

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

INTERPRETACION DEL PARRAFO 2.º DEL ARTICULO 93 DEL CODIGO CIVIL

Consulta núm. 1/1992, de 13 de febrero

Se ha elevado Consulta a esta Fiscalía General del Estado, con el fin de que puedan fijarse criterios interpretativos unitarios sobre el contenido del artículo 93 del Código Civil tras la reforma operada por la Ley 11/90 de 15 de octubre, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

La Fiscalía que plantea la Consulta pone de relieve que, hasta la nueva redacción del artículo citado, en las resoluciones de los Juzgados del territorio no existía uniformidad sobre el procedimiento, la cuantía e incluso sobre la subsistencia de las prestaciones alimenticias de los hijos que, conviviendo con uno de los padres, cumplían la mayoría de edad y quedaban en consecuencia fuera de la esfera del derecho-deber en que la patria potestad consiste. Algunos Juzgados mantenían la deuda alimenticia asignada, siempre que permanecieran las circunstancias económicas y de convivencia que justificaron su fijación. Otros acordaban expresamente la extinción de la prestación de alimentos para la fecha en que se alcanzaba la mayoría de edad y otros, en fin, disminuían la pensión por vía de los incidentes de modificación.

En la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/1986 de 15 de diciembre, partiendo de la continuidad de la prestación en favor del alimentario mayor de edad, se estableció que la fijación de alimentos no deberá hacerse en los procedimientos especiales de separación o divorcio, sino en el ordinario que corresponda, como obligación basada en el parentesco y cualquiera que sea la situación matrimonial de los padres. Sin embargo, con la introducción del párrafo segundo del artículo 93 del Código Civil por la Ley 11/90, se autoriza al Juez para fijar alimentos a los hijos mayores de edad o emancipados siempre que concurren dos presupuestos. Uno, que carezcan de ingresos propios y, otro, que convivan en el domicilio familiar. Por los demás, la determinación del *quantum* de los alimentos se hará conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes de aquel Cuerpo legal.

En particular, las cuestiones que suscita la Consulta elevada, son las siguientes: 1.º) Quién es la persona legitimada para reclamar el derecho de alimentos. 2.º) Si puede el Juez de oficio, en una interpretación rígida del precepto y sin previa

petición del interesado, dictar la resolución fijando la cuantía de los alimentos. 3.ª) Quién debe ser el destinatario de los alimentos fijados con arreglo al artículo 93.2, y 4.ª) Qué procedimiento es el que ha de seguirse. Analicemos separadamente cada una de ellas.

I

El derecho de alimentos reconocido en los artículos 142 y siguientes del Código Civil —a los que se remite el artículo 93—, es de carácter restringido, pues se concede a determinadas personas que, ligadas por vínculos de parentesco o estado de familia (artículo 143 del C.C.), necesiten lo indispensable para el sustento, habitación, asistencia médica, vestido y educación. Subsiste para los hijos, aún después de la mayoría de edad, si permanece la situación de necesidad por causa no imputable al alimentario. De igual modo, el artículo 144 limita la reclamación de la deuda alimenticia a personas circunscritas al ámbito familiar y, si existen varios de los obligados a prestarla, como es unipersonal, se establece un orden de prelación.

En las situaciones de ruptura matrimonial, quedan los descendientes menores de edad bajo la guarda y custodia de uno de los progenitores, cesando esa relación y la patria potestad (normalmente compartida), al cumplirse la mayoría de edad, momento en que se adquiere plena autonomía jurídica en los órdenes personal y patrimonial.

Ahora bien, la llegada a la mayoría de edad, a partir de la cual la persona adquiere plena capacidad —electoral, de obrar y procesal—, no puede mermar —y la ley no lo permite— el derecho de alimentos cuando existan medios económicos familiares y se demuestre el estado de necesidad del hijo, no pudiendo proveer por sí mismo a cubrir las necesidades que integran el contenido del derecho.

Siendo, por tanto, titulares del derecho a la prestación alimenticia los hijos mayores de edad, no puede desconocerse que ese derecho a recibir alimentos futuros es *irrenunciable* (aunque puedan renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas, artículo 151 del Código Civil), *intransmisible* (aunque puede transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandar las mismas (artículo 151 citado), *imprescriptible* (si bien el artículo 1966 del mismo texto legal establece que la acción para exigir el pago de las pensiones alimenticias prescribe a los cinco años), debiendo de otro lado entenderse que el precepto se refiere a las pensiones ya devengadas, como así lo ha interpretado el Tribunal Supremo, entre otras sentencias la de 7 de octubre de 1970, y un derecho, en fin, que *no puede transigirse* (artículo 1.814: «no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros»).

De lo anteriormente expuesto, se ha de concluir que la única persona a quien se atribuye el derecho subjetivo familiar de exigir los alimentos es al hijo que ha llegado a la situación de la mayoría de edad; derecho que no se confiere a ninguno de los ascendientes con los que convive ya que, al extinguirse al vínculo jurídico de la patria potestad, el mayor de edad queda fuera del ámbito de dependencia que por imperativo legal existía hasta ese momento. No teniendo en tal supuesto aplicación el principio de representación legal de los padres (artículo 162 del C.C.), sólo estará legitimado dentro del ámbito familiar para reclamar los alimentos que

establece el artículo 93 del Código Civil el descendiente que ha cumplido la mayoría de edad.

II

La segunda cuestión planteada queda resuelta si se tiene en cuenta lo analizado en el apartado anterior.

Cierto es que, por razones de interés público, el Juez puede de oficio fijar alimentos a los hijos menores de edad aunque no haya habido petición de parte. Pero no lo es menos que el párrafo segundo del artículo 93 «... el Juez, en la misma resolución *fijará...*» no puede interpretarse rígidamente, no sólo por lo ya razonado con anterioridad —que parece tener fuerza suficiente— sino porque, de otro lado, estamos en presencia de un derecho rogado, de forma que muy difícilmente podría admitirse la posibilidad de fijar el Juez de oficio la cuantía alimenticia. Nadie, pues, que no sea la persona legitimada, —el mayor de edad—, concedora de sus auténticas necesidades y titular de plena capacidad procesal, puede instar la reclamación, sin perjuicio, claro está, de lo que el Juez acuerde tras las alegaciones de las partes y la prueba en su caso practicada.

III

La tercera cuestión que suscita la Consulta se refiere a quién ha de ser el destinatario o perceptor de los alimentos fijados conforme al artículo 93.2 del Código Civil. Y, en concreto, si lo será el descendiente que haya cumplido la mayoría de edad o, por el contrario, el progenitor con el que convive.

Si de lo anteriormente argumentado se desprende que en estos casos el único titular del derecho de alimentos —y legitimado formalmente para reclamarlos— es el hijo que ha alcanzado la mayoría de edad, sería incongruente sostener ahora que otra persona que no sea él —en este caso el progenitor con el que convive— tiene derecho a percibirlos e incluso disfrutarlos.

Si, como ya se ha puesto de manifiesto, en la hipótesis contemplada del descendiente mayor de edad no rige el principio de la representación legal para la reclamación de alimentos, con mayor motivo no cabrá la misma en cuanto a su disfrute se refiere. Alcanzada la mayoría de edad y con ella la plena capacidad de administración y disposición, será ese descendiente el único destinatario de la prestación objeto de la obligación de alimentos que haya fijado el órgano jurisdiccional a través de la petición efectuada.

IV

La última cuestión a la que la Consulta se refiere gira en torno —tal como se resaltó en la introducción— al procedimiento o cauce procesal a través del cual ha de instarse la reclamación de alimentos por el descendiente que ha cumplido la mayoría de edad y que, conviviendo en el domicilio familiar, carece de ingresos

propios, como exige el artículo 93 del Código Civil. Es de notar que la pretensión de alimentos a ejercitar por el hijo mayor de edad, objetivamente, será viable tanto en los procedimientos matrimoniales causales como en los consensuales o de mutuo acuerdo.

En este punto —el procedimiento que ha de seguirse—, la interpretación del párrafo segundo del artículo 93 del Código Civil —como la de todas las normas en general— ha de hacerse conforme al artículo 3.1 del citado Cuerpo legal y presideda, además, por criterios de gran flexibilidad, con tendencia, siempre que ello sea posible, a apoyar que la fijación de una pensión alimenticia al hijo mayor de edad tenga lugar en el procedimiento matrimonial. Lo contrario podría originar serios perjuicios a esas personas que carecen de medios para subsistir y que serían obligadas a acudir a otros procedimientos para ver satisfechas sus legítimas aspiraciones, algo añadido al trauma originado no pocas veces por la separación o divorcio de los padres. Mas no ha de olvidarse que en determinadas situaciones no será posible evitar que el ejercicio de su pretensión tenga lugar en el juicio de alimentos provisionales que la Ley de Enjuiciamiento Civil regula en los artículos 1.609 y siguientes o en el declarativo ordinario, según los casos.

Así pues, frente a la postura maximalista según la cual la reclamación y fijación en su caso de una pensión alimenticia al hijo mayor de edad ha de tener lugar siempre en el procedimiento matrimonial, o ante la que, por el contrario, defiende que en cualquier caso ha de acudirse a los otros procedimientos ya indicados, la solución correcta y prudente pasa por distinguir diferentes supuestos que en la práctica pueden presentarse, así como por tener en cuenta el momento procesal en que dicha reclamación se plantea.

En efecto. No será idéntico el supuesto del hijo que tiene ya cumplidos los 18 años al iniciarse el procedimiento matrimonial, que aquel en el que la mayoría de edad se alcanza durante su tramitación. Ni el de cumplir esa edad después de recaer sentencia firme o cuando la causa se encuentra ya archivada tras haberse ejecutado la misma.

