

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

EXPULSION DE EXTRANJEROS: JUEZ COMPETENTE PARA DECIDIRLA Y FASE PROCESAL EN QUE DEBE ACORDARSE

Consulta núm. 2/1990

I

Lo que se cuestiona en esta Consulta fue resuelto ya por la Fiscalía General del Estado en Consulta 5/1987, de 18 de noviembre, relativa a «Cuestiones que plantea la expulsión de extranjeros sujetos a determinado procesos penales», ponderando la legislación procesal entonces en vigor. Precisamente la que ahora se formula tiene su causa en que la Ley orgánica 7/1988, de 28 de diciembre ha modificado los presupuesto orgánicos y procesales de la Ley orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, que fueron los tenidos en cuenta para interpretar los artículos 21.2.º y 26 de la Ley orgánica 7/1985, de 1 julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

II

En particular, la Consulta se desenvuelve en los siguientes términos.

El artículo 21. 2.º de la Ley orgánica 7/1985, de 1 de julio, establece que cuando un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su expulsión si está incurso en alguno de los supuestos artículo 26. 1.º. La Fiscalía General del Estado en la Consulta 5/1987, sostenía que el artículo 21. 2.º sólo podía aplicarse una vez que estuviera incoado el procedimiento correspondiente, no siendo admisible su aplicación en fase de diligencias previas dado el carácter de preliminares de procedimientos propios que aquellas tenían en la regulación entonces vigente.

Ahora bien, en virtud de la reforma llevada a campo la Ley orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, que introdujo el procedimiento abreviado —cuya instrucción corresponde a los Jueces de Instrucción en tanto que el fallo compete a los Juzgados de lo Penal o a las Audiencias Provincial— siempre bajo la forma de diligencias previas, ya sólo se plantea la aplicabilidad del artículo 21.2.º en supuestos cuyo fallo corresponde a los Juzgados de lo Penal, únicos competentes para conocer de los delitos castigados con penas menos graves.

III

Lo anteriormente expuesto suscita estas cuestiones:

— La primera se refiere a la determinación del Juez competente para autorizar la expulsión: si lo será el Juez de Instrucción o el Juez de lo Penal a quien se atribuye el fallo.

— La segunda se contrae a precisar la fase del procedimiento en que el Ministerio Fiscal ha de emitir el informe al que se alude en el artículo 21.2.º: si es imprescindible que exista ya el escrito de acusación fijando la competencia, o, al contrario, si interesado el informe en cualquier fase anterior del procedimiento, puede el Fiscal emitirlo siempre que se trate de un delito castigado con pena menos grave cuya competencia para el fallo corresponde al Juez de lo Penal.

Estas dos cuestiones son resueltas valorando las razones expuestas en la Consulta de esta Fiscalía General 5/1987, expresándose al efecto: la expulsión previa al enjuiciamiento entraña la sustitución de la sanción penal que pudiera imponerse por una medida administrativa autorizada por el Juez; para ello si en la legislación anterior estaba legitimado el Juez que instruíra y fallaba, en la actualidad sólo puede autorizarse la expulsión cuando medie escrito de acusación y por el Juez de lo Penal que ostenta la facultad de juzgar, pues no en vano en la Consulta de la Fiscalía General del Estado se aconsejaba que el Fiscal antes de emitir el informe solicitara la transformación de las diligencias previas en procedimiento oral, entre otros motivos para que quedara determinada la pena que pudiere imponerse.

IV

El Juez puede autorizar la expulsión de extranjeros siempre que se hallen en alguno de los supuestos del artículo 26.1.º de la Ley orgánica 7/1985, de 1 de julio. La expulsión procede, y así está previsto legalmente, en dos momentos procesales distintos: antes de dictarse sentencia y después de que la sentencia haya adquirido el carácter de firme. En ambos casos es preceptiva la audiencia previa del Ministerio Fiscal.

— La expulsión antes de dictarse sentencia se regula en el artículo 21.2, párrafo primero de la Ley orgánica 7/1985, de 1 de julio. El extranjero, según expresión de tal norma, ha de hallarse encartado en un procedimiento por delitos menos graves, entendiéndose por tales los castigados en nuestro ordenamiento jurídico con pena igual o inferior a prisión menor.

Por el tiempo en que se produce, esta expulsión es sustitutiva del procedimiento y de las medidas acordadas en él, ya que firme la expulsión procederá el archivo de las actuaciones. Es claro que en este caso la función jurisdiccional de juzgar se elimina.

— La expulsión después de que la sentencia condenatoria por delitos menos graves sea firme, es tratada en el artículo 21.2. párrafo segundo de la Ley. Aquí la expulsión sustituye a la pena, quedando sin efecto parcialmente la función jurisdiccional de ejecutar lo juzgado, pues ha de asegurarse las responsabilidades civiles. Se condiciona, además, la inexecución de la pena a que tras la expulsión no regrese a España antes de tres años (artículo 36.1 de la Ley).

Las precedentes consideraciones son precisas para fundamentar la solución a las cuestiones que plantea y resuelve con acierto a Consulta.

— El Juez legitimado para autorizar la expulsión después que la sentencia sea firme, es el Juez de lo Penal, a quien esta atribuida en exclusiva la competencia para dictar sentencias por delitos menos graves (artículo 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) que son, precisamente, los únicos en que está autorizada la expulsión (artículo 21.2 de la Ley de 1-71985). Como para la fijación de tal competencia se atiende a los delitos (los menos graves, en que la penalidad asignada no excede de seis años), las Audiencias Provinciales no puede autorizar en ningún caso la expulsión por delitos de su competencia, aunque la pena impuesta por aplicación de circunstancias, grados de ejecución o participación, sea prisión menos o arresto mayor.

— Es necesario hacer algunas precisiones sobre cual es el Juez que ha de decidir sobre la expulsión si esta es solicitada antes de que el proceso penal haya concluido por sentencia. En particular, si el competente lo será el Juez a quien se atribuye la instrucción o el Juez a quien legalmente está asignados el enjuiciamiento y fallo. Hay que destacar que el término aquí empleado de expulsión anterior a la sentencia, procesalmente es el trato continuado, pues comprende toda la actividad que pueda desarrollarse desde la iniciación del proceso hasta después de la apertura del juicio y escritos de acusación y defensa. Ello justifica el planteamiento de la doble cuestión objeto de la Consulta; una es el momento procesal en que el Ministerio Fiscal deberá emitir el preceptivo informe previo a la resolución judicial que haya de autorizar o denegar a expulsión; y otra, el órgano jurisdiccional competente para resolver la expulsión solicitada por la autoridad gubernativa.

Se sostiene, con acierto, en la Consulta que es consustancial al dictamen de existencia de un escrito de acusación. Antes de esta fase procesal es improcedente, entre otras razones porque no se contará con elementos suficientes para motivarlos adecuadamente como exige la jurisprudencia constitucional más reciente. No deberá emitirse, por tanto, cuando se hallen en tramitación las diligencias previas de procedimiento abreviado. Esto es así, de una parte, porque uno de sus fines (artículo 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) es determinar «el órgano competente para el enjuiciamiento», o lo que, es igual, si la celebración del juicio corresponde al Juez de lo Penal o a la Audiencia Provincial; y de otra parte, por que la práctica de diligencias previas no son esenciales al procedimiento abreviado —como lo eran sin embargo las diligencias previas a los procedimientos de urgencia— ya que proceden «sólo en el caso de que las diligencias practicadas en el atestado no sena suficientes para formular acusación» (artículo 789.3, inciso inicial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); y por último, por que sólo tras el escrito de acusación se conocerá exactamente la competencia y el tipo delictivo, pues aquel comprenderá además de la solicitud de apertura del juicio oral, el órgano que se estime competente y el delito imputado (artículo 790.5. de la LE.Cr.).

En definitiva, sin escrito de acusación, previo a coetáneo, es inimaginable un dictamen del Ministerio Fiscal sobre la procedencia o no de la expulsión de los dos puntos planteados en la Consulta. En efecto, al ser posible un informe del Ministerio Fiscal contemporáneo al escrito de acusación, significa que el Juez competente para decidir sobre la autorización de expulsión de los extranjeros, es el Juez de Instrucción, pues ante este órgano se formulan los escritos de la acusa-

ción (artículo 790.1 de la L.E.Cr.). Y si la autorización para la expulsión es solicitada en un trámite posterior, cuando tanto el Ministerio Fiscal como la defensa hayan emitido sus correspondientes escritos de calificación, dado que el Juez de Instrucción habrá remitido las actuaciones al Juez de lo Penal (artículo 791.5 de la L.E.Cr.) será éste el órgano competente para resolver sobre la expulsión.

De cuanto antecede se extraen las siguientes conclusiones resolutorias de la Consulta:

1.^a Si se solicitare autorización judicial para la expulsión de extranjeros una vez que la sentencia haya adquirido la cualidad de firme, el único Juez competente para decidir será el de lo Penal.

2.^a Si al tiempo de interesarse por la autoridad gubernativa autorización judicial para la expulsión no se hubiere dictado aún sentencia, es preciso distinguir dos momentos que condicionan la competencia.

a) Si mediante escrito de acusación del Ministerio Fiscal, las actuaciones no se han remitido aún al Juez de lo Penal, es competente para resolver el órgano jurisdiccional al que corresponde la instrucción, el Juez de Instrucción.

b) Si las actuaciones se en contraren a disposición del órgano competente para el enjuiciamiento, éste, el Juez de lo Penal, es el único legitimado para decidir.

3.^a Consecuencia de lo anterior, la actitud del Ministerio Fiscal ante la solicitud de dictámenes será:

a) En ningún caso los emitirá estando pendiente la tramitación de diligencias previas, mas para no entorpecerla política criminal en materia de extrajeros, procurará que se acelere la investigación a fin de poder formular escrito de acusación en el plazo más breve posible.

b) Podrá informar sobre la expulsión al tiempo de presentar escrito de acusación ante el Juez de Instrucción y ante el Juez de lo Penal cuando las actuaciones obren en su poder, ya sea antes o después de dictar sentencia.

