

CAPÍTULO IV

PROPUESTAS DE REFORMAS LEGISLATIVAS

El artículo 9 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal habilita al Fiscal General del Estado para proponer en la Memoria anual elevada al Gobierno *las reformas convenientes para una mayor eficacia de la Justicia*.

Basta la referencia al concepto de *eficacia* para que, en el contexto de la realidad social presente, se haga imprescindible reiterar desde estas páginas la petición ya incluida en la Memoria del pasado año y argumentada por el Fiscal General del Estado públicamente –incluso ante el Parlamento mismo– en numerosas ocasiones a lo largo de estos doce meses: la promulgación de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, adaptada a las exigencias de la Constitución vigente y de la sociedad española de nuestros días.

La eficacia es un objetivo difícil de cohonestar con la supervivencia en la España de hoy de un texto legal concebido para una sociedad rural, semianalfabeta, ajena a cualquiera de las herramientas tecnológicas que rodean y hacen posible nuestra actual forma de vida. Un texto que ciertamente constituyó un hito pionero en muchos aspectos, cuando se trataba de superar el sistema medieval de Jurisdicción, pero que en la últimas décadas, en forzado contraste con las exigencias de la Constitución democrática de 1978, ha ido sumando a su obsolescencia una imparable sucesión de reformas, retoques y añadidos que, a veces en nombre de la propia eficacia y casi siempre sin llegar a mejorarla efectivamente, han contribuido sobre todo a la desestructuración de aquel valioso modelo original, en demérito con frecuencia del cuidadoso –aunque hoy superado– tratamiento de las garantías procesales que inspiró su redacción.

No es sólo la insólita y cada vez más repetida –sobre todo en asuntos de mayor complejidad y trascendencia social– inversión de papeles que arroja como resultado que el Fiscal se convierta en receptor de denuncias dirigidas contra Jueces instructores, por estimar los

imputados que éstos, en su acción investigadora, están vulnerando sus derechos.

No es sólo que tal fenómeno erosione la credibilidad de la Justicia penal en su conjunto, sumiendo a los ciudadanos en la confusión –inasumible en un sistema acusatorio democrático– acerca de la función de investigar los hechos delictivos, dirigiendo las imputaciones contra sus presuntos responsables, que es propia de la acusación, y la de garantizar de los derechos fundamentales del imputado frente a esa acusación, y de las demás partes en el ejercicio de sus derechos, con igualdad de armas, que explícitamente atribuye la Constitución a los titulares del Poder Judicial.

No es que ese modelo de instrucción –hoy abandonado incluso por los Estados que heredaron nuestra tradición jurídica, y en vías de ser sustituido en Francia, que lo inspiró– complique y dificulte, en un mundo global en que cada vez es más imprescindible, la cooperación judicial internacional con quienes para ayudarnos a luchar contra el delito primero han de esforzarse en entender nuestro singular –y para ellos atípico– sistema procesal.

No se trata únicamente de que nosotros mismos, los juristas españoles, nos veamos obligados a superar obstáculos escasamente compatibles con el concepto de seguridad jurídica propio de nuestra tradición continental, viéndonos obligados –ante el silencio o la manifestación insuficiencia de la Ley, en algún caso denunciada por el propio Tribunal Constitucional– a escudriñar la doctrina jurisprudencial para poder determinar cuáles son exactamente los requisitos y las garantías que exige nuestro Derecho para llevar a cabo determinadas diligencias de investigación o adoptar ciertas medidas cautelares.

No es que la fase instructora del proceso abunde en actuaciones judiciales generadas inercialmente sin finalidad concreta pretendida o asumida por quienes ejercen la acusación o la defensa, o que la carencia prácticamente absoluta de salidas alternativas al proceso penal convierta a veces la solución judicial en un problema mayor que el se trataba de resolver, o redunde en el estancamiento del procedimiento de ejecución de multitud de condenas ínfimas en asuntos de menor entidad –y en perjuicio de la atención que requerirían los asuntos más graves– que, en ese marco, lejos de mostrarse eficaces en el plano de la prevención general o especial, más bien tienden a desacreditar en la opinión pública la acción global de la Justicia Penal.

No es sólo que sucesivas resoluciones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos vengán recordando reiteradamente al Estado español que su sistema de recursos devolutivos no se adapta a las exigencias

del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El problema más grave es que, además de las consecuencias directas de todas esas deficiencias y dificultades, recae sobre el Poder Judicial, sobre el Ministerio Fiscal y, en fin, sobre la Administración de Justicia en su conjunto, la ímproba tarea de lograr que pese a todo ello el proceso penal salga adelante, y en el momento en que se anuncian inversiones en la reorganización de la oficina judicial y en la modernización del sistema, sería gravemente contraproducente que ese esfuerzo —que al final es un esfuerzo colectivo, de la sociedad entera— tuviera por objeto apuntalar la obsoleta estructura de ese deficiente modelo procesal, en lugar de servir al propósito de poner en pie uno nuevo, como el Legislador ha hecho ya en el resto de los órdenes jurisdiccionales. Al ahorro que intrínsecamente supone el mero hecho de no financiar la ineficiencia, una decisión en el sentido propuesto agregaría las ventajas de un régimen procesal penal que reúna los requisitos necesarios para alcanzar cotas mayores de eficacia, pero sobre todo mayor calidad constitucional y democrática de la justicia. Ésa es, sin duda, la verdadera eficacia que desde el texto de la propia ley rectora del Ministerio Público justifica, y en realidad impone, esta propuesta que la Fiscalía General del Estado tiene el honor y la obligación de elevar al Gobierno.

Proponemos la elaboración de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal que responda a un modelo verdaderamente acusatorio, en el que asuma el Ministerio Fiscal no el poder, sino la responsabilidad de dirigir la investigación al objeto exclusivo de decidir si procede o no el ejercicio de la acción penal. Con un verdadero Juez de la Instrucción que, lejos de valorar la legalidad de sus propios actos, asegure que la investigación y la acusación no vulneran los derechos de las partes, intervenga directamente si se trata de derechos fundamentales, controle que las actuaciones no se prolongan más de lo estrictamente necesario y garantice la igualdad de armas, haciendo efectivo el derecho de las defensas, de las víctimas y perjudicados y cualquier otra persona legitimada por la ley a sostener sus pretensiones. Un sistema eficiente, que contemple soluciones de oportunidad reglada en casos de menor entidad, como ya sucede en el proceso de menores, y que favorezca la conformidad y la mediación como mecanismos más idóneos de satisfacción para quienes se ven involuntariamente sometidos al daño físico o moral que produce el delito. Un modelo moderno, que regule en clave constitucional la obtención y la práctica de la prueba, teniendo presentes los avances tecnológicos en aspectos tan variados como el tratamiento de datos, la interceptación de los actuales siste-

mas de comunicación o la obtención y uso de muestras de ADN, e incorporando además la rica doctrina jurisprudencial acerca de las intervenciones corporales o el derecho a la intimidad. Un marco procesal realista que resuelva con certeza cuestiones de diversa índole que hoy carecen de respuesta precisa y segura, como la presencia de los menores en el proceso penal, el uso de la información de inteligencia, la distinción exacta entre coimputado y testigo, o la diferencia entre el derecho de los parientes a no declarar contra el acusado, extensión de una garantía este último, y el abuso forzado y fraudulento de esa dispensa cuando la víctima se retracta de su denuncia bajo coacción o amenaza. Un proceso ágil en el que sólo sean recurribles las decisiones realmente trascendentes, pero plenamente garantista, con una verdadera doble instancia ajustada a los Convenios Internacionales que España tiene suscritos, y una casación socialmente útil, con una función esencialmente unificadora que se extienda a todos los delitos, para hacer efectivos los principios constitucionales de igualdad y de seguridad jurídica. Un nuevo proceso penal, en definitiva, propio de un Estado democrático avanzado.

A lo largo de la legislatura anterior, y también en lo que va transcurrido de la presente, se han llevado a cabo en el seno del Ministerio de Justicia trabajos de estudio dirigidos a la preparación de un texto de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal. La Fiscalía tiene conocimiento de su existencia porque ha contribuido a ellos, y está obviamente en plena disposición de seguir haciéndolo. Pero desde las páginas de esta Memoria de la Fiscalía General del Estado, que se eleva al Gobierno y se presentará como la Ley exige ante las Cortes Generales, también hemos de afirmar la firme convicción de que ese propósito no será viable sin un acuerdo fundamental sobre los objetivos y los medios, compartido por quienes representan la pluralidad constitucional de intereses sociales, políticos y de la comunidad jurídica. El Ministerio Fiscal, en consecuencia, no sólo propone que se emprenda esa obra magna de modernización del proceso penal, sino que se ofrece a contribuir con todo su esfuerzo a ella.

Junto a esa petición primordial y prioritaria, la Fiscalía General del Estado ha de recoger también la referencia a otras reformas normativas que en el debate público del último año ya han determinado el pronunciamiento del Ministerio Público. Ni ese hecho, ni la constancia de que en algún caso, afortunadamente, al tiempo de escribirse estas líneas tales propuestas están siendo objeto de estudio en sede de iniciativa legislativa, impiden que ahora, por el cauce formal que el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal señala, se reitere la necesidad de acometer dichos cambios legales.

I) La primera de tales propuestas concretas trae causa de la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 57/2008, de 28 de abril de 2008 que ha establecido, estimando un recurso de amparo, que la prisión provisional sufrida por un imputado o procesado ha de ser abonada en la liquidación de condena incluso cuando todo o parte de dicha prisión provisional haya coincidido con el efectivo cumplimiento de otra pena impuesta al mismo sujeto en otra causa, lo que determina el doble cómputo de un mismo período de privación de libertad.

El Tribunal adopta ese criterio no por entender –según se desprende del texto de la Sentencia– que la prohibición de abonar en una liquidación de condena el tiempo de prisión provisional sufrido mientras se cumplía otra anterior sea de por sí incompatible con la Constitución, sino por ser ésa la interpretación que, examinado el artículo 58 del Código Penal, juzga más favorable al ejercicio del derecho a la libertad (art. 17 de la Constitución), en la medida en que no existe una previsión legal explícita de la situación indicada, restrictiva de tal derecho. Situación cuya frecuencia en la práctica lleva precisamente a la Jurisdicción Constitucional a entender que tal omisión del legislador debe de ser consciente.

Esta Fiscalía General del Estado, sin embargo, y sin perjuicio de reconocer la existencia de tal omisión, estima que cabe valorarla, al contrario, como conformidad del legislador con la práctica consolidada y pacífica de excluir del abono de la prisión provisional los referidos períodos de coincidencia con el cumplimiento de una pena. Práctica que, como es obvio, respondía a la finalidad razonable de evitar que se computara doblemente un mismo período de privación de libertad. Es, por tanto, el cambio resultante de la decisión del Tribunal Constitucional el que ahora aconseja una reforma legal que permita recuperar –ya con soporte legal incuestionable– la situación anterior.

Conviene tener en cuenta, a estos efectos, que la aplicación de la nueva doctrina puede generar situaciones de impunidad, en la medida en que la acumulación de medidas cautelares y penas, subsiguiente a la perpetración de varios delitos, puede producir un paradójico efecto multiplicador en la reducción de la duración –o incluso el vaciamiento– de la condenas; y como se da la posibilidad, ex artículo 58 del Código Penal, de abonar la prisión provisional sobrante en procedimientos distintos de aquel en que fue acordada, se puede extender ese efecto multiplicador a varias causas, llegando a hacer las penas impuestas en ellas total o parcialmente inefectivas sin que en realidad haya existido un período de privación de libertad que sea cuantitativamente equivalente a la reducción total de la que se beneficiará el reo. La Fiscalía General del

Estado ya ha tenido conocimiento de supuestos especialmente significativos en que se ha producido ese efecto desproporcionadamente reductor, por tratarse de personas condenadas por delitos de narcotráfico o integradas en organizaciones criminales a quienes la reiteración delictiva ha terminado favoreciendo de este modo.

Esta situación, en contrapartida, puede generar un retraimiento respecto de la medida cautelar de prisión preventiva, que en el intento de impedir el expuesto efecto de impunidad lleve a acusaciones y Jueces a reservar la decisión sobre la prisión provisional al momento en que se prevea la inmediata extinción de la condena y, por tanto, la puesta en libertad del penado. Pero tal solución incidiría muy negativamente en el principio de seguridad pública, puesto que en general resulta difícilmente previsible –al menos con la precisión necesaria– el momento concreto de la excarcelación de un interno que se halle cumpliendo una pena impuesta en un proceso distinto, cuyas vicisitudes no es fácil controlar al detalle a los efectos de evitar a tiempo su efectiva puesta en libertad, por lo que surge un serio riesgo de que la medida cautelar pueda llegar tarde.

Y, en fin, la aplicación de la referida doctrina atenta, desde otra óptica, contra el principio de igualdad real y efectiva ante la Ley, desde el momento en que, como se dijo, las posibilidades de computar doblemente como pena y prisión provisional un mismo período de privación de libertad se multiplica proporcionalmente en función del número de medidas cautelares de prisión que el mismo sujeto haya sufrido durante dicho período. Y ello aun cuando no se admita –como se dirá más adelante– que la regla de compatibilidad entre pena y prisión que propugna el Tribunal Constitucional sea también aplicable al supuesto en que concurren entre sí varias medidas de prisión provisional. Cuanto más larga sea la pena que está cumpliendo el reo (consecuencia de un delito más grave) y más medidas de prisión (por haber cometido más delitos) se le impongan, mayor es el beneficio total, mientras que los penados con un historial menos negativo se beneficiarán de una reducción menor, y los que cumplan una sola condena y no hayan cometido otros delitos no obtendrán –por este título– ventaja alguna. Este efecto de desigualdad puede alcanzar incluso a quienes hayan cometido el mismo delito, por ejemplo, a los coautores de un hecho delictivo perpetrado durante un permiso penitenciario del penado. Naturalmente ese fenómeno distorsionador que supone la obtención de beneficios en cuantía inversamente proporcional al historial penal de los afectados puede dar lugar a una percepción de clara desigualdad en el colectivo de internos en centros penitenciarios, posible fuente de controversias en el ámbito carcelario.

