

# REFLEXIONANDO SOBRE LA PREJUDICIALIDAD.

Miquel Masot Miquel

## I.- Bienvenida al nuevo Académico.

Es una obligación que asumo con mucho gusto la de dedicar unas primeras palabras de *laudatio* y bienvenida al nuevo Académico.

Y ello es así porque conozco a Antonio Terrasa desde hace muchos años. Y no porque tengamos la misma edad, que, obviamente, no es el caso, sino porque fui su profesor en la Sección Delegada de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona, que fue el embrión de lo que después ha venido a ser la Facultad de Derecho de la UIB.

Tengo en la mente a Antonio Terrasa como un alumno estudioso, aplicado y diligente que, creo recordar, mereció en mi asignatura las máximas calificaciones.

Realmente aquellas primeras promociones de un centro universitario, que no era todavía una Facultad de Derecho, dejaron en muy buen lugar a los Profesores que les habíamos introducido en las complicadas sendas del Derecho, pues de ellas salieron importantes juristas que han alcanzado lugares destacados entre nuestros operadores jurídicos. Ciertamente, uno de ellos es quien hoy nos honra a la Academia con su ingreso en la misma.

En el año 1984 Antonio Terrasa ingresó en la Carrera Judicial pasando a servir diversos Juzgados y, entre ellos, el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Palma, donde estuvo desde 1989 a 1996 y en el que tuve ocasión de reencontrarme con él. Era un Juzgado especializado en juicios ejecutivos y yo, por aquel entonces, ejercía la Abogacía y llevaba la asesoría jurídica de una entidad bancaria, con lo que eran continuas las demandas

ejecutivas del Banco que correspondían a dicho Juzgado. Antonio Terrassa, como Juez, me demostró ampliamente que sus dotes de aplicación y estudio –por mi ya conocidas– se habían ido incrementado, a la par de hacer gala del que para mi es el primero de los principios generales del Derecho, que es el principio del sentido común.

Durante aquellos años –de 1990 a 1996– fue Decano de los Jueces de Palma, hasta que este mismo año fue nombrado Magistrado de la Audiencia Provincial, asumiendo, casi inmediatamente, en 1997, la Presidencia de la misma, hasta el año 2004, en que fue designado Presidente del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, cargo que, desde entonces, continua desempeñando.

Y ha sido en la Sala de lo Civil y Penal del TSJ –de la que yo formaba parte cuando él accedió a la Presidencia del mismo– donde he tenido ocasión de conocerle más a fondo, de ponderar su ingente capacidad de trabajo, sus amplios conocimientos y su agudeza jurídica, ya que, posiblemente, donde mejor se muestran todas estas cualidades es en las deliberaciones de las resoluciones judiciales.

También recuerdo su firmeza y, a la vez, prudencia en la dirección de los juicios y apelaciones; y rememoro que, a veces, hacía gala de fina ironía, como la ocasión en que, acabada una vista de apelación procedente de una causa del Tribunal del Jurado, una de las personas que habían intervenido en la misma se desprendió, ante nosotros y de manera precipitada, de la toga, mientras que el Letrado Sr. Valdivia, que había intervenido también, como apelante, en aquella vista, salió de la sala solemnemente, con la toga puesta, y nos hizo, al llegar a la puerta de salida, la habitual inclinación de cabeza. A la cual respondía el Presidente Sr. Terrasa con estas palabras: “gracias Sr. Valdivia por no haberse quitado la toga”.

La actividad doctrinal del nuevo Académico ha sido continua a lo largo de los años. Dan fe de ello las numerosas ponencias, seminarios y conferencias que ha impartido así como sus artículos publicados en revistas de nuestra especialidad, como la Revista General de Derecho, La Ley, la Revista Jurídica de las Illes Balears y otras, tratando importantes temas, particularmente de Derecho penal y de Derecho procesal.

Desde este momento, queda invitado el nuevo Académico a participar en nuestras tareas corporativas, pues, en la Academia pasa aquello que se dice en la Biblia de que “la mies es mucha y los obreros son pocos”. Y, en este sentido, estamos seguros de que nos ayudará sobremanera a mantener el destacado nivel intelectual que nos esforzamos, entre todos, con que cuente nuestra Corporación.

