

# CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

## ASPECTOS PROCESALES DE LA AUTORIZACION JUDICIAL NECESARIA PARA LA ESTERILIZACION DE LOS INCAPACES QUE ADOLEZCAN DE GRAVES DEFICIENCIAS PSIQUICAS

Consulta núm. 1/1991, de 31 de enero

### I

El tema básico que plantea la Consulta se reduce a determinar el cauce procesal que deba seguirse cuando se solicite la autorización judicial necesaria para la esterilización de una persona incapaz que adolezca de graves deficiencias psíquicas. Cuestión que se halla simplemente implícita mas no resuelta en el artículo 428 del Código Penal, y que fue objeto de amplio debate en la muy numerosa y cualificada Junta de la Fiscalía que formula la Consulta. Las actitudes giraron en torno a dos posturas de imposible conciliación, pues mientras unos entendían que el procedimiento más adecuado es el de jurisdicción voluntaria, otros pensaban que tal autorización debe obtenerse a través del juicio declarativo de menor cuantía. A pesar de que una de las soluciones dadas—la del procedimiento de jurisdicción voluntaria— fue patrocinada por una considerable mayoría, se decidió que dada la trascendencia del tema y la necesidad de actuar con una definida y fundamentada unidad de criterio, debía ser sometido a la consideración del Fiscal General del Estado para que lo resolviera en la oportuna consulta.

### II

#### 1. Tesis partidaria del procedimiento de jurisdicción voluntaria

Parte de que es imprescindible la previa declaración judicial de incapacidad, por deficiencias psíquicas graves, de la persona cuya esterilización va a solicitarse. Y el procedimiento a seguir es el de jurisdicción voluntaria, en particular el de las normas generales contenido en el título 1.º del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 1811-1824). Resultarán, por tanto, inaplicables los procedimientos especiales de jurisdicción voluntaria relativos a adopción, nombramiento de tutores, curadores, medidas provisionales con relación a las personas, procedimientos testamentarios y otros legalmente previstos, no sólo por no reunir los requisitos de una mínima analogía con el presente, sino por ser esencialmente heterogéneos y dispares con él.

Es de notar, además, que aunque por su colocación dentro del sistema, el artículo 428 del Código Penal es norma esencialmente sustantiva, contiene como requisitos de no punibilidad elementos normativos integradores de los clásicos procedimientos de jurisdicción voluntaria, como son la ausencia de contradicción obligada, la solicitud del

representante legal, el dictamen preceptivo de dos especialistas, el informe del Ministerio Fiscal y la exploración del incapaz.

Contribuye también al mantenimiento de este punto de vista, la disposición adicional de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, expresiva de que a los procedimientos de incapacitación y prodigalidad les serán aplicables las normas del juicio declarativo de menor cuantía, pero los demás procedimientos derivados de los títulos IX y X del Libro 1.º del Código Civil se tramitarán por las disposiciones de la LEC sobre jurisdicción voluntaria.

## 2. Tesis que se inclina por el juicio declarativo de menor cuantía

Discrepa expresamente de los argumentos y conclusiones que señalan al de jurisdicción voluntaria como el proceso más adecuado para la obtención de la autorización judicial encaminada a la esterilización de un incapacitado. Analizado el tema desde la perspectiva global de las normas sustantivas y adjetivas civiles, se concluye que el juicio de menor cuantía es el cauce procedimental más ajustado para la consecución de la autorización judicial.

Rechaza los dos argumentos esgrimidos de contrario, esto es, el tenor del propio artículo 428 del Código Penal, que contiene como requisitos de no punibilidad, entre otros, la ausencia de contradicción obligada, y la aplicación analógica de las normas generales sobre jurisdicción voluntaria de los artículos 1811-1824 de la LEC.

El primero es imprósperable, se dice, porque una norma sustantiva penal no puede regular, al no ser éste su objeto, un procedimiento civil, sino que debe ser analizado a los efectos que interesan, conforme a los criterios interpretativos que establece el artículo 3 del Código Civil, y el artículo 428 del Código Penal, lo que contiene es una causa de justificación que se fundamenta, no en la ausencia de contradicción, sino en la obtención de una autorización judicial condicionada por ciertos requisitos: petición del representante legal del incapaz, dictamen de los especialistas, intervención del Ministerio Fiscal y exploración del incapaz.

En cuanto al segundo, si se recurre a la aplicación analógica, hay que tener en cuenta el artículo 4 del Código Civil, conforme al cual aquélla sólo procederá cuando las normas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón, y es claro que esta identidad no existe entre una pretensión deducida para conseguir la autorización y unas normas adjetivas. Estas normas, las establecidas en el Libro III, título 1.º de la LEC no constituyen un cuerpo orgánico, sino una enumeración de principios y criterios legales que tienen un valor supletorio; tal regulación genérica no autoriza a concebir la jurisdicción voluntaria como una actividad abierta a cualquier petición como sistema de *numerus apertus* sino que los casos de jurisdicción voluntaria han de venir directamente establecidos por la ley.

Si lo que precede es correcto, deberá acudirse para obtener la autorización judicial a otras pretensiones de verdadera análoga naturaleza, como son las que pretenden las declaraciones de incapacidad y de prodigalidad. De la disposición adicional de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, se obtiene, que las declaraciones de incapacidad y prodigalidad, en cuanto limitativas de derechos, han de realizarse en juicio contradictorio, reconduciéndose a la jurisdicción voluntaria sólo los procedimientos derivados de los títulos IX y X del libro 1.º del Código Civil declarativos de derechos (constitución de tutela, curatela, defensor judicial o autorizaciones para concluir negocios jurídicos de menores o incapacitados), naturaleza que no concurre en la solicitud del representante legal del incapaz dirigida al Juez para obtener la esterilización, sino que al suponer ésta una lesión o agresión quirúrgica a la integridad física del incapaz, debe conformarse con el

principio de contradicción a través del juicio de menor cuantía, que aparte de ofrecer mayores garantías y protección por cuanto el Ministerio Fiscal actúa en él con mayor protagonismo, está autorizado por la declaración del artículo 484, párrafo cuarto, de la LEC.

### III

El verdadero tema de la Consulta es, estrictamente una cuestión formal o de procedimiento, que, obviamente, carece de apoyatura expresa en el artículo 428 del Código Penal, al ser su objeto ajeno del todo a la ordenación de los trámites precisos para la autorización, pues se limita a establecer los requisitos para que opere la condición de no penalidad. Mas a pesar de los términos en que se desenvuelve la Consulta, parece obligado plantearse cuestiones relacionadas inmediatamente con su específico objeto, algunas aludidas en los textos que se acompañan, como los criterios sobre la intervención del Ministerio Fiscal, su legitimación y contenido del dictamen preceptivo. Al contrario, no formarán parte de esta Consulta, pues desbordarían lo realmente interesado, otras materias de evidente interés para la adecuada interpretación del artículo 428 del Código Penal, como son el contenido del dictamen de los especialistas, la titulación necesaria legitimadora del dictamen, o bien la determinación de los conceptos de incapaz y de deficiencias psíquicas graves. Y ello sin perjuicio de que puedan integrar el contenido de alguna Instrucción.

La Consulta, en uno de los informes que la acompañan, se refiere al fundamento de la despenalización operada, lo que puede influir en la solución del problema procesal expuesto y objeto de reflexión constante al no aparecer explicitadas en el texto del artículo 428 del Código Penal las razones de la medida despenalizadora de la esterilización, es decir en qué condiciones podrá acudirse a la intervención esterilizadora y cuáles deben ser los principios informadores de la autorización judicial y de su procedimiento.

La Fiscalía General del Estado no ha permanecido al margen del problema de las esterilizaciones de los deficientes psíquicos. Bajo la vigencia del texto dado al artículo 428 por la reforma penal de la Ley orgánica de 25 de junio de 1983, se ocupó de él en Consulta 3/1985, de 30 de abril. Aquel artículo consideraba inválido el consentimiento para las esterilizaciones, ya procediera de los incapaces o de sus representantes legales. Precisamente por su contradicción contextual no se aceptó, de modo incondicionado, la propuesta hecha por el Fiscal que consultaba de que fuera siempre relevante tal consentimiento si mediaba autorización judicial en expediente seguido con intervención del Ministerio Fiscal. Aun así en la solución dada por la Fiscalía General del Estado, se entendió que poniendo en relación el artículo 428 con normas del Derecho privado reguladoras de la incapacitación, la prohibición legal no resultaría absoluta, pues al ser la declaración de incapacidad gradual y de extensión variable, aquellas personas incapaces cuyo padecimiento fuera menos intenso tenían la posibilidad de prestar un consentimiento eficaz para la esterilización. Y se apuntaba ya que la eventual autorización limitada debería obtenerse merced a expediente, dándose a entender que sus trámites serían los mismos que los preceptuados para autorizaciones análogas.

El nuevo artículo 428, procedente de la Ley orgánica 3/1989, de 21 de junio, establece como condición de no punibilidad la autorización judicial y la sujeta al cumplimiento de requisitos sustantivos diversos, todos ineliminables. Así, la autorización judicial no operará de modo automático o por la simple constatación de la incapacidad declarada del deficiente mental y la prestación del consentimiento de su representante legal, pues ello podría dar lugar a disposiciones arbitrarias de terceros sobre bienes jurí-

dicos eminentemente personales del deficiente, con lo que quedaría la autorización judicial a merced de intereses personales, sociales o económicos de parientes o tutores, lo que está en abierta contradicción con los artículos 10 y 15 de la Constitución que protegen la dignidad e integridad física y moral de la persona y prohíben los tratos inhumano y degradantes. De lo expuesto se desprende que el consentimiento de terceros es condición necesaria que deberá ser valorada por el Ministerio Fiscal en su informe preceptivo, así como por el Juez antes de autorizar la esterilización, pero no es condición suficiente.

Establecido que en los supuestos de colisión de intereses entre terceros y el incapaz, debe resolverse siempre en base al principio de interés superior del deficiente psíquico, es preciso analizar ya los requisitos formales básicos a que se subordina la medida esterilizadora: procedimiento a seguir e intervención en él del Ministerio Fiscal.

#### IV

No se acoge la tesis de que la sustanciación de la autorización judicial ha de seguir los trámites del proceso declarativo ordinario de menor cuantía. Partimos de un presupuesto procesal claro: la no acumulabilidad de la declaración judicial de incapacidad y de la autorización judicial legitimadora de las esterilizaciones. Aquella, la declaración de incapacidad, es previa y no simultánea o en el mismo acto procesal, porque la autorización que contempla el artículo 428 lo es para esterilizar personas incapaces ya declaradas, pues no en vano la titularidad para instarla corresponde al representante legal, lo que presupone la previa declaración judicial de incapacidad y la constitución de la tutela.

