

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL



NÚM. 6



1999

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

Director

JESÚS CARDENAL FERNÁNDEZ

Vocales

JOSÉ APARICIO CALVO RUBIO

JUAN JOSÉ MARTÍNEZ ZATO

EDUARDO TORRES-DULCE LIFANTE

ROGELIO GÓMEZ GUILLAMÓN

RAFAEL VALERO OLTRA

MIGUEL COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA

JOAQUÍN SÁNCHEZ-COVISA VILLA

JAIME MORENO VERDEJO

MANUEL MARCHENA GÓMEZ

Secretario

RAFAEL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS

La Revista del Ministerio Fiscal no se identifica necesariamente con las opiniones de los autores de esta Revista.



REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL



**MINISTERIO DE JUSTICIA
SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA**



REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

Periodicidad: Semestral.

Precios del número:

España: 1.442 pesetas.

Extranjero: 1.923 pesetas.

Estos precios no incluyen IVA.

Redacción:

C/Fortuny, 4, 28010 Madrid.

Distribución, suscripciones y venta:

C/ San Bernardo, 62, 28015 Madrid.

Tels.: (91) 390 20 84/82/83/97 Fax: (91) 390 20 92

EJ_ 000871
INF. 00029886
C.B. 4000009

EST*54.4




REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

NÚM. 6



1999





Es propiedad. Queda hecho el depósito
y la suscripción en el registro que marca
la Ley. Reservados todos los derechos.

NIPO: 051-99-013-3

ISSN: 1135-0628

Depósito Legal: M. 5500-1995

Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado
Avda. de Manoteras, 54
28050 Madrid

En este número de la Revista del Ministerio Fiscal se recogen las ponencias que fueron presentadas a las Mesas de Trabajo que, sobre diferentes materias, se desarrollaron en la Reunión de Fiscales Jefes, celebrada en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, durante los días 24 a 26 de febrero de 1999.

SUMARIO

	<u>Págs.</u>
I. ACTO DE APERTURA DE LAS JORNADAS	
Discurso de S. M. El Rey	13
Discurso de la Excma. Sra. Ministra de Justicia D. ^a Margarita Mariscal de Gante y Mirón.....	15
Discurso del Excmo. Sr. Fiscal General del Estado D. Jesús Cardenal Fernández	19
II. JUICIOS RÁPIDOS	
ENRIQUE BELTRÁN BALLESTER: <i>Los «juicios rápidos» en Valencia</i>	25
ALFREDO J. FLORES PÉREZ: <i>Los juicios rápidos. Análisis crítico y reformas procesales</i>	35
JOSÉ MARÍA MENA ÁLVAREZ: <i>La aplicación práctica de los llama- dos «juicios rápidos» en Barcelona</i>	47
III. INMIGRACIÓN ILEGAL	
JOSÉ RAMÓN ÓNEGA LÓPEZ: <i>Inmigración ilegal</i>	63
ISIDORO HIDALGO BARAS: <i>Inmigración ilegal.....</i>	75
JUAN GUERRA MANRIQUE DE LARA: <i>Algunas consideraciones res- pecto de la actuación del Ministerio Fiscal en materia de extran- jería.....</i>	89
CARLOS GANZENMÜLLER ROIG: <i>Aplicabilidad de los artículos 312 y 313 del Código Penal, al supuesto del transporte clandestino de emigrantes a través del territorio español y con destino a países comunitarios.....</i>	97

IV. CONTENIDO DE LA MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

JOSÉ APARICIO CALVO-RUBIO: <i>Contenido de la Memoria de la Fiscalía General</i>	119
--	-----

