorización. Está previsto como delito de contrabando en el artículo 1,1, cuarto, y se extiende a la posesión o actos de comercio de quien fue importador autorizado, conducta esencialmente paralela a alguno de los subtipos del artículo 344.

— Actos de elaboración o creación de estupefacientes no autorizados realizados dentro de España (art. 1.1. tres), que presenta una sustancial identidad con los actos de producción del artículo 344, siendo además idénticos los bienes jurídicos.

— Actos de posesión o de tráfico por quien no ha tenido relación directa con los que intervinieron en la importación ilegal. Así, la posesión por un tercero con la cualidad de simple traficante o de consumidor traficante y ajeno a los cuadros de organizaciones dedicadas al tráfico de drogas no podrá castigarse como delito de contrabando más que cuando la aplicación de estas normas suponga una mayor penalidad.

CARACTERISTICAS DEL CONSUMO A DISTINTAS DROGAS

Tipo de droga	Dosis terapéutica	Vías de administración	Consumidor		Duración de los efectos	Frecuencia usual
			Moderado	Alto		
Opio		Fumado	5-20 (pipas)	Más de 20 (pipas)		Diaria
Morfina	0,01 gr.	Parenteral	0,200 grs.	0,500 grs.	3-6 horas	Diaria (2-3 veces)
Heroína	0,01 gr.	Parenteral	0,100 grs.	0,400 grs.	3-6 horas	Diaria (2-3 veces)
		Fumada				
Metadona		Oral	0,07 grs.	0,08 grs.		Diaria
			(para mantenimiento)			
	0,01 gr.	Parenteral				
Barbitúricos	0,2-0,4 gr.	Oral	0,500 grs.	Hasta 1,5 grs.	1/2 h.-10 h.	Diaria (2 veces)
	0,2 gr.	Parenteral	0,300 grs.	Hasta 1 grs.	»	»
Cocaína		Snifada	1,2 grs.	3,5 grs.	1/2 h.-1 h.	Diaria (hasta 10 v.)
		Parenteral	»	»	1/4 h.-1/2 h.	
Anfetamina	0,01-0,02 gr.	Oral	0,150 grs.	0,600 grs.	4 h.	Diaria (1-3 veces)
	0,005 gr.	Parenteral	0,075 grs.	0,300 grs.	3 h.	»
M.D.A. (Metilendioxi-anfetamina)	0,05-0,100 gr.	Oral	0,100 grs.	0,300 grs.	3 h.	Diaria (1-2 veces)
Mezcalina		Oral	0,400 grs.	0,600 grs.	10 h.	Semanal
Psicolobina		Oral	0,035 grs.	0,060 grs.	5 h.	Bisemanal
L.S.D.		Oral	0,200 grs.	0,500 grs.	8-12 h.	Semanal
D.M.T.		Oral	0,040 grs.	0,060 grs.	1/4 h.	Diaria (4-5 veces)
S.T.P.		Oral	0,010 grs.	0,035 grs.	24-30 horas.	Bimensual
Cannabis						
Grifa (2% THC)	3 grs.		15 grs.	20 grs.	2-3 horas.	Diaria
Has (8% THC)	0,5 grs.		5 grs.		3-4 horas.	Diaria
Accite (20% THC)	0,15 grs.		0,600 grs.		3-4 horas.	Diaria
	0,04 grs.	Pulmonar (fumado)	0,010 grs.	4,015 grs.	3 horas.	Diaria
	0,04 grs.	Gástrica (comida)	0,010 grs.	0,015 grs.	6 horas.	Bisemanal

EN TORNO AL ARTICULO 211 DEL CODIGO CIVIL: EL INTERNAMIENTO DE INCAPACES PRESUNTOS

—Circular número 2/1984, de 8 de junio—

I

Por diversos conductos ha llegado a conocimiento de la Fiscalía General del Estado que, con motivo de la promulgación de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre reforma del Código civil en materia de tutela, se han suscitado muy diversas cuestiones relacionadas con el internamiento de enfermos mentales en Centro psiquiátricos. La causa fundamental de esas dificultades se halla en la derogación total y expresa del Decreto de 3 de julio de 1931, sobre normas relativas a la asistencia de enfermos mentales, que, sobre todo en el orden administrativo, regulaba exhaustivamente las condiciones para el ingreso de los deficientes psíquicos en establecimientos de esta índole. Ahora se cuenta tan sólo con el artículo 211 del Código civil, que dice:

«El internamiento de un presunto incapaz requerirá la previa autorización judicial, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de tal medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez, y en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas.

El Juez, tras examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo por él designado, concederá o denegará la autorización y pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal a los efectos prevenidos en el artículo 203.

Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 269.4.º, el Juez, de oficio, recabará información sobre la necesidad de proseguir el internamiento cuando lo crea pertinente y, en todo caso, cada seis meses, en forma igual a la prevista en el párrafo anterior, y acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.»

Dada la naturaleza del Cuerpo legal de que forma parte el artículo 211, únicamente debería contener los requisitos esenciales legitimadores del internamiento; mas es lo cierto que también desarrolla materias de carácter procesal, y que al ser incompletas, dejan sin revolver múltiples cuestiones a las que en la presente Circular pretende darse una solución transitoria, válida al menos hasta que las normas anunciadas en las disposiciones adicional y final de la Ley de 24 de octubre de 1983, puedan completar las lagunas, sobre todo de orden procesal, que se advierten.

II

Como los internamientos no voluntarios pueden afectar a la disponibilidad e inviolabilidad de la propia persona y nadie puede ser obligado, salvo disposición legal, a un determinado tratamiento sanitario, el legislador ha procurado siempre garantizar la seguridad individual. En este sentido, ya el Real Decreto de 19 de mayo de 1885, sobre reglamentación de la hospitalidad

de los dementes, se refería en su preámbulo al gran número de enfermos mentales que entraban en reclusión sin garantías eficaces y la frecuencia con que se promueven litigios, y aun procedimientos criminales, por haberse recluso sin razón y con fines que atentan a la moral, a personas que no se hallaban en estado de demencia. El Decreto de 3 de julio de 1931 regulaba las siguientes modalidades de internamiento:

— Internamientos voluntarios normales (art. 9) o urgentes (art. 11), en este último caso cuando el solicitante presente signos de pérdida de la libre determinación de la voluntad o manifestaciones de peligrosidad.

— Internamientos por indicación médica promovidos por los cercanos parientes (art. 10), cuyas causas eran la enfermedad psíquica, la peligrosidad, la incompatibilidad con la vida social y las toxicomanías; las formalidades se reducían en los casos urgentes (art. 12).

— Internamientos para observación por orden gubernativa (art. 17), para personas en estado de peligrosidad o cuando a consecuencia de la enfermedad psíquica haya peligro inminente para la tranquilidad o seguridad.

— Internamientos por orden judicial (arts. 19-20), ya se trate de procesados (arts. 381-383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), de inculpados absueltos (art. 8, 1.ª, del Código penal) o de quienes cayeron en enajenación después de pronunciada sentencia firme (art. 82 del Código penal).

A pesar de la amplia ordenación de los diferentes tipos de internamiento, no se garantizaba suficientemente la libertad personal ni se protegían los intereses del internado, pues únicamente estaba prevista la intervención judicial en los supuestos de denuncia por internamiento indebidos (arts. 13-14). De ahí el que bajo su etapa continuaran los procesos penales por internamientos irregulares, situándose la tipicidad de tales conductas en el marco de la detención ilegal. Así, la sentencia de 28 de abril de 1950 declaró que el ingreso forzoso en un establecimiento psiquiátrico, cuando conste al agente la normalidad mental del individuo recluso, significa sin duda la comisión del delito comprendido en el artículo 480 del Código penal. Y la más reciente de 8 de octubre de 1982, señala que integra detención ilegal del artículo 480 el hecho de quien consigue que su madre sea ingresada, con fraude, en un hospital psiquiátrico sin que presentara signos de alteración neurológica ni psíquica que justificara tal medida. En parecidos términos, las sentencias de 3 de julio de 1965, 21 de octubre de 1971 y 28 de octubre de 1976. Otras sentencias, por el contrario, han calificado el internamiento con violación de normas extrapenales como delito de coacciones (Sentencias de 16 de abril de 1958 y 14 de abril de 1959).