La solución al problema que abordamos —el procedimiento que ha de seguirse— no será tampoco la misma si en la demanda, contestación o, en su caso, reconvencción, se solicita alimentos para él que en el supuesto contrario. Y la situación variará sustancialmente según que el hijo mayor de edad ejercite la pretensión alimenticia durante la fase de alegaciones o si, por contra, ello acontece en fase procesal posterior, pues en este caso podría alegarse indefensión por la persona que resulte obligada al pago lo que, obviamente, ha de evitarse.

Cuestiones todas ellas que surgirán cuando el procedimiento matrimonial sea contencioso, pues si fuera de mutuo acuerdo, nada impedirá que el hijo mayor de edad suscriba el convenio regulador o muestre su conformidad con el mismo en momento posterior.

Analicemos, pues, separadamente, cada una de las situaciones ya apuntadas, referidas a los procedimientos contenciosos.

A) Que el descendiente sea mayor de edad al iniciarse el procedimiento

Habrá que distinguir dos supuestos según que alguno de los cónyuges haya o no solicitado una pensión alimenticia para él.

1. Si en la demanda, contestación o reconvencción se hubiera solicitado una pensión alimenticia para el hijo mayor de edad, éste podrá comparecer y mostrar su conformidad con dicha cantidad o bien otorgar un poder «apud acta» al proge-

nitro que hubiere solicitado para él la pensión. Si no estuviere conforme por entender que la cantidad debe ser superior, deberá acudir al juicio declarativo ordinario de alimentos definitivos o al juicio de alimentos provisionales.

2. Si en la demanda, contestación o reconvencción no se hubiera solicitado para él pensión alimenticia alguna, no podrá reclamar alimentos en el procedimiento matrimonial y deberá acudir a los ya señalados en el apartado anterior.

B) Que el descendiente cumpla la mayoría de edad durante la tramitación de la causa matrimonial sin que se haya dictado sentencia

Habrá también que distinguir dos supuestos.

1. Si en la demanda, contestación o reconvencción se solicitaba para él el pago de una pensión alimenticia, nada impide que comparezca en el procedimiento y reclame el pago de la misma o incluso una cantidad superior si el procedimiento se encuentra en fase de alegaciones. Si se encuentra en fase posterior a la de alegaciones, sólo podrá comparecer en el procedimiento matrimonial para mostrar su conformidad con la cantidad que para él se había solicitado en la fase procesal en la que todavía era menor de edad. De no ser así deberá acudir al juicio de alimentos provisionales o al declarativo ordinario.

2. Si no se hubiera solicitado para él cantidad alguna cuando era menor de edad, podrá personarse en el procedimiento matrimonial y reclamar el pago de una pensión alimenticia durante la fase de alegaciones, pues en otro caso deberá acudir a los procedimientos mencionados en el apartado anterior.

C) Que el hijo alcance la mayoría de edad después de recaer sentencia firme

1. Razones de economía procesal —que podrían también invocarse en los supuestos contemplados en el apartado anterior cuando no producen indefensión— aconsejan que el Juez, al dictar sentencia, si el hijo es menor de edad y próximo a cumplir los 18 años, pueda acordar el pago de una pensión alimenticia a su favor y que la misma se continúe pagando en lo sucesivo, siempre que las circunstancias no cambien y no muestre su disconformidad el hijo ya mayor de edad.

2. Si el Juez, en la sentencia en que fije una pensión alimenticia al descendiente menor de edad, no contemplase la previsión anteriormente descrita, idénticas razones de economía procesal conducen a concluir como razonable que el hijo pueda personarse durante el período de ejecución y reclamar que continúe el pago de la misma. En caso de solicitar una pensión de cuantía superior, deberá acudir al juicio que determina el artículo 1.609 de la L.E.C. tratándose de alimentos provisionales o al declarativo ordinario.

D) Que el descendiente haya cumplido la mayoría de edad después de haberse ejecutado la sentencia de separación, nulidad o divorcio, encontrándose la causa archivada. Lógicamente en este supuesto no podrá renacer el proceso matrimonial, sobre todo si se tiene en cuenta que esa persona no ha sido parte en el mismo y, en consecuencia, el procedimiento a seguir será el de la Ley de Enjuiciamiento Civil regulado en los artículos 1.609 y siguientes o el declarativo ordinario, según los casos.

V

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que la pensión alimenticia en favor de los hijos mayores de edad sólo podrá fijarse en las sentencias que pongan fin a los procedimientos iniciados a partir del día 7 de noviembre de 1990, fecha en la que entró en vigor la ley de 15 de octubre de ese año, la cual —al guardar silencio sobre ese extremo— no tiene efecto retroactivo, conforme a lo dispuesto en el número 3.º del artículo 2 del Código Civil.

**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 2.988/77 de 11 de noviembre (artículo 13 1.a); en la nueva redacción del artículo 118 del Código Penal, y como consecuencia, en el Real Decreto 2.012/83 de 28 de julio sobre cancelación de antecedentes penales, y en la Ley de 1 de diciembre de 1980 sobre conducta ciudadana. Se añade, 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 (artículo 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 2.988/77 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 L.O.P.J. 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 establece la Ley, sin perjuicio de 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, cual o cuales 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 2.012/83 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.º 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 o 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 ordenado 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 —aún los electivos— 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 L.O. del Régimen Electoral General (L.O. 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 este (el artículo 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 L.O. 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 L.O. del Régimen General Electoral establece las actuaciones que deberán llevarse a cabo en los Registro Civiles y en el Registro Central de Penados y Rebeldes.

Así, el artículo 37 de la mencionada L.O. 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, cualquiera 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.

Aún 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 Central 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.

TRAMITACION DE LAS PIEZAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Instrucción núm. 1/1992, de 15 de enero

La protección a la víctima del delito no se agota con la sanción penal al delincuente, sino que debe lograr su satisfacción reparándose todos los efectos del delito. El ejercicio de la acción civil conjuntamente con la penal, salvo excepciones, debe tener en el proceso penal eficacia suficiente para no convertirse en un nuevo alarde burocrático carente de sentido.

Por eso es necesario llamar ahora la atención de los Fiscales sobre la necesidad de iniciar y sustanciar, desde el momento procesal oportuno, según el tipo de proceso de que se trate, las llamadas piezas de responsabilidad civil y de adoptar, con carácter urgente, las medidas cautelares de protección económico-social de la víctima.

Se debe evitar por los Fiscales que, por simples declaraciones verbales de carecer de bienes, se produzcan declaraciones de insolvencia, por lo que deben vigilar e impulsar la tramitación de las piezas de responsabilidad civil, pidiendo una investigación más profunda de los bienes del inculpado, con informes de los equipos especializados de policía judicial, y de los organismos que puedan proporcionar datos objetivos, así Ayuntamientos, Delegaciones de Hacienda, pidiendo los datos fiscales necesarios para acreditar la solvencia o insolvencia, incluso las declaraciones del Impuesto sobre la Renta y del Patrimonio de los últimos años.

Por ello, los Fiscales deberán instar, en todo caso, la formación de la pieza de responsabilidad civil, si el Juez no lo hiciese de oficio como la Ley ordena. Asimismo deberán instar y vigilar su pronta conclusión, teniendo en cuenta los criterios del párrafo anterior y se abstendrán de informar favorablemente el archivo provisional de una ejecutoria, mientras no quede acreditado el pago de las indemnizaciones derivadas del delito, o la verdadera situación de insolvencia del condenado y, en este último caso, sólo se solicitará el archivo provisional, mientras no haya prescrito el plazo para exigir las indemnizaciones civiles concedidas, instando periódicamente la revisión de las ejecutorias archivadas provisionalmente, para averiguar si el condenada ha venido a mejor fortuna, ya que, aunque ello suponga un aumento de la carga de trabajo para los Fiscales, Juzga-

dos y Tribunales, es la única forma de que se dé debido cumplimiento al Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española y a que se dé un paso más en nuestro país en la protección a la víctima del delito.

LA INTERVENCION DE LOS FISCALES ANTE LA JURISDICCION DE MENORES

Instrucción núm. 2/1992, de 13 de febrero

La actual carencia de legislación procesal aplicable al enjuiciamiento de los menores de edad penal que hayan realizado hechos tipificados en la Ley como delitos o faltas, está creando disparidad de criterios entre los miembros del Ministerio Fiscal y particularmente en los que están encargados del área de infancia y juventud. Ya decía el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 14 de febrero de 1991 —al declarar inconstitucional el artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores— que este vacío normativo solamente puede ser llenado de manera definitiva por la actividad del Legislador.

Esta ocupación es compartida por la Fiscalía General del Estado, sensible a la problemática de la infancia y juventud en sus dos vertientes —protectora y reformadora— siguiendo muy de cerca los problemas que plantea esta faceta de nuestra actividad, para tratar de solucionarlos con eficacia y prontitud.

Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional apela a los propios Jueces para llenar este vacío normativo, (*con carácter provisional y hasta tanto se aprueba la nueva Ley*), no es menos cierto que ello ha dado lugar a diferentes interpretaciones entre los Fiscales, dada la diversidad de fórmulas ideadas para salir del paso, que chocan frontalmente con la unidad de actuación por la que se rige el Ministerio Fiscal. Por ello, es necesario solucionar de una manera unitaria y provisoria, *hasta que se llene el vacío legal*, la tramitación de los procedimientos pendientes y los que se van incoando día a día, con el fin de cumplir el mandato constitucional a una tutela efectiva y a un procedimiento sin dilaciones indebidas.

El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en su artículo tercero, punto 1, obliga a los Fiscales a «velar para que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente» y el punto 7, «a asumir, o en su caso, promover la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de representación legal, no puedan actuar por sí mismos». Faceta tuitiva del Ministerio Fiscal, que tiene su fundamento en su carácter protector y su máxima expresión en un Estado Social, con el fin de evitar la discriminación o marginalidad, en los procesos o fuera de ellos, de aquellas personas que no tienen medios propios suficientes por motivo de su incapacidad o situación personal.