V. MENORES

JORGE SENA ARGÜELLES: <i>La tutela penal de la indemnidad sexual del menor</i>	125
LUIS PORTERO GARCÍA: <i>Algunos aspectos relativos a la adopción y acogimiento</i>	135
RAFAEL VALERO OLTRA: <i>De los Tribunales Tutelares a los Juzgados de Menores</i>	141
OLAYO E. GONZÁLEZ SOLER: <i>Algunos aspectos de la protección infantil desde la perspectiva del Derecho procesal</i>	155
MARTÍN RODRÍGUEZ SOL: <i>El fiscal ante la reforma del proceso penal juvenil</i>	167

VI. PLAN DE INFORMATIZACIÓN DE LAS FISCALÍAS

JOSÉ APARICIO CALVO-RUBIO: <i>Plan de informatización de las Fis- calías</i>	181
JOSÉ LUIS BUEREN RONCERO: <i>Informatización de las Fiscalías</i>	185

VII. NECESIDAD DE REFORMA DE LA ESTADÍSTICA JUDICIAL

JOSÉ APARICIO CALVO-RUBIO: <i>Necesidades de una reforma de la estadística judicial</i>	195
PILAR MARTÍN GUZMAN: <i>Presente y futuro de las estadísticas judi- ciales</i>	199
<i>Informe de la Fiscalía General del Estado sobre la necesidad de reforma de la estadística</i>	211

VIII. DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

MARÍA DOLORES COSPEDAL GARCÍA: <i>Delitos contra los derechos de los trabajadores</i>	223
ALFONSO ARROYO DE LAS HERAS: <i>Algunas cuestiones sobre la autoría en relación con los resultados lesivos de la actividad laboral</i>	229
JAIME GAGO SEVILLA: <i>Delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo, o de permisión del riesgo laboral</i>	243
LUIS NAVAJAS RAMOS: <i>Delitos contra los derechos de los trabajadores</i>	257

IX. EL ADN EN LA INVESTIGACIÓN PENAL Y CIVIL: SUS PROBLEMAS

ANTONIO ALONSO ALONSO: <i>El ADN en la investigación penal y civil</i>	271
JUAN MARTÍN CASALLO LÓPEZ: <i>Aspectos del tratamiento automatizado del código genético</i>	283
JOSÉ MARÍA LUZÓN CUESTA: <i>La investigación sobre el ADN y sus problemas. Toma de muestras</i> »	299
JUAN CESÁREO ORTIZ ÚRCULO: <i>El ADN en la investigación penal». Breve repaso a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>	305
FEDERICO BELLO LANDROVE: <i>El ADN y la investigación de la paternidad</i>	319

X. COOPERACIÓN JURÍDICA EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

JOSÉ APARICIO CALVO-RUBIO: <i>Cooperación jurídica en el marco de la Unión Europea</i>	345
--	-----

	<u>Págs.</u>
FRANCOIS BADIE: <i>La cooperación judicial internacional en materia penal en el marco de la Unión Europea</i>	349

XI. TRANSFERENCIAS AUTONÓMICAS

JOSÉ APARICIO CALVO-RUBIO: <i>Transferencias autonómicas</i>	367
JUAN JOSÉ MARTÍNEZ ZATO: <i>Transferencias autonómicas</i>	371

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

I. Acto de apertura de las Jornadas

DISCURSO DE S. M. EL REY EN EL ACTO INAUGURAL DE LA REUNIÓN DE FISCALES JEFES DE 1999

Madrid, 24 de febrero de 1999

Al inaugurar estas Jornadas de trabajo de Fiscales Jefes, lo hago con la satisfacción de dirigirme a una de las instituciones que aseguran la vigencia del Estado de Derecho. El Ministerio Fiscal, desde sus orígenes históricos, enlaza su significado y su propia existencia con la necesidad de hacer valer ante los Tribunales de Justicia los intereses públicos tutelados por la ley.

La reunión de Fiscales Jefes que hoy se inaugura es una ocasión singularmente adecuada para reflexionar acerca del papel que os corresponde desempeñar y que la sociedad os exige como representantes del Ministerio Público.