**ALCANCE DE LA PROHIBICION CONTENIDA EN EL
ARTICULO 794.3 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO
CRIMINAL, REFERIDO AL PROCEDIMIENTO
ABREVIADO, DE IMPONER PENAS QUE EXCEDAN DE LA
MAS GRAVE DE LA PEDIDA POR LAS ACUSACIONES**

Consulta núm. 3/1990

I

La Consulta contiene las siguientes observaciones sobre los arts. 794.3 y 851.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El principio acusatorio que conforma nuestro sistema procesal ha sido consagrado por reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Recientemente se ha recogido en el art. 794.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, con relación al procedimiento abreviado, expresa que la «sentencia no podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando este conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado». Se estima en la Consulta que este artículo trata la cuestión de modo diferente al previsto para el procedimiento ordinario en el art. 851.4 de la LECr. declarativo de que podrá interponerse recurso de casación por quebrantamiento de forma «cuando se pene un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación, si el Tribunal no hubiera procedido previamente como determina el art. 733».

No interesa a quien consulta la referencia al art. 733 de la L.E.Cr., que se sustituye en el procedimiento abreviado por la facultad de interpelación del art. 793.6 párrafo segundo. Pero sí se resaltan las diferencias entre los arts. 794.3, inciso primero y 851.4. En particular y atendido el texto de este último en el área del procedimiento ordinario, no se puede penar «un delito más grave que el que haya sido objeto de acusación», mientras en el art. 794.3, para el procedimiento abreviado, se dice que no se «podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones».

En la interpretación del art. 851.4 la jurisprudencia ha venido entendiendo que la fórmula legal y el obligado respeto al principio acusatorio, no impiden que el juzgador pueda fijar una pena que exceda de la pretendida por la acusación, siempre que se contenga dentro de los límites de la prescrita para el delito objeto de aquella. Tesis confirmada por el Tribunal Constitucional (sentencias 17/1988, de 16 de febrero, y 189/1988, de 17 de octubre). Sin embargo, el criterio que se sigue

en el art. 794.3 parece más restrictivo, pues en él no se alude al *delito*, sino a la *pena*, por lo que puede pensarse que *el juzgador no puede imponer pena superior a la concreta pedida por la más grave de las acusaciones*.

¿Es correcta esta interpretación? El tenor literal de los preceptos parece avalarla. Mas surge una objeción de entidad: de aceptarse esta tesis se llegaría a la consecuencia de que en los delitos de mayor pena existiría un mayor rigor, pues el Tribunal podría imponer una pena más elevada que la solicitada. ¿Se quebraría la igualdad ante la ley?

II

Con estos antecedentes el objeto propio de la Consulta queda limitado a los siguientes términos:

- Si en el procedimiento abreviado, y con fundamento en el art. 794.3 de la L.E.Cr., el Juez o Tribunal puede o no imponer pena mayor que la concretamente solicitada por la más grave de las acusaciones.
- Si, en el caso de que se resuelva en sentido negativo la anterior cuestión, este será también el criterio a aplicar para las sentencias dictadas en procedimiento ordinario, pues aun cuando el texto del art. 851.4 es distinto se garantizaría a todos los acusados un tratamiento igual en esta materia.

III

El principio acusatorio que, como garantía constitucional del proceso penal, informa nuestro ordenamiento jurídico, requiere como elemento ineliminable que exista la debida correlación entre acusación y sentencia, sin que el órgano jurisdiccional pueda introducir en ella hechos nuevos agravatorios o imponer penas más graves o no correspondientes a la conducta imputada. Surgen así las denominadas vinculación del Tribunal al título de imputación delictiva (*vinculatio criminis*) y vinculación a la pena asignada al tido (*vinculatio poenae*). De la primera se desprende que el ajuste de las facultades del Tribunal al principio acusatorio tiene dos claros límites: la identidad del hecho y la homogeneidad delictiva. Dentro de ellos el juzgador puede desenvolverse sin vulnerar el derecho fundamental del art. 24.2 de la Constitución de ser informado de la acusación (Sentencias del Tribunal Constitucional 14/1985, de 1 de febrero; 104/1986, de 17 de julio; 10/1988, de 1 de febrero; 17/1988, de 16 de febrero; 205/1989, de 11 de diciembre), o como dice el Tribunal Supremo (Sentencias de 19-9-1989, 30-9-1989, 30-10-1989, 20-1-1990), el Tribunal de instancia puede apartarse de la calificación formulada por la acusación bajo la triple condición de que la pena impuesta no supere la gravedad de la pena solicitada, no se varíen los hechos que son objeto de la misma y el delito por el que se condene guarde una relación de homogeneidad con el acusado. Veamos ahora la *vinculatio poena*. Aceptando sin duda alguna la esencialidad de la sujeción a la identidad del hecho y a la homogeneidad delictiva ¿esa vinculación se extiende también a la identidad o exactitud matemática de la pena solicitada?

En la interpretación jurisprudencial del art. 851.4.º de la LECr. ha sido doctrina pacífica y continuada la que afirma que el principio acusatorio impide penar un delito más grave que el que fue objeto de acusación, pero no se vulnera tal principio si la sentencia se ajusta a los límites cuantitativos de la pena tipo, aunque sobrepase la pedida por el Ministerio Fiscal y, en general, por las acusaciones. He aquí algunas sentencias de los últimos años en este sentido.

En la sentencia de 30 de mayo de 1983 se dice que lo que no se puede imponer es pena más grave a la correspondiente al delito objeto de acusación, pero pueden los Tribunales rebasar la solicitada por las acusaciones con tal de que esté dentro de los límites señalados por la ley al delito inculminado.

En la de 4 de junio de 1984 se observa que lo prohibido por el art. 851.4 es condenar por un delito más grave que el calificado por las acusaciones, pero no se comete infracción alguna si la condena lo es por el delito acusado, aunque la pena supere a la de las acusaciones.

La sentencia de 7 de mayo de 1986 establece que el hecho de ser impuesta pena mayor que la solicitada por el Ministerio Fiscal, pero dentro de los límites señalados al delito, no comporta violación alguna del principio acusatorio ni atenta al derecho de defensa de los acusados.

Y la sentencia de 12 de junio de 1989, declara que si la condena se produce por el mismo delito y con las mismas circunstancias señaladas por las acusaciones, el Tribunal no tiene por qué sujetarse estrictamente en lo cuantitativo a la pena solicitada, pudiendo dentro de los límites del art. 61 del Código Penal imponer la pena en la cuantía que estime procedente.

El Tribunal Constitucional (sentencias 17/1988, de 16 de febrero y 189/1988, de 17 de octubre) tras afirmar la vinculación del juzgador por el principio acusatorio a los hechos objeto del debate y a su calificación jurídica, especifica que esa vinculación si bien impide que la resolución judicial imponga una pena mayor que la correspondiente al delito efectivamente imputado en el proceso, no impide que dentro de los límites de la señalada por la ley al tipo penal inculminado, el juzgador remedie errores de la acusación (si ésta ha omitido pedir penas forzosamente vinculadas al tipo en cuestión o ha pedido penas inferiores a las que realmente correspondan) e imponga penas superiores a la solicitada por el Fiscal cuando ello no suponga alterar los hechos aducidos en el proceso y se lleve a cabo dentro de los márgenes de la pena correspondiente al tipo penal que resulte de la calificación jurídica de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso.

La conclusión que se obtiene de la jurisprudencia reseñada, a título enunciativo, es que concurriendo la nota de inalterabilidad del título de imputación, que comprende tanto la identidad del hecho como la homogeneidad de los bienes jurídicos y las circunstancias que puedan tener trascendencia jurídico-punitiva, se puede elevar la pena que se halle dentro del *titulus damnationis*.

IV

En el art. 794.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal también halla consagración el principio acusatorio. Su texto no es exactamente coincidente con el del art. 851.4. Es más amplio. Si la posible antítesis advertida por quien formula la Con-

sulta se obtiene de comparar la literalidad del art. 851.4 con el inciso primero del art. 794.3, debe también señalarse que en los párrafos que siguen («... ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado») se ha dado acogida expresa a supuestos que no constaban en el art. 851.4, garantizadores del derecho de defensa, y que son producto de una elaboración jurisprudencia progresiva apoyada en principios constitucionales. De ahí el que juzguemos necesario para la ajustada interpretación del art. 794.3, inciso inicial, precisar cuál ha sido la totalidad del espacio acotado por la jurisprudencia en torno a los arts. 733 y 851.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Es notorio que la nueva doctrina emanada de sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo ha influido en el texto del art. 794.3; ya decíamos en la Circular 1/1989, de 8 de marzo que «el art. 794.3 lo que hace es recoger la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre la correlación entre acusación y sentencia en los términos del principio acusatorio y el derecho de defensa». Pero si ahora especificamos, parece claro que ni la jurisprudencia constitucional ni la del Tribunal Supremo ha interpretado todavía el texto contenido en el inciso primero del art. 794.3, pues aquella, como antes se expuso, sólo ha reconocido de modo reiterado que el principio acusatorio no se incumple por la imposición de pena en distinta intensidad a la instada por las acusaciones. La proyección y efectos de la nueva doctrina del principio acusatorio sí se ha materializado sobre los otros incisos del art. 794.3 y del siguiente modo.

1. La sentencia del Tribunal Constitucional 134/1986 de 29 de octubre, declaraba que «la efectividad del principio acusatorio exige para excluir la indefensión, en primer lugar, que el hecho objeto de acusación y el que es base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista *identidad del hecho punible*, de forma que el hecho debatido en juicio señalado por la acusación y el declarado probado constituyan supuesto fáctico de la calificación de la sentencia. La otra condición consiste en la *homogeneidad* de los delitos objeto de la condena y objeto de la acusación».

2. La homogeneidad delictiva o de los bienes jurídicos implica que la totalidad de los elementos que forman el objeto de la sentencia condenatoria deben estar comprendidos en el delito objeto de acusación. La sentencia no puede variar el delito imputado salvo que sea absolutamente homogéneo y tenga asignada igual o menor pena. De ahí las declaraciones del Tribunal Constitucional (sentencias de 17-7-1986 y 16-2-1988) y del Tribunal Supremo de que la homogeneidad es requerida para condenar por delito diferente a aquél por el que se acusó siempre que no supere la pena solicitada por el Ministerio Fiscal (Sentencias de 5-10-1987, 10-11-1987, 21-1-1988, 29-3-1988, 14-12-1988, 20-1-1990, 7-2-1990, 9-2-1990, 5-3-1990, 14-5-1990, 25-5-1990, 27-6-1990, 5-7-1990 y 7-7-1990).