Esta actividad del Ministerio Fiscal en su versión de la protección de los menores, no sólo tiene una normativa clara y precisa —Ley 21/87 de 11 de noviembre— sino que los Fiscales se han volcado en llevarla a la práctica y son patentes los buenos resultados obtenidos. Sin embargo, en la actividad correctora, cuando el menor no es el agraviado y lesionado en sus derechos, sino el agresor y actor de las lesiones a intereses y derechos ajenos, la posición del Ministerio Fiscal nunca ha estado clara, por no decir que expresamente ha sido omitido.

La población objeto de ambas actuaciones —protectora y correctora— es sociológicamente la misma. El adolescente con problemas comienza desarrollando actos contrarios a la dinámica familiar y escolar —generadores de un riesgo para el libre desarrollo de su personalidad— y acaba realizando actos de la Ley Penal tipificada con delitos o faltas. Sin embargo, la Jurisdicción de Menores sólo conoce de estas últimas actuaciones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, jurisdicción en la que el Ministerio Fiscal, tradicionalmente, no ha estado presente.

Es patente que hoy día —declarado inconstitucional el artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores— el Ministerio Fiscal es el único órgano que abarca las dos vertientes del área de menores, lo que le coloca en una situación privilegiada para ponderar el caso concreto en sus justos términos.

Dado que ni el propio Tribunal Constitucional considera que la intervención del fiscal sea, única y exclusivamente, como órgano acusador, sino como garantía procesal básica frente a todos los operadores en este procedimiento judicial, incluido el propio Juez de Menores, el fiscal está facultado —con vinculación a los principios de legalidad, objetividad e imparcialidad— no sólo para examinar el grado de cumplimiento de las garantías constitucionales, sino también para oponerse a las acusaciones que considere indebidas, facultad que, por otro lado, ostenta en todo proceso penal de mayores de edad.

Si bien el Ministerio Fiscal puede y debe solicitar la adopción de algunas de las medidas previstas en la Ley, cuando la gravedad y los hechos imputados al menor y las circunstancias de éste y del caso lo exijan, puede y debe también solicitar, en su caso, el archivo de las actuaciones cuando considere que la continuación del procedimiento puede ser perjudicial para los intereses del mismo. Nunca, pues, ha de considerarse al fiscal como órgano represivo, sino como protector de los menores y vigilante de sus derechos, tal y como se afirmaba en la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/84. Su función excede de la de un simple acusador, al estar configurado por el Tribunal Constitucional como garante procesal básico.

El Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad del artículo 15 de la Ley de los Tribunales Tutelares de Menores —artículo que regulaba el procedimiento ante tales Tribunales— porque en él se establecía un procedimiento correccional, en el que el Juez investigaba y fallaba sin tener en cuenta las garantías del artículo 24 de la Constitución y los Convenios internacionales ratificados por España, atinentes a los derechos de los menores. A estos Convenios se refiere en su propia Sentencia el Alto Tribunal, cuando dice que para llenar el vacío normativo que se crea, además de apelar a los Jueces, deberán tenerse en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN) de 20 de noviembre de 1989, así como la propia doctrina del Tribunal Constitucional sobre los derechos garantizados por el artículo 24 de la Constitución Española. También se refiere a las Reglas de Beijing (RB), contenidas en la Resolución 40/33 de la Asamblea de las Naciones Unidas de 29 de noviembre de 1985 y a la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 17 de septiembre de 1987 que, aunque no tienen carácter vinculante, «expresan una doctrina generalmente aceptada en el correspondiente ámbito y que, seguramente, deben inspirar la acción de nuestros poderes públicos».

Conforme a lo anterior, el procedimiento para menores ha de concebirse como una vertiente del proceso penal para adultos, cuyos principios básicos han de ser respetados en los mismos términos (artículo 24 de la Constitución Española). Pero a continuación añade la Sentencia del Tribunal Constitucional algunas mati-

zaciones, favorecedoras de los menores por su condición de inimputables, que habrán de tenerse en cuenta, como son las que se refieren a los principios de publicidad, proporcionalidad y oportunidad, «ya que no todos los principios y garantías exigidos en los procesos contra adultos han de asegurarse aquí en los mismos términos».

Respecto al principio de publicidad, justifica su restricción por «razones tendientes a preservar al menor de los efectos adversos que puedan resultar de la publicidad de las actuaciones».

En cuanto al principio de proporcionalidad, al dejar vigente el artículo 16 de la Ley de los Tribunales Tutelares de Menores, se otorga al juzgador un amplio margen para la apreciación de los hechos y la determinación de la medida «aunque es preciso que se sujete a determinados principios que operan como límites a esa discrecionalidad, como son la proporcionalidad y la imposibilidad de establecer una medida más grave o de duración superior a la que corresponda por los mismos hechos, si de un adulto se tratase». Al mismo tiempo, prohíbe la aplicación a los menores del catálogo de circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad.

Por último, en cuanto al principio de oportunidad, dada la finalidad tutiva de las medidas que se pueden adoptar para la educación del menor, siempre consultado el Equipo Técnico, se podrá archivar el procedimiento sin la adopción de medida alguna, cuando de las circunstancias personales o familiares y de la naturaleza de los hechos no resulte procedente, por ser incompatible o perjudicial para el proceso educativo del menor, o sea a consecuencia de un hecho episódico en su vida.

Todos estos principios están recogidos en el Proyecto de Ley de Reforma Urgente de la Ley de los Tribunales Tutelares de Menores de 21 de septiembre de 1991, que ya ha sido remitido a las Cortes Generales.

En este Proyecto coexisten un amplio arbitrio judicial junto con un reforzamiento del Ministerio Fiscal, al asignarle funciones de investigación y delimitación de los hechos y conductas, velando por la pureza y agilidad de los trámites y, sobre todo, salvaguardando los derechos e intereses del menor. También se potencia en el Proyecto la importancia y función de los Equipos Técnicos, indispensables en este área, que deberán ser utilizados preceptivamente para conocer la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como cualquier otra circunstancia que pueda haber influido en el hecho que se le atribuye.

De momento, esta Fiscalía General no considera oportuno que los Fiscales tomen a su cargo la instrucción de los expedientes, mientras no exista una Ley que nos legitime para ello. Pero como esta postura podría dar lugar a que el Juez de Menores se «contamine», dificultándole o impidiéndole dictar el Acuerdo final, los Sres. Fiscales procurarán que la instrucción se limite a lo mínimo imprescindible, potenciando la oralidad e intermediación en la probanza, dando así una mayor agilidad al procedimiento.

En consideración a los antecedentes mencionados, vista la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1991, los artículos 142, 24, 39 y 124 de la Constitución Española, artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 40 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, así como el Texto Refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, los Sres. Fiscales deberán observar las siguientes *instrucciones* en el desempeño de su función ante los Juzgados de Menores y Tribunales

Tutelares de Menores; con carácter provisional y hasta tanto se apruebe la Ley, cuyo Proyecto se encuentra actualmente en trámite parlamentario:

1.º Los Fiscales intervendrán en todos los procedimientos tramitados en los Juzgados de Menores y Tribunales Tutelares de Menores, en los que estén implicados mayores de 12 años y menores de 16, por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en las Leyes penales.

Para los menores de 12 años, se interesará la remisión de las actuaciones a las Entidades Públicas encargadas de la protección de los menores.

2.º Los Sres. Fiscales harán patente en su intervención el carácter garantista de los derechos fundamentales y libertades públicas y, particularmente, tendrán en cuenta la defensa de los intereses del menor y del libre desarrollo de su personalidad, conjugado con la defensa de la legalidad y de los perjudicados por la acción del menor, el interés público tutelado por la Ley y el interés social.

3.º Procederá la petición de archivo o sobreseimiento del expediente, cuando no hayan quedado acreditados los hechos que han dado lugar a la incoación del mismo, no resulte acreditada la participación del menor o, cuando atendida su edad, circunstancias personales y familiares, no resulte procedente la adopción de ninguna medida legal, por considerarla incompatible con el proceso educativo del menor, dada la finalidad exclusivamente tuitiva de las medidas previstas en la Ley.

4.º Procederá la petición de diligencias por considerar insuficientemente instruido el expediente, únicamente cuando éstas sean necesarias en orden a su continuación. En caso contrario se pedirán como prueba en la comparecencia.

5.º Los informes del Equipo Técnico han de ser considerados como preceptivos, pero no vinculantes, para conocer la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como su entorno familiar y, en general, cualquier otra circunstancia que pueda haber influido en la ejecución del hecho que se le atribuye.

6.º Cuando de las conclusiones del informe del Equipo Técnico y de la naturaleza de los hechos que motivaron el expediente, teniendo en cuenta la edad del menor, así como sus circunstancias personales, familiares y escolares, no se considere necesaria la continuación del expediente y se ponga de manifiesto una situación de desamparo del menor, se solicitará el sobreseimiento del expediente y que se libre testimonio a la Fiscalía, con el fin de ejercer la facultad protectora, que a su vez lo comunicará a la Entidad Pública correspondiente.

7.º En casos extremos y justificadamente, se podrá solicitar la adopción de medidas cautelares para la protección y custodia del menor mientras prosigue la tramitación del expediente.

8.º Si el fiscal tiene elementos para ello y lo considera conveniente para el menor, solicitará la celebración de Audiencia en el Juzgado de Menores o Tribunal Tutelar de Menores, mediante escrito de alegaciones sobre los hechos atribuidos al menor, y la práctica de la prueba en la Audiencia y la adopción de la medida que proceda.

9.º Las medidas de corrección que se pueden solicitar son exclusivamente las contenidas en el artículo 17 de la Ley de los Tribunales Tutelares de Menores.

10.º En la Audiencia se podrán admitir conformidades del menor con el escrito de alegaciones del fiscal, siempre que su Abogado asienta. En este caso, oído el Equipo Técnico, se instará del Juez que dicte el Acuerdo de conformidad con la petición del Ministerio Fiscal.