Pues bien, dado que se trata de procesos independientes, ante la ausencia legal de específicos trámites procesales ordenadores de la autorización con finalidad esterilizadora ¿deberá acudirse para obtener ésta al proceso de menor cuantía, por presentar la esterilización analogías con la incapacitación, o al procedimiento de jurisdicción voluntaria, al que se sujetan otras autorizaciones judiciales previstas en el ordenamiento jurídico? Como se ha expuesto, el criterio minoritario de la Fiscalía que consulta, argumenta que si el procedimiento de incapacitación se acomoda *ex lege* a las normas del proceso tipo o de menor cuantía (disposición adicional de la Ley de 24 de octubre de 1983) también deberá seguirse éste para las autorizaciones cuyo objeto sea la esterilización, porque es el procedimiento prevenido para cualquier tipo de demanda en que no se disponga otra cosa (artículo 484.4 de la LEC). Pero, aparte de que en el precepto la expresión demanda se emplea en sentido técnico, lo que no cuadra con las pretensiones o solicitudes de autorización judicial, se olvida que aquella norma debe ponerse en relación con el artículo 481 de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil declarativo de que «*toda contienda judicial entre partes que no tenga señalada en esta Ley tramitación especial, será ventilada y decidida en el juicio ordinario declarativo que corresponda*». Y no ofrece dudas que en el proceso previsible en el artículo 428 del Código Penal, se presume la concurrencia de intereses entre representante y representado, y no situaciones contrapuestas, ya que lo pretendido es el cumplimiento de un requisito sustancial que se hace efectivo a través de la autorización; al no ser válido el consentimiento del representante legal, la pretensión se dirige al Juez a fin de integrar un elemento de la no punibilidad, cual es la autorización supletoria del consentimiento. No existe, pues, verdadera contienda entre partes determinadas como exige el proceso declarativo de menor cuantía; se solicita, sí, una actuación procesal típica, pero no para resolver un conflicto con intereses contrapuestos, sino para que se adopte una decisión propia en la que se pondere si la esterilización pretendida es beneficiosa o no para los intereses per-

sonales del incapacitado recayentes sobre la vida, salud y bienestar físico, mental y social.

Esta falta de verdadera contradicción entre partes procesales nos conduce a la vía procesal de la jurisdicción voluntaria. Aunque el inciso segundo de la disposición adicional de la Ley de 24 de octubre de 1983 remite a la jurisdicción voluntaria únicamente los procedimientos derivados de las figuras jurídicas tratadas en los títulos IX y X del Libro 1.º del Código Civil (incapacitación, tutela, curatela y guarda de menores o incapacitados), es lo cierto que más analogías median entre el contenido de las autorizaciones allí previstas y el de la autorización para esterilizar al incapacitado, que entre la esterilización y la incapacitación, por lo que los procesos con estos últimos fines no deben ser los mismos. Sin que tampoco parezca viable la idea de que las declaraciones perseguidas en los procesos de jurisdicción voluntaria se limiten a los actos estrictamente previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir a aquellos que se hallen directamente regulados en el Libro III de la Ley Procesal. Si en la Ley de Enjuiciamiento Civil existe una relación pormenorizada de los actos de jurisdicción voluntaria, no es exhaustiva o sujeta al *numerus clausus*. Ello se desprende de la generalidad de las disposiciones de la Ley de enjuiciamiento Civil (arts. 1811-1824), y del hecho de que hay supuestos necesitados de autorización en el Código Civil y no mencionados en la Ley de Enjuiciamiento Civil para cuya consecución es preceptivo el cauce de la jurisdicción voluntaria. En tal sentido, la disposición transitoria 10.1 de la Ley de 13 de mayo de 1981 expresa que se aplicarán las normas de la jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan para otorgar las autorizaciones judiciales previstas en la presente Ley.

En definitiva, si por disposición legal la jurisdicción voluntaria es el campo procesal adecuado para el desenvolvimiento de las autorizaciones relacionadas con la incapacitación, tutela, curatela, guarda de menores o incapacitados (disposición adicional de la Ley de 24 de octubre de 1983 en relación con los artículos 211, 271, 272, 273 y 290 del Código Civil) o con la filiación y patria potestad (disposición transitoria 10.1 de la Ley de 13 de mayo de 1981 y artículos 125 y 166 del Código Civil), no debe separarse de tal procedimiento la autorización judicial para obtener la esterilización de una persona incapacitada por graves deficiencias psíquicas.

Otro argumento esgrimido en apoyo de que la autorización judicial para las esterilizaciones debe sustanciarse por el juicio de menor cuantía, es que éste ofrece mayores garantías y protección, por cuanto en él el Ministerio Fiscal actúa con mayor protagonismo. La objeción decae si tomamos nota de lo que sigue. En el proceso de jurisdicción voluntaria no existen garantías de menor entidad. Son, en todo caso, paralelas a las del proceso declarativo ordinario tipo. Los principios de prohibición de indefensión y de audiencia no están proscritos en el Libro III de la LEC. Y también la tutela judicial efectiva garantizada por la Constitución, amparadora de todo proceso, se muestra patente en los de jurisdicción voluntaria, tanto si se atiende a la Extensión de las pruebas y su investigación, como si se ponderan los recursos legalmente previstos. En los expedientes de jurisdicción voluntaria pueden ser oídos no sólo quien los haya instado (art. 1814 de la LEC), sino también cualquiera otra persona, ya sea a instancias del promotor, de quien tenga un interés legítimo e incluso del propio Juez (art. 1813 de la LEC). De otro lado, en ellos se admitirán sin necesidad de solicitud ni de otra solemnidad, los documentos que se presentaren y las justificaciones que se ofrecieren (artículo 1816 de la LEC). Interviene el Ministerio Fiscal, órgano siempre en vanguardia cuando se trate de defender la estricta legalidad, emitiendo informe escrito tras examinar las actuaciones si en el expediente están interesadas personas cuya protección y defensa le está encomendada expediente que pretenda la autorización prevenida en el artículo 428 del Código Penal, es de destacar el *plus* de garantías que suponen el informe de dos especialistas y el examen personal del incapaz por el Juez.

Por último, indicar que en tanto en los procesos de jurisdicción voluntaria, el Juez puede discrepar de lo interesado por quienes intervienen, en el juicio de menor cuantía no habiendo oposición el Juez queda vinculado (arts. 691-692 de la LEC).

Tampoco en estos procesos los medios de impugnación se apartan de los previstos en los procesos ordinarios. Se admite el recurso de apelación, a sustanciar por el trámite de los incidentes (art. 1821 en relación con los arts. 887-901, todos de la LEC), que lo será en efecto suspensivo si procede del promotor del expediente (art. 1819 de la LEC), y en un solo efecto si lo interpusieren otros intervinientes (art. 18210 de la LEC). De igual modo las resoluciones que dictaren las Audiencias tienen acceso a la casación (arts. 1822 y 1687.5 de la LEC) siempre que —como ocurre en los procesos contenciosos— tengan el carácter de definitivas (art. 1687.1 de la LEC) por poner término al proceso (art. 1689 de la LEC). Por último, indicar que si a la solicitud promovida se hiciere oposición por quienes tengan interés, el expediente se hará contencioso y se sujetará, desde que se dicte el auto declarándolo, a los trámites establecidos para el juicio que corresponda (art. 1817 de la LEC).

## V

El Ministerio Fiscal se halla legitimado para instar los procesos que tienden a la declaración judicial de incapacidad (arts. 203 y 207 del Código Civil) y a la constitución de la tutela (arts. 228 del Código Civil y 3.7.º del Estatuto del Ministerio Fiscal). No lo está, sin embargo, para promover los procesos dirigidos a obtener la autorización para esterilizar a los incapaces. Según el texto del artículo 428 del Código Penal la única persona legitimada es el representante legal del incapaz.

Pero el Ministerio Fiscal si interviene en el proceso una vez iniciado éste, tanto por la declaración general contenida en el artículo 1815 de la LEC como porque en el artículo 428 del Código Penal es presupuesto necesario para la autorización su informe.

Si es ineliminable que el Fiscal sea oído, su dictamen deberá tender siempre a defender los derechos que todo deficiente tiene a la integración social y al pleno desarrollo de su personalidad en todas las esferas de la interrelación humana, incluida la de la sexualidad, para que pueda situarse en un plano de igualdad con las demás personas. Desde esta perspectiva, la medida de esterilización cumple su verdadera finalidad, y el Fiscal se opondrá a que la autorización esterilizadora pueda fundarse en intereses contrarios o distintos a los del incapaz. El criterio de mayor interés y bienestar legitimador de las esterilizaciones deberá tenerse siempre en cuenta como norma limitadora y garantista.

Si el Ministerio Fiscal ejerce en el campo de la protección de los incapacitados y desvalidos una de sus funciones más importantes e insustituibles, cuando se trate de casos como el que es objeto de consulta, debe mostrar una especial sensibilidad y cautela, por lo que sus informes en esta materia, especificativos y claros, tendrán siempre en cuenta no sólo el contenido del dictamen de los especialistas, a los que no se halla vinculado, sino también otros datos o circunstancias extraídas del examen del expediente, sin olvidar las condiciones familiares y sociales del incapaz.

# CONSULTA SOBRE SI ES IMPRESCINDIBLE LA ANOTACION DE LAS CONDENAS EN LOS REGISTROS DE NATURALEZA DEL PENADO

Consulta núm. 2/1991, de 29 de abril

## I

El tema central que se plantea en la Consulta es el de determinar si, después de promulgada la Constitución Española de 1978, el único Registro en donde han de anotarse las condenas es el Central de Penados y Rebeldes, y cuyo fundamento estaría en que la anotación en el Registro de naturaleza del penado podría vulnerar el derecho a la intimidad personal, especialmente protegido en la Constitución.

La tesis de la anotación exclusiva en el Registro Central de Penados y Rebeldes tendría su apoyo, además de lo anteriormente dicho, en la desaparición de los Juzgados de Distrito con la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, Juzgados que desempeñaban tal función en virtud del Real Decreto 2988/77, de 11 de noviembre (artículo 13.1.a); en la nueva redacción del artículo 118 el Código Penal, y como consecuencia, en el Real Decreto 2012/83, de 28 de julio, sobre cancelación de antecedentes penales, y en la Ley de 1 de diciembre de 1980 sobre Conducta Ciudadana. Se añaden, además, que no proceden tales anotaciones en el Registro Civil por no hallarse amparadas en disposición legal alguna.

## II

No todas las razones anteriormente expuestas han de aceptarse. Por lo pronto, si bien es cierto que la Constitución ampara el derecho a la intimidad personal (art. 18), no lo es menos que todos los derechos tienen sus límites ponderando los intereses generales, también protegidos por la norma Constitucional.

De otro lado, la anotación en cualesquiera de los Registros no lleva aparejada *per se* una publicación indiscriminada de su contenido, sino que se presenta con finalidades concretas y tasadas, que no implican necesariamente violación de la intimidad. A estos efectos, hay que tener en cuenta lo que dice el artículo 118 del Código Penal en su párrafo sexto: «Las inscripciones de antecedentes penales en el Registro Central de Penados y Rebeldes no serán públicas. Durante su vigencia sólo se emitirán certificaciones con las limitaciones y garantías previstas en sus normas específicas y en los casos establecidos por la Ley.»