3. Al hecho fijado por la acusación y al recogido en la sentencia es esencial la identidad. Esta inalterabilidad del hecho abarcará también a las circunstancias que tengan proyección jurídico penal sobre el mismo. Identidad que es exigida no sólo en virtud del principio acusatorio, sino por el derecho de defensa, pues introducido un nuevo hecho, aunque sea homogéneo, el acusado no ha podido defenderse (Sentencias de 24-12-1985, 17-7-1986 y 28-2-1987). La sentencia de 4-6-1987 da lugar al recurso de casación, porque «basta advertir los aditamentos hechos en la relación de hechos probados de la sentencia impugnada en relación

con los que fueron objeto de las conclusiones definitivas del Ministerio Fiscal, para estimar que se ha producido una mutación sustancial, al añadirse unos hechos nuevos que permitieron al Tribunal condenar no sólo por un delito de robo con violencia, sino además por un delito de detención ilegal».

4. La anterior doctrina sobre la identidad del hecho y la homogeneidad delictiva ha determinado un cambio interpretativo sobre cuestiones íntimamente relacionadas con el principio acusatorio.

a) La dirección jurisprudencial que puede denominarse clásica en los puntos básicos relacionados con los arts. 733 y 851.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sostenía:

- Puede castigarse por delito distinto siempre que las penas no sean más graves (Sentencia de 24-4-1982).
- Las atenuantes y agravantes genéricas pueden ser acogidas o rechazadas o imponer otras distintas, puesto que lo consiente el art. 733 (Sentencias de 8-11-1982, 30-5-1983, 8-6-1984, 27-2-1985).
- Nada impide que el Tribunal modifique libremente los grados de participación delictiva contenidos en los escritos de acusación (Sentencias de 30-1-1985, 27-2-1985).
- También es correcto procesalmente condenar por delito consumado cuando la acusación estimó tentativa (Sentencia de 30-1-1985).

b) A partir sobre todo de las sentencias de 14-11-1986, 13-2-1987 y 2-4-1987, la jurisprudencia se ha desenvuelto por cauces distintos.

- La libre apreciación de agravantes genéricas *ex novo*, o no invocadas, supone una vulneración del art. 24.1 de la Constitución, al propiciar situación de indefensión, por lo que se estima ineficaz y derogado el penúltimo párrafo del art. 733 de la LECr. (Sentencias de 4-11-1986, 2-4-1987, 21-4-1987, 30-9-1988, 17-6-1989, 22-2-1990, 5-3-1990, así como sentencia del Tribunal Constitucional 205/1989, de 11 de diciembre).
- Sin plantear la tesis no es posible elevar el grado de participación a los acusados respecto al calificado por las acusaciones (Sentencias de 21-9-1988, 30-9-1988, 4-4-1990).
- No es preciso hacer uso del art. 733 ante el cambio de calificación delictiva, siempre que exista una verdadera homogeneidad y no se imponga pena mayor que la solicitada. Pero sí es indispensable la facultad del art. 733 cuando entiende el Tribunal que procede calificar los hechos de manera más grave o cuando entiende que los delitos objeto de acusación no han sido certeramente calificados, procediendo a su juicio calificarlos de modo distinto aunque se hallen igualmente o más benignamente sancionados que la infracción objeto de acusación. La excepción estriba en que entre el delito incriminado y el propuesto por el Tribunal exista una homogeneidad patente (Sentencias de 21-9-1988, 30-9-1988).

V

Pero la moderna corriente jurisprudencial no ha rectificado todavía las reiteradas decisiones recaídas sobre los arts. 733 y 851.4 de la LECr. en orden a la posibilidad de rebasar el quantum de la pena solicitada por las acusaciones. En consecuencia, lo único que siguen impidiendo aquellos preceptos al Tribunal es sancionar «un delito más grave que el que haya sido objeto de acusación», pero no imponer la pena prevista para el delito de que se acusó en extensión mayor a la instada por la acusación, dado que es materia reservada por la ley a la discrecionalidad del Tribunal (Sentencias de 21-10-1988 y 12-6-1989). Tesis recogida en las más recientes sentencias sobre la materia, de 20 y 6-6-1990, en las que se afirma que capacidad para vincular al juzgador en aras a la necesaria congruencia, sólo la tienen el hecho por el que se acusa —no se pueden incluir en la sentencia hechos nuevos en perjuicio del reo— y la calificación jurídica de las acusaciones, pero la fijación de la pena en su clase o cuantía no sirve como elemento delimitador del hecho punible, pues en este punto impera el principio de legalidad que necesariamente el Tribunal ha de respetar; por lo que no hubo infracción del principio acusatorio ni del derecho a ser informado de la acusación si la sentencia condenó a 2 años y 4 meses de prisión y privación del carnet de conducir por 10 años por imprudencia temeraria, a pesar de que las acusaciones habían solicitado 1 año de prisión y 3 años de privación del carnet. A pesar de ello el art. 794.3, primer inciso, literalmente parece decir algo distinto, ya que impide al Tribunal «imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones». Sí se atiende al estricto tenor, como se observa en la Consulta, ha de concluirse que el juzgador no puede imponer pena superior a la concreta pedida por la más grave de las acusaciones, con lo que la contradicción con el art. 851.4 y la jurisprudencia que lo interpreta es manifiesta. Así, para el procedimiento abreviado hay falta de correlación entre acusación y sentencia si esta impone mayor pena, cualquiera sea el exceso, que la pedida por la acusación. Y en el procedimiento ordinario la sentencia guarda congruencia o correlación con la acusación, cumpliéndose el principio acusatorio, si impone una pena homogénea que sea reflejo de la acusación aunque supere a ésta. Como prevalece la idea de que media una radical antítesis entre las normas referidas, deben imperar los términos del art. 794.3, extendiéndose a todos los procedimientos, pues como apuntábamos en la Circular 1/1989, de 8 de marzo, es conveniente e incluso necesario «trasladar al procedimiento ordinario, que subsiste para los delitos graves, principios y reglas de este nuevo procedimiento, que, en cuanto responden al espíritu de nuestra Constitución y a los términos en que el Tribunal Constitucional viene interpretando el principio acusatorio y el derecho de defensa, deben trascender más allá de los términos concretos de la norma que los acoge y aplicarse en la totalidad del proceso penal. Sea ejemplo de ello la interdicción contenida en el art. 794.3 de que la sentencia imponga pena que exceda de la más grave de la pedida por las acusaciones o condene por delito distinto cuando este conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado... Es evidente que el sometido a un proceso por delito grave, no puede ser privado de garantías que la ley reconoce al que es enjuiciado siguiendo el procedimiento abreviado, y que en todo lo que constituyan garantías y respeto a los derechos fundamentales debe hacerse aplicación, si preciso fuera, de la analo-

gía *in bonam partem*». Realmente, con el párrafo transcrito se eliminan la objeción que se opone en la consulta a la interpretación literal —que en los delitos más graves existiría un mayor rigor, al poder el Tribunal imponer pena más elevada que la solicitada— y se da solución a la misma, pues del pasaje reflejado se desprende la imposibilidad de imponer pena mayor que la concretamente solicitada por las acusaciones conforme al art. 794.3 y la extensión de éste al procedimiento ordinario.

Dentro de lo que hemos llamado *vinculatio poenae* es de señalar que así como en el art. 851.4.º la vinculación tiene unos límites más amplios sobre los cuales el Tribunal puede moverse —la pena señalada al tipo abarcada por las facultades legales discrecionales— en el art. 794.3 la petición correcta de pena hecha por la más grave de las acusaciones marca el techo que el Tribunal no puede sobrepasar. Ello es, además, efecto del derecho constitucional de todo acusado de ser informado de la acusación formulada, ligado al derecho de defensa, que comprende no sólo la información precisa sobre el delito acusado, sino también sobre la pena solicitada. Únicamente así se podrá conocer y refutar la imputación y ejercitar el legítimo derecho de defensa.

LIBERTAD CONDICIONAL: SOBRE SI EL REQUISITO DE HABER CUMPLIDO LAS TRES CUARTAS PARTES DE LA CONDENA ES APLICABLE A LOS PENADOS AFECTOS DE ENFERMEDAD GRAVE

Consulta núm. 4/1990 de 5 de noviembre

I

El tema central planteado en la Consulta es el de la compatibilidad del art. 60, párrafo segundo, del Reglamento penitenciario de 8 de mayo de 1981 con el artículo 98.2 del Código Penal. Mientras para esta última norma es presupuesto ineliminable del beneficio de la libertad condicional que el sentenciado hay extinguido las tres cuartas partes de la condena, el precepto reglamentario establece que los penados podrán ser propuestos para la concesión de la libertad condicional sin necesidad de haber cumplido las tres cuartas partes de aquél, cuando «se trate de enfermos muy graves, con padecimientos incurables».

Ha surgido esta cuestión a propósito de la planificación del beneficio de la libertad condicional a penados afectados por el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (S.I.D.A). Y ante ella caben dos géneros de consideraciones, con resultados distintos. Por un lado, la aplicabilidad del art. 60 del Reglamento Penitenciario estaría avalada por evidentes razones de justicia material, pues aparte de que el art. 81 del Código Penal establece que «no puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto», en los casos de enfermedades irreversibles las penas privativas de libertad ya no pueden cumplir su fin primordial de procurar la reinserción social del penado. Pero, en sentido contrario, hay que hacer estas observaciones; la primera, que el art. 98 del Código Penal regula una institución que tiene como finalidad constituir un medio de prueba de que el liberado se encuentra corregido (art. 5 de la Ley de 23 de julio de 1914), fin al que no responde la libertad condicional otorgada conforme al art. 60 del Reglamento Penitenciario; y la segunda, que cabe cuestionar si la Administración Penitenciaria cumple el deber que le corresponde de velar por la salud de los reclusos enfermos, cuando, lejos de prestarles la asistencia sanitaria debida, les concede la libertad condicional por ser enfermos graves abandonándolos a su suerte cuando más asistencia necesitan. Y no debe desconocerse que las Comisiones de Asistencia Social y la Administración Pública no están en condiciones de facilitar la asistencia que aquellas personas precisan.

II

En orden a los hechos concretos que han motivado la consulta, se precisan del siguiente modo:

La aplicación del art. 60 del Reglamento Penitenciario se circunscribe esencialmente a los supuestos de internos que han desarrollado el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, los denominados complejos asociados al SIDA y que se encuentren en fase terminal de la enfermedad. Para valorar la incidencia del problema que se plantea, debe señalarse que, según datos estimados, entre el 50 y el 70 % de la población reclusa del territorio ha generado anticuerpos frente a la enfermedad (VIH+), lo que hace prever el desarrollo de ésta en un plazo de dos a siete años. En Cataluña, en donde se han transferido prácticamente la totalidad de las competencias en la materia por el RD 3482/1983, las enfermerías de los establecimientos de reclusión —singularmente la de Centro Penitenciario de Hombres de Barcelona con 2.200 internos— no siempre reúnen las condiciones exigidas por la Ley, no existe Hospital Penitenciario y la asistencia sanitaria extrapenitenciaria se canaliza por el momento a través del Departamento de Confinados, con 10 camas, en el Hospital Clínico Provincial de Barcelona, lo cual, obviamente, no garantiza el cumplimiento de lo previsto en el art. 3.4 y concordantes de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Más esto no sucede solo en la comunidad Autónoma de Cataluña, sino también en los Centros Penitenciarios del resto del Estado, por lo que es preciso el desarrollo de las redes hospitalarias, o, alternativamente, el perfeccionamiento del sistema de colaboración con la red pública hospitalaria extrapenitenciaria.