Por otra parte, como se acaba de sugerir, la misma lógica basada en la constatación de la ausencia de una norma explícita, presuntamente ligada a la tácita voluntad del legislador, podría llevar también a la conclusión de que el solapamiento de dos o más medidas de prisión provisional acordadas en distintos procedimientos ha de sujetarse al mismo régimen de abono independiente –y multiplicado– en cada uno de ellos, puesto que el artículo 58.2 del Código Penal sólo impide abonar en una causa la prisión provisional que ya esté abonada en otra, pero no excluye la posibilidad de entender que un mismo sujeto pueda sufrir simultáneamente dos o más medidas cautelares de prisión, y por consiguiente, en la medida en que se mantenga la singularidad de cada una de ellas, obtener su abono por separado. No se trataría en tal caso de abonar en una causa *la misma* prisión provisional ya abonada en otra, que es, como se ha dicho, lo que impide la norma, sino de abonar dos o más medidas cautelares diferentes que se han aplicado en un mismo período, y por tanto de manera simultánea. Es cierto que a esta conclusión parece oponerse la propia argumentación de la referida STC 57/2008, que en su FJ 7 viene a justificar la compatibilidad entre prisión provisional y pena precisamente por la distinta naturaleza material de ambas, pero puesto que la propia Sentencia insiste precisamente en que sólo se ocupa de la concurrencia entre medida cautelar y condena, por más que esa argumentación parezca excluir la identidad de razón exigible para la aplicación analógica de tal doctrina, resultaría también conveniente una solución legal explícita al problema de las medidas de prisión concurrentes en el tiempo.

En virtud de las anteriores consideraciones, en el marco de la tramitación del Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal que pendía entonces, la Fiscalía General del Estado sugirió al Gobierno la propuesta que ahora formaliza, de una modificación del tenor literal del artículo 58 del Código Penal, añadiendo al final del primer párrafo la expresión: «... *salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella*».

II) La segunda propuesta formal de modificación de un concreto texto legal vigente se refiere al artículo 61 de la Ley de Bases de Régimen Local.

El artículo 12.1.a) de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, establece que la disolución judicial de un partido comporta «el cese inmediato de toda la actividad del partido político disuelto». Dicha consecuencia jurídica no abarca, sin embargo, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional la posibilidad de privar de sus cargos representativos a quienes han

accedido a ellos, ciertamente a través de las listas de los partidos políticos o agrupaciones electorales, pero en virtud de la decisión de los electores. Por consiguiente, hay que descartar cualquier posibilidad, directa o indirecta, de privar de su condición de concejal a los miembros de los partidos ilegalizados en el ámbito o como consecuencia de la ejecución de la Sentencia judicial de ilegalización del partido en cuyas listas fueron elegidos. La ilegalización de un partido político no afecta a la condición de concejales de sus miembros, ni –por tanto– al ejercicio de las funciones de éstos en la Corporación municipal.

Al hilo de la disolución del partido político Acción Nacionalista Vasca surgió sin embargo un debate público, a raíz de alguna iniciativa parlamentaria, acerca de la posibilidad de disolver aquellos Ayuntamientos gobernados por concejales elegidos en las listas electorales de un partido político ulteriormente disuelto, como era el caso.

En ese sentido, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, de Bases de Régimen Local, atribuye al Consejo de Ministros la facultad de acordar a iniciativa propia y con conocimiento del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente, o a solicitud de éste, y en todo caso, previo acuerdo favorable del Senado, la disolución de los órganos de las corporaciones locales «en el supuesto de gestión gravemente dañosa para los intereses generales que suponga incumplimiento de sus obligaciones constitucionales». Y por Ley Orgánica 1/2003, de 10 de marzo, se concretó el concepto jurídico indeterminado «gestión gravemente dañosa para los intereses generales» en el ámbito de la lucha contra el terrorismo, añadiendo un número 2 al referido artículo 61, que establece que *se considerarán, en todo caso, decisiones gravemente dañosas para los intereses generales en los términos previstos en el apartado anterior; los acuerdos o actuaciones de los órganos de las corporaciones locales que den cobertura o apoyo, expreso o tácito, de forma reiterada y grave, al terrorismo o a quienes participen en su ejecución, lo enaltezcan o justifiquen, y los que menosprecien o humillen a las víctimas o a sus familiares.*

Comoquiera que de acuerdo con la redacción de la norma sólo es viable la disolución si se dan actos de cobertura o apoyo al terrorismo o sus autores o valedores, o de humillación de las víctimas y sus familiares, que sean jurídicamente imputables a la propia Corporación municipal, quedando además acreditado que tales actos se han producido de forma reiterada y grave, una actuación irreversible del Gobierno como la prevista en la LBRL, basada en hechos que pueden resultar finalmente descartados por falta de prueba suficiente en sede judicial, puede presentar serias complicaciones –y de hecho se ha demostrado inefectiva en la práctica– si se plantea con carácter general.

La solución a ese problema jurídico podría venir dada por la aplicación de una fórmula que permita una única solución para todos los supuestos en que el gobierno de una Corporación Local esté siendo asumido por quienes fueron elegidos en la lista de un partido luego ilegalizado. Sería por tanto necesario, si se quiere obtener ese objetivo, proceder a una reforma legal, consistente en añadir al mencionado artículo 61 LBRL una causa de disolución más, recogiendo precisamente ese supuesto de hecho, esto es, el que el Ayuntamiento sea gobernado por una mayoría de concejales que hubieran sido elegidos en la lista de un partido ilegalizado.

Una decisión legislativa de esas características no colisionaría necesariamente con la doctrina constitucional según la cual «... el derecho a participar [art. 23 CE] corresponde a los ciudadanos, y no a los partidos; que los representantes elegidos lo son de los ciudadanos y no de los partidos» (STC 5/1983, de 4 de febrero), que en apariencia podría conducir a rechazar que un cargo electo sea apartado de sus funciones como consecuencia de la desaparición –por ilegalización– del partido en cuyas listas fue elegido. Tal doctrina –y el caso que resolvía la sentencia citada es un claro ejemplo de ello– se refiere a supuestos de desvinculación entre el partido y el cargo electo, en el ámbito de la dependencia y la lealtad partidista, excluyendo la posibilidad de que el abandono o la expulsión de un partido comporte la pérdida del cargo representativo. Es en ese contexto en el que el Tribunal Constitucional afirma que el escaño no es del partido, sino de los electores, y, por tanto, del electo. Pero ese razonamiento no puede entenderse extrapolable a una realidad jurídica radicalmente diferente y en cierto sentido inversa, como la que supone que un partido político declarado ilegal por hechos o con pruebas posteriores a su comparecencia electoral pueda perpetuar su actividad política a través de los cargos públicos que fueron elegidos en sus listas. Es verdad que ni la Ley de Partidos Políticos ni la Ley de Bases de Régimen Local contemplan la posibilidad de que la disolución del partido incluya directamente ese efecto, pero ello no significa que una norma que contemplase esa posibilidad haya de plantear problemas de inconstitucionalidad.

El artículo 61 de la LBRL está concebido para resolver, ya en su redacción actual, un conflicto de intereses esencial. Es innegable que la disolución de un Ayuntamiento lleva inherente en todo caso y cualquiera que sea su motivo la frustración del derecho del ciudadano a ser representado por quien eligió, pero ése es el mal menor que el ordenamiento jurídico anuda a la prevalencia de un interés superior, como es el interés general. Al supuesto común (párrafo 1 del citado artículo) en el que se exige la acreditación particular de la naturaleza grave-

mente dañosa de la gestión para esos intereses generales, el legislador ha añadido una concreción (párrafo 2) por vía de presunción «*iuris et de iure*», en cuya virtud se considera gravemente dañosa la actividad reiterada y grave de apoyo al terrorismo. Nada impediría por tanto, en la misma línea ponderativa, estimar que el interés general ha de cobrar fuerza suficiente frente al interés del que son titulares tanto los concejales elegidos en las listas de una fuerza política declarada ilegal como los electores que los eligieron antes de que se produjera esa declaración judicial. No sería razonable, en nuestro marco jurídico-constitucional, aceptar que el Gobierno puede disolver un Ayuntamiento en virtud de su propia valoración acerca de la actuación pro-terrorista del mismo, y no pueda hacerlo en virtud de la declaración de ilegalidad sobrevenida del partido que gobierna ese Ayuntamiento, formulada por el Tribunal Supremo con todas las garantías de un proceso judicial. Sin necesidad de presunción alguna (como la que rige el vigente párrafo segundo del art. 61 LBRL), en este caso hay un hecho probado de innegable gravedad y trascendencia que por sí mismo es portador de esa carga de grave daño a los intereses generales.

III) Por último, la Fiscalía General del Estado ha reiterar, en forma de propuesta de reforma legal, su preocupación por determinadas situaciones derivadas de la aplicación del principio de Justicia Universal, o, por expresarlo con mayor corrección técnica, por el ejercicio de la Jurisdicción extraterritorial de los Tribunales españoles (en concreto, de la Audiencia Nacional, que es el Órgano competente a tal efecto) de acuerdo con el principio de Justicia Universal.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 237/2005, de 26 de septiembre, que estimó el recurso de amparo formulado contra la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 327-2003, de 25 de febrero, por entender que su interpretación del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial vulneraba el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a la Jurisdicción, merece atención especial en este punto. La preocupación subyacente en la decisión judicial anulada no puede desdeñarse, con independencia de que la concreta solución que intentaba aportar no haya superado el filtro de constitucionalidad. Se trataba y se trata, como expresaba y aceptaba el Voto particular de la propia Sentencia anulada, «de evitar la proliferación de procedimientos relativos a delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados, así como un desgaste excesivo de los órganos jurisdiccionales nacionales cuya competencia se reclama».

El problema planteado no afecta solamente –aunque sea innegable que también– a los posibles conflictos o dificultades que la acción extra-

territorial de nuestra Justicia pueda deparar a las relaciones políticas internacionales de España. Conviene tener en cuenta que tal preocupación se justifica en no menor medida desde la óptica más favorable a la expansión y el fortalecimiento de la propia idea de Justicia universal, pues el desgaste en que se traducen esos infructuosos procedimientos, abiertos sin perspectiva de eficacia alguna a instancia de personas en ocasiones no relacionadas directamente con el hecho investigado y respecto de conductas geográfica y, a veces, culturalmente remotas, podría redundar incluso en un serio debilitamiento de la capacidad de hacer eficaz el fin de protección de la norma, generando un resultado contraproducente. El mismo Voto Particular mencionado advertía ya de que se trata de «garantizar la efectividad de la intervención jurisdiccional, pues en los supuestos de ausencia absoluta de vínculos de conexión con el país y con los hechos denunciados (...) la efectividad práctica del procedimiento puede ser nula». Una Jurisdicción abrumada por un número inabarcable de asuntos de origen y contenido totalmente ajeno a la realidad social y cultural española, procesalmente inviables por la ubicación remota del material probatorio, la ausencia de los posibles imputados y la presencia de insalvables obstáculos técnicos —sistemas procesales incluidos— para llegar a un conocimiento suficiente de los hechos y su valoración legal, lejos de asegurar el fin político-criminal perseguido por el principio de Justicia Universal contribuiría de manera determinante a su desprestigio, extendiendo la sensación de impunidad e ineficacia del Derecho para dar solución estos conflictos.

De ahí que la propia STC 237/2005 admitiera expresamente que la exégesis de la norma «pueda venir presidida por ulteriores criterios reguladores que incluso vinieran a restringir su ámbito de aplicación», siempre que de tal interpretación no resulte «una reducción teleológica de la ley». A ese propósito señalaba que el fin de la referida norma no es otro que «evitar la impunidad» de los delitos enumerados en ella, y al propio tiempo invoca el principio de concurrencia como rector de la activación de la Jurisdicción extraterritorial de un determinado Estado.

Al tiempo de redactar estas líneas el Congreso de los Diputados ha aprobado una moción dirigida a la reforma del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que tiene obviamente que ver con los planteamientos expuestos. Conviene recordar, sin embargo, y partiendo de esos mismos razonamientos, que el ejercicio de la Jurisdicción extraterritorial por aplicación del denominado principio de Justicia Universal constituye una conquista indiscutible en la persecución de determinados crímenes que atentan contra bienes jurídicos comunes a toda la Humanidad. No se trata por tanto de que el Estado español, con un movimiento legislativo pendular, renuncie a ese logro,

introduciendo mecanismos restrictivos o requisitos procesales materiales que en realidad tiendan a desactivar ese foro jurisdiccional. Se trata, por el contrario, de adecuar la actuación de sus Tribunales a la expresada regla de razonable eficacia en el ejercicio de su Jurisdicción universal, en el marco del mencionado principio de concurrencia de Jurisdicciones. Y este propósito puede concretarse jurídicamente, como de hecho venía a hacer el citado Voto Particular de la Sentencia del Tribunal Supremo, en torno al concepto de abuso de derecho. El recurso a la Jurisdicción española carece de sentido en conflictos absolutamente fuera del alcance material de sus posibilidades, con objetivos ajenos a la propia efectividad de la acción de la Justicia, aun cuando puedan resultar comprensibles e incluso plausibles en otros aspectos, como el intento de obtener una mayor difusión mediática de denuncias o reivindicaciones relativas a situaciones atentatorias contra los Derechos Humanos en cualquier lugar del mundo, o incluso de movilizar la acción política de los Gobiernos o la reacción de las Jurisdicciones nacionales del lugar de los hechos. Todo ello, cabe insistir, puede resultar política y éticamente plausible en el marco de una acción favorable al respeto a los Derechos Humanos, pero no por ello deja de constituir una utilización de los recursos de la Justicia Penal española para fines que, no estando efectivamente a su alcance, no corresponden a la misión que la Ley, en la dimensión *teleológica* a la que se refería el Tribunal Constitucional, ha puesto en sus manos.