El Real Decreto del Ministerio de Justicia 2988/77, de 11 de noviembre, sobre organización y funcionamiento de los decanatos de los Juzgados, señala en su artículo 13.1 que, «además de las funciones que se expresan en el artículo 5.º, corresponderán a los

decanatos de los Juzgados de Distrito: a) Anotar o cancelar en el Registro correspondiente los antecedentes penales que remitan las Audiencias y Juzgados de Instrucción, acusando recibo individual de las comunicaciones». En la actualidad, como se observa en la Consulta, los Juzgados de Distrito en cuanto tales han sido suprimidos, pero sus funciones han sido asumidas por los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción o de Paz, como taxativamente declara la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 (apartado V). Y ya más en concreto, el artículo 86 de esta LOPJ anota que: «1. El Registro Civil estará a cargo de los Jueces de Primera Instancia y, por delegación de éstos, de los de Paz, de conformidad con lo que se disponga en ella para los demás Registros Civiles, en su caso.» «2. La Ley de Planta determinará las poblaciones en las que uno o varios Jueces desempeñarán con exclusividad funciones de Registro Civil, y en las ciudades en que hubiese más de un Juzgado de Primera Instancia, cuál o cuáles de entre ellos se encargarán del Registro Civil.» Por tanto, todas las funciones encomendadas a los antiguos Juzgados de Distrito relacionadas con el Registro Civil, se entienden traspasadas a los actuales Juzgados de Primera Instancia.

Por su parte, el artículo 118 del Código Penal, lo mismo que el Real Decreto 2012/83, de 28 de julio, se refieren tan sólo a la cancelación de los antecedentes penales en el Registro Central de Penados y Rebeldes a los efectos de no apreciación de la agravante de reincidencia del artículo 10, n.º 15, del Código Penal. Y la Ley sobre Conducta Ciudadana de 1 de diciembre de 1990, determina que los informes de conducta consistirán en la certificación de antecedentes penales, con lo que parecen excluir e ignorar la anotación de los antecedentes penales en otro Registro que no sea el Registro Central de Penados y Rebeldes.

Las anotaciones de condena en el Juzgado de naturaleza del interesado, como se expone en la consulta, datan de la Orden Ministerial de 1 de diciembre de 1932, expresiva de que, «una vez recaído el acuerdo, otorgando la cancelación solicitada se comunicará al Tribunal sentenciador, al Juzgado de Instrucción origen del sumario y al de naturaleza del interesado ordenando se cancelen y dejen sin efecto las anotaciones que existan en ellos». Pero el origen de tales anotaciones, a otros efectos, es más lejano. Así, en la vigente Ley sobre Condena Condicional de 17 de marzo de 1908 se dispone en el artículo 11 que «igual testimonio —de la parte dispositiva del fallo y del auto en que se acuerde la suspensión de la condena— remitirán los Tribunales sentenciadores al Juez instructor del proceso, quien, en su caso, lo comunicará al Juez de la residencia del sentenciado». De igual modo, el Real Decreto de 23 de marzo de 1908 sobre Condena Condicional dice en su artículo 2.º que, «al quedar extinguida la responsabilidad por haber terminado el período de suspensión de la condena, el Tribunal sentenciador lo declarará también por auto, que pondrá en conocimiento del Juzgado de donde proceda la causa y del de residencia del delincuente». Y en el artículo 6.º de este mismo Real Decreto se establece que «los Juzgados Municipales (hoy de Paz) de las poblaciones donde no existan Juzgados de Instrucción llevarán un libro de registro en que consten los nombres de los penados con residencia en el término municipal, las condiciones de la condena y cuantos datos sean necesarios para la debida inspección».

### III

De cuanto antecede se desprende que, en un orden legal, existen argumentos tanto para limitar la anotación de las condenas en el Registro Central, como para extenderlas al de la naturaleza del penado. Razón por la que la solución que, en definitiva, se acepte, estará condicionada por la necesidad práctica de que con la anotación se persigan fines concretos marcados por la Ley.

Y de todos es conocido que las sentencias penales no sólo conllevan los efectos penitenciarios del cumplimiento de las penas y las civiles de la restitución, reparación o indemnización de daños y perjuicios, sino que también comportan otras limitaciones, como son la privación de honores, de cargos —aun los selectivos— y de los derechos de sufragio, efectos todos ellos que llevan aparejadas las penas accesorias contenidas en los artículos 45 a 47 del Código Penal.

En este último sentido, el artículo 2.º.1 de la LO del Régimen Electoral (LO 5/1985, de 19 de junio) dice que «el derecho de sufragio —activo— corresponde a los españoles mayores de edad que no estén comprendidos en ninguno de los supuestos previstos en el artículo siguiente». Y éste (el art. 3.º.1) expresa que «carecen del derecho de sufragio: a) los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento».

Por otro lado, el artículo 6.º.1 de esta misma LO establece que «son elegibles —sufragio pasivo— los españoles mayores de edad que, poseyendo la cualidad de elector, no se encuentren incurso en alguna de las siguientes causas de inelegibilidad: 2.a) Los condenados por sentencia firme a pena privativa de libertad, en el período que dure la pena».

Para la ejecutabilidad de estas limitaciones que pesan sobre el derecho constitucional de sufragio activo y pasivo en virtud de sentencias penales firmes, la propia LO del Régimen General Electoral establece las actuaciones que deberán llevarse a cabo en los Registros Civiles y en el Registro Central de Penados y Rebeldes.

Así, en el artículo 37 de la mencionada LO dice que «a los efectos previstos en los dos artículos anteriores —relativos a la revisión del Censo— los responsables del Registro Civil y del Registro de Penados y Rebeldes comunicarán, antes del 1 de febrero, a los Ayuntamientos, Consulados y a las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral, cualquier circunstancia, civil o penal, que pueda afectar a la inscripción en el Censo».

Queda claro que a los respectivos titulares de esos Registros se les confía la transmisión de las circunstancias por las que a una persona se le impide votar o ser votado. Pero hay que precisar que los encargados de los Registros Civiles harán constar las circunstancias de orden civil, y el del Registro de Penados y Rebeldes las circunstancias penales.

Aun habiendo apoyatura legal para la solución apuntada, existe, además, otra razón de índole práctica que aconseja ser transigente ante supuestos en que falte o no se acepte la inscripción de las sentencias condenatorias penales en los Registros Civiles. Se trata de la variabilidad de la situación penitenciaria del penado, que puede reducir su condena aprovechándose de los varios beneficios penitenciarios, lo que daría lugar a múltiples anotaciones sucesivas para reflejar exactamente, en cada momento, la situación dando un trabajo extra a tales Registros. Trabajo que, además, sería inútil por duplicidad, ya que todas esas circunstancias se hacen constar expresamente y con toda minuciosidad en el Registro Central de Penados y Rebeldes.

En consecuencia, en la fase de ejecución de sentencias penales, no será imprescindible pedir la anotación de condena en los registros de los Juzgados de naturaleza, sino que será suficiente con controlar celosamente su anotación en el Registro Penal de Penados y Rebeldes. Pero si el Juez o Tribunal sentenciador, basándose en los preceptos antes citados, ordena la inscripción de la sentencia en el Registro de Naturaleza del procesado, el Fiscal no se deberá oponer a ello.



## **CRITERIO DE COMPETENCIA TERRITORIAL EN LOS SUPUESTOS DEL DELITO ESTABLECIDO EN EL ARTICULO 2 DE LA LEY ORGÁNICA 8/84**

**Instrucción núm. 1/1991, de 18 de marzo**

### **I**

En los últimos meses se ha recibido en esta Fiscalía General del Estado testimonio de los expedientes administrativos tramitados por la Oficina de Prestación Social de los Objetores de Conciencia en relación con determinadas personas, por entender que los hechos que se exponen podrían ser constitutivos del delito previsto en el artículo 2, párrafo 2 de la Ley Orgánica 8/84 de 26 de diciembre, por la que se regula el régimen de recurso en caso de objeción de conciencia, su régimen penal y se deroga el artículo 45 de la Ley Orgánica 2/79 de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Una vez recibidos a través del Ministerio de Justicia dichos expedientes administrativos, se procedía por esta Fiscalía General a remitir mediante oficio la documentación pertinente a los Excmos. e Ilmos. Sres. Fiscales Jefes de los Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales, con la finalidad de que se procediese al ejercicio de las acciones penales que pudieran corresponder, siguiendo como criterio de competencia, el del lugar donde se produce el alistamiento, es decir, el del domicilio habitual de la persona que teóricamente ha de ser llamada a filas.

Este criterio de competencia ha sido cuestionado por diversas Fiscalías, de manera que entienden que el lugar en el que se deben ejercitar las acciones legales pertinentes en el caso del delito previsto en el artículo 2 de la Ley Orgánica 8/84, no es el del domicilio del insumiso, sino el del lugar en donde debería de prestar el objetor de conciencia la prestación social sustitutoria, por lo que se han devuelto a esta Fiscalía General varios expedientes a los efectos de que fuesen remitidos a las ciudades en las que al objetor de conciencia se le había señalado para la práctica de esa prestación.

Analizando las normas referentes a la legislación militar, y en concreto a lo relativo a la objeción de conciencia, no se establece de manera expresa ningún criterio de competencia ni en la Ley Orgánica 8/84 de 26 de diciembre, ni en la Ley 48/84 de la misma fecha, así como tampoco en el Real Decreto 20/88 de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de la Prestación Social de los Objetores de Conciencia.

Ahora bien, en el artículo 2 de la Ley Orgánica 8/84, de 26 de diciembre, sobre régimen de recursos en caso de objeción de conciencia y su régimen penal, se establecen tres supuestos distintos que han de ser resueltos con criterios de competencia diferentes.

Así, el núm. 10 del artículo 2 de la Ley Orgánica 8/84, establece que se impondrá la pena correspondiente al objetor que faltase, sin causa justificada, por más de tres días consecutivos del centro, dependencia o unidad en que tuviese que cumplir la prestación

social sustitutoria. Este supuesto parece no plantear problema, pues de la propia redacción parece deducirse el criterio de competencia, que es el del lugar en que se consuma el delito, es decir, cuando el ya objetor de conciencia que tiene asignada una prestación social sustitutoria que cumplir en un determinado lugar, falta —sin causa justificada— por más de setenta y dos horas del centro donde tiene que prestar el servicio sustitutorio, de manera que el órgano jurisdiccional penal competente para conocer de este delito será el del Juzgado de Instrucción del lugar donde se encuentre ubicado el centro, dependencia o unidad en que el objetor tuviere que cumplir la prestación social sustitutoria.

En el número 2 del artículo 2 de la Ley Orgánica 8/84 se recoge otro supuesto diferente: el del objetor, que llamado al servicio, se deje de presentar sin justificación en el tiempo y lugar que se señale. Parece que el criterio de este supuesto es el mismo del caso anterior, de nuevo el lugar donde se consuma el delito, que en este caso es el Juzgado de Instrucción del lugar que se señale en el que se debe de presentar el objetor, y que sin causa justificada deje de efectuarlo.