## II.- La prejudicialidad.

En los ya lejanos tiempos en los que me dedicaba a la enseñanza del Derecho recuerdo que solía empezar mis clases contando a los alumnos un caso que yo hubiera vivido profesionalmente –y, en último término, un supuesto práctico– para, de alguna manera, captar su atención y hacerles ver que la clase que se iba a impartir no eran meras elucubraciones teóricas, sino que sintonizaban con la realidad jurídica de todos los días.

Y hoy, rememorando aquellos ya lejanos años, voy a referirme también, de entrada, a una experiencia propia, porque creo que pone de relieve la trascendencia del tema de la prejudicialidad que hoy nos ocupa.

Me correspondió, durante mi época de Magistrado de la Sala Civil y Penal, instruir una causa en la que estaban denunciados los integrantes de un Ayuntamiento de nuestras Islas –uno de ellos aforado– por haber dado una licencia de construcción que, a primera vista, no se podía dar, por suponer un piso más de los permitidos por el nuevo planeamiento urbanístico. De entrada, la cuestión parecía simple dado que el art. 320 CP sanciona a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya concedido licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes.... Pero, por aquel entonces, los Magistrados de la Sala Civil y Penal prestábamos apoyo a la Sala de lo Contencioso Administrativo –dada la ingente cantidad de trabajo de la misma– y quisieron las circunstancias que, de esta forma, conociera que, próximamente, se iba a resolver una impugnación contra el nuevo plan de ordenación urbana de la misma localidad, basada en el hecho de que dicho plan no se había publicado íntegramente en el Boletín de la Comunidad Autónoma, sino tan solo el acuerdo de aprobación del mismo.

Consideré que era oportuno esperar a conocer el criterio de la Sala de lo Contencioso Administrativo, criterio que fue –según se exponía en su sentencia– que el nuevo Plan de Ordenación era *válido*, pero no podría ser *eficaz* ni considerarse *vigente* hasta que se hubiera producido su publicación íntegra en el Boletín de la Comunidad Autónoma. En el caso que yo instruía, el permiso concedido estaba de acuerdo con el anterior planeamiento –que permitía la altura del edificio concedida–, pero no lo estaba con el posterior que la rebajó. Y, aplicando la doctrina de la Sala de lo Contencioso Administrativo a la causa penal que yo instruía, lo cierto es que, cuando se concedió la licencia, según su sentencia, no estaba el nuevo plan *vigente*, siendo, por tanto, de difícil ubicación el supuesto en el tipo delictivo del art. 320 CP., que hace referencia expresa a las *normas urbanísticas vigentes*.

Esta historia que les he contado pone de relieve una consideración de la que se parte en el discurso de ingreso que no es otra que la de la unidad del

Ordenamiento jurídico. Es evidente que, por razones sistemáticas y de más fácil aprendizaje, se ha desgajado el árbol del Derecho en distintas ramas; pero también lo es que las mismas están profundamente entrelazadas las unas con las otras; fenómeno que se va acrecentando, además, en los tiempos actuales, que conocen una inusitada expansión del Derecho penal, al invadir paulatinamente las otras ramas del Derecho, potenciando, en la normativa de cada una de ellas, la aparición de nuevos *ilícitos penales* mediante las remisiones de las *normas penales en blanco*, en terminología, que ha hecho fortuna, de Karl Binding.

Si, además, cada una de las tradicionales ramas del Derecho –civil, penal, administrativo y social– tienen su propia jurisdicción, que, en el caso de la jurisdicción contencioso-administrativa, tiene un carácter –que no tienen las demás– revisor de las actuaciones de las Administraciones Públicas, esta interrelación entre las diversas ramas del Ordenamiento jurídico suscita, de entrada, problemas tendentes a la determinación de cual sea la jurisdicción competente en aquellos supuestos en los que aparecen normas jurídicas de una y otra rama del Derecho enlazadas entre sí.

La cuestión había preocupado hondamente a la doctrina anterior a la –hoy ya venerable, pues es más que centenaria– LECrim de 1882, en cuya exposición de motivos leemos que, con la regulación en la misma de las cuestiones prejudiciales –artículos 3 a 7– “se ha venido a llenar un vacío sustancial en nuestro antiguo Derecho, por donde era frecuente el arbitrio un tanto desmedido, y, más que desmedido, contradictorio de la jurisprudencia”.