Por todo ello parece conveniente, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, máxime en un ámbito tan extraordinariamente delicado como es el del acceso a la Justicia de las víctimas y perjudicados de esta clase de delitos, que el propio legislador asuma una solución ponderada, que a juicio de esta Fiscalía General del Estado debería consistir, desde el punto de vista material, junto al requisito de que no exista o haya existido una efectiva investigación de los mismos en el Estado donde hayan tenido lugar, en la exigencia de que el hecho a investigar guarde algún tipo de conexión de naturaleza histórica, social, cultural, geográfica o jurídica con España, que justifique la intervención de la Jurisdicción española con preferencia a la de cualquier otra Jurisdicción potencialmente concurrente, siendo posible asimismo introducir un requisito de procedibilidad que limite el ejercicio de dicha Jurisdicción a aquellos supuestos en que exista denuncia o querrela de quien sea directamente víctima del hecho o, en todo caso, del Ministerio Fiscal. Solución ésta vigente en otras legislaciones de nuestro entorno que carece de obstáculo constitucional alguno en nuestro sistema, puesto que los derechos derivados del artículo 125 de la Consti-

tución son de configuración legal, como reiteradamente tiene declarado el Tribunal Constitucional (v. gr. STC 154/1997, de 29 de septiembre).

Expuestas en los términos precedentes las propuestas de reforma legislativa formuladas por la Fiscalía General del Estado, se resumen a continuación las que elevan a este Órgano las distintas Fiscalías, a partir de las insuficiencias o defectos que vienen detectando en su cotidiana experiencia de la aplicación de las leyes.

1. Reformas Penales Sustantivas

I) La Fiscalía Provincial de Pontevedra propone la modificación del régimen de ejecución de la pena de localización permanente, de modo que sea el propio Juzgado sentenciador el que fije el calendario de cumplimiento y lo notifique al penado. La intervención de los Servicios Penitenciarios, además de contribuir a la sobrecarga que éstos padecen, ralentiza el cumplimiento de la pena y aumenta los trámites precisos a tal fin, al precisar de la comparecencia ante aquellos del penado, establecimiento del calendario de cumplimiento que se eleva al Juzgado sentenciador, aprobación por éste y notificación del auto correspondiente al penado. Se ha detectado por la citada Fiscalía que en ocasiones cuando la ejecución se dilata, generalmente cuando la localización es en concepto de responsabilidad subsidiaria y se han realizado diligencias para el cobro de la multa, o cuando el penado no es hallado, esa ralentización ha originado prescripciones de pena que no se hubiesen producido. También, se han producido casos en que el incumplimiento de la pena ha quedado impune por disfunciones originadas por esa pluralidad de trámites, en particular por ausencia de notificación judicial al penado del auto que aprueba la propuesta de cumplimiento elaborada por los Servicios Penitenciarios previa a las fechas de cumplimiento, de la que en cambio sí tenía conocimiento. En estos casos se han invocado reiteradamente que la mera propuesta de cumplimiento no es de obligatorio acatamiento, y además suelen producirse retrasos en dicha notificación.

II) También la Fiscalía Provincial de Pontevedra considera precisa la reinstauración del carácter de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad como aplicable exclusivamente con carácter sustitutivo, y no como pena principal. Se trata, en opinión de la Fiscalía proponente, de la pena cuyo cumplimiento efectivo está originando mayor número de problemas en la actualidad en la ejecución penal, llegándose en muchísimos casos a la total impunidad a través de simples actitudes obstativas o dilatorias del penado. Como quiera que tras las últimas reformas cabe su imposición en delitos tan frecuentes como

los de seguridad en el tráfico o malos tratos, es, además, una problemática frecuentísima. El único modo de evitar tales impunidades ante la aparente irresolubilidad de los problemas que dificultan su ejecución con los medios actuales, en particular la ausencia del número suficiente de plazas para atender a la totalidad de los penados.

III) Son varias las Fiscalías Provinciales que proponen que la pena accesoria de prohibición de acercamiento y/o incomunicación del artículo 57.2 del Código Penal, es decir, la que se impone por hechos constitutivos de violencia de género o doméstica, sea potestativa y no obligatoria. Así, la Fiscalía Provincial de Pontevedra, aboga por que, cuando concurren circunstancias excepcionales, tal pena accesoria pueda ser suspendida, sustituida o no impuesta por el juez. También la Fiscalía Provincial de Valencia considera en su Memoria que sería conveniente la posibilidad de imposición facultativa de la pena accesoria del alejamiento según la gravedad de los hechos o su habitualidad. También la Fiscalía de Zaragoza considera preferible la imposición facultativa del alejamiento en caso de conducta objetivamente no peligrosa u ocasional, así como la posibilidad de poder dejarlo sin efecto.

Dentro del mismo marco, las Fiscalías Provinciales de Albacete, Barcelona, Burgos, Granada y Girona, destacan casi al unísono que como consecuencia de la aplicación automática de la medida de alejamiento, en muchas ocasiones la presunta víctima, ante un maltrato ocasional o no tan ocasional, decide no declarar contra su agresor a causa de la imperatividad del alejamiento. Por tanto, razonan que la pena prevista en el Código debería ser de imposición facultativa, o al menos graduable por el juez o Tribunal sentenciador, con posterioridad a la sentencia y a la vista del resultado de los programas de reeducación seguidos por el penado o de otras circunstancias del mismo y de la víctima.

Inciden las Memorias de las Fiscalías citadas, que es especialmente necesaria esta modificación legislativa en los casos maltratos ocasionales de padres a hijos o de hijos a padres, que, por cierto, no suelen ser habituales ni siquiera reiterados. La cuestión no es nueva y ya la propia Fiscalía General la invocó en la Memoria del año 2006.

IV) En la misma línea que la propuesta anterior e íntimamente vinculada, es la propuesta de modificación legislativa que sugiere la Fiscalía Provincial de Girona, que considera que las incidencias que provoca el artículo 57.2 del Código Penal también pudieran ser resueltas a través de la modificación del artículo 80 del Código Penal, ya que conforme a lo previsto en los artículos 80 y siguientes cabe la posibilidad, frecuente en la práctica, de suspender la ejecución de la pena privativa de libertad, pero no existe posibilidad análoga de suspender la ejecución de la pena accesoria de prohibición de aproxima-

ción. Este extremo provoca, que en algunos casos muy concretos, pero crecientes en número, mediante reiteradas comparecencias en el Juzgado la víctima del delito solicite que se deje sin efecto tal pena privativa de derechos, si bien al no estar legalmente previsto no es posible informar favorablemente a dicha pretensión, a pesar de que se alega estar fundada en la voluntad –aparentemente firme, libre y voluntaria– de reconciliación familiar. Con la redacción vigente del artículo 80 del Código Penal, estima esta Fiscalía Provincial que la única posibilidad de dejar sin efecto una pena de alejamiento impuesta en sentencia firme pasa por la concesión de indulto por parte del Gobierno de la Nación, de los que cada vez se tramitan más expedientes.

Por ello, se considera conveniente el establecimiento de la previsión legal de que, en casos excepcionales, y obviamente a petición de las personas protegidas por la prohibición de aproximación, con la adopción de las cautelas oportunas para asegurar su libertad de decisión, pudiera reducirse la duración temporal de la pena accesoria privativa de derechos, o bien suspender la ejecución de tal pena.

V) La Fiscalía Provincial de Vizcaya propugna en su Memoria una modificación del artículo 89 del Código Penal, para recoger la necesidad de convocar un trámite de audiencia previo a la decisión sobre la autorización judicial de la expulsión del extranjero, en la línea de lo indicado por la jurisprudencia.

VI) Las Fiscalías Provinciales de Álava y de Albacete, proponen la tipificación expresa de las conductas consistentes en que una persona que no ostenta una posición activa en un acto vejatorio sobre otra persona, grabe y posteriormente difunda a través de la RED imágenes degradantes de la persona vejada.

Indica, ambas Fiscalías Provinciales, que actualmente, la citada conducta puede tener encaje en el Código Penal como delito de injurias al ser un comportamiento objetivamente dirigido a deshonrar, desacreditar o menospreciar al sujeto pasivo, pues su comportamiento, más o menos adecuado, no tiene por qué ser difundido de manera global con el consiguiente perjuicio desproporcionado para el mismo. No obstante, esta solución «de urgencia» a la espera de que el legislador lleve a cabo las correspondientes reformas legales, presenta el problema de que se trata de un delito privado y, en consecuencia, obliga al sujeto pasivo al ejercicio de acciones penales sin posible intervención del Ministerio Fiscal con el coste que ello conlleva. De todos modos, sugieren las citadas Fiscalías que en este punto sí se hace necesaria una reforma legal para hacer frente a este tipo de difusiones que son un fenómeno que se está generalizando y causa una honda preocupación en la opinión pública.

VII) La Fiscalía Provincial de Soria formula propone que en relación con los artículos 153 y 173 del Código Penal, llama la atención el hecho de que se recoge en ambos preceptos como tipo agravado la utilización de armas, pero no la de instrumentos peligrosos, siendo precisa la equiparación, como sucede en otros tipos penales.

VIII) La Fiscalía Provincial de Pontevedra, realiza varias propuestas de reforma legislativa en materia de pornografía infantil, campo abonado para los delitos informáticos, y en aplicación de las previsiones del Convenio de Lanzarote del Consejo de Europa de 25 de octubre de 2007, aún no ratificado por España, considera que sería conveniente introducir algunas de las siguientes adaptaciones en nuestra legislación penal:

14. Penalizar la asistencia como espectador a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o incapaces. Aunque dicho comportamiento pudiera considerarse incluido en la «financiación» de tales espectáculos que ya tipifica el precepto, dicha consideración debería entenderse limitada a los que asisten a tales espectáculos pagando una entrada, lo que dejaría excluido a cualquier otra clase de asistentes.

15. La tipificación del comportamiento consistente en la propuesta intencionada de un adulto, a través de las tecnologías de la información y comunicación, dirigida a reunirse con un menor de edad, con el fin, bien de mantener con él relaciones sexuales consentidas, bien de llevar a cabo con él actos de producción de pornografía infantil, siempre que esta propuesta haya sido seguida por actos materiales conducentes a tal reunión (grooming).

Asimismo, la citada Fiscalía propone tres modificaciones en la regulación de la pornografía infantil, no incluidas en el mencionado Convenio. Dos de ellas ya fueron apuntadas en la Memoria de 2007, como la consistente en la aplicación de los subtipos cualificados del artículo 189,3 del Código Penal a los supuestos de tenencia de pornografía infantil para el propio consumo previstos en el artículo 189,2 del mismo texto legal o, la precisión del alcance de los conceptos de organización y asociación del artículo 189,3 c) del Código Penal, también recogido en la Memoria del año anterior. La última, con la finalidad de incorporar a nuestro ordenamiento lo dispuesto en la Decisión Marco 2004/68/JAI, de 22 de diciembre de 2003, consiste en la tipificación de la apología de la pedofilia, la pederastia y cualquier otra forma de incitación a conductas que atenten contra la indemnidad sexual de la infancia.

En la esfera de la delincuencia informática, la Fiscalía Provincial de Pontevedra sugiere la necesidad de que el legislador penal incluya en el catálogo de delitos la usurpación de identidad virtual ajena, con la finalidad bien perjudicar al verdadero titular de esa identidad virtual

con el desarrollo de actos o conductas que puedan menoscabar su crédito o dignidad, bien con la finalidad de procurar la impunidad o el anonimato del usurpador que, bajo esa identidad virtual ajena, desarrolla comportamientos ilícitos o socialmente censurables. Una variante de este tipo de comportamientos, al que también debería, según la citada Fiscalía, prestar atención el legislador, viene constituida por la denominada robotización o botnet de equipos informáticos ajenos con la finalidad, en la gran mayoría de los casos, de desplegar comportamientos ilícitos de manera masiva (al realizarse la acción simultáneamente desde muchos ordenadores ilícitamente controlados por el responsable), o bien de ocultar la identidad del verdadero responsable del comportamiento ilícito.

IX) La Fiscalía Provincial de Valencia aboga, dentro de los delitos de abandono de familia, menores o incapaces, por una reforma del artículo 226 del Código Penal, con la finalidad de dar cabida en el mismo al fenómeno del absentismo escolar. La necesidad de regular esta materia radica en la inexistencia de un tipo penal autónomo que contemple la actuación de los padres, tutores o guardadores que consientan que los menores que estén a su cargo entre seis y dieciséis años no acudan al centro escolar si estuvieren matriculados o que no hubieran ni siquiera matriculado al menor.

X) La Fiscalía Provincial de Valencia propone la supresión de la excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal. Se indica al respecto que a través de algunas Diligencias Preprocesales practicadas en esa Fiscalía, se ha observado, y en no pocas ocasiones, que el marco familiar es el entorno en el que se han producido actuaciones, cuanto menos irregulares, por lo que al uso del patrimonio de las personas discapaces que de ellos dependen se refiere, actuaciones que cuando son constitutivas de delito debieran ser objeto de reproche penal, y por el contrario pueden quedar exento de ello bajo el amparo del artículo 268 del Código Penal. Por otro lado, cada vez aumentan las denuncias de padres y abuelos contra menores de edad que conviven con ellos y que constantemente están reclamándoles sin violencia o intimidación la entrega de dinero llegando a convertir la vida familiar en un infierno cuando no consiguen de inmediato lo que demandan. En ambos casos, la referida excusa absolutoria carece de fundamento.

XI) La Fiscalía Provincial de A Coruña propone que sería necesario abordar una reforma de los delitos de incendio que permitiera, por una parte, imponer medidas de seguridad a los incendiarios para conseguir su apartamiento de los lugares de comisión del delito en periodos de riesgo, y que, por otra parte, incorporase una agravación en caso de incendios transfronterizos, ya que hoy en día son motivo de impunidad.