Mayor complicación ofrece en cambio el núm. 3.º del artículo 2 de la Ley Orgánica 8/84, ya que en este precepto no se hace referencia a lugar alguno, por lo que aparece que las normas de competencia que han de regir en el presente caso deberán de ser las establecidas en el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, el Juez de Instrucción del partido en que el delito se hubiese cometido, debiendo por tanto delimitar si el delito de negativa debe ser conocido por el Juez del domicilio o, por el contrario, por el del lugar en que se ha fijado que deberá prestar el servicio sustitutorio. En realidad en este número 3.º del artículo 2 se pueden dar a su vez dos supuestos diferentes:

— El primero, el del objetor de conciencia que rehuse cumplir la prestación social sustitutoria desde el lugar de su propio domicilio, es decir, sin que en ningún momento se haya incorporado en otro lugar distinto a realizar dicha prestación sustitutoria.

— El segundo supuesto, sería el del objetor de conciencia que ha comenzado a cumplir la prestación social sustitutoria en el lugar que le ha sido asignado, pero en un momento dado y antes de finalizar la prestación, éste se niega a continuar cumpliendo el servicio civil sustitutorio.

En el primero de los casos ha de tenerse en cuenta lo que establece la Ley 19/84 de 8 de junio en cuanto al acto de alistamiento, que conforme preceptúan los artículos 31 y 32, consiste en las operaciones encaminadas a confeccionar las listas de los españoles que cumplan en el año que termine el plazo los dieciocho años, debiendo presentarse la inscripción en el Ayuntamiento correspondiente, es decir, en el del domicilio habitual del joven llamado a filas.

Así, la persona que desee solicitar la declaración del derecho fundamental de objeción de conciencia y exención del servicio militar, deberá de dirigir una solicitud al Consejo Nacional —que tiene su sede en la ciudad de Madrid—. Ahora bien, el artículo 2, punto 1 de la Ley 8/84 de 26 de diciembre, prevé que esa solicitud se puede presentar directamente ante el Consejo Nacional o por el contrario abre también la vía del artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo, es decir, mediante la presentación de la solicitud en el Gobierno Civil de la provincia en la que será a su vez el lugar en el que se produzcan las notificaciones, citaciones y demás comunicaciones al interesado.

Por tanto, el acto inicial por el que se desarrolla todo el proceso de reclutamiento o la solicitud de objeción de conciencia, tiene su origen en el domicilio habitual del interesado y es allí también donde recibe el orden de incorporarse a cumplir la prestación social sustitutoria y donde se puede producir la negativa a tal prestación. En definitiva, este lugar es donde el ciudadano declarado objetor de conciencia puede ejercitar con mayores garantías su derecho de defensa, ya que al residir habitualmente en dicho lugar podrá, con un mayor conocimiento de la realidad social de su provincia, acudir a un

Letrado del Colegio de Abogados de ese territorio, evitándose así desplazamientos inútiles que gravarían el principio de economía procesal.

El segundo de los casos, tiene en común con el primero, el que en ambos se produce por parte del objetor de conciencia un acto de voluntad tendente a negarse a cumplir la prestación social sustitutoria, pero difiere en que en este caso, se ha producido el desplazamiento del objeto al lugar donde se le ha asignado el cumplimiento de la prestación social, de manera que cuando se produce la negativa mientras se encuentra en el lugar que le ha sido asignado cumpliendo el servicio civil, la regla de competencia en este caso será la que establece el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por ello, esta Fiscalía General del Estado entiende que el criterio de competencia territorial en los casos del delito previsto en el artículo 2 de la Ley Orgánica 8/84, de 26 de septiembre, es el siguiente:

— En el caso del número 2 del artículo 2 de la Ley Orgánica 8/84, el criterio de competencia es que será el Juez de Instrucción del lugar que esté señalado para que el objetor haga su prestación.

— En el caso del núm. 3 del artículo 2 de la Ley Orgánica 8/84, el criterio de competencia es, en el primer supuesto que se ha narrado con anterioridad, que de estas conductas conocerá el Juez de Instrucción del domicilio habitual de la persona que se niegue a prestar el servicio civil sustitutorio, y no el del lugar de su cumplimiento; por el contrario, en el segundo supuesto que analizamos, el criterio de competencia será que conocerá de estos delitos el Juez de Instrucción del lugar donde se encuentra cumpliendo el objetor el servicio civil sustitutorio.

— Puede darse el supuesto de los españoles que se encuentren residiendo fuera del territorio nacional y pendientes de cumplimiento del servicio militar. Estas personas, todos los actos que se practican conforme a la Ley 19/84 deberán de canalizarlos a través de los Consulados Españoles en el extranjero, de manera que a través de estas delegaciones consulares se practiquen los actos de comunicación y en su caso de declaración de objeción de conciencia. En el supuesto de que el órgano competente para conocer de la instrucción y fallo de estos delitos, será la Audiencia Nacional, conforme el artículo 65.e) de la LOPJ.

Lo que pongo en conocimiento de los Excmos. e Ilmos. Sres. Fiscales, para que, en los casos que lo consideren conveniente, puedan abrir previamente diligencias de investigación y/o, en su caso, proceder al ejercicio de las acciones penales que correspondiesen por denuncia o querrela por los supuestos recogidos en el artículo 2 de la Ley Orgánica 8/84, siempre de acuerdo con los criterios de competencia más arriba expresados.



# **INDEMNIZACIONES POR DAÑOS PERSONALES DERIVADOS DE ACCIDENTES DE CIRCULACION**

## **Instrucción núm. 2/1991, de 9 de abril**

### **I**

La Fiscalía General del Estado viene comprobando a través de datos obrantes en al misma, criterios muy dispares entre las diferentes Fiscalías a la hora de solicitarse indemnizaciones por daños personales derivados de accidentes de circulación. Disparidad que alcanza cotas preocupantes cuando, en el caso concreto que motiva la petición de las indemnizaciones, las circunstancias personales, familiares y de otra índole que concurren en las víctimas, son de idéntica o análoga naturaleza. Sin duda, ello repercute en las resoluciones judiciales a la hora de fijar la responsabilidad civil, sobre todo cuanto la acción ha sido ejercitada exclusivamente por el Ministerio Fiscal.

### **II**

El Ministerio de Economía y Hacienda, a través de la Dirección General de Seguros, ha colaborado con el Instituto Nacional de Toxicología, la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros, ICEA y otras organizaciones del sector, en la elaboración de un sistema para la valoración de daños personales derivados de accidentes de circulación, publicando el mismo mediante una Orden de 5 de marzo de 1991, «Boletín Oficial del Estado» del día 11 de dicho mes.

La aplicación del Baremo en cuestión no tiene un carácter vinculante para las Entidades aseguradoras, si bien se recomienda a las mismas su utilización.

De observarse tal sistema por las aseguradoras, se conseguiría un cuádruple objetivo, según se desprende de la mencionada Orden:

A) Reducir al máximo la gran disparidad existente en la fijación de las cuantías de las indemnizaciones.

B) Conseguir un mecanismo de certeza considerable en un sector donde existe gran indeterminación, respetando el principio de seguridad jurídica que contempla el artículo 9.3 de la Constitución.

C) Fomentar un trato análogo para situaciones de responsabilidad cuyos supuestos de hecho sean coincidentes, respetándose así el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución.

D) Reducir al máximo las actuaciones judiciales en este sector.

### **III**

Si la Orden Ministerial a la que se ha hecho referencia, no tiene carácter vinculante para las Entidades aseguradoras, menos aún lo tendrá para el Ministerio Fiscal.

Sin embargo, los baremos orientadores contenidos en la misma, deberán ser tenidos en cuenta por los Señores Fiscales, *con el fin de unificar criterios*, de forma que las indemnizaciones solicitadas no sean nunca inferiores a las señaladas en las tablas del anexo de la Orden, tanto en los supuestos de muerte como en los casos de incapacidad, bien sea ésta temporal o definitiva, sin perjuicio de valorar debidamente las circunstancias que concurran en el caso concreto a la hora de solicitar indemnizaciones en cuantía superior a las previstas en las tablas indicadas.

## **MEDIDAS DE SEGURIDAD PREDELICTUALES**

### **Instrucción núm. 3/1991, de 13 de mayo**

Se ha tenido conocimiento en esta Fiscalía General del Estado de que por algunos Fiscales se siguen solicitando medidas de seguridad predelictuales, al amparo de la Ley 16/1970 de 4 de agosto, de Peligrosidad y Rehabilitación Social, interpretación que es contraria a lo fijado por el Tribunal Constitucional; así, en Sentencias 23/1986, de 14 de febrero; 21/1987, de 19 de febrero; 131/87, de 20 de julio.

En consecuencia, intereso de VE/VI que se acomode la posición de las Fiscalías a la mencionada doctrina del Tribunal Constitucional que establece que «en virtud del principio de legalidad penal, consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución Española, no cabe la adopción de pena o medida de seguridad sobre quien no haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal», por lo que encarezco de VE/VI, que no soliciten los Fiscales en lo sucesivo medidas de peligrosidad predelictuales, y que, se promueva la revisión de las ya impuestas.



**NOTIFICACION DE SENTENCIAS ABSOLUTORIAS  
EN PROCESOS POR CONDUCCION BAJO LA INFLUENCIA  
DE BEBIDAS ALCOHOLICAS  
A LAS JEFATURAS DE TRAFICO**

**Instrucción núm. 4/91, de 13 de junio**

La Fiscalía General del Estado ha detectado que numerosos procesos por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas del artículo 340 bis a), núm. 1 del Código Penal, terminan por sobreseimiento, o por sentencias absolutorias, cuando la cifra de alcohol en sangre está por encima de 0,8 gramos de alcohol por 1.000 centímetros cúbicos y hasta cifras de 1,2 ó 1,5 gramos por 1.000 centímetros cúbicos.

Sin entrar a analizar ahora el tipo del 340 bis a), núm. 1, que tiene una interpretación ya consolidada por nuestros Tribunales, sí quiero llamar ahora la atención de los señores Fiscales, para que cuando se produzcan esos sobreseimientos o sentencias absolutorias, y consideren que los hechos no son constitutivos de delito —pues de serlo deberían recurrir esas resoluciones judiciales—, pidan a los Juzgados y Tribunales, que notifiquen las mismas a las Jefaturas Provinciales o Locales de Tráfico, a fin de que pueda entrar en juego el Derecho Administrativo Sancionador, pues aunque algunas de esas conductas no sean delictivas, no cabe duda que puedan merecer un reproche como ilícito administrativo.



# **ATRIBUCIONES Y COMPETENCIAS DE LOS FISCALES DELEGADOS DE LA FISCALIA ESPECIAL PARA LA PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL TRÁFICO ILEGAL DE DROGAS**

**Instrucción núm. 5/1991, de 25 de junio**

## **I**

La Ley 5/88, de 24 de marzo, al reformar el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, creó como órgano *ex novo* de esta institución la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas, especificando en el artículo 18 bis 1 y 2 las funciones que, bajo la dirección del Fiscal General del Estado, le han sido encomendadas.