El respeto ineludible a la libertad de las personas exige que todo internamiento deba sujetarse a determinadas garantías, y como la defensa máxima del presunto incapaz es la derivada de su examen por el Juez en trances de pronunciarse sobre la autorización, bien puede decirse que el nuevo artículo 211 del Código civil, al imponer de modo imperativo la intervención inmediata de los órganos jurisdiccionales, da entrada a un sistema de riguroso control judicial para los internamientos que impedirá la continuación de eventuales actividades delictivas. De esta manera, frente al internamiento sin necesidad de resolución judicial previa, propio de la legislación

derogada, ahora es el Juez quien autoriza o no el internamiento, insta la apertura del proceso de incapacitación e incluso acuerda *ex officio* la continuación o no del internamiento. Se encuadra así el artículo 211 dentro del espíritu de normas fundamentales conforme a las cuales cuando el ejercicio del derecho a la salud protegido en el artículo 43 de la Constitución exija la utilización de servicios de asistencia psiquiátrica, ésta deberá llevarse a cabo sin vulnerar el derecho a la libertad que reconoce el artículo 17, con mayor razón si se tiene en cuenta, además, que el internamiento supone un sacrificio de libertad más grave que la estricta detención, pues a la privación de libertad de movimientos se agrega la disminución de la libertad moral. Se ha operado así el tránsito desde la autorización administrativa a la autorización judicial, que ofrece, evidentemente, mayores garantías para la legalidad de los internamientos, ya se trate de los que puedan tener lugar en condiciones ilegales o de los que ilegalmente se prolonguen. Por lo demás, todos están ya sometidos a control judicial cualesquiera haya sido su origen mediante el procedimiento del «Habeas Corpus», pues a tales efectos se consideran ilegalmente detenidas las personas que estén ilícitamente internadas contra su voluntad en cualquier establecimiento (art. 1, b) de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de «Habeas Corpus»).

Así, nuestro ordenamiento jurídico viene a alinearse junto a disposiciones supranacionales en las que se establece que todo lo relativo al internamiento será interpretación estricta y que su ejecución estará garantizada por la intervención judicial. Precisamente el Convenio de Roma de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, prevé en su artículo 5.1.º, el internamiento de un enajenado siempre que se haga conforme a derecho; aclarando la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de octubre de 1979, que no se puede internar a nadie como enajenado sin pruebas médicas que revelen en él un estado mental que justifique una hospitalización forzosa. De otra parte, se insiste en la necesidad de judicializar los internamientos, pues «toda persona privada de su libertad mediante... internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante órganos judiciales» (art 5.4.º), especificándose que es legítimo por razones de urgencia el internamiento de un enfermo mental al que inmediatamente subsigue la autorización judicial, pero debiéndose reconocer la legitimación al mismo para instar de la autoridad judicial la revisión del internamiento una vez que hayan transcurrido plazos razonables, a no ser que esté contemplada la revisión judicial periódica y automática (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de noviembre de 1981).

III

A) Sujetos del internamiento son los *presuntos incapaces* (art. 211), término que con frecuencia se utiliza en la Ley de 24 de octubre de 1983, y con el que se alude a quienes se hallen afectados de enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico impeditivas de que las personas puedan gobernarse por sí mismas (art. 200). Sólo se trata en el artículo 211

del ingreso de incapaces presuntos, no de personas declaradas ya judicialmente incapaces, respecto de las cuales el tutor en el ejercicio de sus funciones deberá promover la adquisición o recuperación de la capacidad (artículo 269, 3.º).

En el giro de *presunto* incapaz a internar, se comprenden tanto las personas mayores como las menores de edad, pues éstas pueden ser incapacitadas (arts. 201 y 205). Ahora bien, dado que el Juez conceda autorización para el internamiento de un menor de edad, ¿deberá poner este hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva la declaración de incapacidad? El artículo 211, párrafo segundo, se remite al artículo 203, mas a pesar de la declaración general de esta norma conforme a la cual el Ministerio Fiscal debe promover la incapacitación si no lo hacen o no existen las personas principalmente legitimadas (cónyuge, descendientes, ascendientes, hermanos), es lo cierto que, según expresa el artículo 205, la incapacitación de los menores sólo puede ser solicitada por quienes ejerzan la patria potestad o de la tutela. Si existen titulares de la patria potestad o de la tutela y no solicitan la declaración de incapacidad, no está previsto que pueda instarla el Ministerio Fiscal; pero cuando aquellas funciones no se ejerzan, la legitimación para incapacitar al menor que se halle desvalido, sí corresponde al Ministerio Fiscal.

B) *Los diversos tipos de internamiento forzoso.*

a) *Internamientos sujetos a autorización judicial.*—Se trata de internamientos no voluntarios. Si todas las incapacitaciones están condicionadas por una declaración judicial firme, en cambio sólo a algunos internamientos de presuntos incapaces ha de preceder autorización judicial; así, en el inciso primero del artículo 211, la efectividad del internamiento, cuando no concurran razones de urgencia, se subordina a la existencia de autorización judicial. El Código civil no desarrolla el procedimiento encaminado a obtener la autorización. He aquí algunos de los rasgos de este proceso:

Estarán legitimados para solicitarlo los parientes que puedan instar la declaración de incapacidad; el tutor también precisa autorización judicial para internar al tutelado en un establecimiento de salud (art. 271, 1.º). El Ministerio Fiscal sí puede promover la declaración de incapacidad que lleva aparejado un efecto inmediato mayor, también podrá instar el internamiento del incapaz presunto cuando no existan las personas enumeradas en el artículo 202 o existiendo no lo solicitaren.

¿De quien se solicita la autorización y cuál será el procedimiento a seguir? Obviamente el destinatario de la petición de internamiento es el Juez. Pero, ¿qué Juez y por medio de qué procedimiento? El artículo 211 emplea en tres ocasiones la palabra Juez, mas sin especificaciones. La disposición adicional de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, declara que al procedimiento de incapacitación serán aplicables las normas del *juicio de menor cuantía*, en tanto que los demás procedimientos derivados de los títulos IX y X del

libro I del Código civil se tramitarán por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre *jurisdicción voluntaria*. Entre estos últimos procedimientos debe incluirse la solicitud de autorización judicial para legitimar el internamiento del incapaz presunto, porque el artículo 211 forma parte del título IX y la autorización no se obtiene de plano, sino que requiere un procedimiento. ¿Cuál es el órgano judicial competente? Por regla general la Ley de Enjuiciamiento Civil encomienda los negocios de jurisdicción voluntaria al conocimiento de los Juzgados de 1.ª Instancia, luego la autorización judicial se sitúa en la esfera de su competencia. ¿Y donde existan Juzgados de familia? Las respectivas disposiciones finales de las Leyes de 13 de mayo de 1981 y 7 de julio de 1981 confieren a los Juzgados de familia las funciones atribuidas a los de 1.ª Instancia en las materias por ellas reguladas, y el artículo 1, 2.º, del Real Decreto de 3 de julio de 1981 —creador de los Juzgados de familia— expresaba que les corresponde el conocimiento en forma exclusiva de las actuaciones judiciales previstas en los títulos IV y VII del libro I del Código civil, «así como de aquellas otras cuestiones que en materia de Derecho de familia les sean atribuidas por las leyes». Luego si en ninguno de los artículos del Código civil reformado por la Ley de 24 de octubre de 1983 aparecen siquiera citados los Juzgados de familia, parece evidente que carecen de funciones en cuestiones tutelares y que la competencia para conceder las autorizaciones será siempre de los Juzgados de Primera Instancia