En estas condiciones, la aplicación del art. 60 del Reglamento Penitenciario a los condenados aquejados de SIDA coadyuvará a paliar las deficiencias estructurales existentes por cuanto, de un lado, se da inmediata satisfacción al interno que ansía en cualquier caso la libertad, se liberan las tensiones que se generaría en las condiciones descritas y, en fin, se alivian pesadas cargas para la Hacienda Penitenciaria derivadas de enfermedades de largo desarrollo. De este modo, el Estado que, a través de uno de sus órganos, la Administración de Justicia ha impuesto penas privativas de libertad, y que a través de otro, la Administración Penitenciaria, ha asumido la función de ejecutarlas y la tutela de valores fundamentales, como la salud, traslada su inicial responsabilidad de procurar la necesaria asistencia sanitaria hasta el fallecimiento, a las familias que suelen acogerlos en situaciones habitualmente dramáticas.

III

En la Consulta se hacen también consideraciones técnico-jurídicas sobre la libertad condicional, sus requisitos y la eficacia o no de la excepción prevista en el art. 60, párrafo segundo del Reglamento Penitenciario.

1. Se dice en primer lugar que la institución de la libertad condicional, conforme al principio de individualización científica de la condena, rector de la legislación penitenciaria vigente, constituye el cuarto grado de tratamiento penitencia-

rio, y se configura como un período de transición entre la vida en reclusión y la libertad definitiva, justificado por el éxito que los efectos de prevención especial de la pena han desplegado sobre el sujeto durante el tiempo transcurrido en medio cerrado.

Son presupuestos para su concesión que el sentenciado lo hay sido a penas de más de un año de privación de libertad, que se encuentre en el último grado de la condena y que haya extinguido las tres cuartas partes de esta. Y sus requisitos son dos. Uno implica la adaptación del interno a la vida regimental del Centro (que merezca el beneficio por su intachable conducta), y el otro se basa en consideraciones de orden criminológico (que ofrezca garantías de hacer vida honrada en libertad). Así se desprende de los arts. 98 del Código Penal y 58 del Reglamento Penitenciario.

2. Pero los presupuestos para la obtención de la libertad condicional, conforme al art. 98 del Código Penal, quiebran merced a la existencia del art. 60 del Reglamento Penitenciario, que dispone que «los sentenciados que hubieran cumplido la edad de setenta años o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos establecidos, excepto el de haber extinguido las tres cuartas partes de aquella, podrán ser propuestos para la concesión de la libertad condicional.

Igual sistema se seguirá cuando, según informe médico, se trate de enfermos muy graves, con padecimientos incurables».

Así, el precepto reglamentario facilita el acceso al cuarto grado de tratamiento penitenciario a internos que, aún lejos de cumplir las tres cuartas partes de la condena, se encuentren en alguno de los dos casos descritos, y gocen en el momento de la incoación del expediente del tercer grado y cumplan los requisitos de conducta y criminológicos referidos anteriormente. En la práctica el presupuesto exigido por el Código Penal de que el penado ostente el tercer grado, se cumple formalmente merced a compasivos informes-propuestas de los Equipos de Tratamiento por el Centro Directivo, conociendo ambos órganos previamente del estado de salud del interno.

3. En lo estrictamente jurídico, el art. 60 del vigente Reglamento Penitenciario, heredero del art. 54 del Reglamento de los Servicios de Prisiones de febrero de 1956 y del art. 23 del Decreto de 22 de marzo de 1932, goza de apoyo en un sector de la doctrina penitenciarista. Se arguyen en su defensa razones de justicia material que concurren en el fundamento de la excepción, perceptibles con facilidad, como son las dificultades para delinquir y la escasa peligrosidad de los posibles beneficiarios; y razones humanitarias, integrándose en ellas la familia del interno, el propio penado y el resto del colectivo social como directa o indirectamente favorecidos por la aplicación de la excepción reglamentaria. De las razones apuntadas se hicieron eco, en reuniones celebradas, los Jueces y fiscales de Vigilancia Penitenciaria, constatándose las dificultades de ofrecer solución jurídica satisfactoria para penados en condiciones de salud como las descritas, y cuyo perfil personal, familiar, psicológico, penal y criminológico no se ajustara a las variables de tal carácter trazadas en la legislación penitenciaria a modo de requisitos para el adelantamiento de la excarcelación.

Pero los motivos expuestos, aunque poderosos, no desvirtúan la presumible ilegalidad del art. 60 de Reglamento Penitenciario, por cuanto a través de una

norma reglamentaria se prescinde de un requisito esencial establecido en el art. 98.2 del Código Penal, haber cumplido las tres cuartas partes de la condena, lo que resulta contrario al principio de jerarquía normativa establecido por el art. 9.3 de la Constitución, el art. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el art. 1.2 del Código Civil.

De otro lado, se ha puesto de relieve la distinta fundamentación del instituto de la libertad condicional y de su excepción (tratamiento penitenciario de aquél, pietismo en ésta). Finalmente, se ha observado que a través de la excepción se obtiene la impunidad por vía penitenciaria confiando a esa legislación problemas propios del Derecho Penal sustantivo.

La cuestión que se plantea tendría especial relevancia práctica en el caso de que, ante las dos opciones posibles, se diera prioridad a la que considera contrario al principio de jerarquía normativa el art. 60 del Reglamento Penitenciario y, por tanto, nula de pleno derecho —conforme al art. 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado—, la norma en él contenida que posibilita la excarcelación anticipada de enfermos incurables. En este caso los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria deberán oponerse a la concesión de la libertad condicional, salvo cuando concurren los requisitos del art. 98 del Código Penal. De prosperar esta tesis significaría la ineficacia en la práctica, por su no aplicación, formalmente válida aún cuando discutible jurídicamente.

Indicar, por último, que el problema que presentan ahora los enfermos incurables ya se había planteado respecto a los septuagenarios, aunque desde la perspectiva penal y no administrativa por Jiménez de Asúa, impulsor del Decreto citado de 22/3/1932, y también en la Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo de 1968, en orden a la supresión del requisito temporal del cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena y, muy concretamente si dicha suspensión contenida en una norma con rango de Decreto podía vulnerar otra con rango de ley forma o, por el contrario, se producía una infracción del principio de jerarquía normativa establecido entonces en el art. 1.2 del Código Civil y 26 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y hoy, con rango fundamental, en el art. 9.3 de la Constitución Española.

IV

Y, en fin, el objeto propio de la Consulta se concreta así: si en lo sucesivo los Fiscales deberán continuar informando los expedientes de libertad condicional, conforme a los acuerdos de las reuniones de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria, en sentido favorable a la concesión del beneficio citado para todos los penados con enfermedad grave terminal o SIDA en estado avanzado, en las condiciones en que se viene realizando, o si, habida cuenta de las razones jurídicas expuestas, han de oponerse a la concesión de la libertad condicional, pero instando en este caso por los cauces jurídicos establecidos (art. 4.3 y 1 de Estatuto de Ministerio Fiscal en relación con el art. 77 de la Ley General Penitenciaria) la inmediata adopción por la Administración Penitenciaria de medidas tendentes a asegurar el tratamiento terapéutico a los penados con enfermedad grave en fase terminal, singularmente SIDA, mediante la creación del Hospital Penitenciario o concertado, con suficien-

te capacidad con el fin de satisfacer el mandato legal previsto en los arts. 3 de la Ley Orgánica Penitenciaria y 138 del Reglamento.

V

1. El tratamiento privilegiado en la aplicación de la libertad condicional para «enfermos muy graves, con padecimientos incurables», como dice el art. 60, párrafo segundo, del Reglamento Penitenciario, o para los afectados de «enfermedad grave o irreversible», en expresión del art. 336.4 e) de la norma reglamentaria, tiene su origen en el Real Decreto del Ministerio de Justicia de 29 de julio de 1977. Por virtud de esta disposición se sujetaron al régimen que preveía para los septuagenarios el art. 54 del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956. En el artículo 60 del Reglamento de 8 de mayo de 1981 permanece la asimilación. Coinciden ambos Reglamentos en modificar el sistema común del Código Penal, pues a los enfermos graves e irrecuperables se les puede otorgar la libertad condicional sin haber extinguido las tres cuartas partes de la condena, como requiere, sin embargo, el art. 98.2 del Código Penal. Pero los presupuestos a que condicionan la excepción no son los mismos en los referidos Reglamentos. Un menor rigor presidía el texto reglamentario de 1956.

En su redacción originaria, el art. 54 del Reglamento de 2/2/1956, establecía que «no obstante lo dispuesto en el art. anterior, los sentenciados que hubieran cumplido la edad de setenta años, o la cumplan durante la extinción de la condena, habiendo dado pruebas de intachable conducta y ofreciendo garantías de hacer vida honrada en libertad, podrán ser propuestos para la concesión del beneficio de libertad condicional, cualquiera que sea el período de tratamiento en que se encuentren y el tiempo que lleven extinguido en su penas respectivas». El RD de 29/7/1977 adicionó un segundo párrafo expresivo de que «igual sistema se seguirá cuando, según el informe médico, se trate de enfermos muy graves, con padecimientos incurables».

El primer párrafo del art. 60 del actual Reglamento modifica el inciso primero del art. 54 del Reglamento de 1956, siendo ahora su tenor literal el siguiente: «no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, los sentenciados que hubieran cumplido la edad de setenta años o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos establecidos, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de aquella, podrán ser propuestos para la concesión de la libertad condicional». El párrafo segundo, referente a los enfermos muy graves es idéntico al párrafo segundo del art. 54 del anterior Reglamento.