En consonancia con los objetivos descritos en su preámbulo, el apartado c) del artículo 18 bis 1 le atribuye la función de «coordinar las atribuciones de las distintas Fiscalías en orden a la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas», y al objeto de cumplir adecuadamente esta labor se establece en el párrafo 2.º del indicado apartado que «cuando el número de procedimientos así lo aconseje el Fiscal General del Estado podrá designar a uno o varios Fiscales para que actúen en relación directa con dicha Fiscalía Especial».

Hasta el momento presente, y atendiendo no sólo al parámetro fundamental del número de procedimientos, sino también a otros significativos indicadores cuales son los números de detenidos, decomisos y sustancias decomisadas, el Fiscal General del Estado, oído el Consejo Fiscal y a propuesta conjunta del Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial y de los Fiscales Jefes de los respectivos órganos, ha designado ya varios Fiscales para esta específica materia en aquellas Comunidades Autónomas y provincias en que el fenómeno criminal del tráfico ilegal de drogas tiene una especial incidencia, configurando así una estructura territorial en la que cabe distinguir: a) los Fiscales Delegados-coordinadores a nivel autonómico, y b) los Fiscales Delegados a nivel provincial. El artículo 5 del Real Decreto 675/89, de 9 de junio (y antes el artículo 2 del Real Decreto 1544/88, de 23 de diciembre), recoge esta distinción al prescribir que «el Fiscal General del Estado podrá designar en cada Comunidad Autónoma un Fiscal como delegado para la coordinación de las actuaciones de las distintas Fiscalías o de los Fiscales designados en orden a la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas». Unos y otros dependen jerárquicamente del Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial, quien a tenor del artículo 18 bis 1 c), párrafo 2.º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal «tendrá con respecto a ellos, sólo en el ámbito específico de su competencia, las mismas facultades y deberes que corresponden a los Fiscales Jefes de los demás órganos del Ministerio Fiscal».

El texto legal consagra, pues, la dependencia jerárquica de estos Fiscales respecto a la Fiscalía Especial en el amplio campo de la prevención y represión del tráfico ilegal

de drogas, aunque compatibilizándola, como no podía ser menos, con el deber de informar de estos asuntos al Fiscal Jefe del órgano en que desempeñen sus funciones. El expreso reconocimiento de esta situación era imprescindible para que la Fiscalía Especial pudiera desempeñar adecuadamente la labor de coordinación que estatutariamente le ha sido asignada en una parcela de la criminalidad en la que, por sus dimensiones y gravísimas consecuencias, es si cabe más indispensable la unidad de actuación como expresamente señala el preámbulo de la Ley 5/88, de 24 de marzo.

El diseño territorial expuesto se completa con la posibilidad de designar Fiscales colaboradores que, como órganos de apoyo, asistan a los Fiscales Delegados, en la ejecución de su cometido.

La experiencia ha puesto de manifiesto que la eficacia en el ejercicio de la función y en el desempeño de las tareas coordinadoras requiere precisar al máximo los mecanismos de nombramiento y remoción, las concretas funciones que deben asumir y su situación en la estructura interna de la Fiscalía a la que orgánicamente pertenecen, contemplando naturalmente su intervención en el despacho ordinario de los asuntos y en las respectivas Juntas de Fiscalía.

## II

### I) NOMBRAMIENTOS Y REMOCION

#### A) NOMBRAMIENTOS

##### 1. De los Fiscales Delegados de la Fiscalía Especial

Se nombrarán por el Fiscal General del Estado, oído el consejo Fiscal, a propuesta del Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial, a quien le será remitido informe sobre todos los peticionarios por el Fiscal Jefe de la Fiscalía a la que pertenezcan. Todos los así nombrados serán Fiscales Delegados de la Fiscalía Especial.

##### 2. Del Fiscal Delegado-Coordinador en las Comunidades Autónomas pluriprovinciales

Cuando en una Comunidad Autónoma pluriprovincial se nombren varios Fiscales Delegados por existir precisamente en la misma Comunidad Autónoma más de una Fiscalía, el Fiscal General del Estado, al hacer el nombramiento conforme al párrafo anterior, designará a uno de ellos como Delegado-Coordinador en todo el ámbito territorial de la respectiva Comunidad Autónoma, procurándose, como criterio general, que el nombramiento recaiga en quien esté destinado en la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia.

Igual criterio regirá en el supuesto, aunque sea excepcional, de que se nombrara más de un Fiscal Delegado en una Comunidad Autónoma uniprovincial.

##### 3. De los Fiscales Colaboradores

Para asistir a los Fiscales Delegados en su cometido podrán asignarse uno o varios Fiscales de la plantilla correspondiente, por el Fiscal Jefe respectivo, oída la Junta de Fiscales. salvo cuando el Fiscal General del Estado la considere absolutamente necesaria-

ria, en cuyo supuesto lo acordará directamente, siguiendo el procedimiento establecido en el apartado 1.

#### **4. Relaciones de los Fiscales Delegados con la Fiscalía Especial**

A la Fiscalía Especial, bajo la dirección del Fiscal General del Estado, corresponde la coordinación de los Fiscales comprendidos en los anteriores apartados, a cuyo fin establecerá criterios para asegurar la unidad de actuación, celebrándose al efecto Juntas, como mínimo, una vez cada tres meses.

El Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial, en el ámbito específico de su competencia, tendrá las mismas facultades y deberes de los Fiscales Jefes de los demás órganos del Ministerio Fiscal, con respecto a todos los Fiscales Delegados y colaboradores.

#### **B) REMOCION**

Todos los Fiscales así designados podrán ser removidos por el Fiscal General del Estado, «a propuesta del Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial y oído el Fiscal Jefe respectivo».

### **II) FUNCIONES**

A) En orden a la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas, los Fiscales Delegados, en su ámbito territorial respectivo, ejercerán las siguientes funciones:

1.ª Centralizar la información sobre procedimientos judiciales comunicando a la Fiscalía Especial los datos de mayor interés y, en todo caso, la calificación provisional o escrito de acusación, la sentencia dictada y las principales incidencias de su ejecución.

2.ª Dirigir, impulsar y coordinar las investigaciones de la Policía Judicial en esta materia, impartiendo las órdenes pertinentes.

3.ª Seguimiento de las investigaciones patrimoniales que a la Fiscalía Especial atribuye el artículo 18 bis 1.d) del EOMF, una vez acordada por ésta su incoación, a la que informarán de su desarrollo proponiéndole fundamentalmente, cuando a su juicio proceda, el archivo o el ejercicio de la acción penal.

4.ª Colaborar con la Autoridad Judicial en el control del tratamiento de los drogo-dependientes a quienes se haya aplicado la remisión condicional en los términos establecidos en el artículo 18 bis 1.e) del EOMF.

5.ª En el campo de la prevención colaborar estrechamente con las instituciones estatales, autonómicas, provinciales y municipales y con las Fundaciones y Asociaciones públicas o privadas interesadas.

6.ª Promover o, en su caso, prestar el auxilio judicial internacional en orden a la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas de acuerdo con lo establecido en las leyes, tratados y convenios internacionales.

7.ª Recabar la colaboración de las Fiscalías de los Tribunales Militares en relación con los hechos cometidos en centros, establecimientos y unidades militares.

8.ª El despacho de los asuntos de mayor importancia.

B) Los Fiscales Delegados-Coordenadores, además de esas funciones, tendrán la misión de impulsar la actuación unitaria y conjunta de los Fiscales Delegados de su Comunidad Autónoma, siempre bajo la dirección y siguiendo las instrucciones del Fis-

cal Jefe de la fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas.

### **III) RELACIONES DE LOS FISCALES DELEGADOS CON LAS RESPECTIVAS FISCALÍAS Y DE LA RELEVACION DEL DESPACHO ORDINARIO**

1) Sin perjuicio de su relación jerárquica con respecto al Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial, establecida en el epígrafe I.4 de esta Instrucción, los Fiscales Delegados deberán informar de los asuntos de su competencia al Fiscal Jefe del órgano en que desempeñen sus funciones.

2) Si por el volumen y complejidad de su específico trabajo, como Fiscales Delegados, estimaren que debieran ser relevados del despacho ordinario de los asuntos que pudieran corresponderles en su Fiscalía respectiva presentarán una Memoria fundada. El Fiscal General del Estado acordará dicha relevación, si la estima justificada a propuesta del Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial, oído el Fiscal Jefe de la respectiva Fiscalía.

3) El Fiscal Delegado-Coordinador, a que se refiere el epígrafe I.A.2 de esta Instrucción, podrá asistir a las Juntas que se celebren en cualquiera de las Fiscalías de la Comunidad Autónoma, si en el orden del día se hubiera incluido cualquier materia de su especial competencia, a cuyo efecto los Fiscales Jefes se lo comunicarán con antelación suficiente. Cuando el Fiscal Delegado asistiera a dichas Juntas sólo tendrá voz y voto en las cuestiones de su competencia.

## **SOBRE GARANTIAS EN LAS AUTORIZACIONES JUDICIALES DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS SOMETIDOS A PROCEDIMIENTOS DE EXPULSION**

### **Instrucción núm. 6/1991, de 23 de octubre**

Se ha tenido conocimiento en esta Fiscalía General del Estado, por visitas realizadas por Asesores del Defensor del Pueblo a diversos establecimientos penitenciarios, que en algunos de éstos se encuentran ingresadas personas de nacionalidad extranjera, con motivo de la instrucción por la autoridad gubernativa de expedientes administrativos de expulsión.

Tales internamientos no son admisibles, de acuerdo con la Ley Orgánica 7/85 de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, cuyo artículo 26, núm. 2 especifica que los extranjeros sometidos a procedimientos de expulsión han de ser internados en centros o locales que no tengan carácter penitenciario. La letra del artículo es clara y no se puede alegar en su contra, para ignorarla, la inexistencia de locales para ejecutar esas medidas.

Por todo ello, me dirijo a V E/V I. para que los Fiscales vigilen, en los expedientes de internamiento de extranjeros sujetos a procedimientos de expulsión, el cumplimiento de las siguientes reglas, que ya fueron recomendadas en su día por el Defensor del Pueblo:

1.ª Se ha de ser consciente que la medida del internamiento, por la naturaleza del bien jurídico implicado, ha de estar inspirada por un principio de excepcionalidad; criterio mantenido por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 115/87, de 7 de julio.

2.ª Estos internamientos no pueden verificarse en Centros Penitenciarios, ni en Comisarías de Policía.

En efecto, al realizarse en aquellos centros, se incumple la letra del citado artículo 26, núm. 2, y al practicarse en las dependencias policiales se contraviene el sentido y la finalidad del precepto, por cuanto el mismo pretende que esta privación de libertad no tenga carácter aflictivo, y hay que tener en cuenta que los calabozos de las distintas Comisarías de Policía están previstos para una privación de libertad breve, de setenta y dos horas como máximo.

Es, por tanto, la propia Autoridad gubernativa que solicita la medida quien debe acreditar también la existencia de locales que reúnan tales condiciones y que existen efectivamente plazas disponibles en los mismos.

3.ª El extranjero queda a disposición del Juez en estos internamientos, por su carácter de garante principal de la libertad. Es, en definitiva, el Juez el que ha de valorar las razones que pueden existir para la adopción de tan grave medida.