XII) La Fiscalía Provincial de Barcelona, entre las sugerencias de modificaciones legislativas, estima conveniente una disociación de las modalidades comisivas típicas del delito fiscal recogidas en el artículo 305 del Código Penal. De tal modo que las conductas consistentes en defraudación tributaria mediante elusión del pago de impuestos, mediante omisión de retenciones o mediante el disfrute de beneficios fiscales mantengan como umbral mínimo de relevancia penal la suma de 120.000 euros, tal como prevee el citado artículo 305 del Código Penal.

Sin embargo, la conducta consistente en solicitud indebida de devoluciones debería acomodarse a los 80.000 euros fijada como acceso en el fraude de subvenciones del artículo 308 del Código Penal. Las razones de tal solicitud descansan de un lado en que la cuota de desvalor a nuestro juicio resulta diferente en el comportamiento tendente a eludir (no pagar) impuestos que aquel en que el sujeto solicita indebidamente una cantidad en concepto de devolución. Dejando aparte supuestos de mera estafa como el contemplado en la STS 163/08, de 8 de abril, lo cierto es que: no resulta comprensible que solicitar con causa falsa dinero a las administraciones interesando una subvención, sea punible a partir de 80.000 euros para considerarlo punible, mientras que solicitar esa misma cantidad de dinero con fundamento en una fingida devolución de impuestos resulte absolutamente impune.

Por ello, se propone que se equiparen la cuantía de 80.000 euros, como cuota presuntamente defraudada tanto en el fraude de subvenciones ya existente como en el delito fiscal del artículo 305 del Código Penal pero en la modalidad de solicitud indebida de devoluciones.

XIII) La Fiscalía Provincial de Barcelona, que en los últimos años ha extremado la persecución de los delitos que radican en la discriminación de los ciudadanos, propone que si bien el Código Penal de 1995, aprobado por Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre, supuso un hito histórico y un cambio de 180 grados en el abordaje del fenómeno de la discriminación al contemplar de manera expresa figuras delictivas y una agravante específica que sancionaban ciertos comportamientos en los que el móvil de la discriminación estaba presente, los constantes cambios producidos en la sociedad española y la escasa aplicación que han tenido algunos de los citados artículos del Código Penal, han puesto de manifiesto la necesidad de proceder a la actualización de algunos de los artículos que tipifican o agravan las citadas conductas de discriminación, concretamente la reforma que ponga al día los artículos 129, 173, 510 a 512, todos ellos del Código Penal.

La Fiscalía Provincial de Barcelona recomienda la necesidad de crear una nueva figura delictiva y que comienza a acuñarse en la doc-

trina y en la legislación comparada como «delitos de odio» y que contempla todos aquellos actos o comportamientos de violencia absolutamente gratuita ejecutada por móviles discriminatorios (origen, raza, orientación sexual, identidad de género, discapacidad, edad, enfermedad, etc.) y perpetrada con la finalidad de humillar y vejear a la víctima, creando en la misma un sentimiento de terror, de angustia o de inferioridad por la gratuidad del ataque sufrido, lesionándose así gravemente su dignidad humana y que permita su aplicación tanto a casos de actos reiterados o permanentes de humillación o vejación a las personas por motivos discriminatorios como a conductas única y puntuales pero de gran intensidad lesiva para la dignidad de la persona. Si bien es cierto que estos comportamientos han sido subsumidos por algunos de nuestros tribunales en el delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del Código Penal, también es cierto que al ser un precepto tan genérico y con un alto componente de ambigüedad se presta a interpretaciones contrapuestas. La experiencia demuestra que muchos de estos asuntos son considerados como hechos de trascendencia menor por jueces y fiscales y es relativamente frecuente que se reputen como mera falta de lesiones, coacciones o amenazas, no agotándose toda la antijuricidad y reprochabilidad de la conducta. Con una previsión específica por el legislador de este tipo de comportamientos se incrementaría notablemente la seguridad jurídica reduciéndose ostensiblemente la posibilidad de resoluciones opuestas que se observan en la práctica diaria.

En la misma línea, la Fiscalía Provincial de Barcelona en relación con el delito de provocación al odio, la violencia y la discriminación del artículo 510 del Código Penal, indica que son muchos los problemas que la doctrina plantea en orden a su apreciación y que básicamente afectan al concepto de provocación ya que algunos autores lo restringen a los estrictos requisitos del artículo 18 del Código Penal. Entiende el proponente, que tendría que efectuarse una redacción más amplia como la que utiliza el artículo 515.5 para el delito de asociación ilícita que utiliza el verbo «promover», siendo también aconsejable incluir los verbos «incitar» o «difundir»; que permitirá perseguir conductas de incitación a la violencia y generación o difusión del discurso del odio efectuadas utilizando los modernos sistemas de comunicación e información (internet, correos electrónicos masivos, etc.) que en la actual redacción tienen difícil encaje. También se presta a no pocos problemas la interpretación los términos «odio», «violencia» y «discriminación» siendo deseable la utilización de términos menos indeterminados y que no se presten a la imaginación jurisprudencial. Finalmente debería dejarse más claro que el sujeto pasivo del delito no son sólo los colectivos («grupos o asociaciones») sino también las

personas físicas individualmente consideradas, pertenezcan o no a dichos grupos, siempre y cuando la motivación del delito sea la discriminación o el odio a su condición personal.

Continúa la Fiscalía de Barcelona, que para garantizar la represión de los delitos recogidos en los artículos 510 a 512 del Código Penal es necesario poder acordar en los citados delitos las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 del Código Penal, es decir, la posibilidad de poder clausurar, disolver o suspender empresas, locales o establecimientos así como de sociedades, asociaciones o fundaciones y prohibir la realización en el futuro de actividades, operaciones o negocios en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto los mencionados delitos.

Y en el mismo sentido que lo anteriormente expuesto, debería incorporarse expresamente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal la posibilidad de poder adoptar cautelarmente el bloqueo de páginas web, blogs, correos masivos etc que incitan al odio y a la discriminación: Asimismo dicha previsión debería extenderse a que dicha medida se imponga como pena o como una de las consecuencias accesorias que incluye el Código Penal.

XIV) La misma Fiscalía, propone una modificación del delito de discriminación en el ámbito laboral del artículo 314 del Código Penal, que actualmente está sometido a tantas condiciones que su aplicación es casi imposible en la jurisdicción penal. La Fiscalía de Barcelona considera conveniente una reforma de este artículo, que siendo respetuosa con el principio de intervención mínima del derecho penal, no impida su blindaje e inaplicación, debiendo ajustar el precepto a los supuestos contemplados como infracciones administrativas de la vigente ley de infracciones y sanciones en el orden social (Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto).

XV) El Fiscal de Sala especialista en Seguridad Vial, sugiere la potenciación de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, ya que teniendo en cuenta el componente reeducador de la pena en muchos casos sería preciso un proyecto educativo personalizado. Las razones explicativas de las infracciones penales son muy diversas: falta de cultura y conciencia ciudadana, violencia y agresividad, adicción a las drogas, alcohol, patologías síquicas.

Por ello proponemos la siguiente modificación legal: *artículo 49.3 del Código Penal: «El trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración local y autonómica que podrán establecer los convenios oportunos a tal fin. A la Administración penitenciaria le corresponden funciones de apoyo, supervisión e intervención en el*

procedimiento ante el órgano judicial, actuando en coordinación con aquellas y de conformidad con lo previsto reglamentariamente».

Se añadirá un último párrafo en que se diga: «Los trabajos en beneficio de la comunidad podrán ir unidos a un proyecto de reeducación individualizado del penado que incluya la participación en cursos o programas dirigidos a abordar las causas de la infracción penal y computable como jornadas».

XVI) También indica el Fiscal de Sala de Seguridad de Tráfico, que ha de modificarse en profundidad el baremo de seguros a los efectos de cuantificar correctamente la responsabilidad civil que puede derivarse de los supuestos de accidente de tráfico. En primer lugar, estima que no están actualizados los conceptos utilizados, y que carecen de una mínima capacidad individualizadora. Y de otra parte, las cantidades que de él resultan para los casos de fallecimiento y en particular lesionados medulares y cerebrales son de todo punto insuficientes para facilitar a las víctimas en estos casos unas coberturas dignas y justas que les permitan ejercitar el derecho a rehacer su vida o recuperarse hasta donde la ciencia permita y reinsertarse en la sociedad. No se han producido modificaciones desde 1995 y ha quedado desfasado en relación con los regímenes de protección de los países de nuestro entorno.

Entre otros temas deberían abordarse: los daños morales complementarios, el lucro cesante en su amplia concepción, instrumentos de reinserción laboral y social de los grandes lesionados, la coordinación de la gran invalidez con la Ley de Dependencia de 14 de diciembre de 2006, la suficiencia de las indemnizaciones (basadas en cálculos actuariales de expectativa de vida real, necesidades sociales y porcentaje de dependientes reales) y el favorecimiento de las rentas vitalicias, ideas que junto con otras recoge reciente doctrina científica.

La modificación debe llevarse a cabo en diálogo con las compañías de seguros, agentes sociales y con las asociaciones de víctimas. Debe tenerse en cuenta la situación económica actual, pero de modo relevante las necesidades diarias de las personas que han sufrido tragedias en las carreteras.

XVII) Al igual que el año pasado, el Fiscal de Sala de Seguridad del Tráfico propone introducir el comiso del vehículo a motor o ciclomotor en los delitos contra la seguridad del tráfico, incluyendo un nuevo artículo 385 bis con el siguiente tenor *«El vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en este capítulo se considerará instrumento del delito a los efectos de los arts. 127 y 128 del Código Penal».*

XVIII) La Fiscalía Antidroga formula dos propuestas de reforma en la materia de su competencia. La primera tiene que ver con los

tipos agravados de las drogas que no causan grave daño a la salud. La penalidad establecida en el tipo penal va desde los tres años hasta los cuatro años y seis meses de prisión. Este arco penológico se considera insuficiente por la mencionada Fiscalía para individualizar las distintas conductas que se realizan en este tipo de delitos. La segunda hace referencia a la modificación introducida en 2003 en la figura penal del artículo 369.18.º del Código Penal y alusiva a la introducción de drogas en establecimientos penitenciarios. Antes de esa reforma, la tentativa no acabada de introducción se castigada como tentativa del tipo agravado, pero tras la reforma, el Tribunal Supremo ha entendido aplicable el tipo básico, con lo que en cierto modo se privilegian estas conductas. La Fiscalía Antidroga considera preciso volver a la redacción anterior a la reforma de 2003, o tipificar expresamente la tentativa de introducción de drogas o sustancias estupefacientes en los establecimientos penitenciarios.

XIX) Por último, y en idéntico sentido que el año precedente la Fiscalía Provincial de Huesca, propone la modificación del artículo 6.2 del Código Penal, que establece el régimen jurídico de las medidas de seguridad aplicables a las personas afectadas por una enfermedad mental o dependientes de sustancias estupefacientes, al ser cada vez más frecuente que las personas a las que se imputa un hecho delictivo estén afectadas por una enfermedad mental o, en su caso, tengan mayor o menor dependencia de sustancias estupefacientes u sufran otras dependencias análogas. Por esta razón, es importante que las medidas de seguridad que prevé nuestro Código Penal sean aplicadas con la mayor precisión y eficacia posible. La finalidad de rehabilitación social que al Derecho Penal impone el tenor de nuestra Constitución, exige que tales medidas vayan encaminadas a facilitar la curación del penado. Para ello es preciso que la aplicación de la correspondiente medida cautelar permita la efectiva eficacia de la misma.

2. Reformas procesales penales

I) La Fiscalía Provincial de Huesca propone que se aborde una modificación del recurso de queja, al considerar que la actual regulación del recurso de queja es inadecuada. La Memoria de la Fiscalía Provincial estima, que la manera en que está configurado el recurso de queja la convierte en un instrumento inútil que solo suele ocasionar disfunciones y entiende que con la regulación del sumario, dada su naturaleza, dicho recurso tenía un fundamento. No obstante, tras la introducción en la ley de Enjuiciamiento Criminal del Procedimiento Abreviado, el recurso de queja no tiene eficacia alguna. De hecho, la

Audiencia, ante un recurso de esta clase y ante la coyuntura de decidir sobre su estimación o no, solo tiene al alcance el informe del Juez instructor y el del Ministerio Fiscal, es decir, casi siempre le faltan datos para tomar una decisión.

La solución podría estribar en suprimir la posibilidad de recurso en determinados casos, mientras en otros, cuando se trata de cuestiones de mayor calado, cabría plantearse la posibilidad de ampliar los supuestos en los que se admite la apelación; en concreto plantearía esta posibilidad en los recursos contra las resoluciones denegatorias de prueba y contra los autos de incoación de Procedimiento Abreviado.

II) Son varias las Fiscalías que sugieren modificaciones en la Ley del Jurado. Así, la de Salamanca indica la necesidad de proceder a revisar la lista competencial de delitos cuyo conocimiento está atribuido al Tribunal del Jurado. La de Toledo, en la misma línea, considera preciso dejar fuera de la competencia de tal tribunal los delitos de allanamiento de morada y las amenazas condicionales, y la de A Coruña los delitos de incendio.

La Fiscalía de Huesca también incorpora en su Memoria anual diversos aspectos a modificar de la Ley del Tribunal del Jurado. El primero de ellos, es el relativo a la selección de los candidatos a jurados. Cree la citada Fiscalía que debería señalarse una sesión específica, no antes de empezar el Juicio Oral tal y como prevé la LOTJ, para el trámite de selección de los candidatos a jurados. La recusación sin alegación de motivo alguno (art. 40.3 de la LOTJ) debería hacerse tras examinar a la totalidad de los candidatos que hayan concurrido. El actual sistema, consistente en proceder a un sorteo sacando de la urna nueve nombres, someter a estos al interrogatorio de las partes, proceder a la recusación sin alegar motivo, e ir sacando nombres hasta conformar el Tribunal del Jurado con nueve miembros y dos suplentes, limita el poder configurar un Tribunal plural y con un perfil que pueda satisfacer a las partes. Podría oírse a todos los candidatos, recusar a los que se estime oportunos, y con los restantes proceder al sorteo para seleccionar a los nueve miembros del Tribunal y los dos suplentes.