Desaparecen en el art. 60 los requisitos del art. 54 de la intachable conducta y la garantía de ofrecer vida honrada en libertad, sin duda por estar previstos de modo general en el art. 98.3 y 4 del Código Penal. Y se confirma que la única excepción para estos destinatarios es que la libertad condicional se concede sin que concurra el requisito de haber extinguido las tres cuartas partes de la condena. Pero si conforme al artículo 54 la libertad condicional procedía «cualquiera que sea el período de tratamiento en que se encuentren y el tiempo que lleven extinguido de sus penas respectivas», desaparecidas estas expresiones, ahora ciertamente, los enfermos muy graves pueden ser propuestos para la libertad condicio-

nal sin haber extinguido las tres cuartas partes, pero siempre que «reúnan los requisitos establecidos».

2. El citado giro tiene varias proyecciones. Si nos fijamos ahora en el orden gradual y temporal, debe concluirse que los enfermos graves beneficiarios, serán sólo los que se hallen en un determinado grado y tipo de régimen y hayan cumplido una determinada fracción o parte de la condena impuesta. Si los enfermos graves en el sistema penitenciario anterior podían obtener la libertad condicional, cualesquiera fuera el período o grado en que se encontraran y el tiempo de pena cumplida, ahora no es así.

Pero ¿en qué grado deben estar clasificados y qué tiempo han de haber cumplido los enfermos graves para optar a la propuesta de libertad condicional? Analizamos estos dos temas porque, aún cuando lo que directamente plantea la Consulta es la legalidad o no del adelantamiento de la libertad condicional, los requisitos que han de concurrir es cuestión previa cuyo examen y resultado puede reducir el problema que en la Consulta adquiere grandes proporciones. La conclusión a obtener es que no todos los enfermos graves en un momento determinado pueden ser propuestos anticipadamente para la libertad condicional, sino solo quienes «reúnan los requisitos establecidos».

Si la libertad condicional constituye el cuarto grado de tratamiento penitenciario, solo quienes se hallen en el inmediatamente anterior, el tercero, pueden acceder a la libertad condicional. En este sentido, el art. 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria expresa que las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional. Los grados segundo y tercero se cumplirán, respectivamente, en establecimientos de régimen ordinario y de régimen abierto. Nos interesa aquí el tercer grado o de régimen abierto, requisito general que ha de concurrir en todos los internos propuestos para la libertad condicional y también en todas las propuestas de libertad condicional anticipada, sujetas a los criterios comunes de clasificación, aplicando las circunstancias de progresión del art. 65.2 de la Ley General Penitenciaria y no razones derivadas de la enfermedad del interno. Que la clasificación en tercer grado es siempre esencial a la propuesta, se infiere del art. 61 del Reglamento Penitenciario, cuando dice que para iniciar la tramitación de los expedientes de libertad condicional, se atenderá a que «el penado va a cumplir las tres cuartas partes de su condena y se halla clasificado en tercer grado». Como la única excepción para los enfermos graves es la derogación del presupuesto temporal de haber cumplido tres cuartas partes de la condena, hallarse en el tercer grado es indispensable para el disfrute de la libertad condicional.

Ahora bien ¿para la clasificación en tercer grado se requiere un mínimo legal de cumplimiento de la pena, que estará en función de su gravedad, o puede constituir una clasificación inicial para lo que bastará tener en cuenta la personalidad del delincuente y sus posibilidades de regeneración? La necesidad de atender a la duración de las penas y a mínimos temporales de internamiento en el sistema de individualización científica entendemos que es preceptivo, si bien en conjunción con el criterio de la personalidad del interno y su tratamiento. No otra cosa podemos deducir del art. 63 de la Ley General Penitenciaria; tras señalar que para la individualización del tratamiento se realizará la clasificación expresa que «la cla-

sificación debe tomar en cuenta no solo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena». Y el art. 251 del Reglamento Penitenciario dice que «para el caso de que se proponga para tercer grado a un interno que no tenga cumplida la cuarta parte de la totalidad de la condena o condenas, será necesario que concurran favorablemente ya calificadas las otras variables intervinientes en el proceso o calificación... En estos supuestos será necesario un tiempo mínimo de conocimiento del interno, previsión de conducta y consolidación de factores favorables no inferior a dos meses de estancia real en el Centro». Es cierto que, conforme al art. 43.2 del Reglamento, la clasificación en tercer grado puede ser inicial o por evolución favorable del segundo grado, pero aquella no será anterior a los dos meses de estancia en el Centro. La conclusión es que será necesario un mínimo de internamiento y que, como norma general, para el acceso al tercer grado es preciso el cumplimiento de la cuarta parte de la pena impuesta.

3. Pero el adelantamiento de la libertad para los enfermos graves no quiere decir que la libertad condicional a conceder sea automática o que procede en cuanto se acredite el *quantum* de la pena cumplida y el período o grado de condena. «Reunir los requisitos establecidos», como dice el art. 60, párrafo primero del Reglamento tiene una mayor amplitud.

Por lo pronto, ha de constar un buen comportamiento mostrado por el penado durante el tiempo de reclusión y una futura trayectoria positiva de conducta en el período inmediato de cumplimiento en libertad. A ellos se refiere el arts. 98.3 y 4 del Código Penal.

El artículo 98.3 aún menciona la intachable conducta. En el expediente para la propuesta de libertad condicional de la Ley General Penitenciaria y su Reglamento no hallamos considerada la buena conducta. Sin embargo, para la clasificación es importante la conducta penitenciaria o conducta global del interno (arts. 65.2 de la Ley y 243 del Reglamento), y para la progresión a tercer grado (art. 251 del Reglamento) se valora especialmente la buena conducta (art. 270.5 del Reglamento). Conforme al Reglamento de 1956 (art. 59), en la propuesta de libertad condicional debía figurar copia del expediente del interesado en el que figure su conducta disciplinaria. Más a partir de la modificación del Decreto de 15/1/1968, el informe sobre la conducta se sustituye por «un informe del equipo que haya intervenido en la observación y tratamiento penitenciario del interno, pronunciándose sobre la oportunidad de conceder el beneficio habida cuenta de los factores positivos de reinserción social que presenta el sujeto».

Si no se exige que en la propuesta de libertad condicional figure información concreta sobre la conducta, sí se requiere informe del Equipo de Tratamiento (arts. 270.6 y 336.4 f) del Reglamento) para otorgar la libertad condicional, que irá fundamentado según lo dispuesto en el art. 67 de la Ley, en el estudio científico de la personalidad del penado; esto es, entre otras cosas, lo que «se tendrá en cuenta en el expediente para la concesión de la libertad condicional» (art. 67 de la Ley). Más como en el art. 98.3 sigue estando la conducta intachable como requisito, esta deberá limitarse al comportamiento penitenciario, y se dará siempre que no existan viciencias faltas disciplinarias de entidad (art. 128 del Reglamento).

Ofrecer garantías de hacer vida honrada en libertad, término del art. 98.4 del Código Penal, es equiparable al que se emplea en la Ley (art. 67) y el Reglamento

(art. 336.4 f) relativamente al informe del Equipo de Tratamiento, que consistirá «en un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad» o «al pronóstico criminológico sobre su comportamiento futuro» (art. 270.6 del Reglamento). De todas formas hay que distinguir con la mejor doctrina dos casos. Cuando la situación en tercer grado es previa y de cierta continuidad al tiempo de la propuesta de libertad condicional, esta operará de modo automático si en sus salidas del establecimiento hace vida normal y de trabajo. Y cuando son simultáneas la progresión al tercer grado y la propuesta de libertad condicional, sin haber disfrutado por tanto aún del régimen abierto, las garantías que deberá ofrecer el interno son las recogidas en el art. 62 del Reglamento.

En ningún caso podrá proponerse para tercer grado y, por tanto, no disfrutarán de la libertad condicional si al interno le quedan causas en situación preventiva (art. 252, párrafo segundo del Reglamento).

4. Pero para el supuesto excepcional de libertad condicional anticipada que regula el art. 60 del Reglamento, es *condictio iuris* la grave enfermedad del interno. En una ocasión el Reglamento hace referencia al enfermo [«enfermos muy graves», según el art. 60) y en otra, a la enfermedad («enfermedad grave», dice el art. 334). Aunque pueda haber diferencias entre los calificativos de «muy graves» y «graves», es lo cierto que en ambos preceptos después se equiparan al expresar, respectivamente, «padecimientos incurables» y «enfermedad irreversible». No, por tanto, cualquier enfermedad grave, sino aquellas que han entrado en su último período, y sin que quepa además la posibilidad de volver del estado a que se llega a otro anterior más benigno. El informe facultativo ha de proceder del Médico del Establecimiento (art. 336.4) del Reglamento].

Todos los antecedentes justificativos de los requisitos de la libertad condicional serán comprobados por la Junta de Régimen y Administración antes de elevar la propuesta al Juez de Vigilancia Penitenciaria para su aprobación (art. 63 del Reglamento). Una vez que la propuesta tiene entrada en el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para su aprobación (art. 63 del Reglamento). Una vez que la propuesta tiene entrada en el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria se remite al Ministerio Fiscal para informe. Y emitido éste, el Juez de Vigilancia resuelve (art. 72.2. b) de la Ley). El Ministerio Fiscal comprobará que de los términos de la propuesta se extraerán todos los requisitos establecidos, incluido el carácter irreversible o incurable de la enfermedad, por lo que el expediente de adelantamiento de la libertad condicional puede estar formalmente completo. En tales casos ¿el informe del Ministerio Fiscal deberá ser favorable o contrario a la concesión del beneficio de la libertad condicional? Esta es, justamente la alternativa que plantea la Consulta. El pronunciamiento en favor de la solución positiva choca con la legalidad de la que el Ministerio Fiscal es el más cualificado defensor (arts. 134 de la Constitución y 1 del Estatuto del Ministerio Fiscal). El principio de legalidad en materia penal alcanza también a la legalidad en la ejecución de las penas (art. 81 del Código Penal y 990 de la LECr.). Luego siempre que se advierta discordancia entre las normas del Código Penal y disposiciones reglamentarias, éstas no deberán aplicarse. El art. 98.2 del Código Penal no autoriza a prescindir del requisito de que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena. Al contrario, lo exige de modo imperativo. La referencia conjunta en el art. 81 del Código Penal a que las penas se ejecutarán en la forma prescrita «por la Ley y reglamentos», no

presupone que pueda alterarse la jerarquía normativa, sino que sólo se aplicarán los reglamentos que sean conformes a ley. El art. 9.3 de la Constitución garantiza tanto el principio general de legalidad como el de jerarquía normativa, que afirma la supremacía de la Ley, sin que pueda ser arbitrariamente alterada, por lo que los Jueces y Tribunales (art. 6 de la LOPJ) no aplicarán los reglamentos o cualesquiera otras disposiciones contrarias a la ley o al principio de jerarquía normativa, y las disposiciones que contradigan otras de rango superior carecen de validez (art. 1.2 del Código Civil). Todas estas normas son conocidas y valoradas jurídicamente en la Consulta.