4.ª La Autoridad gubernativa ha de indicar al Juez, al solicitar el Auto de internamiento, el Centro concreto donde va a ser internado el extranjero, así como las causas que han aconsejado tal petición, lo que lleva consigo el que la Autoridad judicial proce-

da a un control efectivo de la medida restrictiva de la libertad, así como que valore la oportunidad de su otorgamiento.

5.<sup>a</sup> El internamiento se ha de otorgar, previa la presencia física del detenido ante la Autoridad Judicial, con la pretensión de que dicha Autoridad Judicial escuche a dicha persona y adopte su decisión con mayor conocimiento de su causa.

6.<sup>a</sup> El Juez, al elaborar el criterio sobre la posibilidad de internamiento, ha de tomar en consideración el dato de si el extranjero en cuestión ha sido ya internado con anterioridad. Con ello se evita la figura del internamiento sobrevenido o sucesivo.

7.<sup>a</sup> La Resolución judicial que acuerde el internamiento ha de ser motivada, tal como afirma la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/87, de 7 de julio.

8.<sup>a</sup> Los Autos de internamiento extendidos por los Jueces, dan una autorización a la Administración para que se prive de libertad al extranjero «por el plazo máximo legal permitido de cuarenta días», lo que no quiere decir que esos cuarenta días hayan de concederse inicialmente, ni que siempre se concedan cuarenta días, ya que como dice el Tribunal Constitucional «en el caso de haberse autorizado una duración menor, puede la autoridad administrativa solicitar de nuevo del órgano judicial la ampliación del internamiento, sin superar, claro está, el tiempo máximo fijado por la Ley», tiempo que tampoco es obligatorio conceder y habrá que atender al caso concreto.

9.<sup>a</sup> La Autoridad Judicial deberá efectuar un control o seguimiento directo del internamiento acordado, acreditándose en el expediente cuándo se inicia, cuándo cesa el internamiento y por qué causas y personándose en el centro de detención a los fines de analizar las condiciones o régimen de la privación de libertad, teniendo en cuenta que al extranjero sólo se le priva en estos internamientos de la libertad de circulación, no de los demás derechos de que son titulares los extranjeros en España, conforme el artículo 13 de la Constitución.

Por todo ello, los Fiscales, cumpliendo el mandato impuesto por el artículo 124 de la Constitución y por su Estatuto Orgánico, han de vigilar el cumplimiento de las reglas anteriores, debiendo notificárseles los Autos de internamiento para el control sobre la efectividad de las garantías anteriormente establecidas y, si no se han cumplido, para ejercitar los recursos que autoriza el Ordenamiento Jurídico. Además los Fiscales deberán visitar periódicamente esos centros de internamiento de extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4, núm. 2, de su Estatuto Orgánico para comprobar el respeto de los anteriores criterios.

## **CRITERIOS DE ACTUACION EN LOS SUPUESTOS DE INFRACCIONES CONTRA EL ORDEN SOCIAL**

### **Instrucción núm. 7/1991, de 8 de noviembre**

El alto nivel de siniestralidad laboral que viene produciéndose en los últimos tiempos es una lamentable realidad, puesta de manifiesto constantemente por las organizaciones sindicales, medios de comunicación y fuerzas sociales. La estabilidad que, según las estadísticas oficiales, parecen haber alcanzado las cifras de accidentes laborales en los últimos años, no puede dejar de preocupar a los poderes públicos y a la sociedad en su conjunto, y así se manifiesta repetidamente.

Basta con recordar que en el año 1988 se produjeron 1.288 accidentes en jornada de trabajo con resultado de muerte, que pasaron a ser 1.438 en 1989 y 1.466 en 1990, siendo los sectores de la minería, la industria, construcción y transportes los más afectados, concretamente con 855 muertos en el año 1988, 979 en 1989, experimentando un ligero descenso en 1990, año en que se sitúa en 965 accidentes mortales, lo que demuestra que la incidencia de mortalidad en estas actividades laborales en relación con el número global se aproxima al 60 por 100. El número total de accidentes comprendiendo los mortales y no mortales producidos en el año 1988 fue de 579.032, cifra que se eleva a 646.182 en el año 1989 y que se sitúa en 696.703 en el año 1990, según datos de la Subdirección General de Estadística del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Por Comunidades Autónomas, es sin duda Cataluña una de las de mayor siniestralidad, con 166.338 en el año 1990, lo que supuso un incremento porcentual del 6,9 por 100 en relación con el año anterior. De estos accidentes, la mayor parte corresponde a la ciudad de Barcelona, con 130.898, si bien es la Comunidad Autónoma de Madrid donde el nivel porcentual aumenta alarmantemente en los últimos años de forma que, si en el año 1988 se registraron 73.083 accidentes, en 1989 pasaron a 81.296, lo que supuso un aumento porcentual del 11,2 por 100, para llegar en el año 1990 a 91.409, lo que implica un 12,4 por 100 de incremento. Igualmente es preocupante el porcentaje de aumento en Andalucía, que pasa de un 10,4 por 100 en 1989 a un 11,9 por 100 en 1990, observándose por contra una sensible reducción en Castilla-La Mancha, que en 1989 experimentó un aumento del 18,2 por 100, para pasar en 1990 a 10,1 por 100. En todo caso, estas cifras en el conjunto del Estado parecen corregirse y se vislumbra un más esperanzador futuro, puesto que, si bien el porcentaje de incremento en el año 1989 era del 11,6 por 100, en 1990 se modera considerablemente, no superando el 7,8 por 100, que, aun así, se mantienen en niveles difícilmente aceptables.

No cabe afirmar que estos resultados dañosos para la vida y la integridad física de los trabajadores sean consecuencia del riesgo implícito de toda actividad laboral, pues si bien es cierto que el riesgo es inmanente a la prestación del trabajo, no lo es menos que, a diferencia de lo que ocurre en otras actividades, de ocio o deportivas, en que el riesgo es asumido voluntariamente, en estos supuestos el riesgo es prácticamente obli-

gado para el trabajador. De ahí que siempre que se produzcan estos resultados lesivos, deberá examinarse detenidamente si obedecen a comportamientos negligentes, bien por culpa *in vigilando* o por imprudencia, al no realizarse la actividad laboral cumpliendo las medidas de seguridad que legal o reglamentariamente aparezcan establecidas, en cuyo caso estos comportamientos deberán de ser perseguidos a tenor de lo establecido en el artículo 565 del vigente Código Penal.

Luchar contra estos hechos, que enturbian nuestro más pleno desarrollo social, es un compromiso del Estado Social de Derecho querido por el pueblo español y cuya construcción y desarrollo obliga a todos los Poderes Públicos, para lograr la efectividad de los valores superiores que inspiran nuestro ordenamiento jurídico. No cabe por consiguiente la actitud fatalista o resignada de considerarlos el precio a pagar por el incremento de la riqueza y el progreso. Por tanto, es necesario actuar decididamente desde los distintos ámbitos: hacerlo desde la sociedad es un acto de civismo y de solidaridad humana; hacerlo desde el Estado es una obligación ineludible. Y este compromiso afecta también al Ministerio Fiscal, quien a fin de procurar la satisfacción del interés social y en cumplimiento del mandato constitucional contenido en el artículo 124, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos de la Administración, deberá actuar en el ámbito de sus competencias y atribuciones y ejercitar cuantas acciones penales y civiles sean procedentes.

Pero no solamente deben preocuparnos estos hechos que, por su mayor difusión, son más conocidos. Antes más bien, parece que otras situaciones irregulares que afectan al mundo del trabajo son consecuencia de incumplimientos tan notorios como evitables de la legalidad. Pensemos en situaciones tales como el reclutamiento o la contratación ilegal de emigrantes, discriminación, el incumplimiento de prescripciones legales, reglamentarias o convencionales en materia de seguridad e higiene en el trabajo, la contratación en fraude de ley o la vulneración de los derechos fundamentales de libertad sindical y de huelga. Todas estas conductas se repiten con indeseada frecuencia, a pesar de estar prohibidas expresamente en la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social, que supuso un avance innegable de homogeneización de la normativa laboral, al agrupar en un solo texto la legalidad sancionatoria que venía dispersa en numerosas disposiciones tipificadoras de conductas que no están faltas de sanción penal. Así, en el artículo 177 bis del Código Penal se protegen los derechos a la libertad sindical y de huelga; en los artículos 348 bis a) y 427 del derecho a la salud e integridad física de los trabajadores, y en los artículos 499 bis y 348 bis a) referentes a los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo, la estabilidad del empleo y el cumplimiento de los derechos laborales más trascendentales.

Sin embargo, no puede olvidarse que la prevención es uno de los medios más eficaces para alcanzar el progreso, y en definitiva es la Administración en sus distintos ámbitos, Estatal y Autonómico, quien deberá extremar las medidas de vigilancia y control en evitación de que se produzcan esos resultados dañinos. Pero si llegaran a producirse, deberá procurarse la reparación de los daños y perjuicios causados, actuando bajo los principios de suficiencia y rapidez, a cuyo fin se dictan las oportunas instrucciones para homogeneizar la cuantía de las responsabilidades civiles.

Nuestro Código Penal dispone, por tanto, de mecanismos protectores del orden social, pese a que en ocasiones se olvida la vía penal, por considerar que el Derecho administrativo sancionador es suficiente y que lo contrario supondría una expansión del Derecho Penal incompatible con el principio de intervención mínima. En otras ocasiones, es la desconexión entre los órganos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con el Ministerio Fiscal lo que impide que el Fiscal pueda obtener la *noticia criminis*, o a la inversa, que se produzca una doble denuncia, dando lugar a una dualidad de procedimientos cuando existe una identidad de sujetos, hechos y fundamentos.

Para evitar que se vulnere el principio *non bis in idem*, es preciso delimitar el ámbito competencia entre la Autoridad Laboral y el Ministerio Fiscal, en el marco necesario de unas relaciones fluidas entre ambas Instituciones. Para lograrlo, esta Fiscalía General del Estado ha venido manteniendo contactos con la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, pero es preciso tener en cuenta que en determinadas Comunidades Autónomas se han producido transferencias en materia de seguridad e higiene en el trabajo, y concretamente a las Comunidades de Andalucía, mediante Decreto de 29 de diciembre de 1980; Canarias, por Decreto de 11 de abril de 1984; Cataluña, por Decreto de 7 de septiembre de 1979; Galicia, por Decreto de fecha 31 de julio de 1980; Navarra, mediante Decreto de 11 de abril de 1986; en el País Vasco, por Decreto de 7 de septiembre de 1979, y en Valencia, por Decreto de fecha 29 de diciembre de 1982, les fueron transferidas competencias en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo, lo que obliga necesariamente a que en estas Comunidades Autónomas los Sres. Fiscales deban relacionarse con las Autoridades Laborales Autónomas respectivas.