También se pueden admitir conformidades con carácter previo a la celebración de la Audiencia, si así se recoge en el escrito del Abogado del menor, firmado

también por éste, cuando ambos lo ratifiquen ante el Juez y se acompañe el correspondiente informe del Equipo Técnico.

11.º En la celebración de la Audiencia, el fiscal procurará que el menor vaya acompañado de su representante legal y asistido de su Abogado. Las vistas serán a puerta cerrada y evitando signos externos, como la toga y estrados, que puedan dar lugar a confundir o equiparar este proceso con los juicios penales de adultos.

Se procurará que el Juez informe al menor con lenguaje claro y sencillo y que el menor comprenda acerca del hecho, de las medidas que el fiscal pide para él y de las causas que las motivan. Cuando el fiscal intervenga, abundará en la información de estos extremos, haciéndole ver que la misión del fiscal es protegerle más que acusarle y que las medidas que se solicitan se piden en su beneficio y con finalidad educativa, no para causarle perjuicios.

12.º La medida de internamiento en régimen cerrado se interesará con carácter excepcional, teniendo en cuenta la naturaleza y gravedad de los hechos, procurando siempre el interés del menor.

Esta medida nunca deberá tener una duración superior a dos años, se pedirá que sea ratificada o modificada en períodos de tres meses y quedará sin efecto al alcanzar el menor la mayoría de edad.

13.º El fiscal deberá velar por el control de la ejecución de las medidas acordadas y, principalmente, visitará los centros de internamiento periódicamente.

14.º En el despacho de los expedientes, tendrán preferencia aquellos en los que el Juez hubiese acordado, como medida cautelar, el internamiento del menor.

15.º Los recursos contra las providencias de los Jueces de Menores serán el de reforma y contra los Acuerdos el de apelación, conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Se tendrá en cuenta, como de aplicación supletoria, la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

NECESIDAD DE QUE CONSTEN LOS ANTECEDENTES PENALES EN LAS SENTENCIAS

Instrucción núm. 3/1992, de 23 de marzo

Se tiene conocimiento en esta Fiscalía General del Estado de diversas Sentencias del Tribunal Supremo, así la de 28 de enero de 1992, en el recurso 374/88, que casan las sentencias de instancia, porque éstas incurren en omisiones, limitándose a afirmar como probado que los acusados tienen antecedentes penales, pero sin precisar delito, pena ni fecha de la Sentencia.

Así en la sentencia citada, que casa el Tribunal Supremo, se hace referencia a que la hoja histórico-penal figuraba en los autos, y en el fundamento jurídico octavo de la misma se reenvía al folio en que constaban los antecedentes penales, considerando, sin embargo, que los mismos son computables, por no haber transcurrido los plazos para su cancelación, según el artículo 118 del Código Penal.

El Tribunal Supremo considera respecto a esta práctica que, al faltar en los hechos probados la concreción de los antecedentes penales, carece de base fáctica de la calificación que en el fundamento de derecho correspondiente se hace por el Tribunal de Instancia, sobre la apreciación de la agravante de reincidencia.

Para evitar estas consecuencias, los señores fiscales, deberán adoptar las siguientes cautelas:

1.º En la conclusión primera de su calificación provisional, especificarán detalladamente los antecedentes penales de los acusados (delito, pena, fecha de sentencia y si los mismos están o no cancelados).

2.º Cuando de la hoja histórico-penal no se pueda deducir si dichos antecedentes están o no cancelados, pedirán en el momento procesal oportuno que se aporten a la causa los correspondientes testimonios de las ejecutorias, a los que se refieren dichos antecedentes, para acreditar dicho dato.

3.º Si algún Tribunal sigue al redactar sus sentencias la práctica que pretende corregir esta Instrucción, los fiscales pedirán la aclaración de esas sentencias, citando la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y si no se diese lugar a dicha aclaración, prepararán el correspondiente Recurso de Casación por quebrantamiento de forma por el artículo 851, n.º 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, en casos excepcionales, por las dos vías procesales del artículo 849.

PENALIDAD EN LOS DELITOS CONTRA EL DEBER DE PRESTACION DEL SERVICIO MILITAR

Instrucción núm. 4/1992, de 29 de abril

La Ley Orgánica del Servicio Militar de 20 de diciembre de 1992, —que entró en vigor el último día del mismo año—, ha supuesto la reforma de las leyes penales, procesales y disciplinarias militares, derogando expresamente la anterior Ley del Servicio Militar de 1984 y cuantas otras disposiciones que se opongán a lo establecido en las mismas, así como la inclusión de dos nuevos tipos penales en el Código Penal Común.

En la Disposición Transitoria Séptima de la reciente Ley, en su punto número 1, se establece que los preceptos penales de la Ley del Servicio Militar se aplicarán a infracciones que se cometan a partir de su entrada en vigor.

El punto número 2 de la citada Disposición, determina que los Tribunales Militares y los Jueces Togados Militares en los procedimientos que se sigan por delitos de no incorporación a filas o por negativa a la prestación del servicio militar (artículo 124 y 127 del Código Penal Militar), deberán de ser remitidos cualquiera que sea su estado procesal a los órganos de la jurisdicción ordinaria, quienes aplicarán estos artículos que se derogan, a la vez que se incorpora al Código Penal Común mediante la Disposición Adicional Séptima los delitos contra el deber de prestación del servicio militar, correspondientes a los artículos 135 bis h) y 135 bis i). Ello, nos lleva a diferenciar entre dos situaciones distintas. Unas, las conductas anteriores a la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Servicio Militar en las que se aplica por mandato imperativo del legislador los artículos 124 y 127 del Código

Penal Militar, otras, las que se producen a partir del día 31 de diciembre de 1991, en las que se aplican los artículos 135 bis h) y 135 bis i) del Código Penal Común. En definitiva el propósito del legislador no es más que un traslado de estos artículos de la legislación militar a la ordinaria para que no se produzca un vacío normativo, ya que las conductas que se tipifican provienen de una misma acción delictiva.

Así el artículo 127 del Código Penal Militar establece: «el español que, declarado útil para el servicio militar, rehusase expresamente y sin causa legal cumplir el servicio militar será castigado con la pena de uno a seis años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de cinco a quince años. Una vez cumplida la condena impuesta, el penado quedará excluido del servicio militar, excepto en caso de movilización en tiempo de guerra.

El precepto paralelo al anterior, es el artículo 135 bis i) del Código Penal, en el que se recoge prácticamente el mismo contenido: «el que citado reglamentariamente para el cumplimiento del servicio militar u otras obligaciones militares y sin haberse incorporado a las Fuerzas Armadas rehusase sin causa legal a este cumplimiento será castigado con la pena de prisión menor en su grado medio o máximo y la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. En tiempo de guerra se impondrá la pena de prisión mayor o la de reclusión menor en su grado mínimo. Una vez cumplida la condena impuesta el penado quedará exento del cumplimiento del servicio militar, excepto en caso de movilización en caso de guerra».

Consultadas distintas fuentes de la jurisdicción militar, la realidad práctica demuestra que la inmensa mayoría de los procedimientos incoados por esa jurisdicción e inhibidos a favor de los órganos jurisdiccionales ordinarios, se incardinan en el tipo descrito en el artículo 127 del Código Penal Militar, pues se trata de ciudadanos que habiendo sido declarado aptos para el servicio militar y destinados a un acuartelamiento, a la par que no se incorporan el día señalado, remiten un escrito en el «que se niegan expresamente a la realización del servicio militar», devolviendo la documentación que había recibido, por lo que les correspondería la pena de 1 a 6 años de prisión, siendo, por el contrario, muy escaso el número de procedimientos abiertos por el tipo del artículo 124 del Código Penal Militar.

Ahora bien, analizando y comparando el extinto y aplicable artículo 127 del Código Penal Militar y el nuevo tipo del artículo 135 bis i) del Código Penal Común, ha de apreciarse una notable diferencia en cuanto al tratamiento de la penalidad:

— En el artículo 127 se establece la pena de uno a seis años de prisión. (Es decir, de 12 a 72 meses).

— En el artículo 135 bis i) se determina la pena de dos años, cuatro meses y un día a seis años de prisión. (De 28 meses y un día a 72 meses).

En ambos casos, la condena lleva aparejada la exención del servicio militar.

Llegados a este punto, es donde interesa resaltar, que esa diferencia de penalidad podría llevar a un tratamiento distinto en las conductas punibles, dependiendo exclusivamente del ámbito temporal de la realización de las mismas.

Así, en las calificaciones del Ministerio Fiscal que se efectúen conforme al artículo 127 del Código Penal Militar (las anteriores a 31 de diciembre de 1991), siempre que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad

criminal, la petición de pena podría ser de un año de prisión menor, lo que podría conllevar a la aplicación de los beneficios de la condena condicional del artículo 93 del Código Penal con la consiguiente exclusión del servicio militar sin cumplimiento efectivo de la pena.

Por el contrario, en aquellas calificaciones que se efectúen conforme al artículo 135 bis i) del Código Penal Común (las posteriores a 31 de diciembre de 1991), conllevarían a una petición de pena nunca inferior a los dos años, cuatro meses y un día de prisión menor, no siendo, por tanto, aplicable en ningún caso los beneficios del artículo 93 del Código Penal, debiendo por ello de ingresar el ciudadano en prisión para el cumplimiento efectivo de la pena.

Es esta diferencia en la penalidad de los tipos, lo que conllevaría a una discriminación en el tratamiento de las conductas que provienen de una idéntica acción, por lo que en aras al principio de igualdad de la ley es preciso corregir mediante las consideraciones que se recogen en las conclusiones de la presente instrucción.

Plantea menor problema el relativo a las conductas que se prevén en los artículos 124 del Código Penal Militar y 135 bis h) del Código Penal Común, relativas al ciudadano «que no se incorpore a las Fuerzas Armadas en el plazo fijado para ello».