Cuando el Preámbulo de nuestra Constitución proclama la justicia, la libertad y la seguridad como los principios que deben inspirar la convivencia democrática de nuestro pueblo, y en su artículo primero declara que la justicia, la libertad y la igualdad son los valores superiores del ordenamiento jurídico, no se limita a una mera declaración programática. También promueve la definición de un sistema institucional en el que distintos órganos constitucionales desplieguen un esfuerzo funcional cotidiano para la vigencia de aquellos principios.

En el empeño de asegurar la realidad de estos valores, el Ministerio Fiscal adquiere su verdadera dimensión como órgano promotor de la acción de la justicia en defensa de la legalidad y el interés social, de los intereses públicos tutelados por la ley y, en fin, de los derechos de los ciudadanos.

Soy consciente de que la batalla por estos objetivos no es tarea fácil. Que vuestro día a día estará plagado de dificultades. Sin embargo, estoy convencido de que vuestro empeño personal y vuestra capacidad y preparación profesional imprimirán el dinamismo necesario para el ejercicio de vuestra función.

Para llevarla a cabo con eficacia contáis en primer lugar con los principios de legalidad, imparcialidad, unidad orgánica y dependencia jerárquica que constituyen la esencia de vuestra institución. Cada uno de ellos, por sí mismo y en su relación con los demás, sirve a los objetivos proclamados por el texto constitucional. Legalidad e imparcialidad son las referencias esenciales y la savia que nutre vuestro quehacer cotidiano. La unidad orgánica y dependencia jerárquica representan exigencias íntimamente ligadas a la necesaria seguridad jurídica, imprescindible en el momento inicial de la puesta en marcha de la actividad jurisdiccional.

Vuestra actividad requiere también de vuestra parte una atención diligente y una sosegada reflexión sobre la dinámica social y los interrogantes que más directamente os plantea. Los temas que estos días vais a tratar dan testimonio de vuestro interés en acercaros a las realidades concretas y proyectar en ellas los criterios y experiencia que en tal alto grado poseéis.

Quisiera, por último, transmitir os un mensaje de aliento en vuestro difícil trabajo, y estimularos a seguir construyendo un Ministerio Fiscal moderno, fiel a sus raíces y abierto a las necesidades del presente, entusiasta y con un claro compromiso constitucional. Éstas son las bases que mejor garantizan el cumplimiento de la elevada misión que se os ha encomendado, así como el respeto y apoyo que sin duda merece, y que personalmente os reitero en esta ocasión.

DISCURSO DE LA EXCMA. SRA. MINISTRA DE JUSTICIA,
D.^a MARGARITA MARISCAL DE GANTE Y MIRÓN,
EN EL ACTO DE INAUGURACIÓN POR PARTE DE S. M. EL REY
DE LAS REUNIONES DE FISCALES JEFES DE ESPAÑA

Majestad, Sras. y Sres:

Nos sentimos todos especialmente honrados, Majestad, por la deferencia de Vd. al inaugurar esta reunión de Fiscales Jefes de España que ha organizado la Fiscalía General del Estado en el Centro de Estudios de la Administración de Justicia que acoge con sumo gusto una reunión de esta trascendencia.

Vuestra presencia es prueba, una vez más, de la sensibilidad de la Corona hacia la Justicia, que se administra en vuestro nombre.

Para este servicio a la Justicia, a fin de cumplir el mandato constitucional de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público, tutelado por la ley, se reúnen los Fiscales Jefes. Es revelador que lo hagan en este Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, precisamente donde se forman los fiscales noveles y donde se actualizan los conocimientos de todos los miembros de la Carrera Fiscal.

Desde el inicio del actual régimen constitucional, sin periodicidad concreta, la Fiscalía General y los Fiscales Jefes vieron la necesidad de celebrar reuniones donde se tratasen los temas fundamentales que afectaban a la fiscalía, tanto en su organización interna, como en su definición legal y en su actuación. Todo ello, con el afán de responder a la característica interna del Ministerio Fiscal de unidad de actuación y dependencia jerárquica. Han servido, por lo tanto, estas reuniones para profundizar, por un lado, en la adecuación del Ministerio Fiscal a los principios inspiradores de su ordenación constitucional, y por otro, al tratamiento de los temas fundamentales de la realidad social, que exigen una adecuada respuesta de las Fiscalías en el cumplimiento de sus obligaciones legales. Tienen, por lo tanto, las Jornadas una inevitable vocación práctica.