Como sabemos, la regulación de las cuestiones prejudiciales se estructura sobre la base de una **regla general** –la competencia de los Tribunales penales se extiende a resolver, para el sólo efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales, cuando aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea imposible su separación–, con una excepción **absoluta** –relativa a la validez de un matrimonio o a la supresión de estado civil, que siempre se deferirán previamente al juez civil, y unas excepciones **relativas**, como son las concernientes al supuesto de ser la cuestión prejudicial determinante de la culpabilidad o de la inocencia, en cuyo caso se resolverá por la jurisdicción que corresponda, o hacer referencia la cuestión prejudicial a la propiedad de un inmueble o derecho real, en cuyo caso el Tribunal penal podrá decidir sobre la misma si vienen fundadas en título auténtico o en actos indubitados de posesión, no pudiendo hacerlo, *a sensu contrario*, cuando tienen otro fundamento.

Sin embargo la doctrina (Jiménez Asenjo) no acogió con especial beneplácito este sistema de resolución de las cuestiones prejudiciales. Se dijo que el sistema, importado de la legislación extranjera, resulta una pieza mal

encajada en nuestro sistema procesal penal, y se argumentó que los escasos artículos dedicados a la materia no resultan claros y útiles para resolver los problemas cuando se presentan cuestiones prejudiciales. Y se puso de relieve la evidente contradicción entre la regla general –que atribuye la competencia al tribunal penal cuando la cuestión prejudicial aparezca tan *íntimamente ligada al hecho punible que sea radicalmente imposible su separación*, caso en el que la cuestión prejudicial será *no devolutiva*– y la excepción –que convierte la cuestión prejudicial en *devolutiva* cuando es *determinante de la culpabilidad o de la inocencia*–, ya que ¿puede concebirse ligamen más íntimo que el que es susceptible de determinar la culpabilidad o la inocencia? Es evidente que la línea de separación entre la regla general y la excepción no aparece suficientemente nítida.

Como es sabido, la Ley Orgánica del Poder Judicial ha incidido en la cuestión con un precepto –el art. 10– que establece también una regla general, al sancionar que a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privadamente, e introducir después una excepción a favor de los tribunales de lo penal, ya que señala que la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta, determinará la suspensión del procedimiento ante las otras jurisdicciones.

En el discurso de ingreso se analiza con rigor la cuestión de si este precepto de la LOPJ, dado su carácter orgánico y su evidente posterioridad respecto de la LECrim, ha derogado tácitamente el régimen de ésta, aportando copiosa jurisprudencia sobre el particular, y concluyendo que, mediante una fórmula simplista, y sin matizaciones ni criterios, se permite que las cuestiones prejudiciales se resuelvan por el mismo órgano que conozca del asunto en que aparezcan, reforzando de esta manera el principio de la no devolutividad.

Y refuerza esta conclusión con las palabras de Muñoz Machado expresivas de que “la voluntad de omnipotencia de los tribunales penales ha puesto las soluciones dadas por la Lecrim para resolver las cuestiones prejudiciales en el desván donde se almacenan las técnicas jurídicas más olvidadas”. Pudiéndose decir, asimismo, que en el discurso de ingreso se dan cuatro bandas de sólidos argumentos para fundamentar la retención de la competencia por parte de los tribunales penales.

Pero sabido es que, de la misma manera que muchas son las flores y plantas que crecen en los verdes prados, también son muchas las opiniones que brotan en los siempre discutibles y discutidos campos del Derecho.

Y así un sector doctrinal (Santos Requena) ha alertado del hecho de que

la prejudicialidad penal puede llevar a considerar delictivas unas conductas que los tribunales contencioso-administrativo ni siquiera habrían considerado contrarias a la legalidad administrativa; añadiendo que la masificación de la actividad administrativa (incluidas sus correspondientes irregularidades e ilegalidades) puede llevarnos al riesgo de la “cuasi-automática criminalización de todo ilícito administrativo”, añadiendo que “sin la prejudicialidad administrativa devolutiva obligatoria, toda actividad aparentemente ilegal de las autoridades y funcionarios públicos sería examinada por el orden penal con anterioridad o con suspensión de los procesos en el orden contencioso”. Y añade: “Es evidente que el *iter* lógico es el contrario: el orden jurisdiccional especializado, que es el contencioso-administrativo, debería examinar la adecuación a derecho de la actividad impugnada, sirviendo de filtro para el orden penal, que sólo intervendría aplicando el Derecho Penal como *última ratio* y según el principio de intervención mínima en los casos en que se aprecie, con el debido rigor jurídico, la concurrencia de *indicios racionales de criminalidad*”.