En el artículo 124 del Código Penal Militar se regula la conducta de «el recluta que, citado reglamentariamente, no efectuase sin justa causa, su incorporación en el plazo fijado para la concentración o presentación será castigado con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de uno a seis años».

Similar referencia se recoge en el artículo 135 bis h) del Código Penal: «el que citado reglamentariamente para el cumplimiento del servicio militar u otras obligaciones militares no efectuasen sin causa legal su incorporación a las Fuerzas Armadas en el plazo fijado para ello, será castigado con la pena de arresto mayor en grado máximo a prisión menor en grado mínimo. En tiempo de guerra se impondrá la pena de prisión menor, en su grado medio o máximo, o la de prisión mayor en su grado mínimo». En estos supuestos la penalidad también varía, siendo más beneficiosa la que establece el artículo 124 (de tres meses y un día a seis meses de prisión) y menos favorable la del artículo 135 bis h) (de cuatro meses y un día de arresto a dos años y cuatro meses de prisión), por lo que dependiendo de los criterios cuantitativos de la pena podrían aplicarse los beneficios de la condena condicional, máxime al encontrarnos ante un «delito permanente» que originaría posteriores procedimientos al no quedar en éstos el condenado exento del servicio militar. La pena que determina el artículo 124 del Código Militar hace referencia al término «prisión», ello porque en el artículo 24 de ese Cuerpo legal no existe en la clasificación de las penas la de arresto, por lo que en virtud del punto 3 de la Disposición Transitoria Séptima de la L.O. 13/91 que determina que «quienes a la entrada en vigor de esta ley y por aplicación de los artículos 124 y 127 del Código Penal Militar derogados hayan sido objeto de condena, cumplirán las penas de privación de libertad en establecimientos penitenciarios comunes», se habrá de entender que el sujeto al quedar bajo la Administración Penitenciaria Civil deberá de cumplir su condena por la escala de penas que se recoge en el Código Penal Común, ello a efectos de liquidación de condena como por los posibles beneficios penitenciarios que pudieran corresponderle, por lo que la pena será la misma en cuanto a su duración (de tres meses y un día a seis) pero adecuándola al arresto mayor.

Es por ello, que en aplicación del principio de igualdad de la Ley que propugna el artículo 14 de la Constitución Española y el de unidad de criterio del Ministerio Fiscal, y para evitar que se produzcan situaciones dispares en las distintas Comunidades Autónomas derivadas de una misma acción delictiva, encarezco a los Señores Fiscales que se adopten las siguientes medidas:

1.º) En el supuesto que establece el artículo 124 del Código Penal Militar, las peticiones de pena en las calificaciones provisionales o definitivas que efectúe el Ministerio Fiscal serán de tres meses y un día de arresto mayor, mientras que en el tipo homónimo del artículo 135 bis h) del Código Penal, la petición de pena se fijará en cuatro meses y un día de arresto mayor, ello siempre y cuando no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, pudiendo aplicarse los beneficios de la condena condicional establecidas en el artículo 93 del Código Penal.

2.º) En el caso de que se aplique en las calificaciones provisionales o definitivas el artículo 127 del Código Penal Militar, las peticiones de pena que efectuarán los señores Fiscales será de dieciocho meses de prisión menor, de manera que no sean aplicables los beneficios del artículo 93 del Código Penal, debiendo de oponerse a la concesión de los beneficios de la condena condicional en los casos en que las condenas fuesen de un año de prisión menor, salvo aquellos casos que pudieran resultar excepcionales; por el contrario, en las calificaciones en que se aplique el artículo 135 bis i) del Código Penal deberá de ser por imperativo legal de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor, por lo que no encajan en este supuesto los beneficios de la condena condicional. En ambos supuestos, el condenado quedará exento de la realización del servicio militar.

3.º) Para fijar el criterio de competencia territorial en el supuesto de los delitos contra el deber de prestación del servicio militar, se habrán de determinar conforme a la Instrucción núm. 1/91 de esta Fiscalía General del Estado.

Instrucción núm. 5/92, de 23 de junio

Se tiene conocimiento en esta Fiscalía General del Estado que se están planteando problemas con la interpretación del art. 2 n.º 2 de la Ley sobre el ejercicio de la gracia de indulto de 18 de junio de 19870, en relación con la frase de que no se puede conceder indultos a «los que no estuvieren a disposición del Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la condena».

Si bien es verdad que dicho número debe completarse con lo dispuesto en la Real Orden de 24 de diciembre de 1914, en el sentido de que «se entiende que los penados están a disposición del Tribunal sentenciador si habitan en la demarcación de la Audiencia respectiva», lo que quiere decir que no es necesario el ingreso en prisión para tramitar un indulto.

Pero creemos que actualmente hay que hacer una lectura constitucional del precepto de la Ley de 1870, teniendo en cuenta que el art. 25 n.º 2 de la Constitución Española establece que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientados hacia la reeducación y reinserción social», lo que implica un fin humanitario del sistema punitivo del Estado, que debe evitar el ingreso en prisión, si ello es posible, de las personas rehabilitadas.

Por ello, hay que interpretar la frase del art. 2 n.º 2 de la Ley de 18 de junio de 1870 en su verdadero sentido, y éste lo único que dice es que se exceptúan de la posibilidad de ser indultados «los que no estuvieren a disposición del Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la condena», pero dicho precepto no exige el ingresar en prisión para que se tramite un expediente de indulto, y su lectura a la luz de la Constitución supera los estrechos límites impuestos por la Real Orden de 24 de diciembre de 1914, redactada en el marco de una sociedad agraria, en la que no eran fáciles las comunicaciones.

Hoy en un mundo en el que existe una gran rapidez en las comunicaciones, una persona puede estar a disposición del Tribunal sentenciador, teniendo un domicilio fijo, y estando localizable para dicho Tribunal, pero sería absurdo y contrario al espíritu de la Constitución, que si una persona está rehabilitada, y trabaja en un lugar que no es la demarcación del Tribunal sentenciador, tuviese o bien que ingresar automáticamente en prisión, o bien que dejar el trabajo e ir a vivir a la demarcación del Tribunal sentenciador, para que se pudiese tramitar el indulto.

Por todo lo expuesto, los Fiscales se atenderán a lo dispuesto en la presente Instrucción, respecto a la interpretación del citado art. 2. n.º 2 de la Ley de Indulto.

APLICACION DE ALGUNOS ASPECTOS DEL PROCESO PENAL EN VIRTUD DE LA REFORMA LLEVADA A CABO POR LA LEY 10/1992 DE 30 DE ABRIL, DE MEDIDAS URGENTES DE REFORMA PROCESAL

Instrucción núm. 6/1992, de 22 de septiembre

La deseada rapidez en el despacho de asuntos no es de ahora. Aún está sin desarrollar del todo aquella recomendación de la Reina Católica a los príncipes herederos en su testamento de «poner mucha diligencia en la administración de Justicia». El siglo pasado se preocupó grandemente de la lentitud procesal en general. Las seis Constituciones que rigieron en España encomendaban al Rey la tarea de «cuidar de que en todo el reino se administre pronto y cumplidamente la justicia», fórmula que se repite desde el artículo 171 de la Constitución doceañista hasta el 54 de la Constitución de 1876. En la mayoría de los casos se ha venido administrando justicia cumplida, pero ¿también justicia pronta? La lentitud en ella es ya merma de la justicia. Aún son actuales, al menos en parte, en España aquellas palabras pronunciadas en el castillo de Elsinor hace más de cuatro siglos por Hamlet cuando en su famoso monólogo del tercer acto, enumera entre las causas que hacen odiosa la vida en la tierra y a él le llevaron a la locura, junto a la injusticias del opresor, las dilaciones de la justicia (*dilations of law*).

Esas dilaciones indebidas en los procesos son ya absolutamente incompatibles con la tutela judicial efectiva (artículo 24 C.E.), a la que debe proveer el Ministerio Fiscal como defensor singular y cualificado de los derechos de los ciudadanos y del interés público (art. 124 C.E.). La más reciente normativa inspirada en aquellos principios ha acentuado la posición del Ministerio Fiscal dentro del proceso penal con el fin de acelerar su tramitación e incluso su conclusión. Este compromiso democrático de modernización de la Justicia, en especial de la Justicia penal, es

tema de notable actualidad, ya que en las últimas décadas se ha puesto de manifiesto la crisis del modelo tradicional del proceso penal, inhábil ya para dar una respuesta a las nuevas formas de criminalidad propias de una sociedad industrializada y fundamentalmente urbana, a lo que debe añadirse su incapacidad para supe- rar el cuello de botella que supone la acumulación de gran número de causas pen- dientes de la vista pública, pues su rígido formalismo y falta de flexibilidad en sus aplicaciones obstaculiza la efectividad y rapidez del proceso, de forma que la gran afluencia de asuntos y su desmedida duración, impiden dar una respuesta punitiva, pronta y adecuada al delito, fundamentada en su etiología.

En base a ello, la Exposición de Motivos de la Ley 10/1992 de 30 de abril dice que «debe romperse con la idea de que todo procedimiento exige igual desarrollo con desconsiderada indiferencia a las peculiaridades que cada uno presenta. La ex- periencia enseña que hay supuesto en que desde el principio son dudosos los he- chos, su tipicidad, su autoría, o las circunstancias modificativas de la responsabili- dad, en tanto que, en otros, estos extremos aparecen con toda evidencia. Esta diferencia de circunstancias exige una deferencia de trato».

Antes de ella, en un intento de superar la crisis, se acudió a modelos de enjui- ciar que tampoco garantizaban debidamente la imparcialidad del Juez, conforme denunció reiteradamente la Doctrina y puso de manifiesto el Tribunal Constitucio- nal en la famosa sentencia de 12 de junio de 1988; tal era el caso de la Ley Orgáni- ca 10/80 de Enjuiciamiento oral de los delitos dolosos, menos graves y flagrantes, sustituida posteriormente por la Ley Orgánica 7/88 en la que, la presente Ley in- troduce importantes reformas con el fin de dar agilidad al proceso.