La competencia territorial vendrá determinada por el domicilio del presunto incapaz (art. 62.1 y 20 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

b) *Internamientos sujetos a aprobación judicial*.—Esta es otra modalidad de los internamientos no voluntarios. Son «razones de urgencia» las que justifican el internamiento directo o sin necesidad de autorización judicial; se trata, pues, de un internamiento excepcional en sus trámites que conlleva la «inmediata adopción de tal medida» (el internamiento). El artículo 211, que lo prevé en su párrafo primero, sólo hace referencia a un requisito posterior al acto de internamiento: que se comunique al Juez dentro de las 24 horas siguientes. Si, en el supuesto de que no concurren razones de urgencia, a todo internamiento ha de preceder la autorización, en el caso que ahora se analiza la intervención judicial subsigue al internamiento, razón por la cual al acto le cuadra el calificativo de aprobación; se somete al Juez el acto adoptado y si tras el examen del presunto incapaz y el dictamen facultativo lo juzga procedente, se aprueba y en caso contrario, alza el internamiento.

El Código civil omite cualesquiera otros requisitos del internamiento sujeto a aprobación judicial. He aquí algunas cuestiones.

No está determinado quiénes estarán obligados a hacer la comunicación al Juez de que se ha hecho el internamiento. Como se trata de internamientos no voluntarios, la alternativa posible es ésta: o los familiares más allegados que lo hayan interesado o los facultativos del Centro asistencial. Tema importante por las eventuales responsabilidades que pudieran derivarse de internamientos urgentes indebidos. Sin perjuicio de que la noticia del internamiento sea hecha por los familiares de modo inmediato, entendemos que

como la apreciación de la urgencia que los autoriza es una cuestión eminentemente técnica (tipo de enfermedad mental, gravedad efectiva o no del internado), los facultativos harán siempre la comunicación razonada en el término esencial establecido.

Las mismas personas capacitadas para solicitar el internamiento forzoso ordinario, lo estarán para promover el internamiento urgente.

Están también en blanco los trámites del procedimiento que conduce a resolver sobre la aprobación. Mas si razones de urgencia aconsejan que preceda el internamiento a la autorización, esa misma urgencia será imprescindible en el procedimiento que concluye con la aprobación o no del internamiento. El artículo 211, párrafo segundo, se fija únicamente en dos requisitos sustanciales: examinar a la persona internada y oír el dictamen de un facultativo. El examen es un acto personal del Juez. Sobre el dictamen del facultativo, caben algunas observaciones:

—¿Quién deberá emitirlo? ¿El facultativo que ha aceptado el internamiento previo u otro distinto? El Juez no está vinculado por el informe que los facultativos den en justificación del internamiento sujeto a ratificación judicial; al contrario, ofrece más garantías para la justicia de la resolución judicial que los facultativos libremente designados por el Juez sean distintos a aquéllos.

— Aunque la frase «oir el dictamen de un facultativo» en su literalidad pudiera interpretarse como dictamen necesariamente oral, es lo cierto que tanto en el Código civil como en la Ley de Enjuiciamiento Civil existen argumentos para estimar que la expresión *oir* es indicativa de informe escrito.

Juez competente es el mismo que para el internamiento sometido a autorización judicial, mas como puede suceder que no coinciden el lugar del domicilio del internado y el Centro psiquiátrico en que se interna, creemos que el Juzgado correspondiente a este último será el competente.

c) *Internamiento voluntario*.—Todo internamiento forzoso no urgente precisa de autorización judicial. El artículo 211 no se refiere a los internamientos voluntarios de los presuntos incapaces; en ellos la sola manifestación de voluntad del interesado es sustitutiva de la autorización judicial. La eficacia de la declaración de voluntad del incapaz presunto para la constitución del acto de internamiento deriva de lo siguiente: de una parte, porque si el incapaz presunto puede comparecer (art. 207) en un acto que normalmente es posterior (el proceso de incapacidad), también lo hará válidamente en un acto anterior (la petición de internamiento); y de otra porque si los efectos de la incapacitación comienzan al dictarse la declaración judicial de incapacidad, hasta que llegue ese momento, los actos jurídicos materiales y procesales del presunto incapaz serán eficaces. Pero la voluntad inicial capaz de legitimar el internamiento voluntario deberá estar exenta de vicios que la invaliden; y durante él esa misma voluntad deberá persistir o permanecer. En cualquier otro caso, se trataría de ingresos aparentemente voluntarios para cuya subsistencia o continuidad sería precisa la autorización judicial. Si hay que evitar a toda costa los ingresos voluntarios fraudulentos y las retenciones indebidas, aunque la generalidad de los requisitos del artículo 211 sean ajenos a los internamientos voluntarios, determi-

nados internamientos de esta clase, en particular aquellos en que se dude sobre la absoluta voluntariedad del solicitante, deberían ser puestos en conocimiento del Juez o del Ministerio Fiscal.

IV

Se exponen ahora otras cuestiones procesales que tampoco hallan una explícita solución en el artículo 211.

a) *Comienzo de los internamientos sujetos a autorización judicial.*—La petición de internamiento tiene un término «ad quem»: ha de hacerse antes de la conclusión del procedimiento de incapacitación y nunca después porque el artículo 211 siempre se refiere al incapaz presunto y no al incapaz declarado. El internamiento o no del declarado incapaz es cuestión situada fuera del círculo del artículo 211; se trataría de una facultad del representante legal para la que precisa autorización del Juez (art. 271.1), debiendo oírse previamente al Ministerio Fiscal (art. 273). Aunque semejantes en su estructura, son distintos los procedimientos para internar a los incapaces presuntos y a los incapaces declarados.

Lo normal es que se solicite el internamiento del incapaz presunto antes de iniciarse la declaración judicial de incapacidad. Pero también podrá hacerse la petición durante la tramitación del juicio de incapacidad. Aquí surge la cuestión siguiente: ¿en tal caso, la autorización se resuelve en acto procesal separado o conjuntamente con la declaración de incapacidad al concluirse el proceso? Atendidos los trámites de uno y otro procedimiento y la conveniencia de que la petición de internamiento adquiera firmeza lo antes posible, parece que la autorización judicial debe ser previa y no coetánea a la resolución que declare la incapacitación.

Concedida la autorización para el internamiento del presunto incapaz, el Juez lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal a los efectos prevenidos en el artículo 203 (art. 211, párrafo segundo), esto es, para que promueva la declaración de incapacidad si no lo han hecho las personas con legitimación voluntaria. Sin embargo, es cuestionable si la medida de internamiento permanece o caducará en el caso de que no se inicie el proceso de incapacitación. En las hipótesis en que el Ministerio Fiscal cuente con legitimación el problema no se presenta porque *debe* promoverla (art. 203), pero sí en otros casos.

b) *Continuidad y fin del internamiento.*—La situación de internamiento no es, por naturaleza, definitiva. Por lo pronto se impone al tutor la obligación de informar al Juez anualmente sobre la situación del incapacitado (art. 269, 4.º) y el Juez, de modo directo cuenta con estas dos posibilidades: la facultad discrecional, a ejercitar en cualquier momento posterior al internamiento («cuando lo crea conveniente») de recabar información sobre la necesidad de que se prosiga o termine el internamiento; y la obligación de examinar y recabar informes sobre el internamiento cada seis meses debiendo pronunciarse sobre la continuidad o no del internamiento.

La decisión de poner fin al internamiento se producirá con el cese de la causa que lo motivó, aunque no se haya recuperado plenamente la capacidad.