En cuanto al veredicto, señala la Fiscalía de Huesca, que debiera incluirse como categoría de hechos a declarar probados, junto a los favorables y a los desfavorables, los «neutros». Hay hechos que necesariamente deben formar parte del objeto del veredicto, que no son favorables ni desfavorables. Son hechos en ocasiones admitidos por la acusación y la defensa. El calificarlos como desfavorables por el hecho de ser un hecho recogido por la acusación puede en ocasiones llevar a confusión a los Jurados. Asimismo, el objeto del veredicto es lo que en la práctica ha planteado más problemas. La audiencia a las partes

prevista en el artículo 53 de la LOTJ, en la que las partes discuten con el Magistrado Presidente el objeto del veredicto por él redactado, en la práctica se resuelve en tiempo breve. Muchas veces las partes se quedan con la angustiosa sensación de no haber tenido tiempo de ponderar el objeto sometido a examen, ni de haber podido reflexionar sobre el mismo con el sosiego suficiente. En este momento procesal, y ante un tema tan trascendental sería necesario dar un plazo de veinticuatro horas (una audiencia) para que las partes pudieran estudiar, y, en su caso enmendar el objeto del veredicto redactado por el Magistrado-Presidente. La corrección del veredicto está íntimamente ligada a una correcta redacción del objeto. Debe preverse que las instrucciones a los Jurados previstas en el artículo 54 de la LOTJ queden fielmente recogidas, grabadas, con el fin de que el TSJ pueda valorarlas debidamente si se formula recurso de apelación por parcialidad en las instrucciones dadas al Jurado [art. 846 bis.c).a. LECrim].

Asimismo a la Fiscalía Provincial de Huesca le preocupa el control de la no contaminación de los posibles Jurados durante las fases de instrucción e intermedia. En uno de los Procedimientos por Jurado actualmente vivos en la provincia de Huesca se han planteado problemas derivados de la enorme repercusión mediática que han tenido los hechos objeto del mismo. Además de la acumulación de datos y noticias, no siempre fidedignos, en la prensa, en los últimos meses se ha acentuado el reflejo del proceso en los medios de comunicación por medio de una entrevista a doble página del imputado en uno de los diarios de mayor difusión nacional y en el inicio de una serie de ficción en la cadena de la televisión pública del Estado. Lógicamente, tanto la lectura de la referida entrevista, en la que se hacían valoraciones de la prueba existente, como la visión de la serie televisiva, pueden suponer una influencia nociva en quienes en su día vayan a ser elegidos jurados de la causa, pues fácilmente pueden llegar al juicio oral con ideas preconcebidas, juicios de valor ya realizados u opiniones contaminadas. No existe en la legislación actual ningún precepto legal que permita al Juez, de oficio o a instancia de parte, tomar medidas cautelares de cara a evitar los inconvenientes citados.

III) Son muchas las Fiscalías que proponen la reforma del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por las disfunciones que provoca en el tratamiento de los casos de violencia de género. En este sentido, la Fiscalía de Zaragoza considera que, si la víctima es informada de sus derechos en su primera comparecencia policial o judicial, y decide denunciar, no debiera permitírsele posteriormente acogerse al derecho a no declarar.

En la misma línea, las Fiscalías de Albacete, Barcelona, Burgos, Granada, Girona reclaman la modificación del citado artículo 416 de la LECrim, continuamente solicitada en especial en el ámbito de la lucha contra la violencia de Género. No reiteramos los argumentos esgrimidos en memorias pasadas, sino que destacamos una vez más que este precepto es una frecuente vía de escape para auténticos maltratadores, y frecuentísima causa de sentencias absolutorias que no deberían serlo.

El legislador debe conocer las graves disfunciones que provoca la regulación actual. Como bien señalaba la Fiscalía General del Estado en memorias pasadas, la previsión legislativa del artículo 416, probablemente no contaba con los testigos víctimas. La práctica diaria constatada en los juzgados de Violencia sobre la Mujer que la declaración inicial de la mujer víctima, su denuncia ante la policía y su ratificación y/o ampliación ante el juez, comporta normalmente la adopción de medidas cautelares. Las medidas adoptadas suponen para el denunciado una afectación muy importante de sus derechos, de manera que se puede ver privado de la libertad y, casi siempre, sometido a medidas de alejamiento y privación de los hijos y/o del domicilio habitual. Semanas o meses después la mujer acude al juicio oral donde se acoge al derecho a no declarar contra parientes, a pesar de las denuncias anteriores que incluso han dado lugar a medidas cautelares. Como ya hemos apuntado en otras ocasiones, muchas veces se acogen a la dispensa para evitar algunas penas que conllevaría una sentencia condenatoria.

Como consecuencia sólo queda la posibilidad de una reforma legislativa que o bien suprima la excusa en caso de víctimas de los delitos o, preferiblemente, impida acogerse al beneficio a los que debidamente informados renunciaron a él. Muchas de las Memorias han señalado altísimo índice de absoluciones en asuntos de violencia de género, en gran parte por el extraño juego de esta dispensa. Por la experiencia de las Fiscalías proponentes puede concluirse que en la mayoría de los supuestos en los que la víctima se acoge a dicha dispensa lo hace porque ha existido algún tipo de reconciliación con el acusado, pero es difícil poder determinar si en algún caso la víctima ha sido coaccionada o intimidada para que actúe de esta forma y asegurar una sentencia absolutoria, dada la reticencia en general de las víctimas a denunciar las posibles coacciones.

Entendemos que la previsión legal se articuló para supuestos absolutamente distintos, para que un familiar testigo o conocedor de hechos imputados a su pariente no se viera en la tesitura de declarar contra el mismo, pero no para que el ya denunciante pueda posteriormente acogerse a ese privilegio para truncar el curso ordinario del procedi-

miento, y sin que lleguen siquiera a conocerse las razones de la denuncia o de su negativa a prestar declaración.

IV) El Fiscal de Sala especialista en Seguridad del Tráfico propone una modificación legislativa en torno a los controles de consumo de drogas en el ámbito de la seguridad del tráfico. La conducción bajo la influencia del consumo de drogas origina gravísimos riesgos para el conductor, acompañantes y terceros que circulan por las vías públicas. Las sustancias tóxicas provocan efectos devastadores precisamente en las facultades claves para la conducción, las de percepción visual y auditiva, concentración y atención y mecanismos de reacción. La UE ha reconocido la magnitud del problema como se pone de manifiesto en la Comunicación de la Comisión relativa a la Recomendación de 21 de octubre de 2003 sobre la aplicación de las normas de seguridad vial; la Resolución del Consejo de 27 de noviembre de 2005; y el Plan Europeo de Drogas 2005-2008. La importancia del problema en España puede ser ilustrada a la luz de los resultados de los controles de drogas realizados durante 2007 y 2008 por la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil a instancias de la Fiscalía de Seguridad Vial y la DGT. Los recientes resultados del Proyecto Druid de la UE en el que participa el Estado español, arrojan cifras del 10 por 100 de positivos de entre los cerca de 1.000 conductores examinados. Como se pone de relieve en la última Memoria de la FGE, nuestro país es uno de los pocos dentro de la UE en que no hay –salvo aisladas intervenciones– pruebas sobre consumo e influencia de drogas y se debe, en gran parte, a la ausencia de una regulación específica –generalizada, sin embargo, en derecho comparado– que posibilite su realización eficaz en determinados supuestos. Las previsiones de los artículos 12 LSV y 28 RGC son a todas luces insuficientes. Reina así un extendido sentimiento de impunidad que se plasma en la práctica inaplicación del delito del artículo 379.2 del Código Penal, la conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, psicotrópicos y sustancias estupefacientes y en un muy debilitado régimen sancionador administrativo. Se pierde, asimismo, la posibilidad de contar con instrumentos normativos de prevención y educación. El régimen propuesto significa, poder alinearnos sin demora con la política europea del control de consumo de drogas y conducción.

Por ello se propone la siguiente modificación legal:

Artículo 796.7.^a LECrim: «La práctica de las pruebas de alcoholemia se ajustará a lo establecido en la legislación de seguridad vial.

Las pruebas para detectar la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en los conductores de vehículos a

motor y ciclomotores serán realizadas por agentes de la policía judicial de tráfico con formación específica y sujeción, asimismo, a lo previsto en las normas de seguridad vial. Cuando el test indiciario salival arroje un resultado positivo o el conductor presente signos de haber consumido las sustancias referidas, estará obligado a facilitar saliva en cantidad suficiente que será analizada en laboratorios homologados, garantizándose la cadena de custodia.

En caso de que por cualquier circunstancia el conductor presentara los signos referidos y no pudiera realizar el test de saliva indiciario deberá someterse a la extracción y posterior análisis de cualquier otro fluido corporal apto para determinar la presencia de las sustancias mencionadas. Esto mismo será de aplicación en aquellos supuestos en los que habiendo arrojado el test salival indiciario un resultado positivo, no fuera posible por cualquier circunstancia obtener la cantidad de saliva suficiente para la práctica del análisis en laboratorio. Todo conductor podrá solicitar prueba de contraste consistente en análisis de sangre, orina u otras análogas».

V) La Fiscal de Sala especialista en Menores, considera conveniente establecer un cauce simplificado para el enjuiciamiento de hechos constitutivos de falta imputables a un menor de edad. Indica la Fiscal de Sala que la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor solamente prevé un procedimiento común con idénticos trámites, sean cuales sean los hechos imputados al menor, su calificación jurídica o la gravedad de la medida potencialmente imponible. Esto no es razonable.

La Recomendación Rec (2003)20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa *concerning new ways of dealing with juvenile delinquency and the role of juvenile justice* adoptada por el Comité de Ministros de 24 de septiembre de 2003 dispone en su punto III.14 que «debieran establecerse plazos cortos para cada fase del procedimiento judicial para reducir los retrasos y dilaciones y asegurar la mayor rapidez posible en la respuesta al delito. En todos los casos, las medidas para acelerar la justicia y mejorar la efectividad deben cohonestarse con los requerimientos del proceso debido». En el ámbito de las faltas, el principio de oportunidad ha de utilizarse con la máxima flexibilidad. Dentro de los límites legales, en estos casos solamente debiera seguirse el procedimiento cuando el mismo pudiera reportar alguna utilidad desde el punto de vista del superior interés del menor. En todo caso, si se sigue la tramitación, la misma debe tener lugar a través de un procedimiento más ágil, rápido y sencillo para que su tramitación permita una respuesta inmediata y eficaz al menor.

Es necesario por tanto introducir un procedimiento especial para el enjuiciamiento de las faltas, sencillo, similar al previsto en la LECrim y que propicie la convocatoria inmediata de la audiencia, concentrando en ésta la intervención de las partes y el informe del propio Equipo Técnico, especialmente si ya constan informes anteriores del menor y no procede acudir a soluciones extrajudiciales. Incluso el informe del Equipo Técnico no debiera tener carácter preceptivo, pudiendo prescindirse del mismo atendiendo a las concretas circunstancias concurrentes y a las medidas propuestas, o cuando fuese necesario o conveniente, podría emitirse de viva voz tras una entrevista reservada con el menor y sus padres, tutores o guardadores inmediatamente anterior al acto de la audiencia.

Igualmente, en este procedimiento especial para faltas la asistencia letrada debiera ser facultativa, no siendo proporcionado imponerla imperativamente, tanto por la sencillez de los hechos, como por la levedad de las medidas imponibles, como además, por la necesidad de evitar una sanción indirecta para los padres representada por el pago de los honorarios de letrado si no gozan del beneficio de justicia gratuita.

VI) La misma Fiscal de Sala que la del apartado anterior, encargada de la represión de las conductas penales de los menores de edad, indica la conveniencia de suprimir la intervención del segundo Fiscal en declaraciones de menores. El párrafo segundo del artículo 17 LORPM dispone que *toda declaración del detenido, se llevará a cabo en presencia de su letrado y de aquéllos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor –de hecho o de derecho–, salvo que, en este último caso, las circunstancias aconsejen lo contrario. En defecto de estos últimos la declaración se llevará a cabo en presencia del Ministerio Fiscal, representado por persona distinta del instructor del expediente.*

La previsión de que –en los casos en que el menor no tenga representantes legales que le asistan– la declaración se lleve en presencia del Ministerio Fiscal «representado por persona distinta del instructor del expediente» se complementa con lo establecido en la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2000, de 27 de diciembre, que dispone que «en las Fiscalías se adoptarán las medidas organizativas que aseguren la presencia efectiva de un miembro del Ministerio Fiscal en las declaraciones de menores detenidos cuando no estén presentes sus padres, tutores o guardadores, distinto del que sea o vaya a ser instructor del expediente. Esta presencia también tendrá lugar cuando el fiscal instructor tome declaración al menor detenido (art. 17.2)». En definitiva, este precepto impone una exigencia de disponibilidad de dos Fiscales para llevar a cabo la práctica de diligencias de declaración del menor no asistido de representantes. La posibilidad de dos Fiscales actuando en

posiciones procesales en cierto modo distintas casa mal con el principio de unidad de actuación del Ministerio Fiscal (art. 124 CE). Tampoco encaja con la atribución al Fiscal (se entiende que al instructor, artículo 6 LORPM) de la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes y la observancia de las garantías del procedimiento. Además de los reparos técnico jurídicos, qué duda cabe que esta previsión legal supone un servicio adicional en la ya sobrecargada lista de cometidos del Fiscal, cuando por lo demás no aporta nada a las garantías reconocidas al menor, que va a estar asistido de un letrado en esa diligencia. Por ello esta previsión debiera simplemente suprimirse. Desde un punto de vista formal bastaría con eliminar el inciso final *representado por persona distinta del instructor del expediente*.