Ante la necesidad de flexibilizar la actuación de los poderes encargados de la investigación que permitan mejores soluciones de política criminal, tanto para las víctimas, garantizando la reparación del daño, como para los delincuentes, buscan- do su resocialización, se hace imprescindible considerar nuevas instituciones intro- ducidas en países de nuestro entorno cultural. Sin embargo, todas ellas parten de la atribución de la investigación al fiscal —contemplada tímidamente en nuestra le- gislación— a quien se confían amplias facultades de disposición del objeto del proceso, permitiendo suspenderlo o truncarlo mediante el llamado «principio de oportunidad» y el acuerdo entre la acusación y la defensa con el consentimiento del acusado, que permite, mediante la imposición de una pena reducida, llegar al reconocimiento de su culpabilidad.

Esta modalidad surgida en Inglaterra y desarrollada en Estados Unidos, ha si- do últimamente adoptada por países como Alemania, Portugal e Italia, con el fin de conseguir la máxima eficacia y la mayor celeridad de la Justicia.

El Consejo de Ministros del Consejo de Europa en la Recomendación número R (87) 18 sobre simplificación de la Justicia, aconseja, en aras a las facultades que le corresponden al Ministerio Fiscal, que se puedan transigir las infracciones pena- les, especialmente cuando se trate de infracciones menores, y la introducción del principio de oportunidad, fundamentado en la igualdad de todos ante la Ley y en individualización de la Justicia Penal.

En España, la Ley Orgánica 7/1988 reguló en el artículo 791.3, la conformi- dad con el escrito de acusación que tenga pena más grave o conjuntamente con el escrito de acusación del fiscal. En el artículo 793.3 antes de celebrarse la prueba, con el escrito que contenga pena más grave o con el que se presente en sustitución del inicial. En estos preceptos —a los que nos referiremos más adelante— parece subyacer la idea del pacto, pero no llegan a las últimas consecuencias, dado que no preven, con el rigor deseado, sus condiciones ni límites, por lo que el acuerdo, en

principio, sólo podrá fundamentarse en el interés altruista de servir a la Justicia, o en no soportar los inconvenientes del proceso con el fin de no entrar en la práctica de la prueba que podría resultar desfavorable para el imputado.

Se ve, pues, que la modernización de la Justicia necesariamente exige la reactivación de la posición del fiscal. Es imprescindible que éste preste un servicio público eficaz y responsable, única forma de vencer la dinámica de apatía que parece haberse apoderado de algunos órganos de la Administración de Justicia en los últimos tiempos, a fin de que se produzca el deseado grado de identificación con una sociedad moderna que cada día plantea nuevas exigencias.

A esta reactivación de la actividad del Ministerio Fiscal responden el artículo 781 de la L.E.Crim. que le obliga a agilizar el procedimiento, base y fundamento de la presente reforma, y el artículo 785 bis, que le otorga limitadas facultades investigadoras que, al tener como finalidad agilizar la instrucción, van encaminadas al fin anterior: agilizar el proceso.

Todo esto ha sido tratado en la Circular 1/89 de esta Fiscalía General del Estado a la que nos remitimos, reiterando su puntual aplicación y cumplimiento por los señores fiscales. Como dice la Exposición de Motivos de la Ley 10/1992, «es importante subrayar que las reformas que se introducen ni son propiamente un nuevo procedimiento ni suponen siquiera la creación de mecanismos automáticos, cuyo uso inevitable pueda acabar sobrecargándolos; se trata de mecanismos de agilización cuya posible utilización se deja en manos del Ministerio Fiscal y del Juez, de forma que se abra un margen al desarrollo de una política penal que pretende reforzar la confianza en el Derecho y la Justicia».

A todas estas inquietudes y necesidades obedece la promulgación de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, que afecta no sólo al proceso penal, sino también al civil y al contencioso administrativo. El objeto de la presente Instrucción se fija en la reforma penal, y dentro de ésta, en dos puntos concretos: La selección de los casos en que el fiscal debe formular escrito de acusación para que se proceda a la inmediata apertura del juicio oral y citación simultánea para el juicio (artículo 781 tercero); y la particularización de los supuestos de faltas perseguibles mediante denuncia, en que los fiscales podrán no asistir a la celebración del juicio (artículo 969 *in fine*).

A) *Sobre los casos en que sería procedente seguir el denominado «juicio rápido»*

El nuevo párrafo tercero del artículo 781 de la L.E.Crim. establece que «el Fiscal General del Estado impartirá cuantas órdenes e instrucciones estime convenientes respecto a la actuación del fiscal en este procedimiento y, *en especial, respecto a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 790*».

Parece claro que lo que ha pretendido el legislador es que al Ministerio Público se le den unos criterios uniformes sobre los casos en que se estima oportuno el seguimiento del trámite especial del procedimiento abreviado, comúnmente conocido como «juicio rápido».

Para ello, primeramente, y por evidentes motivos de infraestructura, habrá que distinguir entre los Juzgados de aquellas poblaciones que no cuentan con un fiscal permanente (no es el caso de los Destacamentos), y Juzgados de capital. Y a su vez, dentro de éstos, entre los que prestan un servicio de guardia de 24 horas, de

aquellos otros en que el servicio de guardia se estructura de otra forma, generalmente por semanas.

En principio, esta modalidad procedimental parece estar concebida para los Juzgados de las grandes capitales en los que existe un servicio de guardia de 24 horas ininterrumpidas, aunque sería conveniente que en otros Juzgados de capital o destacamentos se articulase un sistema similar. Para ello, las Jefaturas, siempre dentro de sus posibilidades, deberán organizar un servicio que permita calificar en el plazo más perentorio posible, por ejemplo, dentro de la misma semana de guardia, ya que es deseo de esta Fiscalía General que el nuevo proceso se utilice en la mayoría de las Fiscalías.

Entrando ya en el análisis del precepto en concreto, el artículo 790.1 dice: «No obstante, tan pronto como el Juez de Instrucción considere que existen elementos suficientes para formular la acusación por haberse practicado, en su caso, las diligencias a que se refiere el apartado 3 del artículo 789, el traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal y partes acusadoras podrá efectuarse de forma inmediata, incluso en el propio servicio de guardia del Juzgado de Instrucción.

En este caso, el Ministerio Fiscal, en atención a las circunstancias de flagrancia o evidencia de los hechos, alarma social producida, detención del imputado o aseguramiento de su puesta a disposición judicial, podrá presentar, de inmediato, su escrito de acusación y solicitud de apertura de juicio oral, y simultánea citación para su celebración».

Así, pues, el seguimiento de esta modalidad exige dos decisiones:

- a) Una del instructor, acordando, en el servicio de guardia, el traslado de las diligencias al fiscal por si formula acusación.
- b) Otras posterior, del fiscal, formulando inmediatamente el escrito de acusación solicitando la apertura del juicio oral y simultánea citación para su celebración.

Si el fiscal considera que las actuaciones de las que se le ha dado traslado son suficientes para formular el escrito de acusación, deberá evacuar el trámite con la petición de que se proceda a la inmediata apertura del juicio oral. Sólo cuando considere que no son suficientes para formular el escrito de acusación, deberá hacerlo constar así, solicitando las diligencias que sean necesarias (artículo 790.2). También podrá interponer recurso de reforma contra el auto de traslado, al tiempo que solicita las diligencias que considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos, la determinación de los posibles responsables u otras esenciales de la investigación (según la interpretación que se deriva de las sentencias del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 1990).

Cabe no obstante, al amparo de lo establecido en el artículo 781 de la L.E.Crim., que sea el propio fiscal a la vista de los atestados recibidos, quien sugiera al Juez de Instrucción qué diligencias de las contenidas en los referidos atestados en el Juzgado de Guardia, permiten y hacen conveniente su traslado inmediato para acusación. Sin duda ésta será la modalidad más conveniente, ya que es el fiscal que va a formular la acusación, el más indicado para considerar en qué casos cuenta con los elementos suficientes para ello. De esta forma se simplifica la resolución de las eventuales discrepancias entre el instructor y el fiscal sobre la procedencia o no de seguir esta modalidad procedimental.

En ambos casos es evidente que el presupuesto básico para la presentación por el fiscal del escrito de acusación, es que las actuaciones contengan los elementos

esenciales, tanto respecto a la prueba de los hechos, como sobre la tipificación de los mismos. En consecuencia, siempre que las diligencias practicadas resulten manifiestamente insuficientes para fundamentar la acusación y no puedan practicarse las que resten de modo inmediato en el propio servicio de guardia, el Ministerio Fiscal, se abstendrá de formular la correspondiente acusación. Ahora bien, si dichas diligencias pueden practicarse en el propio servicio de guardia, se deberán interesar inmediatamente, a fin de garantizar en lo posible que el proceso se acomode a los objetivos y presupuestos de la Ley y, cumplimentadas aquellas, se procederá a realizar el escrito de calificación, entrando en el trámite previsto en el apartado 6 del artículo 790. En otro caso, el fiscal deberá manifestar que no dispone de las diligencias indispensables para ello, tramitándose entonces el procedimiento por las reglas del Abreviado Ordinario.

El «visado» de tales calificaciones se llevará a cabo de acuerdo con las estructuras organizativas de cada fiscalía.

Llegados a este punto, es preciso tratar dos problemas tangenciales que se pueden presentar: uno, el derivado de los recursos previstos por el artículo 787; y otro, el derivado del ofrecimiento de acciones y posibilidad de personación de los perjudicados conforme a los artículos 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

1. Contra el auto por el cual el juez ordena dar traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal y demás partes acusadoras y que ha de ser notificado al imputado/s, conforme al artículo antes mencionado, cabe recurso de reforma y subsidiaria queja. Pues bien, según parte de la doctrina, al ser esa resolución susceptible de reforma, el traslado a las acusaciones no podrá llevarse a cabo hasta que concluya el plazo del recurso, ya que hasta ese momento, se argumenta, no será firme la resolución y no podrá ejecutarse (el plazo es de tres días). Sin embargo, parece que esa orientación carece de base suficiente, dado que el recurso de reforma sólo tiene efecto suspensivo, cuando frente a su desestimación cabe recurso de apelación en ambos efectos, lo que no sucede en este caso. Por lo tanto, aunque el auto sea recurrible en reforma, nada impide ejecutarlo y dar traslado para la acusación al Ministerio Fiscal y a las demás partes acusadoras personadas.