Precedentes de las Jornadas que hoy se inauguran fueron las reuniones celebradas en Salamanca; la reunión de Valencia que se celebró en mayo de 1990 y en la que se estudiaron diversos aspectos socialmente trascendentes, derivados de la reforma del Código Penal, realizada por Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, particularmente en lo relativo al delito de lesiones y a los delitos contra la libertad sexual; la reunión de Bayona de 28 a 31 de octubre de 1990; y la reunión de Mojácar de febrero de 1995, en la que se debatió la elaboración del Libro Blanco del Ministerio Fiscal que vería finalmente la luz en abril de 1997. De su importancia es buena prueba su reflejo en las memorias que la Fiscalía General del Estado eleva anualmente al Gobierno.

Las reuniones responden, por tanto, a los nuevos retos planteados a la Institución del Ministerio Público. En efecto, la promoción de la Justicia ante los tribunales, función clásica de la fiscalía, que en la estructura de nuestro proceso, especialmente en el penal, la convierte en una parte peculiar, pues su único fin es el interés público, se ha visto matizada en el presente por nuevas exigencias.

Éstas surgen, por un lado, por la evolución social y las cuestiones que aparecen ligadas a los nuevos medios de delincuencia, los riesgos emergentes para los derechos fundamentales hacia los que se manifiesta en nuestras comunidades una muy loable sensibilidad, o la diferente forma en la que se entienden los intereses públicos como es la preocupación hacia la protección del medio ambiente. Por otro, debemos considerar, especialmente, el cambio en los valores sociales, éticos y políticos en nuestra sociedad.

La sociedad española está especialmente empeñada en la promoción de la igualdad y la protección de los sectores sociales más vulnerables. En este empeño, la comunidad a través de sus legítimos representantes, y de la legislación, ha encomendado funciones fundamentales a la fiscalía, funciones que, en última instancia, no son sino prolongación de las más clásicas.

La protección del menor, donde el ministerio fiscal es pieza fundamental, es un ejemplo fundamental de esta labor. También lo es la intervención en la protección de personas especialmente vulnerables, como son los inmigrantes, a los que nuestro estado social de derecho debe tratar con la consideración debida a su dignidad de personas, reconociendo sus derechos y valorando la aportación que realizan a la sociedad española.

Frente a las más graves lacras sociales, nuestra comunidad también ha exigido un especial esfuerzo a la fiscalía, así ante los problemas derivados de la droga o, señaladamente en el último año, ante el maltrato doméstico, cuestión que requiere un tratamiento claro y enérgico, como ha recordado el Fiscal General, respondiendo al interés del Gobierno y de la sociedad toda. En estas cuestiones, como en otras muchas, se prueba de nuevo la importan-

cia de la función del Ministerio Fiscal en el correcto funcionamiento del Estado de Derecho, medio este último del que se ha dotado nuestra sociedad para profundizar en sus deseos de mayor libertad, igualdad y solidaridad. Es por ello que, en estas jornadas que hoy inauguráis, Majestad, se busca con especial interés el tratamiento de los procedimientos penales. Se busca así que cada vez tengan más peso específico en estas reuniones, junto a las cuestiones funcionales y organizativas, las preocupaciones que afectan más especialmente a la sociedad, a cuyo servicio desarrolla el Ministerio Fiscal sus funciones.

Si nuestro Estado democrático de Derecho es joven en el tiempo, es maduro en su realización y en sus logros. No debemos olvidar, en este sentido, que esta madurez depende, en buena medida, no sólo de las leyes correctas sino del espíritu con que todos las servimos, especialmente del esfuerzo personal y constante de los funcionarios, que tienen en su defensa la principal tarea de su servicio público.