Pero esa situación extintiva del internamiento no ha de justificarse a través de un proceso de reintegración de la capacidad (art. 212), cuya única finalidad es dejar sin efecto la declaración de incapacidad, sino que la decidirá el Juez cuando lo estime procedente.

c) *Intervención del presunto incapaz y del Ministerio Fiscal en los procedimientos de autorización de los internamientos.*—El presunto incapaz puede oponerse a la medida de internamiento instada por otros, pues si tiene, explícita, esa posibilidad en el proceso de incapacitación (art. 207, párrafo segundo), también la tendrá aquí. El artículo 211 silencia la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de autorización, pero si hemos justificado que el mismo pertenece a la jurisdicción voluntaria, el Ministerio Fiscal debe estar presente en ellos.

d) *Terminación del proceso dirigido a obtener la autorización.*—Al aplicarse las normas de la jurisdicción voluntaria, la resolución que lo ponga fin adoptará la forma de auto, que será recurrible en apelación ante la Audiencia Provincial (art. 1, 1.º, de la Ley de 20 de junio de 1968) en su modalidad de un solo efecto, tanto si se autoriza como si se deniega el internamiento, de manera que durante la sustanciación del recurso permanecerá la situación existente al interponerlo.

A la interpretación que precede del artículo 211 del Código civil, deberá ajustarse el Ministerio Fiscal en todos aquellos supuestos que se susciten cuestiones idénticas o análogas a las que se han analizado.

ACTUACION DEL MINISTERIO FISCAL ANTE LOS TRIBUNALES TUTELARES DE MENORES

—Circular núm. 3/1984, de 25 de junio—

La inaplazable necesidad de regular la actuación del Ministerio Fiscal ante los Tribunales Tutelares de Menores exige la publicación de la presente Circular, habiendo sido oídos y con el acuerdo favorable, en sus respectivos ámbitos de competencia, del Consejo Fiscal y de la Junta de Fiscales de Sala, a tenor del artículo 14, 1, a) y 14, 2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

I

Constante ha sido la preocupación del Ministerio Fiscal por la protección de los menores y jóvenes. Las Memorias de esta Fiscalía General del Estado de los años 1916, 1966 y 1982 son prueba de su interés. Esta última hacía un estudio de diversas cuestiones relacionadas con la protección de los menores y, entre ellas, con los problemas suscitados por la composición y funcionamiento de los Tribunales Tutelares de Menores, especialmente los originados por la incidencia de la Constitución de 1978 sobre la legislación que regula la materia.

El ámbito de las misiones que la Constitución señala al Ministerio Fiscal en su artículo 124 y que el artículo 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal desarrolla, comprende —en los aspectos que más directamente afectan a los menores de edad— lo dispuesto en el apartado siete «asumir, o en su caso, promover, la representación y defensa en juicio y fuera de él de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares, que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos», en el tres «velar por el respeto... de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa» y en el apartado seis «tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley».

El artículo cuarto del Estatuto concede una serie de facultades, entre las que merece destacarse: «interesar la notificación de cualquier resolución judicial y la información sobre el estado de los procedimientos... Asimismo, podrá pedir información de los hechos que hubieran dado lugar a un procedimiento, de cualquier clase que sea, cuando existan motivos racionales para estimar que su conocimiento pueda ser competencia de un órgano distinto del que está actuando» —apartado uno y el contenido del apartado dos— «visitar en cualquier momento los centros o establecimientos de detención, penitenciarios o de internamiento de cualquier clase de su respectivo territorio...».

Los artículos 158-3, 228, 232, 248 y 299 bis del Código civil encomiendan determinadas funciones al Fiscal respecto a la protección de menores.

La directa incidencia o, en su caso, la aplicación por analogía de los preceptos citados en los párrafos anteriores, permite al Ministerio Fiscal intervenir en los Tribunales Tutelares de Menores, en los momentos y manera que posteriormente se precisarán, cuando no existen personas que ejerzan la patria potestad o la tutela o en los casos en que dado el deficiente ejercicio de la patria potestad o de la tutela nos encontramos ante un menor desvalido.

Hasta la fecha el Ministerio Público, en observancia de sus funciones, ha procurado el cumplimiento de sus fines respecto a la protección de los menores, pero no puede contentarse con lo conseguido, debiendo, en exigencia con la importancia de su función en la sociedad actual, potenciar su actuación para el mejor logro de sus fines.

El desarrollo del propósito acabado de anunciar en el anterior párrafo, exige examinar la regulación de los Tribunales Tutelares de Menores para establecer de un modo inmediato la intervención del Fiscal ante los mismos con las limitaciones que el cumplimiento de sus funciones impone y siempre con la misión de velar y proteger a los menores, desechando cualquier matiz represivo en su actuación, y ello sin poder esperar a que una pronta y ya anunciada reforma de los citados Tribunales Tutelares de Menores, al tiempo que los sitúa dentro de la jurisdicción ordinaria, imponga expresamente la pertinente intervención del Fiscal.

La inmediata actuación del Ministerio Fiscal, que ahora se establece, viene a cumplir el mandato constitucional de que los poderes públicos promuevan las condiciones para que sean efectivas la igualdad y libertad de los ciuda-

danos —artículo 9,2 de la Constitución—, ya que la intervención del Fiscal ante los Tribunales Tutelares de Menores mejorará la adecuada protección de los menores, logrando que los mismos puedan disfrutar de unas adecuadas medidas protectoras o transformar sus circunstancias personales y hábitos de conducta, mediante su reforma, que los haga capaces del correcto uso de su libertad y les permita la participación en la vida política, económica, cultural y social, cuando alcancen la mayoría de edad, en un plano de igualdad con sus conciudadanos.

El Fiscal, como órgano público cuando actúa con fin de lograr la protección, está legitimado para intervenir ante los Tribunales Tutelares de Menores, aunque no estén integrados en el Poder Judicial, pues el ya invocado artículo 3,7, del Estatuto le permite la representación y defensa de los menores, tanto «en juicio como fuera de él».

La oposición a la admisión del Fiscal se ha fundado, por los tratadistas en esta materia, en el carácter represivo del Ministerio Fiscal, incompatible con la naturaleza de los Tribunales Tutelares de Menores. Esta postura quedó contradicha con la anterior afirmación de que el Fiscal nunca intervendrá ante los Tribunales Tutelares de Menores como órgano represivo, sino como protector de los intereses de los menores y vigilante de sus derechos. También hay que resaltar que en la vigente normativa sobre la materia no existe una prohibición expresa a la intervención del Fiscal. El argumento de que el artículo 29 del Reglamento impide la actuación de Abogados y Procuradores y que permitir la intervención del Fiscal rompería el necesario equilibrio de las partes, no puede compartirse pues la función del Fiscal, como reiteradamente se ha señalado, es la de protector del menor y nunca la de acusador. La autorización expresa al Ministerio Fiscal en el artículo 30 del Reglamento, no puede utilizarse para afirmar que en los demás casos está prohibida su presencia, pues únicamente supone la obligatoriedad de una actuación concreta en las cuestiones que el citado precepto regula (en la actualidad comprendida en la Ley de 17 de julio de 1948 y en el Decreto de 3 de octubre de 1950), que no excluye las posibles y distintas actuaciones del Fiscal.

II

La normativa reguladora del Tribunal Tutelar de Menores está básicamente contenida en el Decreto de 11 de junio de 1948, Ley y Reglamento de Tribunales Tutelares de Menores, y en el Decreto de 2 de julio de 1948, Texto refundido de la legislación sobre protección de menores, en su Título III, artículos 58 y 59. Las reformas más importantes se deben al Decreto de 11 de julio de 1968, en lo referente a Obra de Protección de Menores, y al Decreto de 26 de febrero de 1976 en aspectos relacionados con el Tribunal Tutelar de Menores.

