

**BREVE APUNTE SOBRE LA PROBLEMÁTICA PROCESAL
DE ALGUNOS ARCHIVOS DE DILIGENCIAS PREVIAS
Y SOBRESEIIMIENTOS DEFINITIVOS
DE CAUSAS CRIMINALES**

Francisco BLAY VILLASANTE
General Consejero Togado.

El art. 141, párrafo tercero, primera, de la Ley Procesal Militar faculta al Juez Togado para tomar el acuerdo en unas Diligencias Previas, por auto, del archivo de las mismas «si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal».

También el art. 246-2.º de dicha Ley Adjetiva dispone que «procederá el sobreseimiento definitivo cuando el hecho no constituya delito». Tal sobreseimiento de una Causa criminal lo acordará el Tribunal Militar Territorial competente, a instancias del Juez Togado, del Fiscal Jurídico Militar (con audiencia de las partes), o de oficio el propio Tribunal (arts. 244 y 250).

Aparentemente estos preceptos rituarios militares, que concuerdan con los arts. 637-2.º y 645 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no ofrecen dudas interpretativas, salvo en lo referente a qué se entiende por «hechos no constitutivos de infracción penal».

Es decir: ¿han de ser los hechos atípicos por, evidentemente, no encajar en la norma legal, en cualquier conducta configurada como delictiva en los Códigos Penales, o por el contrario, cabe también encuadrar aquellas conductas no delictivas por incidir en ellas la inculpabilidad, inimputabilidad o modificación de la responsabilidad por excluirse la antijuricidad?

Este es el objetivo de la presente Nota, pues de cual sea la resolución dependerá que el acuerdo tomado por Jueces y Tribunales pueda o no conculcar los principios de contradicción y oralidad que rigen en el moderno proceso penal.

Forzoso es comenzar por exponer elementales nociones de la parte general del Derecho Penal, concretamente referidas a las circunstancias eximentes.

El punto de coincidencia entre las llamadas «circunstancias eximentes» de la responsabilidad criminal del art. 8.º del C.P.C. —de aplicación en la Jurisdicción Militar conforme al art. 21 del C.P.M.—, lo hallamos en el hecho de

que todas ellas producen el efecto de impedir la responsabilidad penal que existiría, caso de que no concurriesen. La heretogeneidad deriva de que no todas exigen de responsabilidad por las mismas causas o, lo que es lo mismo, no todas ellas son de la misma naturaleza. Aunque a simple vista parezca deducirse de ellas que su papel es el de impedir la aplicación de la pena al que ha cometido un delito, esto no es así, pues el fenómeno ante el que nos encontramos cuando concurre una de tales circunstancias es el de que el delito no llega a existir, precisamente por haberse dado la misma. Son, pues, *causas excluyentes del concepto de delito*.

Como es sabido, el delito surge por la concurrencia en una conducta de una serie de elementos o caracteres que la doctrina científica ha destacado a partir de la teoría de Beling en 1906, pudiéndose afirmar, con Mezger, que el delito existe cuando una acción es típicamente antijurídica, culpable y punible, siendo, pues, sus caracteres integrantes los de acción, antijuricidad tipificada, culpabilidad y punibilidad. Por tanto, *excluyen la noción de delito*, según las modernas teorías, y siguiendo a Ferrer Sama:

a) *Causas de falta de acción*.— Como la acción es una manifestación de voluntad, si quien la realiza estuviese privado totalmente de sus facultades cognitivas y volitivas, tal hecho no puede ser considerado como acción, por lo que son excluyentes del delito la fuerza irresistible (n.º 7 del art. 8.º) y el sonambulismo, ya que en tales estados ninguna voluntad se manifiesta, no hay voluntariedad, no ya respecto del resultado producido, sino respecto a la actuación misma, faltando, por tanto, la acción, y por ello, aunque el art. 8.º no declarase expresamente la exención, el delito no existiría.