VI

Superada históricamente la fase de las cárceles-custodia y la fundamentación puramente expiatoria y retributiva de las penas privativas de libertad, se reconoce en todos los sistemas penitenciarios avanzados que el recluso, a pesar de encontrarse en una especial situación jurídica de sujeción frente a la Administración penitenciaria, no por ello pierde su esencial condición de persona y la dignidad y derechos fundamentales que le son inherentes, y de modo preeminente el derecho a la salud. Así, el art. 25.2 de la Constitución española reconoce expresamente la misma, gozará de los derechos fundamentales de este capítulo a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley Penitenciaria. En todo caso tendrá derecho... al desarrollo integral de la personalidad». Y en el art. 43.1 se reconoce el derecho a la protección de la salud.

Con total respeto a este marco constitucional, el art. 3.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria de 26/9/1979 prescribe que «la actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza. En consecuencia... La Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos».

Este reconocimiento general, además de plasmarse en unas normas concretas que regulan la infraestructura personal y material de la sanidad penitenciaria (arts. 36, 40 de la Ley), se complementa en el Reglamento Penitenciario, al expresar su art. 8, c) que los Establecimientos penitenciarios se organizarán conforme al criterio de que la asistencia médica se prestará en análogas condiciones que las de la vida libre.

Junto al primer nivel de la previsión de asistencia general penitenciaria existen otros. Uno es el que requiere la atención sanitaria en Establecimientos especiales, hospitalarios o psiquiátricos; el ingreso en ellos se acuerda por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias previa propuesta de la Junta de Régimen y Administración, con simple dación de cuenta a la autoridad judicial de quien depende el detenido o preso o al Juez de Vigilancia Penitenciaria en el caso de los penados (art. 57 del Reglamento). El último nivel de asistencia sanitaria lo constituye la atención en Centros hospitalarios extrapenitenciarios «en caso de necesi-

dad o de urgencia» (art. 36.2 de la Ley desarrollado por el RD. 319/1988, de 30 de marzo).

Es, pues, obligación esencial que se impone a la Administración penitenciaria, la de prestar la asistencia debida, incluso extrapenitenciaria, a todos los internos enfermos. Obligación que no sólo no se extingue sino que se acentúa cuando se trate de enfermos irrecuperables o incurables en fase terminal. Más, según se indica en la Consulta, tal deber para los portadores graves de SIDA no es de fácil cumplimiento con los medios materiales y personales de que actualmente se dispone, situación que contribuye sin duda los requisitos del art. 60 del Reglamento Penitenciario aunque no el del art. 98.2 del Código Penal. Lo más ajustado a la legalidad sería que la Administración penitenciaria estuviera en condiciones de cumplir rigurosamente su deber de tratamiento e instar en casos especiales medidas de gracia compatibles con la asistencia postpenitenciaria, evitando el riesgo que para la salud pública pueden representar estos enfermos no curados en libertad.

No desconocemos que desde el punto de vista de la legalidad estricta resulta impecable la inaplicación del art. 60 del Reglamento Penitenciario por falta de cobertura legal. Pero aún así ¿cabem otras soluciones al grave problema, social y humano, que se presenta en algunos Establecimientos penitenciarios con latas cifras de enfermos del SIDA en fase terminal, que resultan notoriamente insuficientes para atenderlos, o que carecen de los medios adecuados, dificultando así que el tratamiento terapéutico alcance a todos en la forma debida? El hecho cierto es que al aparecer la muerte para ellos como algo inexorable y no lejano, se impide totalmente a los internos con enfermedad irreversible la corrección real y la consecución de la fin primordial de reinserción social requerido por la constitución (art. 25) y la Ley General Penitenciaria (art.1). Motivaciones humanitarias aconsejan la excarcelación anticipada. Si, de modo general, las razones humanitarias no pueden alegarse para dejar sin aplicación un mandato legal (el art. 98.2 del Código Penal), pues ello conduciría siempre al virtual incumplimiento de la pena, sí es oportuno valorarlas en casos singulares. De igual modo, motivos de justicia material y otros fundados en que la Administración Penitenciaria no siempre está en condiciones de facilitar la asistencia precisa a los internos aquejados de SIDA en fase terminal, han de contribuir a dulcificar la interpretación de normas que, no coincidiendo totalmente con las contenidas en una ley formal, se conforman con el principio constitucional de la dignidad de la persona y con la necesidad de humanizar el cumplimiento de las penas. La vía de la equidad tampoco debe ser ajena a la solución de especiales supuestos. De ahí que el Misterio Fiscal pueda, como hasta ahora, seguir informando en sentido positivo las solicitudes de libertad condicional en que los interesados sean enfermos graves e irrecuperables, pero no de modo automático o general sino con carácter singular y concurriendo los requisitos, ya examinados, requeridos por el art. 60 del Reglamento penitenciario, aunque no se haya cumplido aún el previsto en el art. 98.2 del Código Penal.

Por último, señalar que este modo de interpretar el art. 60 de la norma reglamentaria es el que parece informar reformas legislativas en proyecto y resoluciones del Tribunal Supremo. En el primer sentido, expresar que el art. 85 del borrador de anteproyecto de Código Penal que el Ministerio de Justicia ha dado a la publicidad este mismo mes, incorpora el contenido del art. 60 del Reglamento

Penitenciario. Y en el segundo, destacar que la Sala de Vacaciones del Tribunal Supremo dictó el 19/8/1988 un auto en el que, a propósito de la incompatibilidad o no del art. 60 tantas veces citado con el art. 98.2 del Código Penal, se declaraba que «no es ocioso decir, en este momento, que la razón de humanidad que parece estar en la base de la norma reglamentaria que consideramos, de un lado lleva a rechazar que la misma suponga una violación del principio de jerarquía normativa, puesto que aún no estando respaldada por la Ley Orgánica General Penitenciaria, lo está sin duda alguna por el art. 10.1 de la Constitución, en el que la dignidad humana se proclama fundamento del orden político y de la paz social, y quizás por el art. 15 de la misma Norma, que prohíbe las penas inhumanas.

INCENDIOS FORESTALES

Instrucción núm. 4/1990, de 25 de junio

1. La riqueza forestal española está siendo agredida de modo continuado desde diversos puntos, en los que es de presumir la nota de intencionalidad. El resultado final previsible será de desertización de nuestro territorio, capítulo en el que tienen un claro protagonismo los incendios forestales y la contaminación, traducción jurídica del delito ecológico en sentido amplio, si atendemos al verdadero bien jurídico protegido. El pasado año, como los precedentes, ha sido en este orden especialmente catastrófico, con un progresivo y alarmante aumento del número y extensión que han afectado a la riqueza forestal y a bellos parajes naturales.

La conservación, defensa y fomento de las masas forestales debe ser obra urgente de todos si no queremos que sean una absoluta realidad la frase de Unamuno, de que en España llaman tierra de campos a lo que sólo es campo de tierra, y los versos de Machado en los que afirmaba que el hombre castellano, tras incendiar los bosques, ya en páramos malditos, trabaja, sufre y yerra. La Fiscalía General del Estado ha de contribuir, en cooperación con los restantes poderes públicos, a ese deber, impartiendo instrucciones a tener en cuenta sobre los incendios forestales, unas en el plano de la prevención y otras en el de la represión.

2. Ahora, al acercarse al época estival, nos hacemos eco nuevamente de la gran tragedia ecológica que significan los incendios forestales que cada año, lejos de disminuir, se agigantan, convirtiendo en zonas desérticas decenas de miles de hectáreas. Su extrema gravedad es de dominio público y preocupa igual que todos los problemas de medio ambiente a la generalidad de los españoles, según revela un sondeo de opinión encargado por la Comisión Europea y dado a conocer en Bruselas el 7 de febrero de 1989. Cuando se preguntó a los españoles si la protección del medio ambiente es un problema urgente, un 74 % contestaron que sí.

La situación no decrece, sobre todo en el área de los incendios forestales. Baste decir que en 1989 se registraron más de 100.000 incendios forestales; ardie-ron casi 390.000 hectáreas, de las que aproximadamente 15.000 eran arbolado. El valor de las pérdidas materiales superó los 16.000 millones de pesetas. Aproximadamente el 60 % de los incendios afectaron a nuestros montes atlánticos, de forma especial, a Galicia; por consiguiente la repercusión del fenómeno en este año 1989 en España fue muy superior al resto de los países mediterráneos y, además, estuvo influida por la mayor sequía conocida en los últimos tiempos.

Estas consideraciones por sí solas justificarían la presente Instrucción, que no representa un hecho nuevo, pues el problema concreto de los incendios forestales

que amenaza con convertir en un desierto la Península Ibérica ha sido ya objeto de atención en anteriores Memorias. Así en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1986, se recogen con detalle datos de la situación de las zonas más afectadas por esta lacra, especialmente Galicia y el Levante español, en las que se hacen propuestas de prevención y represión a las que ahora nos remitimos. En la Memoria de 1987, junto a un breve examen y crítica de los delitos contra el medio ambiente y los delitos de caza, se efectúan igualmente algunas consideraciones sobre los incendios. No obstante, el documento más directo lo constituye la Instrucción 1/1986, conteniéndose en la misma órdenes precisas, que siguen conservando actualidad.

Realmente lo lamentable es que, la mayor parte de estos incendios son provocados y quedan impunes sus autores, al ser desconocidos. Unos directamente queridos en su totalidad y otros sólo en su iniciación. Entre los primeros, las causas pueden ser de muy diversos tipos: venganzas, hacer bajar el precio de la madera, oposición a las repoblaciones realizadas, incluso los producidos por los contrabandistas para distraer la vigilancia de las Fuerzas del Orden Público y conseguir así su fin, etc... A la segunda modalidad de incendios provocados pertenecen los causados por gentes del campo de algunas regiones españolas (pastores y labradores) que estimando incompatible la ganadería y la agricultura con la existencia de masas arbóreas, siguen la costumbre heredada de sus antecesores encaminadas a eliminar matorrales, o quemar rastrojeras o regenerar el pasto, pero que después se extiende al arbolado de forma incontrolada y termina incendiando el bosque.