Dado el artículo 39,4 de la Constitución, al afirmar que «los niños gozarán de la protección prevista en los Acuerdos Internacionales que velan por sus derechos», será tenido en cuenta el contenido de la Declaración de Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 20 de noviembre de 1959, así como tendrán aplicación cuantas medidas de protección sean necesarias en beneficio de los menores, tanto por parte de su

familia, como de la sociedad y del Estado, artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el día 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España.

III

Las funciones del Tribunal se desarrollan en tres ámbitos: a) *Facultad de enjuiciamiento de mayores de edad*, cuando cometan alguna de las faltas comprendidas en el artículo 548 del Código Penal —artículo 9,2 de la Ley—; b) *Facultad protectora*, cuando los menores son objeto de alguno de los supuestos regulados en los números 5, 6, 8, 10, 11 y 12 del artículo 584 del Código penal, en el artículo 3.º de la Ley de 23 de julio de 1903 o en los casos previstos por el Código civil por malos tratos, órdenes, consejos o ejemplos corruptores —artículo 9,3 de la citada Ley—; c) *Facultad reformadora*, en los casos en que los menores cometan delitos y faltas castigadas en las leyes penales o estén prostituidos, vagos licenciosos o vagabundos —artículo 9,1 de la Ley—.

La facultad represiva de enjuiciamiento de mayores de edad, en los supuestos indicados, queda fuera de las presentes consideraciones, pues la Constitución Española —artículo 117,3— reserva la facultad de juzgar y ejecutar lo juzgado a los Jueces y Tribunales, por lo que debe entenderse que la disposición derogatoria tercera de la Constitución ha dejado sin contenido esta facultad de los Tribunales Tutelares de Menores.

Hay que examinar y precisar la intervención del Fiscal en la *facultad protectora*, donde normalmente tendrá que actuar dados sus fines, y señalar los supuestos excepcionales en que es necesaria su intervención cuando el Tribunal Tutelar de Menores ejerce la *facultad reformadora*.

1. *Facultad protectora*.

Los casos en que la actuación del Tribunal Tutelar de Menores está encaminada a la protección del menor, señalados en apartado III b), tienen como denominador común la existencia de un defectuoso ejercicio de la patria potestad o tutela, o excepcionalmente la actuación de tal naturaleza de un guardador de hecho (art. 82 del Reglamento). Estamos ante casos en que los menores están desvalidos y en que el Fiscal está autorizado a intervenir a tenor de sus disposiciones orgánicas.

El Reglamento —artículo 76— ordena la instrucción de una información sumaria, con el fin de acreditar la realidad de los hechos e imputaciones.

Practicada la prueba ordenada por el Tribunal, el Fiscal formulará las alegaciones que, en su caso, se deriven de la denuncia o de la investigación contra los padres o tutores y solicitará las medidas procedentes a tenor del artículo 17 B) de la Ley o pedirá la práctica de las oportunas pruebas, si entiende que previamente a sus alegaciones debe completarse

el expediente. El Tribunal Tutelar de Menores, a la vista del informe del Fiscal, trasladará a los padres o tutores las imputaciones que haya formulado el Fiscal y las que el propio órgano deduzca contra ellos, en observancia del artículo 80 del Reglamento.

El Fiscal, que recibirá la notificación de los Acuerdos, podrá recurrir contra la decisión del Tribunal Tutelar de Menores o del Juez Unipersonal, donde éstos actúen, ante el Tribunal de Apelación, constituido en observancia del artículo 5.º de la Ley, en los casos permitidos por la Ley de Tribunales Tutelares de Menores y Reglamento para su ejecución.

El artículo 22 de la Ley y el artículo 45 del Reglamento autoriza la apelación, en un sólo efecto, contra los Acuerdos que deniegan las medidas limitativas del derecho de padres o tutores cuando se «interponga por la madre del menor o por personas que tengan con él vínculo de parentesco hasta el tercer grado o haya sido o sean sus guardadores». En estos supuestos, siempre que el Fiscal crea pertinente tal recurso, lo podrá interponer ya que ostenta la legitimación necesaria, pues sus facultades sobre el menor desvalido son muy superiores a las del simple guardador, y éste está autorizado por expresa manifestación de la Ley.

Contra los restantes Acuerdos no cabe recurso, salvo que el Acuerdo de modo expreso suspenda el derecho a la guarda y educación del menor, los que limiten ese derecho ordenando internar al menor en un establecimiento o entregarlo a otra persona, familia o sociedad tutelar y los que impongan la restricción del nombramiento de un Delegado, así como contra los Acuerdos provisionales que reúnan los requisitos del párrafo segundo del artículo 45 del Reglamento (entrañe la separación de los menores de sus padres y perduren por más de treinta días).

La apelación contra los Acuerdos citados en el párrafo anterior «podrá interponerse por el representante legal del menor, o por éste mismo, si careciese de él (art. 46, párrafo primero del referido Reglamento). En los casos que contemplamos es presupuesto común la deficiente actuación de los representantes legales de los menores —sean padres o tutores— por lo que los menores carecen —al menos parcialmente— de tal protección y ante la situación de desvalimiento hay que deducir que pueden recurrir el Ministerio Fiscal, en base a una interpretación coherente del Reglamento en su artículo 46 con el artículo 3,7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Finalmente, el Fiscal, en atención a las ya repetidas razones, intervendrá en la ejecución de los Acuerdos dictados, emitiendo los oportunos dictámenes, artículo 33 de la Ley y 106 y siguientes del Reglamento.

2. Facultad reformadora.

En los expedientes incoados en los supuestos del artículo 9,1 de la Ley, normalmente no actuará el Ministerio Fiscal, ya que en el momento actual y a la vista de las normas reguladoras de los Tribunales Tutelares de Menores no está legitimado para intervenir. Únicamente, en los siguientes casos, podrá actuar:

a) En los reseñados supuestos en que el menor carece de representación legal o ésta —padres o tutor— actúa de un modo deficiente. Por los motivos

alegados con anterioridad el Juez Unipersonal o Tribunal Tutelar de Menores, cuando se encuentre ante un supuesto en que concurra esta circunstancia, tendrá en cuenta tal situación y deberá notificar el Acuerdo recaído al Fiscal, para que el mismo pueda interponer el pertinente recurso, si lo estima conveniente, en los casos en que es posible a tenor de los artículos 22 de la Ley y 45 del Reglamento, que han sido examinados al estudiar la Facultad Protectora. Igualmente podrá intervenir, con la emisión de los dictámenes oportunos, en la ejecución de los Acuerdos, en tanto no se constituye la adecuada representación del menor o ésta no ejerza correctamente sus funciones.

b) El Fiscal, en cumplimiento del artículo 3,3 de su Estatuto, podrá ejercitar las medidas oportunas ante los Tribunales Tutelares de Menores y solicitar los testimonios necesarios, igual que puede realizar tales actuaciones ante los órganos judiciales y organismos administrativos, para lograr el respeto y defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas de los menores.

c) Dado el contenido del artículo 4,2 del Estatuto Orgánico que rige al Ministerio Fiscal, podrá visitar los centros de internamiento de los menores y deducir las peticiones oportunas ante los Tribunales Tutelares de Menores que sean consecuencia de tal actuación, sin perjuicio del ejercicio de las acciones correspondientes ante los Organos judiciales, si fuesen procedentes.

IV

El cumplimiento de estas nuevas funciones, que conlleva la observancia de la presente Circular, supone un incremento del trabajo de las Fiscalías y la necesidad de que en aquéllas en cuyo territorio se instruyan un elevado número de expedientes por el Tribunal Tutelar de Menores en el ejercicio de la facultad protectora, ámbito donde especialmente se potencia la actividad del Ministerio Fiscal, el Fiscal Jefe designe un Fiscal que, con la dedicación y compatibilidad que en cada provincia se estime necesaria, se persone ante cada Tribunal Tutelar de Menores o Juez Unipersonal y despache los asuntos relacionados con dichos organismos.