VII) También se propone desde la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores, modificaciones en el ejercicio de la acción civil, señalando que el principio vertebrador de la reforma 8/2006 se orientó a la supresión del sistema de pieza separada como proceso civil paralelo al penal para pasar al sistema de acumulación de la acción civil a la penal, sustancialmente idéntico al del proceso de adultos. Sin embargo, esta opción tampoco se asumió en su integridad, manteniéndose la pieza separada de responsabilidad civil paralela al expediente penal para constituir la como cauce de personación de los perjudicados. Este mantenimiento de la pieza –aun con tan limitada finalidad– sigue careciendo de sentido y continúa produciendo perturbaciones y dilaciones. Lo lógico es que la personación tuviera lugar ante el propio Fiscal instructor, que de esta manera puede conocer con precisión las personas que reclaman y puede practicar las diligencias procedentes para determinar el «quantum» indemnizatorio. Tampoco tiene sentido exigir que los perjudicados designen a los responsables civiles «a limine». Con este esquema vuelven a reproducirse las interpretaciones perturbadoras y generadoras de confusión y el malestar entre los perjudicados, a quienes se imponen obligaciones inútiles. La LORPM prevé por un lado que el ofrecimiento de acciones al perjudicado se realice por el Secretario del Juzgado (*vid.* art. 4, párrafo tercero, LORPM). Por otro lado dispone el artículo 22.3 que *el Ministerio Fiscal notificará a quien aparezca como perjudicado, desde el momento en que así conste en la instrucción del expediente, la posibilidad de ejercer las acciones civiles que le puedan corresponder, personándose ante el Juez de Menores en la pieza de responsabilidad civil que se tramitará por el mismo*. Finalmente, el legislador, en un bienintencionado pero perturbador esfuerzo por garantizar los derechos de la víctima prevé otra notificación: el artículo 64.1 LORPM, al regular la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil esta-

blece que *tan pronto como el Juez de Menores reciba el parte de la incoación del expediente por el Ministerio Fiscal, ordenará abrir de forma simultánea con el proceso principal una pieza separada de responsabilidad civil, notificando el secretario judicial a quienes aparezcan como perjudicados su derecho a ser parte en la misma, y estableciendo el plazo límite para el ejercicio de la acción.* El resultado de esta triple previsión es que pese a los intentos de racionalización llevados a cabo por la Circular 1/2007 de la Fiscalía General del Estado, en numerosas ocasiones continúa el perjudicado recibiendo dos o incluso tres notificaciones, con la consiguiente confusión, y, en definitiva, victimización secundaria del mismo.

Se propone, pues, como reforma, la supresión definitiva de la pieza y la previsión de que tanto el ofrecimiento de acciones como la eventual personación de los perjudicados tenga lugar ante el Fiscal Instructor.

VIII) También se propone desde la misma Fiscal de Sala especialista de Menores, que se module la preceptividad de los informes de los equipos técnicos. En la actualidad es preceptiva la elaboración de un informe. El artículo 27.1 LORPM dispone que *durante la instrucción del expediente, el Ministerio Fiscal requerirá del equipo técnico, que a estos efectos dependerá funcionalmente de aquél sea cual fuere su dependencia orgánica, la elaboración de un informe o actualización de los anteriormente emitidos, que deberá serle entregado en el plazo máximo de diez días, prorrogable por un período no superior a un mes en casos de gran complejidad, sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor; así como sobre su entorno social, y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en la presente Ley.*

La preceptividad de estos informes es una de las señas de identidad del Derecho Penal de Menores. No obstante, la rigidez de su regulación está dando lugar a graves retrasos, en ocasiones incompatibles con la salvaguarda del superior interés del menor. Es necesario por ello flexibilizar su régimen jurídico, debiéndose permitir no solamente la práctica de la emisión de informes mediante la actualización de los anteriormente emitidos –lo que de hecho ya se realiza–, sino que también sería conveniente introducir la posibilidad de prescindir de los mismos ante determinadas circunstancias debidamente justificadas, siempre que la medida a solicitar sea de las no privativas de libertad.

Por tanto, la propuesta de reforma legislativa sería la de que se introduzca en el artículo 27 LORPM la posibilidad de que el Fiscal, valorando todas las circunstancias concurrentes en los hechos, escasa gravedad de los mismos, previsión de medida a solicitar y antecedentes obrantes sobre el menor, pueda acordar mediante Decreto moti-

vado prescindir del informe del Equipo Técnico. También debería preverse la posibilidad –atendiendo a la menor gravedad del delito cometido– de que el informe fuese elaborado por uno solo de los integrantes del Equipo Técnico.

IX) Se pide por la Fiscal de Sala de Menores, que se reforme el recurso de casación para la unificación de la doctrina prevista en el artículo 42 de la LORPM. Este precepto, reformado por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, otorga una limitada posibilidad de recurrir ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo algunas sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y por la Audiencia Nacional conforme a la LORPM. Se alinea con el diseño procesal de la Ley de Procedimiento Laboral (texto refundido RD Legislativo 2/1995, de 7 de abril (arts. 216 a 226) y de la Disposición Adicional 5.ª de la LOPJ, modificada por la Ley Orgánica 5/2003, de 27 de mayo, por la que se instauró el recurso de casación para la unificación de doctrina también en el ámbito penitenciario contra los autos dictados en apelación por las Audiencia Provinciales y la Audiencia Nacional que no sean susceptibles de casación ordinaria. Pero el cauce impugnatorio del artículo 42 LORPM tiene un alcance mucho más restringido que el paralelo en la vigilancia penitenciaria o el procedimiento laboral, tanto por su objeto (sentencias recurribles), como por los requisitos exigidos (identidad de presupuestos en las resoluciones de contraste). La LORPM opta por la unificación de doctrina, pese a que la responsabilidad penal de los menores como la vigilancia penitenciaria, no son materias proclives al tratamiento unitario, pues en ambos terrenos se tiende por vocación y por voluntad legislativa a la individualización que impone fundar toda decisión judicial en las circunstancias concretas de la persona afectada. La experiencia en los dos ámbitos ha constatado que la dificultad de hallar en la resolución de contraste el término de comparación idóneo para la unificación y el estricto entendimiento de esa idoneidad conducen por lo general a la inadmisión. Por ello, lejos de dar uniformidad a las decisiones de los Tribunales territoriales en una y otra materia, el recurso sólo ha logrado evidenciar que el Tribunal Supremo no puede pronunciarse sobre ninguna de ellas como demuestra la estadística reiteradamente en los años de vigencia de la LORPM. En ninguna ocasión ha formalizado recurso el Fiscal y en ninguna ocasión ha sido estimado un recurso de parte de las contadas en que fueron admitidos.

El diseño del artículo 42 de la LORPM complica innecesariamente el modelo casacional, estrechando al máximo su cauce, cuando hubiera bastado el retorno al recurso por corriente infracción de ley, aun limitado a determinadas materias graves. Aunque el particular afectado está siempre más interesado en el acceso al recurso y en la

obtención de justicia en su caso que en la «unificación de doctrina», se le obliga a bucear en las bases de datos en busca de resoluciones de contraste con la que ha originado el agravio, y le frustra particularmente, tanto la imposibilidad de encontrar la identidad de supuestos como el que en tan improbable caso, la labor del Tribunal Supremo se limite a la superación doctrinal de la contradicción eventualmente detectada, sin solución de la posible injusticia cometida.

De otra parte, exige al Tribunal Supremo un esfuerzo interpretativo añadido para la aplicación del recurso: redefinición de los conceptos de «contradicción», o «identidad de supuestos», presupuestos de admisibilidad, ... esfuerzo en el que la Sala Segunda ha podido delimitar los contornos —estrechos— y posibilidades —remotas— del instrumento procesal, pero que no ha implicado ni más justicia concreta ni más unidad jurisprudencial, en tanto no ha permitido pronunciamientos de fondo por parte del máximo intérprete de la legalidad.

Dos son los escollos principales que hacen impracticable el recurso previsto en el artículo 42 de la LORPM:

En primer lugar, lo limitado de las resoluciones recurribles, ya que los son exclusivamente las Sentencias condenatorias que hubieran impuesto (al margen de las que hubieran interesado el Fiscal o la Acusación Particular) medidas contempladas en el artículo 10 LORPM, esto es, medidas de internamiento en régimen cerrado por delitos graves o de extrema gravedad en razón de delitos en cuya comisión hubiera concurrido violencia o intimidación en las personas, o grave riesgo para la vida o integridad física de las mismas, y siendo de extrema gravedad cuando en tales delitos se apreciare reincidencia, y en todo caso, los de terrorismo (571 a 580 CP), asesinato u homicidio doloso (138 y 139), agresión sexual (art. 178 y 179 CP) y todos aquellos sancionados en el CP con pena privativa de libertad igual o superior a quince años.

Así, quedan «extra muros» del recuso, no sólo la inmensa mayoría de las Sentencias condenatorias que se dictan en la jurisdicción de menores sino también aquellas otras Sentencias condenatorias en las que no se hubieran impuesto medidas mencionadas en el artículo 10 LORPM, pero que recaen en procedimientos por aquellos mismos delitos graves o de extrema gravedad y por los que el Fiscal o la Acusación particular interesaban las medidas citadas en el artículo 10 LORPM. Queda fuera en todo caso cualquier pronunciamiento absolutorio.

Las exclusiones son de lamentar toda vez que en el ámbito de la responsabilidad penal de menores y al menos en los supuestos más graves, es también esencial la labor interpretativa de la jurisprudencia

que, sin ser fuente del Derecho, cumple una función irremplazable en el proceso de concreción del mandato normativo abstracto a la realidad social que representa el caso concreto, aportando pautas interpretativas de aplicación probable, indispensables en los supuestos en que el legislador renuncia a delimitar exhaustivamente la materia de prohibición o en otro contexto, recurre a fórmulas «abiertas», o introduce «cláusulas generales», o elementos valorativos, cuya aplicación requiere una previa labor de concreción que puede considerarse «cuasinormativa». La realización de esta tarea de fijación del contenido de la ley, de ámbito estatal, a través de la interpretación jurisprudencial, está encomendada al Tribunal Supremo (art. 123 CE) y no a los Audiencias Provinciales, órganos que ahora realizan la interpretación legal de forma lógicamente muy dispersa, al carecer de pautas de interpretación unitaria que procedan de un único órgano superior común.

En segundo lugar, el modelo de unificación de doctrina elegido se supedita a unos presupuestos de excesivo rigor que, junto con la limitación de competencia objetiva, impiden virtualmente el recurso. Efectivamente, sólo cabe cuando exista y se invoque una sentencia anterior de la misma u otra Audiencia o del Tribunal Supremo relativa a los hechos y las valoraciones de las circunstancias del menor, «*substantialmente iguales*» y en la que sin embargo se hubiera llegado a pronunciamientos distintos.

Se trata en principio de dotar al tratamiento de la responsabilidad penal de los menores del grado de coherencia y previsibilidad dentro de la jurisdicción que exigen los principios de seguridad e igualdad, pero en la práctica se cierran las posibilidades reales del recurso pues, como ha puesto de relieve la propia Sala Segunda, las únicas discrepancias jurisprudenciales susceptibles de ser corregidas y resueltas mediante su planteamiento son las que se «*concretan en medidas impuestas a un determinado menor que, en su contenido, duración y objetivos se apartan sensiblemente de otras que tomaron en consideración datos idénticos o muy parecidos sobre la gravedad objetiva del hecho, la personalidad y situación del menor, su entorno familiar o social, edad, necesidades..., etc.*» (STS de 7 de junio de 2002 y Auto TS de 3 de junio de 2004).

Este planteamiento persigue más la superación de contradicciones que la propia interpretación de la ley pero aún así, acota tanto el concepto de «contradicción» sujeto a igualdad substancial de supuestos, que en el ámbito de responsabilidad penal de menores, acaba impidiendo ambas cosas.

Por otra parte, se parte del presupuesto de que entre dos sentencias contradictorias una de ellas es forzosamente contraria a la ley. Pero

poco importa en el caso concreto que se decida si la interpretación correcta se produjo en la Sentencia de contraste –si pudo encontrarse alguna idónea para acceder al recurso– o la que le causó el agravio. Tampoco sería muy útil que el Tribunal Supremo declarase –si pudiera llegar a hacerlo– superada la contradicción jurisprudencial afirmando la doctrina única, si con ello no se consigue la reparación de la injusticia cometida que bien pudiera haberlo sido en la sentencia de contraste. Esto puede ocurrir porque no es imposible que ambas sentencias, pese a su contradicción radical, sean conformes con el ordenamiento jurídico. Es precisamente la coexistencia de más de una interpretación correcta de la ley lo que, a más de dar fe de la riqueza de la realidad y de la del propio ordenamiento, exige el ejercicio, creativo y flexible, de la función interpretativa, indispensable también en este ámbito.

Ahora bien, supeditado el recurso a la existencia de contraste en supuestos sustancialmente iguales, la labor del TS se ha limitado a la delimitación conceptual de la «igualdad de supuestos». No parece lógico exigir una igualdad de supuestos fácticos en un recurso que pretende la correcta interpretación de la ley porque para esta función lo decisivo será la coincidencia del problema jurídico planteado. Ahora bien, si el recurso se decide prescindiendo de la coincidencia fáctica para resolver la contradicción en la interpretación de una misma cuestión jurídica, acabaría sentando, o más bien reiterando, la doctrina correcta, pero no siempre podrá corregir el error de aplicación de la ley, que es en definitiva lo que interesa al recurrente afectado por la decisión.

En tal esquema la «unificación de doctrina» parece sustituir la idea de uniformidad jurisprudencial por la de unificación de la jurisprudencia que sería la única función del Tribunal Supremo, cuando del artículo 123 de la CE se desprende por el contrario que esta función es la interpretación de la ley, de cuyo constante ejercicio por un único órgano con jurisdicción en todo el Estado, resulta la uniformidad de la interpretación de las leyes.