2. La segunda dificultad apuntada para evacuar el escrito de calificación, nace de la imposibilidad práctica de hacer el oportuno ofrecimiento de acciones al perjudicado (artículo 109) y darle un plazo prudencial para que se persone en tiempo y forma (artículo 110). El Legislador, sin embargo, ha resuelto este obstáculo en el apartado 4 del artículo 789, al ordenar que «en igual caso deberá realizarse la instrucción al perjudicado de sus derechos prevista en el artículo 109 de esta Ley, así como del derecho a nombrar abogado. Dicha instrucción la podrá realizar la Policía Judicial, informando de que aún no haciéndose la citada designación, el Ministerio Fiscal ejercitará las acciones civiles correspondientes si procediere. No obstante, si no se hubiese practicado la correspondiente instrucción, ello no impedirá la continuación del procedimiento, si bien por el medio más rápido posible, incluso telegráficamente, deberá instruirse al perjudicado de su derecho a personarse en la causa».

De este artículo se extraen las siguientes consecuencias:

a) Nunca puede omitirse el ofrecimiento de las acciones, por lo que el fiscal, si no se hubieren ofrecido, lo solicitará en su escrito de acusación por medio de

«otrosí». En este caso, habrá que entender que no juega el momento preclusivo fijado en el artículo 110.

b) Si el perjudicado hiciese uso de las facultades que le otorga el artículo 110, y con el fin de evitar toda indefensión, deberá darse traslado del escrito de la acusación particular a la defensa del acusado para que se instruya del mismo, e incluso para que pueda proponer nuevas pruebas (por aplicación de los principios que inspiran el artículo 793.7 de la L.E.Crim.).

c) Al amparo de lo establecido en el art. 20 del Real Decreto 769/1987, sobre la Policía Judicial, que 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 esta Fiscalía General, cuyo estricto cumplimiento se recuerda ahora), los Fiscales Jefes darán las órdenes oportunas a los funcionarios de la Policía Judicial a fin de que en los atestados se cumplimente la diligencia de ofrecimiento de acciones.

d) En el caso de que en el atestado no se haya hecho ese ofrecimiento de acciones, o existan otras víctimas no contempladas por la Policía, y se considere que para la investigación no es necesaria su declaración, en beneficio de la víctima, parece oportuno utilizar el medio telegráfico apuntado por la Ley, con el fin de evitar desplazamientos al Juzgado a esos solos efectos.

Los nuevos párrafos del apartado 1.º del artículo 790 acuden como criterios a tener en cuenta por el fiscal para proceder a la calificación de los hechos conforme a las reglas de la Ley 10/92, a los conceptos de:

a) «Flagrancia o evidencia de los hechos», considerándose que el criterio que deberá predominar es el de flagrancia según su descripción contenida en el antiguo artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, adoptada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1990 y otras posteriores, dado que el concepto de evidencia no es sino un modo de reiterar el propio concepto de flagrancia en cuanto acción eminentemente ostentosa.

b) Respecto al concepto de «alarma social», deberá ser sopesado por el fiscal en cada caso concreto con sumo cuidado, para evitar que la presión social pueda influir negativamente en la serenidad que en todo caso debe presidir la actuación fiscal y judicial.

Por tanto, la detención o puesta a disposición judicial, junto con la flagrancia, son los dos pilares sobre los que se asienta ese procedimiento, que evidentemente debe aplicarse, ya que no hay restricción alguna por razón de la pena señalada al delito, a todos aquellos en que concurren aquellas circunstancias, ya sean competencias los Juzgados de lo penal o la Audiencia Provincial.

Como se anunciaba en la introducción, para hacer viable la agilidad que ofrece el nuevo procedimiento y siempre que sea posible, deberán facilitarse las conformidades con los hechos y con la pena, incluso firmando el escrito de acusación en el servicio de guardia por el letrado de la defensa y el acusado (art. 790.6 párrafo último).

Desde esta perspectiva, el Ministerio Fiscal podría y debería formular la acusación, a modo enunciativo, en los siguientes supuestos:

— Delitos de atentado contra agentes de la autoridad y funcionarios públicos, así como los de resistencia y desobediencia contra los mismos, siempre que no

medie concurso con delitos de lesiones que obliguen a estar a los informes médicos.

- Delitos de desacatos, insultos y amenazas a los agentes de la autoridad.
- Desórdenes públicos (art. 246 y 246 bis C.P.).
- Delitos de tenencia ilícita de armas, si por diligencia inmediata de la policía o Guardia Civil se comprueba el funcionamiento del arma.
- Delitos de falsedad de documentos de identidad, siempre que la falsedad sea notoria (art. 309 y 310).
- Delitos contra la seguridad del tráfico, en el caso de que el detenido pase a disposición judicial.
- Delitos contra la salud pública. Siendo requisito que exista análisis de la droga conforme a lo anteriormente indicado y que sean flagrantes. Por tanto, quedan excluidas de dicho procedimiento las conductas en las que resulte de aplicación las circunstancias de agravación de los artículos 344 bis a) y 344 bis c) del Código Penal.
- Delitos de robo con fuerza en las cosas flagrantes, salvo que por la concurrencia de las circunstancias de agravación del artículo 506 se requiera una investigación más dilatada en el tiempo y siempre que se disponga de tasación pericial de los objetos sustraídos.
- Delitos de robo con violencia o intimidación (art. 501.5), flagrantes, con la misma precisión del apartado anterior respecto de la circunstancias que requieran una investigación más dilatada en el tiempo.
- Delitos de hurto, flagrantes, siempre que exista tasación pericial de los efectos sustraídos.
- Delitos de utilización ilegítima de vehículos de motor ajeno, siempre que exista tasación pericial del valor real del vehículo.
- Delitos de daños siempre que se tenga la tasación pericial correspondiente.

Particularizando algunos de los delitos anteriores, diremos que respecto de los de hurto o robo con fuerza en las cosas, aunque no existiese tasación pericial de los efectos sustraídos, siempre que conste notoriamente que la cantidad sustraída, supere o no las 30.000 pesetas, según la clase de delito que fuese, se califica, pidiendo luego esta tasación por «otrosí».

De todas formas, para el correcto funcionamiento del sistema previsto en la Ley 10/92, será preciso que los detenidos, sean puestos a la mayor brevedad posible a disposición judicial en cuanto estén concluidas las diligencias policiales.

B) *La reforma del juicio de faltas: asistencia del fiscal a los mismos*

La Ley 10/92 de Medidas Urgentes de reforma procesal, introduce, como novedad sustancial, la posibilidad de que, en determinados supuestos, el Ministerio Fiscal no intervenga en los Juicios de Faltas. Se fundamenta, según la Exposición de Motivos, en el «objetivo de lograr un mejor aprovechamiento de los recursos de esta Institución, mediante su presencia en la persecución de infracciones penales de mayor relevancia».

Así, en el artículo 962 se establece que el juez competente «mandará convocar a juicio verbal al fiscal» y a las demás partes. Y, más adelante, en el artículo 969, párrafo segundo, se dice «el fiscal asistirá a los juicios de faltas siempre que

a ello sean citados con arreglo al artículo 962». Sin embargo —y aquí radica la novedad— «el Fiscal General del Estado impartirá instrucciones sobre los supuestos en los que, en atención al interés público, los fiscales podrán dejar de asistir la juicio cuando la persecución de la falta exija la denuncia del ofendido o perjudicado».

Parece, pues, que con arreglo a una interpretación lógica de ambos preceptos, en principio el juez competente citará al fiscal a todos los juicios de faltas, correspondiendo a éste, previamente a la fecha del señalamiento, seleccionar aquellos asuntos a los que se proponga asistir para formular sus pretensiones.

Es preciso recordar que la transformación de diversas faltas en infracciones de naturaleza semipública —por la Ley Orgánica 3/89— ya condicionó de forma importante la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de las mismas. El establecimiento de una condición objetiva de procedibilidad era ya expresión de una cierta renuncia del Estado al ejercicio del «ius puniendi» si el perjudicado por la infracción no inicia el proceso penal.

Consecuentemente, la intervención del fiscal quedó subordinada a la denuncia del ofendido o perjudicado, salvo que la persona agraviada sea «de todo punto desvalida», supuesto en que el fiscal tiene la facultad de denunciar, de conformidad con el artículo 602 del Código Penal, facultad que, evidentemente, mantiene su plena vigencia.

La Reforma actual puede valorarse como una manifestación del principio de oportunidad en la promoción de la acción de la Justicia, al que se aludía al principio de esta Instrucción, en cuanto constituye una excepción a la actuación conforme al principio de legalidad que exigen el artículo 105 de la L.E. Criminal y los correspondientes preceptos del Estatuto Orgánico.

La Ley confiere el Fiscal General del Estado la decisión sobre los casos en que el fiscal puede dejar de asistir a los juicios de faltas, salvo que el «interés público» imponga su intervención. Ciertamente, no proporciona el legislador al intérprete un criterio definitivo acerca de cuáles hayan de ser los supuestos en los que la intervención del fiscal en el juicio de faltas resulte insoslayable. Se limita a evocar un concepto, el de interés público como filtro determinante de su presencia o audiencia institucional en los procesos relativos a la conductas descritas en el Libro III del Código Penal.