El esperado aumento de las plantillas de la Carrera Fiscal permitirá, en fecha no lejana, que el cumplimiento de las actividades, que en esta Circular se ordena, no repercuta en un incremento del trabajo de los Fiscales, como transitoriamente sucederá hasta tanto se amplíen las plantillas en número suficiente de Fiscales.

EN TORNO A SI LAS SENTENCIAS DE LOS JUZGADOS DE DISTRITO TIENEN EL CARACTER DE COSA JUZGADA CUANDO RECAEN SOBRE HECHOS QUE PUEDEN SER CONSTITUTIVOS DE DELITO

—Consulta núm. 1/1984, de 17 de mayo—

Se ha recibido en esta Fiscalía la Consulta formulada por V. I. en la que plantea la posibilidad de que pueda atribuirse, en determinadas circunstancias, efectos de cosa juzgada a las sentencias pronunciadas por los Juzgados de Distrito en el orden penal.

I. Antecedentes.

Los antecedentes suministrados pueden resumirse del siguiente modo:

A) Con motivo de un accidente de circulación en el que colisionaron dos vehículos, estos resultaron con daños y además dos personas lesionadas, hecho que determina la iniciación de las diligencias previas correspondientes de las que conoce el Juzgado de Instrucción. Pero, al propio tiempo, el Centro sanitario en donde está internado uno de los heridos, remite parte de sanidad al Juzgado de Distrito, especificándose en él que las lesiones curan en ocho días; en este Juzgado se recibe declaración al conductor del automóvil con quien viajaba el lesionado y sin más investigaciones se celebra juicio de faltas, dictándose sentencia absolutoria para el conductor.

B) En la fecha de la sentencia absolutoria, las diligencias previas continúan en tramitación, convirtiéndose poco después en preparatorias, en donde ya constan declaraciones de los conductores de los vehículos implicados, tasación de los daños, la sanidad del lesionado que curó en ocho días y la sanidad de otro herido en el mismo accidente que tardó en curar cuarenta días. Continúan las fases del procedimiento y dado el traslado preceptivo al Ministerio Fiscal, califica los hechos como constitutivos de un delito de imprudencia simple con infracción de reglamentos imputable al conductor, que fue absuelto en juicio de faltas celebrado ante el Juzgado de Distrito. La defensa del inculpado, al evacuar el traslado conferido, alega que su patrocinado ha sido ya juzgado y absuelto por los hechos imputados. Unidos a las diligencias preparatorias testimonio de las actuaciones y de la sentencia dictada por el Juzgado de Distrito, demuestran que, efectivamente, el acusado en las preparatorias por el Ministerio Fiscal, había sido absuelto en juicio de faltas.

II. Síntesis de las razones expuestas en la Consulta.

Tras la relación de hechos señala, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuáles son los requisitos de la cosa juzgada penal, y con referencia al supuesto contemplado en la Consulta, entiende que concurrirán los siguientes presupuestos: sentencia firme y definitiva, identidad subjetiva del imputado con independencia de posibles perjudicados por el hecho ya enjuiciado e identidad objetiva, puesto que los hechos ya juzgados y los que se van a ponderar en el nuevo procedimiento son los mismos.

Expone sus dudas, sobre la presencia en los hechos que examina, de este otro requisito: que la sentencia anterior haya sido dictada por órgano judicial competente por razón de la materia. Ello es así —resumimos su línea argumental— porque el hecho completo objetivamente puede constituir la falta de simple imprudencia del artículo 586, 3.º —en cuyo caso sería órgano competente *ratione materiae*— o el delito de imprudencia simple antirreglamentaria, hipótesis en que la sentencia se habría dictado por Tribunal incompetente. En todos los casos en que los hechos potencialmente admiten su encuadre como delitos y como faltas, no puede afirmarse tajantemente —a menos que el principio de seguridad jurídica resulte afectado— que la sentencia dictada por el Juzgado inferior sea ineficaz para constituir la excepción de cosa juzgada, porque siendo competente para resolver sobre las faltas, en algunas ocasiones la línea divisoria entre el delito y la falta no es clara (imprudencia simple —imprudencia antirreglamentaria, amenazas constitutivas de delito— amenazas constitutivas de falta). En trances de pronunciarse sobre el tema de la Consulta, cree que debe excluirse la posibilidad de la cosa juzgada porque simultáneamente el órgano superior estaba conociendo del hecho y con más elementos de juicio puede caracterizarlo como delito.

Por último, se dice que no es de apreciar la requerida identidad de acción, ya que no debe entenderse en abstracto, como *ius persequendi*, sino en concreto, esto es, que sea idéntica la razón en la resolución firme pronunciada y en la que se pretende conseguir en orden al hecho enjuiciado de nuevo.

Precisamente tras el análisis de estos dos últimos requisitos, estima que en el caso consultado no se origina excepción de cosa juzgada.

III. Decisión de la Consulta.

La posibilidad de volver a acusar por razón del mismo objeto procesal a la misma persona, es un acto condicionado y excepcional, por cuanto el efecto negativo de la cosa juzgada impide que los órganos jurisdiccionales puedan volver sobre lo ya resuelto conociendo un asunto por segunda vez (*non bis in idem*). Pero para que esto suceda, es precisa la concurrencia de diversos requisitos, todos ellos indispensables, de modo que la falta de cualesquiera origina el rechazo de la excepción de cosa juzgada, lo que permite dictar otra sentencia sobre el fondo. Trasladándonos a los hechos cuestionados, aceptar que algún presupuesto esté ausente, significaría negar la eficacia prejudicial, en el procedimiento de diligencias preparatorias en tramitación, de la anterior sentencia absolutoria dictada por el Juzgado de Distrito.

Las identidades procesales que el artículo 1.252 del Código civil prevé para la cosa juzgada civil, el Tribunal Supremo las ha aplicado a la cosa juzgada penal. Es, en efecto, doctrina jurisprudencial muy reiterada (entre otras, Sentencias de 15-4-1946, 22-12-1969, 9-10-1974, 21-3-1979, 1-10-1980, 2-2-1981 y 24-9-1981) por lo que respecta a las identidades, que entre la sentencia firme y el nuevo proceso en que se invoque la excepción, concurren las tres circunstancias esenciales de:

— *Identidad subjetiva (eadem personae)* entre las personas que hubieren sido parte en el proceso anterior resuelto por sentencia firme y las que constituyan la relación jurídica procesal del nuevo, o, como dice la Sentencia de 19 de octubre de 1970, «identidad de acusado».

— *Identidad de objeto o cosa material (eadem res)*, por ser los mismos los hechos ya enjuiciados y los queridos valorar en el nuevo proceso, debiéndose buscar aquellos en el fundamento fáctico de la sentencia y no en su fallo, siendo, además, de destacar según subrayó la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1892, que cualquiera que sea la calificación jurídica si el hecho es el mismo se produce el efecto de cosa juzgada.

— *Identidad de acción (eadem causa petendi)*, no en abstracto (*ius persequendi*), sino en concreto por ser idéntica la razón de pedir entre la resolución dada y la pretendida conseguir en orden al hecho enjuiciado de nuevo.