Tenemos por tanto unas opiniones contrapuestas y posiblemente el lógico discernir de mi razonamiento debe tratar de determinar cual debe ser, obviamente a mi solo y pobre juicio, el criterio acertado. En definitiva, sopesando una y otra corriente doctrinal, ¿dónde está la verdad? Desde luego difícil misión, porque nos encontramos ante un *prius* ineludible, que no es otro que la pregunta ¿qué es la verdad?

Jesús de Nazareth no contestó a la pregunta que, en estos mismos términos, le hizo Poncio Pilatos. Demócrito de Ábdera decía aquello de *veritas est in abysso* (la verdad está en un abismo) y Lord Byron decía, en su *Don Juan*, *truth is always strange, stranger than fiction* (“la verdad es siempre cosa extraña; más extraña que la ficción”).

De entrada, puede parecer que se adaptaría a los dictados de la lógica que la jurisdicción revisora de la actuación de las Administraciones públicas examinara las conductas que, aparentemente, han infringido la legalidad administrativa, para ponderar si realmente se ha dado tal infracción, como *prius* necesario para que luego los tribunales penales examinaran si tales conductas, además de constituir una infracción administrativa, encajan en alguno de los tipos establecidos por la norma penal. No hay que olvidar, en este sentido, que la jurisdicción contencioso administrativa es la única que tiene, por definición legal, un carácter revisor de las actuaciones de las Administraciones públicas, con la consiguiente especialización acreditada de algunos de sus Magistrados.

Por otra parte, no se puede olvidar que el seguimiento de una causa penal contra una persona –particularmente si va seguido del habitual eco

mediático cuando se trata de una persona pública o conocida— supone, en muchas ocasiones, su absoluto descrédito y su ruina económica personal. De ahí la necesidad de prueba incriminatoria para condenar una persona, no bastando los meros indicios; y de ahí también la consideración —que desgraciadamente se va ya retirando de cada día más velozmente con el transcurso del tiempo— de que el Derecho penal es la *ultima ratio*, al que acudir sólo si se han pasado los filtros previos y queda acreditada la consideración de que no se está, tan solo, ante cuestiones civiles o administrativas.

Pero una prejudicialidad necesariamente devolutiva tendría también sus inconvenientes, a los que se refiere el discurso de ingreso, que nos habla de las torturantes dilaciones que con la misma se producirían, en un marco procesal que ya las conoce sobradamente. No se puede olvidar, en este sentido, que la realidad de nuestros Tribunales nos muestra continuamente causas con cada día más personas implicadas y que, a la vez, presentan una mayor complejidad. Es evidente que estas macrocausas serían el campo abonado para que los letrados de los inculpados —en uso legítimo de sus derechos— promovieran cuestiones prejudiciales que, si han de tener carácter devolutivo, supondrían suspensiones del procedimiento penal hasta que la jurisdicción contencioso administrativa determinara si se ha producido o no infracción de la legalidad administrativa, determinando, en definitiva, no ya dilaciones extraordinarias, sino la casi imposibilidad material de que se llegara a dictar sentencia penal en ciertas causas.

Todo ello hace que resulte difícil responder, en términos absolutos, a la pregunta de si ha de regir o no la devolutividad en las cuestiones prejudiciales. Posiblemente la lógica jurídica la demandaría, pero la terca realidad de los hechos la hace *hic et nunc*, como acabamos de ver, inviable. Por lo tanto este pequeño recorrido intelectual que, en mi modesta intervención, vengo realizando para tratar de encontrar la verdad, nos lleva a la triste conclusión de que, en esta materia como en tantas otras, no hay verdades absolutas, sino sólo verdades relativas que son hijas de los tiempos y de las circunstancias, y éstas, en estos momentos, no aconsejan la devolutividad.

Es posible que, en otros tiempos más sosegados, pueda llegarse a una situación distinta, en que será una garantía más, para las personas involucradas en una causa penal, el hecho de que la jurisdicción especializada haya podido resolver, de manera previa, las cuestiones prejudiciales que se hayan suscitado; pero esta situación será, evidentemente, fruto de otras circunstancias históricas.

En resumen, y finalizo, sólo hay verdades relativas –y no absolutas– en el terreno de la devolutividad. Pero este fracaso en la búsqueda de una verdad absoluta no debe llevarnos a la desesperanza ni, desde luego, causarnos tristezas y lamentos, porque, como nos enseñó el clásico –en este caso Horacio, en su *Epístola ad Pisones*– *todos somos engañados por la apariencia de la verdad*.

Muchas gracias.