En cualquier caso, el propio artículo 42 refiere la noción de sustancial igualdad de supuestos a datos fácticos y, habida cuenta de la riqueza y multiplicidad de la realidad, ha resultado difícil si no imposible, encontrar esa igualdad substancial. Así lo prueban la total inexistencia de sentencias estimatorias del recurso desde su implantación en el año 2000, el que sólo dos de todos los recursos interpuestos hayan sido admitidos (aunque no estimados) y el insignificante número de los meramente interpuestos.

Por lo que se refiere al procedimiento, ante las insuficiencias de la regulación legal, el Tribunal Supremo ha señalado como pauta de la interpretación de puntos oscuros o no debidamente resueltos en el artículo 42

LORPM, el modelo de unificación de doctrina regulado en los artículos 216 y ss de la Ley de Procedimiento Laboral y el que ofrece el recurso de revisión de los artículos 954 y siguientes LECrim.

En la Sentencia 115/2003, de 5 de febrero, puso de relieve insuficiencias y contradicciones que pudieron haber sido abordada por la reforma 8/2006 y que ahora subsisten dificultando la materialización del recurso, aunque no son pese a ello, el principal obstáculo para su viabilidad, cercenada de raíz a través de la limitación del objeto de conocimiento y del rigor en la exigencia de contradicción jurisprudencial en substancial identidad de supuestos fácticos.

La presente propuesta de reforma se funda en el hecho de que, implantada la doble instancia en el proceso penal de menores, se impone naturalmente un modelo casacional extraordinario y tasado. Al margen de su denominación (casación/unificación) importa analizar y depurar la función que se atribuye a este instrumento procesal como cierre del sistema y por ende, al Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes (art. 123 CE), encargado de fijar a través de la interpretación, el contenido de la ley.

Esta función de interpretación legal precisa, como herramienta procesal, de un recurso que bajo una u otra denominación, sirva efectivamente a la necesidad de unificar la interpretación legal en el territorio nacional, tanto más necesaria cuanto mayor sea la descentralización territorial, en garantía de los derechos a la igualdad y seguridad jurídica de todos los ciudadanos, también de los menores de edad.

En tal instrumento, deberían teóricamente concurrir los presupuestos de exclusividad o atribución de la tarea de interpretación y unificación a un único órgano, el Tribunal Supremo; universalidad o afección a toda la materia penal susceptible de unificación, celeridad en la producción de la unificación, en evitación de la sucesiva acumulación de decisiones contradictorias por ausencia de criterios unitarios procedentes del Tribunal Supremo; y finalmente, la fuerza vinculante de la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo respecto de los tribunales inferiores. En el ámbito de la responsabilidad penal de los menores, la necesidad de celeridad se acentúa dado que viven una etapa marcadamente evolutiva en la que la resulta más evidente la incidencia del tiempo del que también tienen una percepción diferente, todo lo que reclama una respuesta inmediata. La necesaria articulación del principio de celeridad en el proceso de menores permite y hasta obliga a limitar el principio de universalidad, justificando la limitación del recurso a las materias más graves.

La necesidad de interpretación unificada o uniforme de la ley y la de preservar las posibilidades del Tribunal Supremo de cumplir tal

función con la profundidad necesaria, evitando la masificación de asuntos, imponen el diseño de un recurso restringido, pero real y posible. Para ello son varias las alternativas:

1.^a La implantación de un recurso de casación por corriente infracción de ley para los procedimientos seguidos por los delitos más graves con independencia de la medida que hubiera impuesto la Sentencia, que, sin modificación de los hechos permitiera corregir las desviaciones de aplicación de ley sustantiva y concretas y tasadas infracciones procesales, habida cuenta de la naturaleza de la LORPM.

Las dificultades que para realizar su labor interpretativa y unificadora ha encontrado hasta ahora el TS a través del recurso de casación se difuminan o desaparecen en el sistema general de doble instancia propio de la Justicia Juvenil por lo que no será necesaria una reducción tan drástica del ámbito de competencia objetiva.

Para impedir una masificación de asuntos, bastaría un recurso de estricta y corriente infracción de ley, sin modificación del hecho probado, limitado cuantitativamente en razón de la gravedad de los delitos, y procesalmente, en razón de los presupuestos de admisibilidad propios de todo recurso extraordinario con un refuerzo de la efectividad en los filtros de control de acceso. Los primeros podrían residenciarse en fase de preparación, en el Tribunal «a quo», al que cabe atribuir mayores competencias en la depuración de pretensiones formalmente inviables, y en fase de interposición, en el Tribunal Supremo, a través de un trámite estricto y sumario de admisión que impida el acceso de asuntos sin fundamento casacional o repetitivos sobre los que ya exista doctrina consolidada, en rigurosa aplicación de lo que hoy son las causas de inadmisión primera y segunda del artículo 885, pero también riguroso en punto a deficiencias formales tanto de los escritos de preparación como de interposición (mixtura de motivos casacionales, ausencia de argumentaciones, cuestiones nuevas, quiebra de unidad de alegaciones...).

2.^a Si se mantiene básicamente el modelo elegido, además de las correcciones técnicas de que es susceptible y que se han apuntado, sería imprescindible el cierre del sistema para garantizar que sea el Tribunal Supremo quien interprete la ley y unifique la doctrina jurisprudencial, incluso en los supuestos de sentencias absolutorias, en los que la jurisprudencia menor fuera coincidente o en los que las medidas impuestas fueran diferentes a las señaladas en el artículo 10 LORPM. Esto puede lograrse a través de un recurso de casación en interés de la ley, cuya legitimación se atribuyera exclusivamente al Fiscal General del Estado, incluso en supuestos de Sentencias absolu-

torias o contra las que por otra razón no correspondiera recurso en los términos legalmente previstos. Esto permitiría obtener criterios interpretativos unitarios imprescindibles en una aplicación de la ley respetuosa con la seguridad jurídica y la igualdad de los ciudadanos, aunque la sentencia que finalmente se dictara no tuviera otros efectos que los estrictamente favorables al menor afectado.

X) La Fiscalía Provincial de Pontevedra propone una serie de reformas legislativas en materia de derecho procesal penal para mejorar la eficacia de la lucha contra los delitos informáticos que se cometen en internet:

- Reforma del artículo 6,1 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos Relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicación. En su redacción actual el artículo exige autorización judicial para acceder a cualesquiera datos de tráfico relacionados con cualquier tipo de comunicaciones electrónicas. La reforma debería ir en la línea de suprimir la autorización judicial en todo caso, partiendo de la distinción entre comunicaciones en canal abierto y comunicaciones en canal cerrado. Dentro de las primeras cabría incluir todas aquellas en las que no existe ningún tipo de restricción para acceder libremente a las mismas, como podrían ser las que ofrecen las páginas web de libre acceso (comunicación entre la página y el particular que la visita), los foros, chats o grupos de noticias no restringidos, los servidores FTP, etc. Como comunicaciones en canal cerrado habría que considerar aquellas en las que voluntariamente los partícipes establezcan algún tipo de restricción para el libre acceso a las mismas, entre las que podríamos incluir el correo electrónico, la mensajería instantánea, o cualquier otra forma de comunicación (como las mencionadas como propias de canal abierto) en la que se restringiera su libre acceso.

Pues bien, únicamente las comunicaciones en canal cerrado podrían estar amparadas por el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones consagrado en el artículo 18.3 de la Constitución Española y, en consecuencia, únicamente los datos de tráfico relacionados con las mismas –haciendo una interpretación amplia de la doctrina sentada por nuestro Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional en desarrollo de la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en su Sentencia de fecha 2 de agosto de 1982 (caso Malone)–, tendrían necesariamente que estar sujetos a reserva jurisdiccional.

- Regulación del régimen del registro e incautación de documentos electrónicos.

Los registros de archivos y ficheros informáticos se están llevando a cabo hoy en día conforme a las previsiones contenidas en el artículo 577 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por medio de peritos especializados que realizan búsquedas guiadas en tales soportes para la determinación de aquellos archivos y ficheros que pudieran interesar a la investigación (con lo que se cumple también la previsión contenida en el art. 552 de la Ley). Tales búsquedas, además, no pueden ser realizadas en las dependencias judiciales, sino que requieren laboratorios especializados para su desarrollo y, por otra parte, nunca son (o no debían ser) practicadas sobre los soportes originales intervenidos, sino que deben llevarse a cabo sobre copias de los mismos realizadas mediante procedimientos estandarizados, copias que deberán practicarse en presencia y bajo la fe del Secretario Judicial. La realización de copias, además, salvaguarda el derecho de contradicción de las partes del proceso, que podrán llevar a cabo igualmente, copias de los soportes originales para practicar sobre los mismos las pericias de contradicción que tengan por conveniente.

– Regulación de la figura del agente encubierto en la investigación de la ciberdelincuencia. Se propone la recepción en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal de dos formas anónimas de investigación policial en relación con los delitos que se cometan a través de internet; la primera de ellas, de uso general y que la simple previsión legal debería bastar para legitimar, en relación con las formas ordinarias de delincuencia que pueda desarrollarse a través de internet, que amparara actuaciones cotidianas de ciberpatrullaje; la segunda, específica para la investigación de la delincuencia organizada a través de internet y que, concediendo al agente policial mayores facultades y herramientas para la investigación del delito, por ejemplo, la posibilidad de llevar a cabo «entregas vigiladas» de material pornográfico, en relación con los delitos de pornografía infantil, o de cantidades de dinero, en relación con fraudes y estafas a través de la red, debería estar acompañada de mayores garantías en su adopción, pudiendo esta última regularse mediante la adaptación de la regulación actual del agente encubierto que contiene el artículo 282 bis LECrim.

XI) La Fiscalía Superior de Andalucía y la Fiscalía Provincial de Huelva, sugieren una modificación legislativa respecto del delito doloso de incendio, ya que han detectado dificultades para determinar su autoría y sobre todo para reunir los indicios suficientes para tramitar una causa con ciertas garantías de condena, extremos que se agravan por la dificultad añadida que supone su tramitación por el Procedimiento de Jurado, que no sólo no añade ninguna garantía, sino que dificulta, ralentiza y

encarece estos procedimientos, coincidiendo la mayoría de los Fiscales especialistas en la conveniencia de plantear de futuro las reformas legislativas conducentes a su tramitación por el Procedimiento Abreviado.

XII) La Fiscalía Superior de Andalucía, propone una modificación legislativa en lo que se refiere a los delitos contra la flora y la fauna, y más concretamente en la conducta arraigada en diversas partes del territorio consistente en el uso habitual de cebos envenenados en el medio natural con la intención de eliminar ejemplares de especies depredadoras. Durante 2008, señala la citada Fiscalía, han seguido llegando múltiples denuncias remitidas por la Delegación Provincial de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía referidas a la aparición de cebos envenenados. La principal dificultad con la que se encuentran es la relativa a la individualización de la autoría de esas conductas que tienen lugar generalmente en la clandestinidad. En este punto, tal vez sería preciso reclamar una reforma en la normativa referente a la adquisición de los venenos más utilizados de forma que, al menos, resultara posible la llevanza de un registro de los adquirentes, lo que sin duda redundaría en beneficio de las investigaciones.

3. Reformas Procesales Civiles

I) La Fiscalía Provincial de Córdoba propone determinadas y diversas modificaciones legislativas en materia de protección de los derechos del consumidor. En primer lugar, considera que sería procedente establecer, en beneficio de los consumidores o de quién los represente, disposiciones procesales de discriminación positiva en torno a la aportación y carga probatoria.

La razón de la discriminación positiva tiene fundamento. Los consumidores presentan una clara situación de vulnerabilidad frente a las grandes empresas. Como se pone de manifiesto en el Libro Verde sobre «recurso colectivo de los consumidores» que se encuentra elaborando la Comisión de la Comunidades Europeas, estas empresas cuentan con fuertes despachos de abogados que no dudan en emplear todas las posibilidades legales para retrasar y dificultar el pago. Además, tienen una notable capacidad de incidir en los medios de comunicación hasta el punto que las noticias adversas apenas si tienen cobertura y las favorables se sobredimensionan.

En este sentido la Fiscalía de Córdoba propone las siguientes medidas:

a) Debería establecerse un deber de exhibición y colaboración documental muy exigente por parte de las empresas a quien se pre-

tende demandar o frente a quien se pretende la ejecución de lo ya resuelto.

En la actualidad el artículo 256-1-6.º LEC recoge, en el marco de las «Diligencias Preliminares» la posibilidad de que el Juez se dirija a una entidad a quien se pretende demandar en defensa de intereses colectivos de consumidores y usuarios para colabore en la determinación de los afectados. Ello no es sino manifestación particular de un deber recogido de modo general en los arts. 328 y siguientes LEC.

Debería establecerse por ley un deber más exigente que incluyese la obligación de colaborar y proporcionar todos los documentos de los que disponga al objeto de hacer posible la efectiva reclamación o, en su caso, ejecución de lo resuelto. La experiencia demuestra que las empresas intentan dilatar o cumplir defectuosamente esta clase de requerimientos a fin de que, a la postre, la reclamación o ejecución resulte inviable.

b) Deberían establecerse medidas en beneficio del consumidor sobre la carga de la prueba semejantes a las que existen respecto de otros colectivos vulnerables. Así, en relación con las Personas con Discapacidad, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las Personas con Discapacidad, contiene en su artículo 20 unos «criterios especiales sobre la prueba de hechos relevantes» destinados a mejorar la posición procesal de estas personas.

c) En la misma línea, la Fiscalía Provincial sugiere las denominadas medidas coercitivas. Como ya se ha señalado no son infrecuentes los retrasos o incumplimientos defectuosos por parte de estas empresas. La Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios añadió un párrafo segundo al artículo 711 de la LEC prevé la imposición de una multa de entre 600 y 60.000 euros, por día de retraso en la ejecución de la resolución judicial en el plazo señalado en la sentencia estimatoria de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios. Sin embargo, sería conveniente endurecer las medidas reflejadas en el artículo 711 de la LEC.