Mas para la estimación de la *exceptio res iudicata* existe otro requisito ajeno a las identidades, y es el siguiente: que la sentencia firme cuyo efecto de cosa juzgada se invoca, esté dictada por órgano que tenga jurisdicción para ello al ser competente por razón de la materia (Sentencias de 24-3-1971, 4-5-1972, 1-10-1980, 4-2-1981, etc.). Este requisito se ha planteado en muy diversas direcciones, mas aquí lo relacionamos tan sólo en cuanto los hechos objeto de un segundo proceso por delito han sido juzgados ya por órganos de la Justicia municipal como constitutivos de falta, que es precisamente lo cuestionado en la Consulta. La nulidad de una resolución en la que concurren tales circunstancias es proclamada, por ejemplo, en la Sentencia de 24-3-1971, declarativa de que «la imposibilidad de dos procesos diferentes y de dos resoluciones distintas sobre el mismo objeto procesal exige que la resolución precedente haya sido dictada por Juez que posea jurisdicción y competencia objetiva suficiente para actuar y decidir, pues si la sentencia la dicta un Juez Municipal que sólo la posee para conocer de los juicios de faltas y fallar sobre infracciones veniales según el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, haciéndolo en relación a hechos que deban calificarse como estrictos delitos atribuidos en su conocimiento exclusivamente a los Jueces de Instrucción o a las Audiencias Provinciales en el artículo 74, 2.º y 3.º de dicha norma, es evidente que por radical ausencia de jurisdicción resulta nula tal resolución, que no puede impedir que se persiga posteriormente el propio hecho valorado como delito, por ser la resolución dictada con notoria incompetencia y en virtud de una pretensión distinta de la que con arreglo a la ley vinculante correspondía ejercitar, ya que tales Jueces municipales carecen ciertamente de facultades para conocer de los delitos y sus decisiones no pueden producir sobre éstos los efectos de cosa juzgada». En el mismo sentido se expresa la Sentencia de 4-5-1972 cuando afirma —citando en su apoyo las de 30-9-1886, 27-1-1887, 12-4-1903, 12-1-1906, 31-1-1925, 12-4-1930 y 24-3-1971— que aunque se entendiera que en apelación de juicio de faltas recayó sentencia sobre los mismos hechos que la Audiencia en juicio después... como quiera que el Juez de Instrucción carecía de competencia objetiva para resolver sobre hechos integrantes de delito atribuido a conocimiento de la Audiencia (escándalo público), esa incompetencia producía de pleno derecho la nulidad de la re-

solución del Juez, posibilidad de convalidación, toda vez que, derivada de un juicio de faltas integrando delito la materia del mismo, no entra en juego el principio *non bis in idem* ni puede darse la excepción.

Por su parte, la Sentencia de 4-2-1981, entiende que la excepción de cosa juzgada es apreciable únicamente cuando de los hechos en que se funde, se deduzca una perfecta identidad de objeto fáctico y un sujeto pasivo del proceso con referencia a una resolución que, a más de tener carácter de firme y ser de fecha anterior, haya sido pronunciada por Tribunal competente para ello. En tal sentido, las sentencias de los Juzgados de Distrito no tienen el carácter de cosa juzgada cuando recaen sobre hechos conceptuados posteriormente como constitutivos de delito por Tribunal competente. En términos análogos la Sentencia de 3-2-1984.

A las sentencias de los Juzgados de Distritos no cabe asignarlas el carácter de cosa juzgada, y ello tanto si se entiende que los hechos han sido calificados erróneamente como faltas, como cuando apareciendo en principio como faltas, una posterior investigación justifica que son delitos. En ambos casos en un proceso posterior pueden juzgarse los mismos hechos. En la textura planteada en un plano general, y que tanto preocupa al autor de la Consulta, de si ante una sentencia presuntamente injusta debe prevalecer la seguridad jurídica —aceptar la excepción de cosa juzgada con la consiguiente inmutabilidad de la resolución ya dictada— o la justicia —rechazar la excepción de cosa juzgada y dictar otra sentencia más acomodada a los hechos— el presunto peligro jurídico sería en todo caso remoto por la infrecuencia de que ante un hecho dado se llegue a aquella alternativa. Ello es así porque existe una posibilidad doble de ponderar los hechos antes de dictar sentencia; de un lado, el titular del Juzgado de Distrito al analizar los hechos objeto del juicio puede inhibirse (art. 12 del Decreto de 21 de noviembre de 1952) cuando no sean constitutivos de falta; y de otro porque si la generalidad de los procedimientos se inician por diligencias previas, es el Juez Instructor quien manda remitir lo actuado al Juez de Distrito competente si reputa los hechos falta (art. 789, segunda de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Pero es que en el supuesto de la Consulta entendemos que no existe siquiera identidad objetiva absoluta entre los hechos que fueron objeto del juicio de faltas y los que integran el procedimiento de diligencias preparatorias. Los constitutivos de éste son más extensos que los de aquél, ya que el juicio de faltas quedó reducido a valorar el comportamiento del conductor de un vehículo que al colisionar con otro produjo lesiones en su acompañante que curaron en ocho días. Tal hecho nunca podía exceder de una falta. El procedimiento de diligencias preparatorias tiene un marco típico de mayor entidad como se desprende de los antecedentes resumidos. Entre uno y otro, la identidad objetiva es sólo parcial. Hay coincidencia material en el acaecimiento —un accidente de circulación— y en el orden temporal, pero no en la totalidad de los resultados lesivos de él derivados, pues si resultaron dos personas lesionadas y con daños los vehículos, el ámbito del juicio de faltas concluido se redujo a las lesiones leves de una persona.

Cuando después de dictada sentencia en juicio de faltas se definen acon-

tecimientos que varían la tipicidad, aumentan la punibilidad y pueden cambiar la culpabilidad, es absolutamente viable la prosecución de un nuevo proceso; no hay razón para la admisibilidad de la excepción de cosa juzgada sólo porque la primera sentencia se haya dictado prematuramente. No nos hallamos, pues, ante un mismo hecho. No hay identidad total, pues en cualquier caso el hecho jurídico penal de la sentencia del Juzgado de Distrito pasaría a formar parte del supuesto de hecho investigado en las diligencias preparatorias. Falta, pues, el requisito esencial de la identidad objetiva (*eadem res*) entre un procedimiento y otro. La sentencia de 4 de febrero de 1969 no estimó la excepción de cosa juzgada alegada porque los hechos del juicio de faltas no eran los mismos que los motivadores de la sentencia combatida, aun cuando fueren de la misma naturaleza o tuvieran significación idéntica o análoga.

Así, pues, en todos aquellos supuestos que sean análogos a los que plantea la Consulta, el Ministerio Fiscal deberá impugnar la excepción de cosa juzgada que pueda plantearse, ya que tal sentencia, al haber sido dictada por un órgano jurisdiccional no competente por razón de la materia, debe reputarse acto procesal nulo.

MOMENTOS EN QUE PROCEDE DECRETAR LA LIBERTAD CON FIANZA PARA LOS DELITOS COMPRENDIDOS EN EL ARTICULO 503, 2.º DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

—Instrucción núm. 1/1984, de 28 de febrero—

I

Las acciones delictivas que atentan de modo grave a la paz pública, no sólo no se estabilizan sino que aumentan, manifestándose de modo especial en la calle, en establecimientos comerciales y en entidades de crédito. Ante la justificada alarma que producen, se hace preciso dar satisfacción inmediata a un sentimiento de indignación motivado por el hecho no infrecuente de que autores reiterados de aquéllas conductas se hallan en libertad tras haber sido detenidos. La conciencia social reclama que muchos de estos delincuentes se mantengan en situación de prisión provisional, con lo que al tiempo que se evitaría la comisión de nuevos delitos, se mantendría el equilibrio de una ética popular fundada sobre el *consensus* general que solicita una mayor energía para quienes contribuyen de modo tan directo al deterioro progresivo de la seguridad ciudadana. Como defensores cualificados de los intereses generales de la comunidad, y, en particular, de la vida, la propiedad y la dignidad, y en salvaguarda de la más alta expresión de la soberanía del Estado democrático, que es la Justicia, estimamos oportuno en estos momentos, en garantía de tales derechos, dictar las presentes instrucciones orientativas sobre la interpretación que deba darse a algunas normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal relativas a la medida cautelar de prisión provisional.