No puedo sino terminar con un doble agradecimiento: a los fiscales jefes y a los ponentes de las Jornadas, por la labor que desarrollaran en ellas; y a Su Majestad, por honrarnos presidiendo e inaugurando esta reunión.

DISCURSO DEL EXCMO. SR. FISCAL GENERAL DEL ESTADO,
D. JESÚS CARDENAL FERNÁNDEZ

Majestad:

Mis primeras palabras van encaminadas a expresar a Vuestra Majestad mi profundo agradecimiento, y el de toda la Carrera Fiscal, representada aquí en el Consejo Fiscal, en los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, en los Fiscales Jefes de cada Fiscalía, y en las Asociaciones de Fiscales, mi agradecimiento, digo, por haber atendido amablemente nuestro ofrecimiento de inaugurar estas Jornadas de estudio y reflexión, en las que se van a abordar temas de notable interés, con directa incidencia en el quehacer cotidiano del Ministerio Fiscal.

Sois, Señor, la más alta representación del Estado y, por ello, nada puede ser más estimulante para todos nosotros que recibir esta muestra del interés y de la simpatía que sentís por los Fiscales. Vuestra presencia tiene un especial significado para quienes dedicamos diariamente nuestros esfuerzos al servicio de la Justicia, que emana del pueblo y se administra en vuestro nombre.

Como elemento de reflexión inicial, es oportuno recordar que nuestra Constitución encomienda al Ministerio Fiscal interesar de los Tribunales la actuación del Derecho o, más concretamente, la realización de la Justicia como medida y fin del derecho. Si la Justicia es uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, al decir del artículo primero de nuestra Carta Magna, lo es especialmente en la fase de actuación judicial, y el Ministerio Fiscal tiene el deber de promoverla con su actuación imparcial.

De este modo, el Ministerio Fiscal se configura como uno de las Instituciones más importantes para hacer llegar a los Tribunales las demandas de justicia, sean colectivas o individuales. Tanto en aquellos casos en que el Fiscal toma la iniciativa, como en los otros en que recae sobre Jueces y Tribunales la obligación de oírle, el papel que le corresponde es el de defender los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la ley, como señala asimismo nuestra Constitución.

El Ministerio Fiscal, por mandato constitucional, es portavoz convencido y convincente, ante los Tribunales de Justicia, de los intereses que no son de nadie en particular porque pertenecen a toda la sociedad, asumiendo su defensa con la mayor pasión y absoluta imparcialidad. Aquí se encuentra el argumento común que da unidad a las variadas misiones, hoy en clara tendencia expansiva, del Fiscal.

Esta apertura del Ministerio Fiscal a la sociedad, su cercanía a los hechos y a las personas, hacen necesaria una toma de posición decidida y uniforme ante los fenómenos que preocupan a los ciudadanos, al objeto de conseguir de ellos su confianza, lo que únicamente se obtiene si logramos transmitirles la convicción de nuestra profesionalidad y buen hacer.

A esta finalidad responden las jornadas de estudio y reflexión conjunta que vos inauguráis hoy, y que iniciamos con el examen de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducida por la Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio. Las reflexiones que suscita la reforma legal indicada van dirigidas a intensificar y, en la medida de lo posible, a generalizar en todo el ámbito nacional, la celebración de los llamados «juicios rápidos» o de «inmediato señalamiento», en el orden jurisdiccional penal.

La implantación ante todos los Juzgados y Tribunales de lo penal del sistema de enjuiciamiento inmediato afecta directamente a la distribución geográfica del Ministerio Fiscal. El aseguramiento de su presencia ante las dispersas sedes de nuestros órganos jurisdiccionales del orden penal no puede verse satisfecho racionalmente sin una asignación correcta de sus propios medios materiales y personales, y exige la adopción de nuevos criterios de organización interna en cada Fiscalía, además de la coordinación con los otros agentes —Jueces, Abogados, Peritos— de la Administración de Justicia.