b) *Causas de justificación*, entendiendo por tales aquellas que legitiman una conducta que se encuentra descrita por la Ley como infracción penal, viniendo con las mismas a proclamarse su licitud a todos los efectos. Estas circunstancias (causas de exclusión del injusto según la doctrina alemana) producen el efecto de excluir de una conducta típica el carácter de antijurídica, por razones «del interés preponderante», esto es, en ellas se origina una lesión de intereses típicamente descritos, pero desaparece el concepto de delito porque con la acción en tales casos se salva otro interés prevalente. En nuestro Código excluyen la antijuricidad y son causas de justificación las eximentes de legítima defensa (números 4, 5 y 6 del art. 8.º), cumplimiento de deberes o ejercicio de derechos (número 11) y el estado de necesidad en el caso de colisión de bienes de desigual valor (n.º 7). En el Código Penal Militar, antes de su supresión por la Disposición Adicional Octava de la Ley del Servicio Militar, era una causa de justificación el art. 105, que exoneraba de responsabilidad, en determi-

nados supuestos, al autor de malos tratos de obra a un inferior. Tal supresión no significa que no se pueda actualmente, en los procedimientos militares, aducir tal causa de justificación por la vía del art. 8.º-II ó 7.º del Código Penal Común.

c) *Causas de inculpabilidad*.— Definida por Mezger la culpabilidad como «el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica», no basta para la existencia del delito que una persona haya realizado un acto produciendo un resultado que la ley objetivamente describe como delito, sino que resulta imprescindible para poder afirmar la existencia de infracción penal que la conducta antijurídica pueda ser personalmente reprochada a su autor. Solo existe la culpabilidad, según Mezger, al que se unen la mayoría de los tratadistas españoles, entre ellos Rodríguez Ramos y Ferrer Sama (otros disienten), cuando concurren los siguientes caracteres en una conducta típicamente antijurídica: 1.º que su autor sea imputable; 2.º que actué dolosa o culposamente; 3.º que la ley no declare expresamente la exclusión de la culpabilidad. En nuestro Código son *causas de inimputabilidad* la enajenación y el trastorno mental transitorio (n.º 1.º del art. 8.º), la menor edad (n.º 2.º) y la sordomudez (n.º 3.º). Cuando se dá alguna de estas circunstancias la culpabilidad desaparece, y *por ende el delito*. Y aún siendo el sujeto activo del delito imputable, habrá culpabilidad cuando el agente actúe con dolo o con culpa, pues si faltan estos caracteres en el proceder del autor no habrá posibilidad de declararle culpable, ni de ser los hechos delito. Tales causas de inculpabilidad en nuestro Código las constituyen las eximentes de caso fortuito (n.º 8 del art. 8.º) y de obediencia debida (n.º 12). Hay aún otras circunstancias por razón del motivo determinante del obrar, que legamente, porque la ley así lo ha querido, excluyen la culpabilidad, como en la eximente de miedo insuperable (n.º 10), el estado de necesidad en ciertos casos de colisión de bienes (n.º 7), y la exclusión del encubrimiento en el caso de próximo parentesco (art. 18 C.P.C.). El caso fortuito (art. 8.º - 9.º) se puede configurar como supuesto de ausencia de dolo o culpa (Rodríguez Ramos).

En resumen, las circunstancias eximentes de responsabilidad del art. 8.º *excluyen el concepto de delito*, por unas u otras razones que afectan tanto a la antijuricidad como a la acción, como a la culpabilidad e imputabilidad.

Creemos que es diáfana y pacífica la anterior doctrina, con pocas disonancias, aunque sí alguna precisión y atisbos que apuntan hacia otros enfoques: las teorías finalistas, por ejemplo.