No obstante su intrínseca dificultad conceptual, no estamos, ni mucho menos, ante una idea ajena al Ministerio Público. En efecto, el art. 124 de la Carta Magna, al constitucionalizar las funciones del fiscal le ordena promover la acción de la justicia en defensa (...) del interés público tutelado por la ley, descripción que reitera, en su art. 1, el Estatuto del Ministerio Fiscal de 30 de diciembre de 1981. Con anterioridad, ya la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870, aludía a la necesidad de estimular la acción de la Justicia en cuanto concierne al interés público, visión ésta que, enriquecida en el sentido de explicitar que aquellos intereses públicos eran los tutelados por la ley, se repitió en el Reglamento de 27 de febrero de 1969.

La técnica legislativa a la que ahora recurre el remozado párrafo segundo del art. 969 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tampoco es absolutamente novedosa. El precipitado Reglamento de 1969 estableció en su art. 5.2 que «cuando no existan normas que regulen la actuación del Ministerio Fiscal en los asuntos civiles en que con arreglo a las leyes deba intervenir (...), los funcionarios fiscales ejercerán su ministerio realizando todo lo que según la naturaleza del asunto

sea conveniente para la mejor defensa del interés público que les está encomendado».

La reforma del proceso penal operada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, ha vuelto a recurrir a la defensa del interés público como pauta interpretativa del cometido funcional del Ministerio Fiscal.

No es fácil entender que la presencia del fiscal en los procesos penales por infracciones leves, que hasta la entrada en vigor del nuevo texto legal ha venido constituyendo una manifestación del interés público, haya dejado de serlo por un mero y pragmático cambio legislativo. Es indudable, sin embargo, que las razones de aprovechamiento de los recursos humanos del Ministerio Fiscal, aludidas en la Exposición de Motivos, y de manera singular, los renovadores principios que vienen informando el proceso penal, justifican la concesión de esa facultad institucional al Fiscal General del Estado en orden a precisar los supuestos en que los fiscales podrán dejar de asistir a juicio.

El enunciado normativo del art. 969.2, ha convertido tal precepto en una suerte de norma procesal en blanco que necesite para su eficacia, de forma indispensable, el complemento de una Instrucción del Fiscal General del Estado a fin de acabar de diseñar el nuevo panorama procesal respecto de los intervinientes en los juicios de faltas. Con independencia del juicio crítico que, desde la óptica de la estricta técnica jurídica, pueda merecer esa anómala delegación legislativa o, si se quiere, esa heterodoxa concesión de potestad reglamentaria, conviene recordar que los criterios de actuación que ahora se imparten, además de cumplir el mandato legislativo, son fruto del esfuerzo interpretativo a la hora de precisar ese interés público de tan difícil concreción. Indudablemente, habría sido posible acudir a cláusulas genéricas que permitieran una interpretación más flexible y adaptable al caso concreto. Sin embargo, ello podría suponer, en contrapartida, un oscurecimiento de la ineludible presencia de la seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.) y del principio de unidad orgánica (art. 124 C.E.) que ha de presidir la actuación de los fiscales.

En todo caso hay que afrontar la reforma y fijar con carácter general qué supuestos típicos pueden hacer no aconsejable la intervención del fiscal. Las posibilidades en orden a la actuación del fiscal serían las siguientes:

- No intervenir en modo alguno.
- Intervenir solamente en la tramitación de la eventual apelación.
- Pedir la notificación de todas las sentencias e intervenir interponiendo en los casos en que no lo estime pertinente recurso, así como en las eventuales apelaciones propias o de parte.
- Formular la acusación por escrito antes del juicio tal y como prevé el inciso final del precepto.
- Intervenir en el juicio y en todas las vicisitudes posteriores.

Para fijar unos criterios de actuación medida previa es precisar si la no intervención del fiscal en el juicio le excluye, ya como parte, en todos los trámites posteriores. Aquí caben dos interpretaciones contrapuestas, contando ambas con argumentos a favor y en contra. Se podría en efecto, sostener que el fiscal sigue siendo parte aunque no haya intervenido en el juicio, y que, por tanto, es preceptivo notificarle la sentencia y darle intervención —sin perjuicio de que pueda renunciar a ella— en la apelación. Pero igualmente es posible mantener que al no comparecer el fiscal en el juicio, cesa su condición de parte, pues no sería lógico que se intro-

dujese posteriormente en el procedimiento haciendo peticiones que no hizo en su momento. Por la configuración, naturaleza y funciones asignadas al Ministerio Fiscal cabe entender que hay base para inclinarse por la primera de las interpretaciones, lo que permite dar unas instrucciones más concretas, ajustadas y prácticas a la vez.

Como presupuestos para determinar cuando debe intervenir o no y de qué forma, se deben fijar unas ideas previas:

— No es ajustado en ningún caso que el fiscal formule sus pretensiones por escrito antes del juicio y después no intervenga en el mismo. Hacer una petición penal que luego resulta inmodificable, dado que no estaría presente en el juicio y que, por tanto, se hace sin haber presenciado ni valorado la prueba —que se desarrolla en su totalidad en el acto del juicio de faltas— no es una actitud procesal admisible. Se estima que no se debe hacer nunca uso de esa posibilidad establecida por la Ley, pues dejaría malparada la representación institucional del Ministerio Fiscal.

— Tampoco parece correcto confiar al arbitrio de cada fiscal la decisión sobre los supuestos en que deba intervenir o no, pues ello conlleva un trabajo casi similar al de asistir al juicio de faltas y no reportaría ningún beneficio práctico, por lo que se verá en el punto siguiente.

— Dejar de fijar con claridad los casos en que se va a intervenir o no, no reportaría ventajas prácticas: los Jueces de Instrucción señalarían cada día un grupo de juicios de faltas, sin discriminar entre los que va a intervenir el fiscal y aquellos en que no va a intervenir, sencillamente porque *a priori* no podrán saberlo. La imagen del fiscal interviniendo o no según el juicio de que se trate o saliendo y entrando de la sala de vistas, no sólo no es aceptable, sino que además no sería nada práctica: el fiscal tendría ocupada la mañana con los juicios aunque en algunos no intervenga y no se obtendría más dedicación personal por tener menos servicios.

— Desde luego la intervención del fiscal no puede faltar en los escasos supuestos en que él aparezca como denunciante, de acuerdo con lo previsto en el art. 602 del Código Penal.

— Como es sabido, el Ministerio Fiscal tiene, entre sus funciones —en el proceso penal—, «la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito» (artículo 781 L.E. Criminal), y el ejercicio de esta función —razonablemente extensible a todas las infracciones penales— debe imponer la asistencia del fiscal al juicio de faltas cuando, de lo contrario, se derive una manifiesta indefensión de aquéllos.

Por estas razones parece razonable que el fiscal pueda dejar de asistir, de forma general, a los juicios de las faltas tipificadas en los artículos 585 y 586, entre las faltas contra las personas, en los artículos 589, 590 y 594, entre las faltas contra la propiedad y las de daños por imprudencia del artículo 600, todos del Código Penal.

La no intervención del fiscal en las faltas de imprudencia del artículo 586 bis plantea problemas. Sobre todo en las faltas con resultado de lesiones o muerte, el «interés público» puede y debe exigir en algunos supuestos que se mantenga la intervención del Ministerio Fiscal.

Es sabido que una parte de las faltas de imprudencia, muchas veces generadoras de gravísimos perjuicios se producen en ámbitos donde los riesgos no están cu-

biertos por el régimen de seguros obligatorios, por ejemplo, en la actividad laboral, en la profesión médica, en el funcionamiento de servicios e instalaciones públicas (almacenes comerciales, Servicios Metropolitanos, etc.) y otras actividades humanas propias de una sociedad industrial con un desarrollo tecnológico creciente en las que el incumplimiento de los deberes de cuidado es una constante que casi caracteriza al propio modelo de sociedad.

En este contexto, puede resultar profundamente contrario a los principios de justicia material, que las víctimas de las referidas conductas imprudentes, y no solamente en los casos de resultados catastróficos, carezcan de la protección y el amparo de una institución como el Ministerio Fiscal, que tiene entre sus cometidos constitucionales, la defensa de los derechos y la promoción de la acción de la justicia en defensa de los ciudadanos, en particular de los más débiles y del interés público.

Instaurar con carácter absoluto la privatización de la persecución de las faltas de imprudencia —cualesquiera que sean las víctimas y la naturaleza de la infracción—, parece no corresponder a los principios que deben inspirar un Estado Social de Derecho.

Por todo ello, entendemos que el Fiscal debe asistir a los juicios de faltas en las imprudencias médicas y laborales y en las derivadas de la circulación de ferrocarriles y de vehículos de motor en los que las víctimas carezcan de la protección de un seguro obligatorio.

Asimismo, debe considerarse la conveniencia de la asistencia del fiscal a los juicios de faltas, aunque medie la cobertura de dichos seguros, en los supuestos de resultado de muerte o lesiones graves.

La nueva regulación de la intervención del Ministerio Fiscal, en los juicios de faltas, va a generar, sin duda, al menos en la primera etapa, problemas organizativos importantes ante la necesidad de un examen pormenorizado de todos los procedimientos de juicios de faltas que se incoen y ante la eventualidad —no deseable— de que los jueces de instrucción señalen para una misma fecha juicios con asistencia del fiscal y otros en los que sólo intervengan las partes afectadas o perjudicadas, situación que no mejoraría ni repercutiría positivamente en la organización de las fiscalías, ya que los miembros del Ministerio Fiscal se verían obligados a desplazarse, de forma continuada, por los distintos juzgados de instrucción, para asistir, posiblemente, a solo alguno de los numerosos juicios de faltas señalados para una sola sesión. Por eso sería necesario que se lograsen acuerdos entre los juzgados de instrucción y los fiscales adscritos a dichos juzgados, para que por los órganos jurisdiccionales, se concentrasen en días determinados las faltas a las que debe asistir el fiscal, sin perjuicio de que por esta Fiscalía General, se traslade dicha preocupación al Consejo General del Poder Judicial.