Estas circunstancias unidas a las especiales condiciones climáticas de nuestro país, así como un complejo entramado de intereses económicos de diversa procedencia, han convertido los incendios forestales en uno de los fenómenos criminológicos más importantes de los últimos tiempos.

Por consiguiente en estos casos deben acentuarse las medidas de prevención y de descubrimiento de sus autores; no son ajenas a las primeras aquellas medidas que pasan por la educación medioambiental de los ciudadanos pues la protección del medio ambiente aparece recogida en el art. 45 de la Constitución Española y su defensa según el núm. 2 del referido artículo, es compromiso obligado de todos los poderes públicos y deber de todos los ciudadanos, lo que supera una visión puramente económica del derecho medioambiental y así recordamos que la Orden de 17 de octubre de 1982, por la que se aprueba el Plan Básico de lucha contra los incendios forestales, afirma en su preámbulo no sólo el grave problema social y económico que representa, sino también su grave repercusión en la climatología, y medio ambiente por la destrucción de extensas masas forestales, factores estos que son indispensables para el desarrollo integral de la persona.

3. Se decía ya en la Instrucción 1/1986 que la actividad propia del Ministerio Fiscal se desenvuelve en un plano distinto al de la función administrativa, que se encamina bien a la prevención directa de incendios forestales, o a la conservación de parajes que contribuyen a la belleza de nuestro entorno. Pero ello no es obstáculo para que el Ministerio Fiscal colabore en la medida de sus posibilidades con las autoridades que, en los respectivos territorios autonómicos, se hallan encargadas directamente de la política de defensa de los bosques, cooperación que se extenderá, si ello fuere necesario, a la observancia e interpretación de las medidas precautorias que están sancionadas legalmente (Ley de 5 de diciembre 1968 sobre

prevención y lucha contra incendios forestales, Decreto de 23 de diciembre de 1982 y Orden de 17 de junio de 1982 por la que se aprueba el Plan Básico de lucha contra los incendios forestales); y de otra parte, interesar de la Policía Judicial y servicios técnicos de la Administración su vigilancia, de forma especial de aquellos Cuerpos más relacionados con los montes; como pueden ser los Cuerpos de guardería forestal y de la Guardia Civil, si bien los mismos constituyen más la excepción que la regla y, es justo decirlo, las demás fuerzas del orden sólo ocasionalmente reciben cursos o formación que pueda capacitarles en la investigación de materia tan especializada.

Es necesario que el Ministerio Fiscal esté en contacto con la realidad medioambiental, sus irregularidades y problemas, lo que es indispensable para la defensa del interés social al que constitucionalmente se encuentra obligado. Por ello deberá desarrollar su propia iniciativa al amparo de lo establecido en el nuevo art. 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, redactado conforme a la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre y el art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/1981, de 30 de diciembre), yendo en busca de la «notitia criminis» cuando ésta, que se sabe que existe, no llega a la Fiscalía ni en muchas ocasiones al Juzgado de Instrucción, por diversas causas, como la falta de solidaridad colectiva, la escasa especialización de las Fuerzas de Orden Pública encargadas de recibir y encauzar las denuncias y, por qué no decirlo, la propia rutina de la Administración.

Sin duda en lo sucesivo el Ministerio Fiscal estará obligado a asumir un planteamiento más activo, inmerso en el entorno social, por lo que será preciso un contacto directo con las autoridades locales, grupos ecológicos, Universidades u otros organismos públicos o privados relacionados de manera directa con el medio ambiente y en especial con la protección de nuestros bosques.

Por lo que anteriormente expuesto, el Ministerio Fiscal, tan pronto como tenga noticia de un hecho que presente los caracteres de delito, practicará por sí mismo, u ordenará a la Policía Judicial que practique, las diligencias que estime pertinentes para la comprobación de los hechos y determinación de las responsabilidades de los partícipes. En esta materia así como en lo relativo a la intervención preprocesal del Ministerio Fiscal y la dirección sobre la Policía Judicial, que le atribuye el art. 20 del Real Decreto 769/87 y su propio Estatuto Orgánico, han sido ya objeto de análisis en la Instrucción 2/1988 y en la Circular 1/1989 de esta Fiscalía General del Estado, a las que nos remitimos como complemento de lo que aquí se ha dicho.

4. En el área de la represión, necesariamente tenemos que referirnos a la reforma introducida en el Código Penal por la Ley Orgánica 6/1987 de 11 de noviembre, por la que se introducen los art. 553 bis *a*), 553 bis *b*) y 553 bis *c*), que proporcionan una regulación más en armonía con la realidad medioambiental y constitucional; así, en la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley, no recogida posteriormente en su publicación, se decía que «los incendios últimamente producidos por su importancia, reiteración y alarma social, aconsejan introducir unas reformas en la regulación del delito de incendios al objeto de adaptarla a las necesidades de protección y tutela de importantes valores sociales», y por ello se otorga al delito de incendios forestales la autonomía y sustantividad de la que carecía, contribuyendo de esta forma a extender y fomentar una conciencia

social que se aproxima a las verdadera envergadura de tales conductas, que no sólo atentan contra la propiedad ajena pública o privada, sino contra los recursos naturales, produciendo una grave perturbación sobre el medio ambiente y el ecosistema.

Se sigue en la reforma del Código la misma línea que en otras ocasiones y es la de agravar la penalidad y una más prolija enumeración de supuestos para evitar la proliferación de los incendios forestales. Sin embargo, es sabido que a la larga tiene mayor eficacia la remoción de las causas que el aumento de castigo, máxime en supuestos o conductas delictivas como las que contemplamos, en que generalmente los autores son desconocidos y hacen inoperante la sanción penal, que por otra parte nunca ha sido ajena a nuestro derecho punitivo en esta materia. Baste recordar nuestro Fuero de Cuenca (3.65) que se ocupa especialmente de los incendios y del cuidado de los árboles: «E el sennor de la heredad guarde el arbol que non se damne» y después agrega «guarden los homes de cortar los árboles, descortezarlos o incendiarlos» y en particular (3.116) no puede cortarse o eliminarse por cualquier causa «enzina o roble». O las más graves medidas que contienen los Fueros de Usagre y de Cáceres, contra los que quemasen bosques hasta el punto que se dice para los incendiarios «átenlos de pies et de manos et échenlo en el fuego».

Sin embargo, el fuego siempre ha sido una realidad presente desde el tiempo inmemorial en nuestro bosques, y no siempre producido por las ciegas fuerzas de la naturaleza, sino debido a la acción del hombre, a la que hay que unir otras conductas depredadoras contra la misma, algunas de ellas incluso promovidas legalmente, como la desecación. Baste recordar la Ley Cambó de 24 de julio de 1918, felizmente derogada hace unos pocos años, pero que ha supuesto en el período más reciente la eliminación de más del 50% de las superficies de humedales, quedando en la actualidad reducida a un 0,4% del total del territorio. Mencionemos el daño ecológico y paisajístico que ha supuesto a desecación de la Laguna de Janda en Andalucía o la transformación de la Laguna de Antella en Galicia, siendo también la desecación una de las principales causas del actual estado de deterioro en que se encuentran las Talbas de Daimiel, según informe del Conservador del Parque natural.

Desde esta perspectiva, el futuro aparece como un desolador desierto, si no se ponen remedios eficaces, tendentes a evitarlo. Por ello la idea de prevención y educación medioambiental no es ajena al problema, sino más bien el eje mismo en torno al cual gira la solución, en atención a que el daño ecológico, un vez producido, en ocasiones es irreversible o de costosa y lenta reparación, ya que la capacidad de recuperación de la naturaleza es también limitada. Será preciso pues, incrementar las medidas de prevención, aunque a la vista de los resultados que cada año se producen, y a pesar de los continuados esfuerzos desplegados las medidas adoptadas continúan aún hoy siendo insuficientes, más no se debe caer en el desánimo: habrá que idear otras o procurar el incremento de los medios personales y materiales existentes para que su aplicación sea eficaz y de manera especial, como se decía, concienciar a la población para evitar que cada año se superen las marcas negativas que en triste competición se suceden anualmente.

En definitiva, cabe esperar de la sensibilidad que caracteriza todas las actividades del Ministerio Fiscal, que cuando se trate de investigación y castigo de las

conductas que atentan contra el medio ambiente y en especial de los incendios forestales que devastan nuestro suelo, extremen su reconocida competencia y que colaboren con las autoridades de la administración forestal, estatal, autonómica o local, a fin de lograr entre todos la erradicación de los incendios forestales, producto del desamor, la incultura, la falta de respeto a nuestros bosque y a esos oscuros interese personales, de unos pocos desalmados que amenazan con situar a España al borde de la deforestación.

SOBRE MENORES INGRESADOS EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS DE MUJERES CON SUS MADRES PRESAS

Instrucción núm. 6/1990, de 5 de diciembre

El art. 39 de la Constitución Española establece que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos». Entre estos acuerdos internacionales suscritos por España figura la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 que, en su Principio 2, establece que **«el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y seguridad. Al promulgar las leyes, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño».**

El legislador, haciéndose eco de este acuerdo suscrito por España y cumpliendo el mandato constitucional, ha desarrollado parte de esta protección jurídica a los niños mediante la promulgación de la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, por la que modifican los artículos 172 y siguientes del Código Civil otorgando, como función exclusiva, la tutela legal automática para los niños desamparados a la Entidad Pública a quien, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores, al tiempo que antepone a cualquier otra finalidad el interés superior del menor, como establece el Principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño y al que alude reiteradamente la Exposición de Motivos.

Con esta ley, sin embargo, no se ha cerrado el círculo de protección a la infancia, pues quedan partes residuales de ésta escasamente protegidas, como es el caso de los menores internados con sus madres presas en los Centros Penitenciarios de Mujeres.

A ellos se refieren, muy de pasada, pues no es éste el objeto de la Ley, el art. 38.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979 y el artículo 27 del Reglamento, al decir aquél que «igualmente podrá existir un local habilitado para guardería infantil y educación preescolar, con el fin de que las internas puedan tener en su compañía a los hijos que no hayan alcanzado la edad de escolaridad obligatoria», y al decir el art. 27 del Reglamento que **«las mujeres que ingresan en calidad de detenidas o presas llevando consigo a hijos que no hayan alcanzado la edad de escolaridad obligatoria podrán tenerlos en su compañía, y se les destinará un departamento o habitación especial que, cuando el número de niños lo justifique, reunirá las condiciones de guardería infantil y educación preescolar».**

Existen aquí, por tanto, dos intereses no siempre coincidentes, como son el de la madre y el del hijo. Aquélla, ejerciendo los derechos de la patria potestad y la facultad que le otorgan la Ley Orgánica General Penitenciaria y su Reglamento, puede pretender tener al hijo en su compañía, en todo caso y cualesquiera sean las consecuencias. Pero, frente a ello, están los derechos del hijo a ser protegido para desarrollarse física, mental, moral y espiritual y socialmente en forma saludable y normal.