Añade la memoria de la Fiscalía Provincial de Córdoba, que debería establecerse «expresamente» por ley la posibilidad de pago por compensación en aquellos supuestos de contratos de prestación continuada de servicios o suministros con pagos periódicos por parte del consumidor, cuando éste siga vinculado a la empresa que le ha cobrado cantidades indebidamente. Tal posibilidad encuentra su apoyo en los preceptos generales del Código Civil (arts. 1.195 a 1.202) pero sería bueno contemplarla expresamente en el ámbito de las relaciones de consumo.

II) La Fiscalía Provincial de Huesca alude la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos matrimoniales. La regulación de los citados procesos en la nueva LEC, en lo que hace referencia a la intervención del Ministerio Fiscal en defensa de los hijos menores de edad, sigue privando a aquél de la posibilidad de valorar cuáles son las medidas más convenientes para esos menores por cuyo interés debe de velar. Cuando el Fiscal contesta a la demanda tiene en su poder solamente la versión de una de las partes, con toda la carga de subjetivismo y parcialidad que esto conlleva. En consecuencia, no se encuentra en condiciones de efectuar una valoración adecuada y su postura carece, por lo tanto, de la suficiente virtualidad. Sería conveniente introducir una fase final de conclusiones, tras la práctica de la prueba en la vista, en la que el Fiscal, en coherencia con el resultado de la prueba practicada, pudiera sostener su postura final en aquellas cuestiones que el interés de los menores lo exija.

III) La misma Fiscalía sugiere una modificación legislativa en el orden a la posibilidad de someter a tratamiento ambulatorio por orden judicial. Por parte del servicio de Psiquiatría del hospital «San Jorge» de Huesca se planteó a esta Fiscalía Provincial de Huesca la necesidad de resolver el problema que presentan aquellos pacientes que, afectados de una enfermedad mental, se niegan a seguir el tratamiento prescrito por los médicos, necesario para el control de la misma. En concreto, se propone la posibilidad de solicitar autorización judicial para la aplicación de tratamiento ambulatorio de la misma manera que se hace para el internamiento del paciente cuando se considera que es procedente.

Podemos señalar que las resoluciones judiciales de autorización del tratamiento involuntario ambulatorio del enfermo mental, han de basarse, en los siguientes fundamentos:

a) El carácter exclusivamente terapéutico de las intervenciones forzosas en el tratamiento de la Salud Mental, carácter que es aplicable, tanto a los internamientos, como a los tratamientos ambulatorios judicializados.

b) La falta o defectuosa capacidad para emitir un consentimiento válido del enfermo al que se propone, y para el que se considera necesario un tratamiento ambulatorio.

c) Que sea beneficiosa para el afectado, cuyo interés ha de ser el principio que inspira esta medida.

d) Que el tratamiento propuesto sea la alternativa menos restrictiva y más adecuada al estado y características de su enfermedad.

e) Que sea revisable.

- f) Su individualización. El tratamiento ha de ser adaptado a cada sujeto, familia y medio.
- g) Su control judicial.

De estos requisitos, la evaluación de la capacidad del paciente para tomar decisiones, la denominada «conciencia de enfermedad», y la evaluación del riesgo que la falta de ese tratamiento forzoso conlleva para la salud del paciente, constituyen los elementos; de mayor dificultad, que se han apreciado en las primeras experiencias de tratamientos ambulatorios judicializados que, en la actualidad se van abriendo paso, con mucha cautela en España.

En base a todo ello se propone como reforma legislativa, la adición de un nuevo artículo el 763 bis a la LEC, donde se incluya como alternativa a la medida de internamiento de una persona que no esté en condiciones de decidir por sí misma, la de sometimiento forzoso a tratamiento ambulatorio, con idénticos requisitos a los exigidos para el internamiento, esto es:

- Autorización previa del Juzgado donde resida la persona afectada,
- Informe médico adecuado,
- Un plan individualizado de tratamiento con determinación de su duración máxima, así como del responsable de su seguimiento, e informes posteriores periódicos,
- La posibilidad de su modificación y prolongación, y, en todo caso,
- El examen judicial y forense del enfermo,
- La audiencia del interesado, así como su posibilidad de representación y defensa, y
- La intervención del Ministerio Fiscal.

4. Otras Materias

I) LA FISCALÍA DEL TRIBUNAL DE CUENTAS PLANTEA DOS MODIFICACIONES EN LAS SIGUIENTES MATERIAS

1) *Diligencias preliminares*

Vista la finalidad de las Diligencias Preliminares, parece que lo más procedente es simplificar la regulación de esta fase del procedimiento, automatizando el nombramiento de Delegado Instructor

como alternativa a que el Consejero de Enjuiciamiento no hubiese acordado el archivo conforme a lo dispuesto en el artículo 46.2 LFTCu o no hubiese abierto el trámite conducente a dictar dicha resolución.

2) *Actuaciones previas*

Una solución a los problemas planteados en esta sede podría ser hacer depender a los Delegados Instructores de la Fiscalía del TCu, que es el órgano del Tribunal encargado de promover la exigencia de responsabilidad contable, pero ello requiere una modificación de la LFTCu, cuyo artículo 11.3 prevé que dependan de la SETCu.

Entre tanto, la única opción posible es que los legitimados activamente en cada proceso se personen en las actuaciones previas y pidan vista de lo actuado para que, antes de que se dicte el acta de liquidación provisional, propongan la práctica de diligencias de averiguación, cuya denegación por los Delegados Instructores puede habilitar la vía que proporciona el recurso del artículo 48 LFTCu.

Dicha opción, sin embargo, constituye un remedio de dudosa eficacia porque, con independencia de que supone trasladar a las partes la satisfacción de una carga que, con la legalidad vigente, debe ser cumplida por los Delegados Instructores, la petición de vista sin traslado obligatorio de las actuaciones y, en su caso, de las peticiones de las demás partes, no facilita el desarrollo de dicha tarea ni el ejercicio del derecho de defensa.

Pero el verdadero problema lo constituye, de una parte, que la actuación de éstos es inútil tal y como está regulada, tanto por estar exenta de control jurisdiccional como por carecer de virtualidad para delimitar los hechos que pueden fundamentar la pretensión contable o las personas contra las que se puede plantear y, de otra, que existe cierta resistencia en la práctica a extraer todas las consecuencias que pueden derivar de la vigencia del principio de contradicción en las actuaciones previas.

Por ello la modificación que se propone parte de la necesidad de optar claramente por el modelo procesal a implantar.

Si se opta por mantener la preparación del proceso a cargo de los Delegados Instructores, se debe:

1.º) Reforzar su independencia atribuyéndoles las competencias y rodeándolos de las garantías propias, si no de quienes ejercen jurisdicción, sí, al menos, de quienes ejerzan sus funciones bajo la dependencia exclusiva de un órgano jurisdiccional, como es la Sección de Enjuiciamiento del TCu .

2.º) Otorgar a sus actuaciones la virtualidad suficiente para que la fase procesal estricta solamente se pueda abrir por los hechos constatados por ellos y contra quienes fueran declarados presuntamente responsables.

3.º) Imponerles la obligación de practicar todas las diligencias necesarias para averiguar el hecho y sus presuntos responsables.

4.º) Establecer un control jurisdiccional de su actuación, adoptando las previsiones necesarias para evitar la contaminación de los Consejeros de Enjuiciamiento a través del ejercicio de dicho control. Y, si ello puede comportar una hipertrofia insoportable de la organización de la actividad jurisdiccional del TCu, hacer depender a los Delegados Instructores de la Fiscalía de aquél, en la medida en la que es el órgano encargado de promover la exigencia de responsabilidad contable, lo que debe comportar las consecuencias que se expresan a continuación.

Si se opta por prescindir de la preparación del proceso a cargo de los Delegados Instructores y atribuir dicha carga a la Fiscalía, únicamente será necesario dejar sin efecto los preceptos legales correspondientes y dotar a la Fiscalía de la infraestructura adecuada para la búsqueda de los medios de prueba que permitan el planteamiento de las pretensiones de responsabilidad contable, articulando un sistema de recursos contra sus decisiones.

II) La Memoria de la Fiscalía Provincial de Girona, expone la conveniencia práctica de reformar el artículo 36.5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. El artículo citado recoge el tiempo mínimo de permanencia en un destino que tiene que transcurrir para solicitar una nueva plaza, debiendo permanecer, dos años en el anterior, siempre que se hubiera accedido a aquél a petición propia, y un año para aquellos Fiscales que ingresen en la carrera fiscal una vez superado el proceso selectivo.

Indica la Fiscalía Provincial que con el fin de evitar la inestabilidad de las plantillas en las Fiscalías provinciales, sería conveniente establecer el plazo único de dos años.

III) La necesaria reforma urgente del artículo 59 LOE, es planteada por la Fiscalía Provincial de Huelva. El artículo 59 LOE se instrumenta en que las actuaciones judiciales seguidas sobre la materia poniendo en conocimiento de la Autoridad Gubernativa la existencia del procedimiento penal e interesando de la misma que valore en su caso la inejecución de las resoluciones de expulsión que pudieran pesar sobre testigos cualificados. Hasta el momento presente, siempre se ha respondido afirmativamente por la Autoridad Gubernativa, si bien debe dejarse constancia de la conveniencia de efectuarse una

modificación normativa en la Ley en el sentido de atribuir dicha facultad legal al Poder Judicial o al Ministerio Fiscal, por razones obvias de no frustrar el propio procedimiento penal. Dicha reforma legal se siente como inaplazable a fin de asegurar el buen éxito de procedimientos penales que tanto por la naturaleza de su objeto, como por las circunstancias de los sujetos intervinientes, presentan ya de por sí severísimas dificultades probatorias.

La Fiscalía Provincial de Vizcaya considera preciso abordar una reforma del artículo 57,7 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y de su Integración Social, que permita que la causa penal pueda ser archivada en cualquier momento procesal siempre que la pena no rebase los límites que el citado artículo establece. El propósito es que el proceso penal no sea un medio para la permanencia del extranjero en España. Desde esta perspectiva, resulta insatisfactorio que una Sentencia firme en un juicio por faltas pueda paralizar la expulsión administrativa. En sentido parecido se ha pronunciado en su Memoria la Fiscalía Provincial de Sevilla, al observar que la pendencia del cumplimiento material de las penas privativas de derechos y de las multas se convierte en un mecanismo procesal que permite evitar las expulsiones judiciales. Por ello propone añadir un párrafo tercero al apartado a) del citado artículo 57,7 con el siguiente tenor literal: *«La autorización de la materialización de la expulsión procederá en todo caso en los supuestos de ejecutorias con pendencia de cumplimiento de penas privativas de derechos y de multas».*

IV) La Fiscalía Jurídico Militar divide sus propuestas de reforma legislativa en propuestas de derecho sustantivo y propuestas procesales o adjetivas. Dentro del primer grupo destacan las referentes al artículo 44 del Código Penal Militar, que en su redacción actual confiere a los Tribunales y Autoridades judiciales militares la facultad de otorgar motivadamente por sí o por ministerio de la ley a los reos que no pertenezcan a los Ejércitos, la condena condicional que deja en suspenso la ejecución de la pena impuesta.

En opinión de la Fiscalía proponente esta redacción ha propiciado que algunos Tribunales Militares Territoriales concedan ese beneficio a los miembros de la Guardia Civil al estimar que éstos no forman parte de las Fuerzas Armadas, aunque se les aplique el CPM por encajar en el concepto de militares del artículo 8 del mismo texto legal. Considera la Fiscalía Togada urgente la modificación apuntada por la inseguridad jurídica y quiebra del principio de igualdad que acarrea el que, dependiendo de cual sea el Tribunal Militar sentenciador, algunos miembros de la Guardia Civil condenados por delito militar se benefician de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de

libertad, mientras que otros en las mismas circunstancias ven denegadas sus pretensiones en tal sentido formuladas. Quizá la modificación debiera orientarse a sustituir la expresión de «reos que no pertenezcan a las Fuerzas Armadas», por la de «militares o asimilados», pues la ley reguladora de la Guardia Civil atribuye a ésta la naturaleza de Instituto Armado. De igual forma, la Fiscalía Togada interesa la reforma de algunos aspectos conceptuales, como la definición de militares a efectos del propio Código (art. 8 del CPM), que requeriría adaptarse a las normas administrativas en vigor (Ley del Régimen del Personal Militar Profesional, Ley del Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil...), y la supresión, por ejemplo, de la referencia a los militares de reemplazo, en congruencia con la supresión del servicio militar obligatorio, y que únicamente dio lugar a una modificación de la redacción del artículo 120 del CPM y derogación del artículo 119 bis operada por la Ley Orgánica 3/2002, de 22 de mayo. También propone la Fiscalía Jurídico Militar reformas en los delitos de abandono de destino, de desertión, de abuso de autoridad y la despenalización del abandono de residencia.

Dentro del segundo bloque señalado, esto es, de las reformas procesales, la Fiscalía Jurídico Militar aboga por la modificación del procedimiento de diligencias preliminares para simplificarlo y hacer de él un auténtico procedimiento abreviado, por la regulación de la doble instancia, y por la atribución a la jurisdicción militar del conocimiento de los delitos cometidos, en tiempo de paz, contra miembros de las Fuerzas Armadas españolas en el desempeño de una misión militar internacional, mediante por la reforma del artículo 12 de la LOCOJOM, introduciendo en él un nuevo apartado que pudiera quedar redactado como sigue:

«Art. 12. En tiempo de paz, la Jurisdicción Militar será competente en materia penal, para conocer de los siguientes delitos y faltas: ...

Los cometidos fuera del territorio nacional contra miembros de las Fuerzas Armadas españolas en el desempeño de una misión internacional, las personas que les acompañan o cualquiera de los medios utilizados por las mismas, sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados, acuerdos o convenios internacionales en que España sea parte.»