Integrar estas dos formas de actuar, la administrativa y la penal, evitando interferencias competenciales y lograr la deseada coordinación y armonía en las actuaciones, de forma que se puedan alcanzar resultados eficaces, es el propósito con el que me dirijo en esta ocasión a los Sres. Fiscales, con la certeza de que no escatimarán esfuerzos para intervenir ante estas situaciones que en la actualidad ocasionan un grave daño social, a fin de conseguir la mayor amplitud y efectividad posible en la protección de los derechos de los trabajadores, mediante las siguientes *Instrucciones*, sin perjuicio de que, a la vista de los informes que semestralmente deberán elevar a esta Fiscalía General los Sres. Fiscales, así como de las sugerencias de las respectivas Juntas de Fiscalía, puedan modificarse o ampliarse en el futuro:

1.ª Trimestralmente, los Sres. Fiscales Jefes, previo aviso de cortesía, deberán reunirse con las Autoridades Laborales Estatales y Autonómicas —donde se haya efectuado la transferencia— con asistencia del Jefe de la Inspección Provincial de Trabajo, a fin de diseñar el plan de operación conjunta que evite la doble incriminación, debiendo dar cuenta a esta Fiscalía General de los acuerdos alcanzados en cada una de esas reuniones.

2.ª De conformidad con lo establecido en el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y con lo prevenido en el artículo 3.1. de la Ley 8/88, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social, en los supuestos en que las infracciones constatadas pudieran ser constitutivas de delito, la Administración trasladará el expediente al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la Autoridad Judicial no dicte Sentencia, o previamente sea archivado por el Fiscal.

En desarrollo de los citados criterios, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a través de la Dirección General de la Inspección, de acuerdo con esta Fiscalía General del Estado, dictó la Instrucción 104/91, y al unísono la Instrucción de 8 de noviembre de 1991 de la Subsecretaría del referido Ministerio, que para conocimiento de los Sres. Fiscales se adjunta.

3.ª Una vez recibido por la Fiscalía el expediente remitido por la Autoridad Laboral, en virtud de lo establecido en el artículo 5 de su Estatuto Orgánico y 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, iniciará las correspondientes diligencias de investigación, a cuyo fin la Autoridad Laboral le prestará el auxilio necesario.

Dichas diligencias deberán practicarse con la mayor celeridad posible y se intentará aportar a las mismas todo el material probatorio, cursando las órdenes precisas a los funcionarios de la Policía Judicial. Conviene recordar que el artículo 20 del Real Decreto 769/1987, sobre la Policía Judicial, atribuye al Ministerio Fiscal la dirección

«de las diligencias de investigación criminal formalmente concretadas a un supuesto presuntamente delictivo, pero con carácter previo a la apertura de la correspondiente actuación judicial», punto éste que ha sido objeto de la Instrucción 2/1988 de la Fiscalía General del Estado.

4.<sup>a</sup> En la sustanciación de la investigación, los Sres. Fiscales deberán ajustarse a lo prevenido en la Circular núm. 1/1989 sobre el Procedimiento Abreviado, teniendo en cuenta que, en caso de que se desvanecieran los indicios que motivaron la misma, una vez producido el archivo, deberá notificarlo con la mayor brevedad posible a la Autoridad Laboral correspondiente, a fin de que pueda continuar con el expediente sancionador.

En dichas diligencias deberá oírse necesariamente a los perjudicados, a quienes se les informará cumplidamente de sus derechos y concretamente de las indemnizaciones que pudieran corresponderles y solicitarse en su día.

5.<sup>a</sup> En el ámbito de las responsabilidades civiles, dada la actual indeterminación e indefinición, a fin de garantizar el principio de la seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución Española) y para lograr la necesaria armonía en todo el Estado, los Sres. Fiscales deberán ajustarse a los criterios contenidos en la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de marzo de 1991 (*BOE* de 11 de marzo de 1991) y que fue objeto de la Instrucción 2/91, en la que se da publicidad a un sistema indicativo para la valoración de los daños personales derivados de accidentes de circulación, en la medida en que resulte aplicable. Ahora bien, teniendo en cuenta que el riesgo en la circulación se asume voluntariamente, salvo que el conducir constituya una actividad profesional, y que la prestación de trabajo no se asume con idéntico grado de libertad, esta falta de voluntariedad en la asunción del riesgo deberá tenerse en cuenta para procurar criterios más rigurosos en la valoración de la imprudencia causante del daño, con arreglo al baremo contenido en la referida orden.

6.<sup>a</sup> Semestralmente, deberá remitirse a esta Fiscalía General una relación de las diligencias incoadas por delitos contra el orden social, tanto internas de la Fiscalía como Judiciales, especificando el estado de las mismas, así como las sentencias o resoluciones que pongan fin al procedimiento y las sugerencias que V E/V I estime de interés para lograr más eficazmente el resultado que pretende esta Instrucción.

## **NOTIFICACIONES DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES JUDICIALES A LAS PERSONAS QUE NO HAN SIDO PARTE EN PROCESOS EN LOS QUE SE LES CONCEDEN INDEMNIZACIONES**

### **Instrucción núm. 8/1991, de 8 de noviembre**

Se viene observando por esta Fiscalía General del Estado que, en la mayoría de los procesos penales en los que se conceden en sentencias criminales indemnizaciones a los perjudicados por un delito, no se les notifica a los mismos dicha sentencia, con lo que puede transcurrir mucho tiempo hasta que perciban el importe de las cantidades reconocidas, ya que no tienen posibilidad de intervenir oportunamente en las ejecutorias.

Dicha práctica judicial no es conforme con lo dispuesto en el artículo 270 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece que «las diligencias de ordenación, providencias, autos y sentencias se notificarán a todos los que sean parte en el pleito o la causa, y también a quienes se refieran o puedan parar perjuicios, cuando así se disponga expresamente en aquellas resoluciones, de conformidad con la Ley», precepto que tiene su antecedente directo en el artículo 260 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que, según la doctrina y la jurisprudencia, se ha estimado que es de aplicación supletoria al proceso penal.

Ello supone un olvido de la situación jurídica de las víctimas de los delitos, situación que cada vez es más tenida en cuenta por las nuevas corrientes doctrinales de Derecho Penal y Procesal, por las legislaciones de los diversos países, así como por las Resoluciones y Recomendaciones de Organismos internacionales de los que España forma parte.

La idea de la que hay que partir es que por los poderes públicos, y principalmente por los Tribunales de Justicia y Fuerzas de Seguridad, no se agrave el daño que a la víctima ya ha producido el delito, evitando el fenómeno que se ha dado en llamar «victimización secundaria».

Por lo anteriormente expuesto, me dirijo ahora a los Sres. Fiscales, para que interesen de los órganos jurisdiccionales que acuerden la notificación de las sentencias y demás resoluciones en las que se concedan derechos o indemnizaciones a las personas a cuyo favor se les hayan reconocido, aunque no hayan sido parte en el proceso.



# **SOBRE ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES EN LOS DELITOS DE TRAFICO ILEGAL DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES**

**Instrucción núm. 9/1991, de 26 de diciembre**

## **I. INTRODUCCION**

Por exigencias del tipo del artículo 344 del Código Penal y del subtipo agravado del artículo 344 bis a), 3.º del mismo Código, interpretados por el Tribunal Supremo, en los procesos por tráfico ilegal de drogas es necesario determinar, con la mayor precisión posible, las características de la sustancia, la cantidad incautada y aquella no aprehendida, pero de la que se dispuso, su grado de pureza, y, en su caso, los aditivos incorporados a la misma.

Los Estados signatarios de los Tratados internacionales de 1961 (estupefacientes) y de 1971 (psicotrópicos), ambos ratificados por España, han de atribuir a un servicio administrativo la intervención de tales sustancias que entre nosotros, como es sabido, es el Servicio de Control de Estupefacientes (art. 31 de la Ley 17/67, de 8 de abril) actualmente denominado «Servicio de Restricción de Estupefacientes», dependiente de la Dirección General de Farmacia y Productos Santuarios del Ministerio de Sanidad y Consumo. Dicho Servicio y sus órganos periféricos realizan análisis pertinentes o, en su caso, los de las Comunidades Autónomas cuando hayan sido cedidos (hasta ahora no ha habido transferencias propiamente dichas).

En la praxis se plantean algunos problemas que requieren una intervención activa del Ministerio Fiscal para contribuir a resolverlos. Son, principalmente, los que atañen a la destrucción de la droga y/o estupefaciente y a la agilización de las relaciones institucionales de los correspondientes órganos administrativos con la Autoridad Judicial y con el Ministerio Fiscal. Otros son de mayor envergadura procesal y se incardinan en el derecho a la prueba, con especial referencia a la forma y tiempo de la práctica de los análisis. Sobre unos y otros el Ministerio Fiscal ha de extremar su atención y vigilancia y actuar con unidad de criterio, procurando al máximo, desde la premisa de su cometido garantista de defensor de los derechos y libertades, la mayor agilidad en la tramitación de los procesos.

## **II. DESTRUCCION DE LA DROGA Y CONSERVACION DE MUESTRAS**

El citado artículo 31 de la Ley 17/1967, de 8 de abril, ordena que «las sustancias estupefacientes decomisadas a los delincuentes e infractores de contrabando serán entregadas al Servicio de Control de Estupefacientes». Su vigencia ha sido recordada, entre muchas, por la STS de 6 de julio de 1990, recurso 1019/88.

La Ley 4/1984, de 9 de marzo, dio nueva redacción al artículo 338 de la LECrim. En el preámbulo se subraya, por una parte, el gran incremento de las piezas de convicción, singularmente de drogas, y, por otra, los gravísimos problemas de todo orden que están planteando a los organismos encargados de su almacenamiento y custodia.

Como recordaba la Consulta 2/1986 de esta Fiscalía General del Estado, ante el cambio normativo —destrucción facultativa por orden judicial en lugar de conservación preceptiva—, se dictó la Instrucción de 28 de noviembre de 1984, encareciendo a los Fiscales no sólo el informe favorable a la destrucción cuando le fuera requerido el correspondiente dictamen, sino de *instarla directamente* a la Autoridad Judicial cuando se considerara aconsejable, lo que reiteraría la Instrucción de 10 de diciembre de 1985. En el mismo sentido la Comunicación de 27 de enero de 1986, dirigida por el Presidente del Tribunal Supremo a Juzgados y Tribunales, recordaba también la facultad que a los mismos atribuía el mencionado artículo 338 para ordenar la destrucción de los estupefacientes y psicotrópicos durante la tramitación del proceso, para evitar el peligro que su almacenamiento representa.

La Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas y el propio Servicios de Restricción de Estupefacientes, han informado a la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas que la destrucción de las drogas y psicotrópicos no se había realizado en numerosas ocasiones en los últimos años, lo que ha producido una saturación que dificulta de modo grave el almacenamiento y custodia que le están encomendados.