El problema, por tanto, queda planteado en estos términos.

En opinión casi unánime de psicólogos y pedagogos que el período comprendido entre el octavo y el décimo-octavo mes de vida es el más crítico y vulnerable, por lo que, a estas edades, la separación constituye un hecho crucial por lo traumática que es en sí misma, si no se provee al niño de un ambiente familiar alternativo.

A estas edades, por tanto, la separación es desaconsejable como regla general y, en la mayoría de los casos, se podrán conjugar los derechos del niño y de la madre, haciendo ésta uso de las instalaciones que deberán existir en el Centro Penitenciario, siempre que quede garantizado el interés superior del menor.

El problema más arduo se plantea a partir de los dos años hasta la edad de escolaridad obligatoria que, hoy día, está en los seis años.

Hay que partir del punto de vista, generalmente olvidado, de que la estancia de los niños en las cárceles con sus madres presas no se ha de interpretar como un derecho de la madre, sino como un derecho del niño a estar con su madre, considerado en términos de beneficio o de mal menor para el niño, en orden a sus desarrollo y educación integral.

El niño ha de ser contemplado como sujeto de derechos y deberes y en ningún caso, como propiedad de nadie. Dejando a un lado las facultades de la patria potestad, que corresponderá a la madre interna, a ésta no se le puede admitir un derecho absoluto a tener a su hijo en la cárcel y en su compañía, como se deriva de las expresiones «**podrá existir un local habilitado**», «**a fin de que las internas puedan tener en su compañía a los hijos**» y «**podrán tenerlos en su compañía**».

Lo que se les otorga es una facultad que habrá de ser interpretada de forma muy restrictiva y que habrá de conjugarse siempre, en todo caso, con el interés superior del menor a que alude la Exposición de Motivos de la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, aplicable a todo menor en situación de desamparo.

A mayor abundamiento, hay que tener en cuenta que, cuando esta Ley define el desamparo, modificando el art. 172 del Código Civil, dice textualmente que «**se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento; o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores; cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material**». Es decir, ha de ser una situación de hecho y a ésta se puede llegar no sólo por malicia o por negligencia, sino también por **imposibilidad** del cumplimiento de deberes.

Si las Entidades Públicas, en virtud del principio del interés superior del niño y cumpliendo el mandato establecido en el art. 172 del Código Civil, asumen la tutela automática de los hijos de madres libres que se ven imposibilitadas de atenderlo por razones morales o materiales, no siempre imputables a ellas, el mismo

tratamiento deberá darse a aquellos cuyas madres están ingresadas en los Centros Penitenciarios cuyo ambiente y circunstancias no son los más adecuados para su educación y formación integral.

De donde se deriva, por una parte, que el mero hecho de estar la madre en prisión no quiere decir que haga insatisfactoria la relación madre-hijo y, por otra, que este hecho tampoco puede dar lugar a dejar de lado la aplicación de una legislación hecha para proteger a los menores sin distinción alguna.

Si la Ley otorga a la Entidad Pública la función de apreciar el desamparo, ésta lo deberá considerar caso a caso, pero incumbe al Fiscal instar de la Entidad Pública la aplicación de las medidas de protección cuando considere que se dan los requisitos para ello.

Es opinión contrastada que, en los tres o cuatro primeros años de vida, quedan fijadas ciertas impresiones y establecidas ciertas formas de reacción ante el mundo exterior, que no pueden ser ya despojadas de su importancia y sentido por ningún suceso ulterior. De aquí se deduce que, al dejar a estos niños abandonados a su suerte, por no aplicarles las leyes de protección dictadas para ellos, en base a infundados derechos y sensiblerías extrañas, les podemos perjudicar para el resto de sus vidas.

Si bien es cierto que las situaciones de desprotección que sufre la infancia son un fenómeno antiguo y en la actualidad hay más sensibilidad y preocupación por estos temas, también es cierto que pocas son las respuestas individuales y colectivas consecuentes, pocas las iniciativas sociales y escasa la participación ciudadana.

En las últimas fechas, sin embargo, parece que por ciertas asociaciones privadas, con la anuencia y respaldo de Instituciones Penitenciarias se abren caminos alternativos, poniendo pisos a disposición de las madres presas, donde pueden cumplir parte de su condena acompañadas de sus hijos menores, sin necesidad de que estos sepan lo que es vivir en la cárcel. Ejemplo éste que debería condir y que habría que favorecer tanto en las esferas privadas como en las públicas, como uno de los medios para solucionar el problema que se nos plantea.

El Principio 5 de la Declaración de los Derechos del Niño dice que **«el niño deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y en un ambiente de afecto y seguridad moral y material»**. Por tanto, son los padres los primeros obligados a proporcionar al niño el amparo, el afecto y la seguridad. Pero si estos no quieren o no pueden darlo, será responsables de ello la Sociedad y el Estado, como establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas, de 1976, cuando dice que *«todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la Sociedad y del Estado»*.

Será inútil transcribir aquí el articulado de la legislación aplicable. Basta con decir que España, por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, atribuye esta competencia, en exclusiva, a las Entidades Públicas cuando dice que **«la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, está encomendada la protección de los menores; tiene por ministerio de la ley la tutela de los que se encuentren en situación de desamparo»** (art. 172 del Código Civil), atribuyendo en el art. 174 al Ministerio Fiscal **«la superior vigilancia de la tutela; acogimiento o guarda de los menores a que se refiere esta Sección»**, artículo que, en este sentido, com-

plementa el art. 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 30 de diciembre de 1981, que obliga a los Fiscales «a 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».

Desde la publicación de la Ley 21/87 de 11 de noviembre; los Fiscales han llevado con gran celo la vigilancia de los expedientes de menores tutelados por las Entidades Públicas, al amparo del art. 172 del Código Civil reformado. Pero en la mayoría de los informes y memorias elevadas a este Fiscalía General no se ha hecho referencia a estos otros menores que viven en situaciones de carencia e, indudablemente, en ambientes no aptos para su desarrollo, como si por el mero hecho de estar con sus madres ya tuviesen debidamente cubiertas todas sus necesidades materiales y espirituales.

Por otro lado, los Funcionarios del Ministerio Fiscal, cumpliendo lo dispuesto en el art. 4.2 del Estatuto Orgánico, visitan periódicamente los Centros Penitenciarios, pero tampoco se han elaborado informes sobre la situación de los niños alojados en esos Centros con sus madres presas.

Es hora, pues, de que el Ministerio Fiscal avance un paso más en el cumplimiento de sus funciones y otorgue el amparo que por ley corresponde a estos niños, tarea no difícil desde su posición privilegiada como vigilante de los Centros Penitenciarios y, más genéricamente de la actividad de las Entidades Públicas, instando y facilitando a éstas la investigación y adopción de medidas sobre los niños internos en los Centros Penitenciarios, controlando la bondad y la eficacia de las medidas adoptadas, siempre dentro del marco de la Ley 21/87 de 11 de noviembre.

Por tanto, de acuerdo con todo lo anterior, interés de VE/VI se atenga a las siguientes instrucciones:

1. Inmediatamente de recibida esta Instrucción, se deberá girar una visita a los Centros Penitenciarios de Mujeres existentes en la Provincia, con el fin de observar directamente y valorar el estado en que se hallan los niños allí internados con sus madres presas, elaborando un informe que deberán remitir a esta Fiscalía General.
2. A todo menor que se halle en situación de desamparo, conforme se define en el art. 172 del Código Civil, le son aplicables las medidas de protección establecidas y reguladas por la Ley 21/87 de 11 de noviembre, con independencia de que se hallen o no internados en Centros Penitenciarios de Mujeres.
3. Los Fiscales deberán instar de las Entidades Públicas la extensión de las medidas de protección a los niños ingresados en los Centros Penitenciarios, facilitándoles la tarea en todo lo que sea posible.
4. Sólo podrán permanecer ingresados en los Centros Penitenciarios los hijos de las internas que justifiquen fehacientemente la filiación. Todos los demás niños ingresados en los Centros Penitenciarios, cuya filiación no pueda ser justificada o sea desconocida, se deberán poner a disposición de la Entidad Pública, a fin de que les sean aplicadas las medidas de protección de la Ley 21/87, de 11 de noviembre.

5. Cuando las madres que fueren detenidas con sus hijos justifiquen de forma fehaciente la filiación y no tengan parientes cercanos acreditados que se hagan cargo de ellos, tales hijos deberán ser puestos a disposición de la Entidad Pública en un Centro de acogida, por lo menos, mientras se instruyen las diligencias policiales a la madre.
6. Tanto en el caso anterior como en el caso de que la madre ya esté ingresada en prisión como preventiva o cumpliendo condena, si ésta desea tener a su hijo con ella en el Centro Penitenciario, acreditada la filiación, se dirigirá a través del Centro Penitenciario a la Entidad Pública quien, en uso de las facultades del art. 172 del Código Civil, evaluará el caso e informará si tal medida es o no conveniente para el menor, o si lo conveniente es que permanezca con los parientes con los que residía, su tutela u otra medida adecuada.
7. En caso de tener que separar al hijo de la madre, se deberá fijar el régimen de visitas, la periodicidad y duración, dando cuenta de ello al Fiscal, quien cuidará de que éstas se lleven a cabo y no quede el niño privado de la relación con su madre, a no ser que esto sea valorado como contraproducente.
8. Todo lo anterior se llevará a cabo bajo la vigilancia del Fiscal, conforme establece el art. 174 del Código Civil, a quien se dará cuenta de los expedientes y de la resolución que en su caso se acuerde teniendo en cuenta los artículos 38 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, 27 de su Reglamento y 172 del Código Civil, debiendo recurrir todas las resoluciones que no se consideren legítimas o sean perjudiciales para el menor.

Asimismo, el Fiscal deberá solicitar del Centro Penitenciario las listas de los niños allí ingresados, con su filiación e interna con las que se encuentran, su edad, las altas y bajas, que el Fiscal deberá incluir en sus informes periódicos a esta Fiscalía General y en la Memoria anual.

Encarezco a VE/VI el cumplimiento de la presente Instrucción, así como que la comunique a los Sres. Fiscales que de VE/VI dependen.