II

La prisión provisional que debe acordarse necesariamente (*prisión provisional obligatoria*) cuando son objeto de imputación delitos a los que corresponde una determinada pena grave, no plantea problemas interpretativos en la práctica judicial. Mas para la *prisión provisional facultativa*, que debe cohonestar los principios constitucionales de la limitación temporal de la privación de libertad (art. 17.4) y de la presunción de no culpabilidad (art. 24.2), y que en buena medida se funda sobre la discrecionalidad, no están bien precisados todos los confines que cooperan a marcar el tránsito hacia la libertad provisional. En la Instrucción 1/1983, de 6 de mayo, de esta Fiscalía General, se analizaron los requisitos más generales precisos para decretar la prisión provisional; ahora nos contraemos al examen individualizado de uno de ellos: el momento y las circunstancias requeridas para que proceda el acuerdo de la prestación de fianza, acto legitimador de la medida cautelar alternativa de la libertad provisional.

A) Presupuesta la existencia del juicio de probabilidad (*fumus boni iuris*) sobre la responsabilidad penal del sujeto pasivo (según el artículo 503.1.ª y 3.ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: que consten en la causa la existencia de un hecho que presente caracteres de delito y motivos bastantes para creer responsable de él a la persona contra la que haya de dictarse el auto de prisión), el artículo 503.2.ª, a efectos de determinar la procedencia de la prisión provisional, atiende en primer lugar a un criterio abstracto —la gravedad de la pena— que puede flexibilizarse con el uso de la facultad judicial de señalar fianza si median algunas circunstancias enumeradas con carácter exhaustivo (art. 504, párrafo segundo); pero se prevé también la situación inversa: cuando la pena probable sea tan sólo la de prisión menor, puede acordarse la prisión provisional si el Juez la considera necesaria, atendidas las circunstancias del hecho y antecedentes del imputado, hasta que preste fianza (art. 503.2.ª, último inciso). En consecuencia, deben distinguirse estos dos casos:

a) Prisión provisional cuando el delito de que se trate tenga asignada pena superior a prisión menor (art. 503.2.ª, inciso primero). Existen límites a esta situación capaces de conducir a la libertad provisional. Uno es automático y otro discrecional.

— El límite que opera *ex lege* consiste en que la prisión provisional no excederá de la duración máxima que para la medida cautelar fija el artículo 504, párrafo tercero.

— El límite que se desenvuelve en el ámbito de la discrecionalidad está formado por las circunstancias expresadas en el artículo 504, párrafo segundo. El Juez o Tribunal «podrá acordar, mediante fianza, la libertad del inculcado» (artículo 504, párrafo segundo, final).

b) Prisión provisional aún cuando el hecho denunciado sólo tenga señalada pena de prisión menor (artículo 503.2.ª, inciso segundo) pero lo juzgue necesario el instructor dadas las circunstancias del hecho y del imputado. Aquí también hay límites a la situación de prisión. Uno es el que se des-

prende de un dato puramente cronológico: no exceder del tiempo que marca el artículo 504, párrafo tercero; y el otro deriva de la prestación de una garantía, pues la prisión durará «hasta que preste la fianza que se le señale» (artículo 503.2.ª, final).

B) En consecuencia, lo mismo para los delitos más graves (pena superior a la de prisión menor) que en los menos graves (pena de prisión menor), la efectiva prestación de la fianza exigida es determinante de la libertad. Esta resolución puede tomarse, bien en el momento procesal de elevar la detención o prisión o bien *ad futurum*, porque las medidas de prisión o libertad están sometidas al principio *rebus sic stantibus* (artículo 539 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Pero tanto la decisión inicial como su transformación posterior, no son facultades esencialmente discrecionales y potestativas, sino que deben ponderarse, con valoración estrictamente jurídica, todas las circunstancias que prevé la ley, esto es tanto las particulares referentes al autor y al hecho, como las generales con posible incidencia comunitaria (alarma producida, delitos de frecuente comisión). No puede considerarse legítimo un uso sistemático, inmoderado o arbitrario de la facultad discrecional capaz de contribuir indirectamente, con la libertad del imputado, a la nueva puesta en peligro de los mismos bienes jurídicos protegidos que se lesionaron con el hecho anterior.

Con las aludidas correcciones, la discrecionalidad conferida al Juez se puede manifestar no sólo en la apreciación de las circunstancias favorables (artículo 504, párrafo segundo) o adversas (artículo 503.2.ª, último inciso), sino también en el *quantum* de la fianza a prestar (artículo 531). De igual modo se halla en el radio de lo discrecional, el tiempo o momento en que deba ser sustituida la medida cautelar de prisión por la de libertad condicionada a la prestación de fianza. Es decir, que se adecuará al plano de la pura legalidad el hecho de dictar auto de prisión concurriendo las circunstancias del artículo 504, párrafo segundo, y pasado un tiempo prudencial y razonable dictar auto modificativo, porque la ley lo que indica al Juez es que ante tales circunstancias *puede* acordar la libertad con fianza, no que *deba*, imperativa e inexorablemente, en ese preciso instante disponer la libertad con fianza. Lo mismo sucede ante los supuestos abarcados por el artículo 503.2.ª, inciso último, ya que en él se parte, como medida directa y principal, de la prisión provisional «hasta que preste la fianza que se le señale, y ese momento —que tampoco está predeterminado— también lo fijará el Juez en ajustada apreciación de los hechos. En ambos casos (artículos 504 párrafo segundo y 503.2, final) el único límite no sujeto a discrecionalidad en el *dies ad quem* de la exigencia de fianza, es el derivado del plazo expreso en el artículo 504, párrafo tercero.

La única diferencia —y fundamental— entre los supuestos objeto de análisis, es que para los delitos cuya abstracta penalidad no exceda de prisión menor (artículo 503.2.ª, inciso final), la medida cautelar de prisión nunca podrá ser absolutamente incondicional, razón por la que, obviamente, se situaría en el área de los actos contra ley el hecho de mantener al imputado en esa situación —la de prisión provisional incondicional— durante todo el tiempo que expresa el artículo 504 párrafo tercero; ello significa que durante

el transcurso de ese plazo el Juez, en el ejercicio de sus facultades discrecionales, deberá modificar el auto por otro en que acuerde la libertad provisional condicionada a la prestación de fianza. Pero, insistimos, tampoco impone el artículo 503.2.º, párrafo último, que en el auto inicial de prisión se fije ya la clase y cuantía de la fianza, habida cuenta, sobre todo, de que en ese momento, tan próximo al acto de apertura del proceso, no suele estar agotada la investigación, por lo que difícilmente puede delinearse la exacta tipicidad de la conducta. Todo lo que antecede resulta de los preceptos en vigor que —al derogar la Ley 16/1980, de 22 de abril— han vuelto a la redacción originaria del artículo 503.2.º, norma que siempre se había reputado, relativamente al tiempo de decidir sobre la fianza, como atributiva de discrecionalidad y no como manifestación de un criterio temporalmente automático.

C) En síntesis, para los autores de delitos más frecuentemente cometidos, la alternativa que sobre ellos se cierne de libertad o prisión, está condicionada por el ejercicio de una facultad sujeta a limitaciones que se atribuye en exclusiva a los órganos jurisdiccionales. Mas como para formar el *status* de sujeción que comporta la prisión provisional es circunstancia relevante la alarma que produce la reiterada comisión de ciertos delitos, el Ministerio Fiscal garante de una política positiva de defensa social, deberá procurar que las decisiones judiciales sobre prisión y libertad se ajusten a la interpretación dada; con ella quizás pudiera conseguirse la realidad del efecto intimidativo propio de la aplicación de la medida cautelar en sus justos términos, al tiempo que se evitaría la proliferación en libertad de delincuentes autores de pluralidad de delitos.