Pues bien, al disponer el art. 141 de la Ley Procesal Militar que el Juez de las diligencias previas acordará el archivo si el hecho no es constitutivo de infracción penal, ¿se está refiriendo el legislador a todos los supuestos en que los hechos no sean constitutivos de delito? Estimamos que no. Que sólo se

refiere a aquellos hechos en que «practicadas» sin demora las diligencias señaladas en los párrafos anteriores» (actuaciones *esenciales* para determinar la naturaleza y circunstancias y las personas), se deduzca una *ausencia de tipicidad objetivo-descriptiva, en sí mismos considerados los hechos, o sea, que con una valoración elemental*, sucinta y rápida, que no precise de probanzas contradictorias, estime el Juez Instructor que «ab initio» las conductas no encajan en ninguno de los tipos delictivos insertos en el Código Penal. Como máximo cabría admitir las eximentes objetivadas, como la menor edad, que no precisa de prueba contradictoria, sino que es presunción «*iuris et de iure*». No se trata, en suma, de que no sean los hechos denunciados delito por razones de antijuricidad o inculpabilidad, sino *por exclusivas razones de tipicidad descriptiva, de incardinación objetiva*, que es cuestión distinta. De ahí que, en la práctica, jamás un Juez —Ordinario o Togado Militar— haya archivado un procedimiento por estimar ocurre la *legítima defensa o el estado de necesidad (que tienen naturaleza de causa de justificación)*. Se aprecia la *legítima defensa o el estado de necesidad* u obrar en cumplimiento de un deber, en el juicio oral, por el Tribunal, pese a faltar, si concurren tales circunstancias, la antijuricidad, y, consiguientemente, no ser los hechos constitutivos de delito. Que lo hiciese el Juez Togado lo convertiría en decisor, lo que significaría una extralimitación en su competencia funcional.

Efectivamente: puede y debe el Juez Togado archivar unas Diligencias Previas, iniciadas por la duda de si las conductas son falta disciplinaria o delito, cuando por razones de tipicidad objetivo-descriptiva, entienda que no son delictivas. Pero con carácter general si la «*noticia criminis*» que le obliga a investigar, «*prima facie*» reviste caracteres de delito, o no tiene encaje en ninguna falta disciplinaria (por ejemplo, los maltratos de obra), viene compelido por ministerio de la Ley el Juez Togado a incoar Causa criminal y nunca Diligencias Previas, y por ende, jamás podrá decretar un archivo, sino, a lo sumo, solicitar por Auto el sobreseimiento de la Causa del Tribunal del que dependa.

La corruptela procesal consistente en iniciar en todo caso Diligencias Previas podría acarrear un archivo incorrecto por el Juez Togado en materia delictiva, que caso de no aceptar el Tribunal la apelación del Fiscal Jurídico-Militar, hurtaría la casación. Si ello se produce, además, haciendo entrar en juego eximentes o causas de justificación, que requieren prueba, contradicción y valoración, habrá una evidente conculcación del procedimiento, ya que los fundamentos esgrimidos por el Juez Togado para su decisión de archivo exceden de sus competencias de mero Instructor, y no decisor, que se reservan a los Tribunales, como exige la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de julio de 1988.

Lo propio acontecería en las decisiones a tomar por los Tribunales militares en los supuestos de sobreseimiento definitivo del art. 246-2.º de la Ley Procesal Militar: el que los hechos no sean delictivos se refiere a que, sin valoración referida a exenciones de responsabilidad criminal, sin necesidad de prueba contradictoria, no se subsuman en ningún tipo delictivo.