En otro orden de cosas, se constata la existencia de una honda preocupación social en relación a la inmigración ilegal. Frente a la situación de hace unas décadas, en que España era un país que exportaba mano de obra, actualmente somos receptores de un alto número de extranjeros procedentes de zonas deprimidas. En su mayoría carecen de los correspondientes permisos, convirtiéndose así en inmigrantes ilegales que buscan en España una oportunidad para mejorar sus condiciones de vida.

Este contingente de personas genera una serie de problemas sociales, que hemos de procurar obtengan una respuesta pronta y eficaz con los medios que pone a nuestro alcance el ordenamiento jurídico.

Asimismo, es palpable la sensibilidad de todas las Fiscalías hacia los menores de edad. El intercambio de experiencias servirá de instrumento eficaz para la necesaria unificación de criterios en materias como las de la adopción y el acogimiento de menores; la reforma del proceso penal juvenil;

los sistemas de tratamiento de los menores delincuentes y la protección penal de la indemnidad sexual del menor.

Por otra parte, el Ministerio Fiscal no puede permanecer insensible frente a las graves consecuencias personales derivadas de los accidentes de trabajo.

Es frecuente que, en la siniestralidad laboral, la responsabilidad del hecho aparezca diluida o repartida entre varias personas, lo que genera dificultades en la fase de instrucción del proceso penal.

Además, la regulación de estos delitos en el Código Penal impone la necesidad de reflexionar sobre los problemas que genera la concurrencia, sea de leyes, sea de infracciones delictivas, en los delitos de este orden cometidos por imprudencia, o las cuestiones que se derivan de la diferente perseguibilidad de los accidentes de trabajo en función de que la imprudencia concurrente en su producción sea grave o leve.

De otro lado, se abordarán diversas cuestiones que suscita la prueba de análisis del ADN, tanto en el ámbito del Derecho Penal, como en lo que concierne a las acciones civiles de filiación y en relación con la investigación de la paternidad. Se examinarán los criterios jurisprudenciales sobre la materia emanados del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, los problemas derivados de la toma de muestras válidas para la obtención del ADN, así como determinados aspectos relacionados con el tratamiento automatizado del código genético, y que hacen referencia a la conservación y a la destrucción de las muestras y de los resultados de los análisis.

Igualmente, será objeto de estudio y reflexión, dentro de la modernización de la Administración de Justicia, la necesidad de revisar los criterios que se asignen en la confección de la estadística judicial, para conseguir una mayor uniformidad de las distintas Instituciones implicadas en ella.

A este respecto, se constata la existencia en la actualidad de una diversidad de cifras estadísticas, emanadas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, del Consejo General del Poder Judicial y de la Fiscalía General del Estado. Se impone, pues, la búsqueda de mecanismos de armonización y coordinación y, al propio tiempo, el empleo de técnicas informáticas para su más correcta elaboración.

Finalmente, se analizará la intervención del Ministerio Fiscal en la puesta en marcha y desarrollo de los mecanismos de cooperación judicial entre los Estados que pertenecen a la Unión Europea y que, en la actualidad, se desenvuelve principalmente a través de la figura de los Magistrados de enlace y de la denominada red judicial europea.

En el camino hacia el objetivo final de suprimir las fronteras en las relaciones entre autoridades judiciales, dentro del espacio territorial comunitario, debemos ir avanzando con paso firme, eliminando progresivamente restric-

ciones, obstáculos, controles y dificultades que impiden que la acción de la Justicia se manifieste en toda su efectividad.

Para concluir, deseo mostrar mi convencimiento de que estas Jornadas, por lo que tienen de reflexión y debate enriquecedores, servirán de acicate y estímulo en el largo e incesante camino hacia la realización de la Justicia en el que, por mandato constitucional, está comprometido el Ministerio Fiscal. Es éste nuestro objetivo y, a buen seguro, no defraudaremos en el esfuerzo y entusiasmo por conseguirlo.