Sin perjuicio de las gestiones realizadas por la Fiscalía Antidroga en los casos puntuales de los que ha tenido conocimiento, todos ellos en el territorio jurisdiccional de Madrid, se hace preciso recordar a los Sres. Fiscales la vigencia de lo acordado en la Consulta e Instrucciones mencionados *supra* y ahora reactualizadas y, en consecuencia, que interesen con carácter general, salvo excepciones muy justificadas o cuando se trate de pequeñas cantidades, la destrucción de la droga y/o estupefaciente en los diferentes procedimientos penales que se sustancian en su territorio y promuevan, con el mayor celo, la audiencia previa establecida en el párrafo 2.º del artículo 338 de la LECrim., y que la diligencia que se extienda comprenda, para constancia en los autos, como dispone el párrafo 3.º del mismo artículo, la naturaleza, calidad, cantidad, peso y medida de lo destruido y su valor, si no hubiera tasación anterior y su fijación fuera imposible después de la destrucción, lo que es de especial interés cuando pueda entrar en juego la agravación de «notoria importancia» tipificada en el artículo 344 bis a) 3.º del Código Penal.

El citado artículo 338 dispone, además, que cuando se acuerde la destrucción de la droga se dejen «muestras suficientes, cuando resultare *necesaria o conveniente*». Como la *ratio legis* del precepto es posibilitar un análisis cualitativo posterior, cuando eventualmente pueda ser solicitado por alguna de las partes, es aconsejable que *siempre* se dejen muestras, con finalidad garantista y asegurar que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, no siendo ocioso recordar la validez procesal de este análisis sobre muestras —y no sobre el total de la sustancia incautada— conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr., entre otras, las sentencias de 21-2-1991, recurso 646/88; 6-3-1991, recurso 2655/89 y 12-6-1991, recurso 447/89).

### III. NATURALEZA DE LOS INFORMES DE LOS ORGANOS ADMINISTRATIVOS Y SU VALOR PROBATORIO: POSIBILIDAD DE PRUEBA ANTICIPADA

La existencia de un órgano público con competencia específica en la materia sustituye, en principio, el sistema de designación de peritos de la LECrim. sin perjuicio,

como subraya la STS de 6-7-1990, recurso 1019/88, de que la parte pueda denunciar en la instancia cualquier deficiencia procesal en este punto.

En numerosos recursos de casación se ha cuestionado la naturaleza de estos informes y su valor como prueba. La jurisprudencia recaída en aquellos destaca la naturaleza *sui generis* de los dictámenes de los laboratorios y gabinetes oficiales que llegan a la causa por iniciativa del órgano judicial. Aunque no sean *stricto sensu* un dictamen pericial, su conclusión final es la propia de tal medio probatorio (STS 18-10-1989, recurso 1703/88), como sucede en materia tan próxima y semajante como la prueba de alcoholemia (STC 100/85, de 3 de octubre), o con los certificados médicos que pueden ser considerados como una pericia técnica documentada, que no documental, que el Tribunal puede examinar, conforme al artículo 726 de la LECrim. (STC 24/91, de 11 de febrero).

Dichos dictámenes tienen *prima facie* el valor y eficacia que corresponde a la competencia técnica de los organismos públicos de que proceden, con garantía de imparcialidad y objetividad (por todas STS 1-3-1991, recurso 3698/88). Como tal prueba de cargo, cualquiera que sea su denominación, pueden desvirtuar la presunción de inocencia respecto a los datos que contienen, por lo que es obvio que quienes se consideren perjudicados pueden impugnarlos o negar sus conclusiones conservando incólumes sus posibilidades de contradicción en la fase del plenario, como estableció, entre muchas, la STS 18-10-1989, recurso 1703/88, ya que no hacerlo implica su aceptación (STS 1-3-1991, recurso 3698/88), por lo que es obligado integrar al perito en el acto del juicio oral (STC 24/91, de 11 de febrero, y SSTS 4-9-1991, recurso 781/88 y 10-9-1991, recurso 709/90), lo que no es obstáculo, sin embargo, a que pueda anticiparse en fase instructora como luego se dirá.

Llegados a este punto, es conveniente recordar jurisprudencia consolidada, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, sobre el valor de las diligencias sumariales y la del mismo atestado, más allá de la simple denuncia (art. 297 LECrim.), cuando incorporen, como ocurre en el caso aquí examinado, una prueba pericial, aunque sea considerada *latu sensu* que además es de imposible repetición. Por lo que ahora importa, dicha jurisprudencia puede asumirse como sigue:

a) «... Si bien únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, esta regla no puede ser entendida en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales o sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, siempre que las mismas sean reproducidas en el juicio oral en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción.» (SSTC 80/86, 82/88, 201/89, 217/89, 161/90 y 80/91 y STS 15-10-1990, recurso 1138/89).

b) La reproducción en el plenario ha de ser efectiva, sin que sea suficiente la fórmula de uso forense de dar la pericial por reproducida (STC 150/87, de 1 de octubre). Es bastante, sin embargo, para que haya debate contradictorio en el plenario, la lectura de la pericial documentada (SSTC 201/89 y 24/91).

c) Existe la posibilidad procesal, también desde una perspectiva constitucional, de someter los análisis en fase de instrucción a ratificación contradictoria y configurarla como *prueba preconstituida* y realización anticipada, que despliega toda su validez si no son impugnados por ninguna de las partes, ya que se trata, como antes se dijo, de prueba documentada que puede ser examinada por el Tribunal conforme al artículo 726 de la LECrim., siempre que se practique con las necesarias garantías (art. 730 LECrim.) y, en consecuencia, valorarla de conformidad con el artículo 741 de la LECrim. Entre muchas, SSTC 62/85, 100/85 y 201/89. Como dice esta última (STC 201/89, de 30 de noviembre, F. J. 3) «... cuando las diligencias o actuaciones sumariales son de imposi-

ble o muy difícil reproducción en el juicio oral, es lícito traerlas al mismo como *prueba anticipada o preconstituida*, siempre y cuando se haya posibilitado el ejercicio del principio de contradicción en los términos señalados por el artículo 730 de la Ley procesal penal, esto es, solicitando su lectura en el juicio oral conforme ha afirmado en reiteradas ocasiones este Tribunal (por todas STC 62/85)...».

Tal posibilidad debe ser promovida por los Sres. Fiscales, por su gran trascendencia, tanto más cuando las ratificaciones periciales en el plenario son en estos casos, por decirlo con las mismas palabras de la STS 16-10-1990, recurso 255/90, «normalmente muy difíciles, por no decir imposibles, de ser llevados a cabo», teniendo en cuenta, además que los análisis, como tales, son irreproducibles y, por otra parte, la extraordinaria dificultad, rayana a veces en física imposibilidad, de que los autores de los análisis puedan concurrir cuantas veces sean citados a juicio oral a celebrar en las mismas horas y sedes judiciales distintas, como sucede con frecuencia en las grandes ciudades, lo que puede obviarse concentrando su presencia para la ratificación de todos los dictámenes de un determinado Juzgado, que tramite varias causas, el mismo día y en horas sucesivas y facilita que sea contradictoria, con presencia de las partes, teniendo en cuenta que lo son no sólo los procesados sino los inculcados, desde la reforma del artículo 118 de la LECrim. por Ley 53/78, de 28 de diciembre (STC 64/86, de 21 de mayo) y por el artículo 788 de la LECrim., por lo que se refiere al procedimiento abreviado (LO 7/88, de 28 de diciembre).

#### IV. COORDINACION ENTRE LOS JUZGADOS Y EL SERVICIO DE RESTRICCION DE ESTUPEFACIENTES

La multiplicidad de análisis que realiza este Servicio y el hecho de que el Juzgado de Guardia, a cuya disposición inicial está la droga y/o estupefaciente, pueda no ser el Juzgado competente para sustanciar el procedimiento debido a las normas de reparto, crea en la práctica dificultades al órgano administrativo para la búsqueda e identificación en sus archivos del análisis o, en su caso, la ampliación del mismo, que se le reclama por el Juzgado que ha asumido la competencia para instruir el procedimiento.

Para obviar esta disfunción material conviene recordar que, cuando la sustancia intervenida es recibida por el Servicio, por éste se levanta un acta de recepción de la sustancia, que se identifica e individualiza con el número correspondiente. Una copia de dicha acta es entregada a la Policía. Sin embargo, el órgano policial no suele unir la copia al atestado, a pesar de que forma parte del mismo (art. 292 LECrim.). Sería muy conveniente, para facilitar la labor del órgano emisor de la pericia, que en las comunicaciones judiciales dirigidas al Servicio sobre cualquier extremo relacionado con un determinado análisis, *se hiciera constar el número de registro del acta en que se ha documentado la recepción de la droga y/o estupefaciente.*

Los Fiscales deberán instarlo así de los Juzgados, fundando, aunque sea de forma sucinta, la razón por la que se solicita esta diligencia y ordenar a la Policía Judicial que se incluya en el atestado copia del acta de recepción, si no se está haciendo así.

#### V. ACTUACION DEL MINISTERIO FISCAL

Se recuerda a los Sres. Fiscales, como resumen de lo expuesto, la vigencia de lo resuelto en la Consulta 2/1986 y de las Instrucciones de 28-11-1984 y 10-12-1985 que en la misma se mencionan, actualizadas y reinterpretadas por la presente.

En concreto, *promoverán* en los términos analizados en esta Instrucción, con su reconocido celo y competencia, *las siguientes actuaciones*:

1.ª Al iniciarse el procedimiento, de conformidad con el artículo 338 de la LECrim., la destrucción de la droga y/o estupefaciente con carácter general, salvo excepciones muy justificadas o cuando se trate de pequeñas cantidades y su destrucción total, ex artículo 48 del Código Penal, en ejecución de Sentencia, cuando excepcionalmente no se hubiera hecho con anterioridad.

2.ª La «audiencia previa» establecida en el artículo 338 de la LECrim., cuidando que la diligencia que se extienda comprenda todos los extremos señalados en el párrafo segundo de dicho artículo respecto a la naturaleza, calidad, cantidad, peso y medida de la droga destruida y, si no hubiese tasación anterior, el valor de la misma.

3.ª La conservación de «muestras suficientes», cuando se proceda a la destrucción de la droga, instándose *siempre* del órgano judicial cuando la destrucción sea total, con la finalidad garantista de hacer posible posteriores análisis cualitativos si son solicitados por las partes y sean procedentes.

4.ª Instar en fase instructora la ratificación contradictoria de los análisis como *prueba anticipada y preconstituida*, procurando que la ratificación por el perito, con citación de las partes y del Ministerio Fiscal se haga el mismo día, en horas sucesivas, en los Juzgados que sustancian varias causas por tráfico ilegal de drogas.

5.ª Cuando no se haya propuesto prueba pericial por ninguna de las partes en el trámite del artículo 656 de la LECrim., solicitarán en el acto del juicio oral la reproducción de la pericial con la lectura del análisis documentado y/o, en su caso, de la diligencia que recoja la prueba preconstituida.

6.ª Procurarán que sea comunicado por el órgano judicial al Servicio de Restricción de Estupefacientes el número del registro del acta en que dicho Servicio ha documentado la recepción de la droga y/o estupefaciente, cuando se recabe cualquier extremo relacionado con un determinado análisis.

7.ª Impartir instrucciones a la Policía Judicial (Cuerpo Nacional de Policía y Guardia Civil), para que incorpore al atestado el acta de recepción de la sustancia del Servicio de Restricción de Estupefacientes y, en su caso, el análisis si ya se ha realizado.