Quizás conveniera precisar más, profundizar en el concepto de atipicidad para los archivos o sobreseimientos. Se trataría de la ausencia de tipicidad en el sentido que le dió Beling y que luego desarrollara, aún con objeciones, Jiménez de Asúa, o sea, limitada a describir el contenido de una prohibición, sin prejuzgar la posibilidad de que esa prohibición sea, con posterioridad, valorada como conforme a Derecho o como antijurídica, y por tanto, sin que en su concepto se incluyan los otros elementos que descubrió Meyer y posteriormente hizo suyos y perfeccionó Mezger (elementos subjetivos y normativos del tipo), para quienes el objetivismo del tipo requiere una consideración valorativa de tales elementos. En definitiva, la tipicidad a que nos venimos refiriendo es la del tipo legal o «Tatbestand», la que contiene una descripción objetiva, cuyo núcleo está constituido por el empleo de un verbo principal (matar, robar, violar, maltratar, etc...), y no la tipicidad como «imagen regulativa» («Leitbild»), o rectora, que permita reunir todas las características objetivas (incluidas las características normativas —antijuricidad—), y subjetivas (elementos subjetivos —culpabilidad—). O lo que es lo mismo: una concepción del delito formal o descriptiva y no material (conducta antijurídica y culpable sancionada con una pena), sin que la tipicidad merezca incluirse como un factor más, equivaliendo simplemente a hecho previsto y prohibido por la ley penal. Tipicidad que equivalga a ilegalidad y tipo delictivo a lo expresado en la norma penal. *En suma, tipicidad de la Parte Especial del Derecho Penal, y no tipicidad de la Parte General.*

Confirma el anterior criterio la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal que al tratar del sobreseimiento libre (art. 637) distingue dos supuestos: que el hecho no sea constitutivo de delito (art. 637.2.º) o que el presunto autor aparezca exento de responsabilidad criminal (art. 637.3.º). Si la exención de responsabilidad criminal excluye el delito ¿para qué duplicar los supuestos? Simplemente porque el art. 637.2.º se refiere a la tipicidad, a la mera incardinación en la horma legal de una conducta, y el art. 637.3.º a exclusión del concepto de delito por otras causas. Lo propio acontece en la Ley Procesal Militar en el art. 246, números 2.º y 4.º. Por tanto, todo ello induce a considerar que no es lo mismo que el hecho no sea delito tipificado, que el que no lo sea por cualquiera de las causas de exención de la responsabilidad del art. 8.º del C.P.C.

El archivo de la medida Primera del art. 141 de la L.Pr.M. y el sobreseimiento definitivo del n.º 2.º del art. 246 de la misma Ley, así como el libre del art. 637.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, solo es viable, pues, en orden a que los hechos no sean infracción criminal o constitutivos de delito previsto en el Código, considerados los hechos en sí mismos, sin complejas valoraciones, en razón exclusiva a su imposible incardinación delictiva o imposibilidad de encaje en el tipo de un delito, o sea, en definitiva, a la exclusión de apariencias de delito, o acusaciones infundadas de tipicidad objetivo-descriptiva, sin que entre en juego la antijuricidad ni la inculpabilidad.

Otro argumento que refuerza la tesis que mantenemos es el criterio sentado por la Circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado, en la exégesis que realiza del Procedimiento Abreviado introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre. Dice tal Circular en el apartado V, letra B), epígrafe b), a'), 4.º: «No todos los sobreseimientos solicitados dan lugar al archivo provisional o definitivo de la Causa. Si es el del art. 637, por aparecer exento de responsabilidad el imputado, el acuerdo será distinto según la causa en que se funde tal exención: si se trata de los números 1.º, 3.º, 7.º y 10.º del art. 8.º, el Juez no acordará el archivo, sino que el trámite debe continuar hasta Sentencia, por supuesto absolutoria, en que se pronuncie... el Tribunal sobre las medidas de seguridad o la responsabilidad civil». Y añade el apartado 5.º: «Que el sobreseimiento (de oficio del Juez) no podrá basarse en los números 1.º, 3.º, 7.º y 10.º de art. 8.º, es también claro. La cuestión es si podrá estimar otras exenciones... El «usus fori» viene distinguiendo entre circunstancias eximentes objetivadas, cuya concurrencia puede ser probada sin discusión (la n.º 2 del art. 8.º) y aquellas otras que por componerse de varios requisitos, sobre cuya existencia la prueba puede ser contradictoria, se entiende que la apreciación de la eximente no debe anticiparse al momento del sobreseimiento, sino que debe probarse y debatirse contradictoriamente en el juicio oral». (Entre tales eximentes, obviamente, las del art. 8.º, 4.ª, 7.ª y 11.ª, que exigen probanza y valoración).