**REVISTA
DEL
MINISTERIO FISCAL**

II. Juicios rápidos

LOS «JUICIOS RÁPIDOS» EN VALENCIA

ENRIQUE BELTRÁN BALLESTER

Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Valencia

En Valencia, tal como dije en mi Memoria de 1994, no me preocupa el escaso número de juicios preparados y celebrados con este sistema llamado rápido, ya que los delitos que pueden dar lugar a ellos, normalmente no tienen una tramitación en instrucción de más de un mes o un mes y medio a lo sumo, y su celebración alcanza un plazo aún menor. De modo que es rarísimo que uno de estos delitos, yendo por los trámites normales del Procedimiento Abreviado, tarde más de dos o tres meses en verse ante el Juez de lo Penal o la Audiencia Provincial.

Con ello, difícil se me hace aplaudir una reforma que no creo que pueda dar los frutos que de ella se esperan. Para muestra, véase los cuadros estadísticos que acompaño al final de este escrito, tan desalentadores que no necesitan comentario.

En extracto: de 39 juicios que hubo en 1994, se pasó a 250 en 1995, lo que avivó la creencia en su éxito. Pero esto decayó poco a poco; así en 1996 hubo 121, en 1997 hubo 48 y en 1998 sólo hubo 40, es decir, uno más que el año del inicio. Y yendo el año pasado, ocho de los 19 Juzgados de Instrucción no prepararon ninguno, cinco prepararon sólo uno, dos prepararon dos y el resto fue de cinco, seis, siete y 13. ¿Cómo es posible que ocho juzgados no prepararan ninguno y el juzgado número 18 preparara 13? ¿A qué se debe? Aseguro que no a causa del Fiscal adscrito a esos Juzgados. Creo más bien a lo que la ley 1992 y a pesar de su reforma de 1998, deja dicho en el reformado artículo 790.1 de la LECrim «[...] tan pronto como el Juez considere que [...]». De modo que hay jueces que consideran que sí y otros que no. Es para mí la razón fundamental del, aquí, fracaso del procedimiento comentado. Si se cambió «podrá efectuarse» por «se efectuará», lo mismo se hubiera podido hacer con «tan pronto como el Juez considere que existen [...]», por «tan pronto como existan [...]».

Y no es que con ello quiera yo echar todas las culpas a los Jueces de Instrucción; ni mucho menos. Lo que sí ocurre es que la falta de disposición de muchos Abogados, que a poco que el resultado les sea adverso, recurren aduciendo la falta de garantías constitucionales que el procedimiento entraña, hasta el punto de acudir en amparo del TC, hace que los Jueces, temerosos de ello, acuerden sólo la celebración de tales juicios cuando todos están conformes, lo que ocurre pocas veces. Para los Abogados, y es hasta cierto punto lógico, nunca existe carga probatoria más que suficiente para su tesis; éste es el punto de mayor conflicto. Podrán el Juez y el Fiscal y el o los acusadores, si los hay, creer que la prueba de acusación es suficiente, pero el defensor, casi siempre, cree que para la defensa no lo es, entre otras cosas porque sabe, hay que decirlo, que los testigos de cargo dispuestos a decir lo que saben, hoy, no tienen tal disposición mañana, y, así, piden pruebas en sus escritos de calificación que hacen estériles los buenos propósitos de la Ley. Y están en su derecho.

Añádase a ello:

a) Que la flagrancia o evidencia de los hechos no siempre se da y que si se da a juicio de unos, se discute por los otros, entre otras cosas, porque su definición desapareció en mala hora de la LECrim.

b) Que la alarma social, que nunca se sabe bien lo que es, la producen más los delitos de imposible enjuiciamiento rápido que los otros.

c) Que el aseguramiento del imputado, mediante su prisión, que no su detención, dado el corto espacio de tiempo que para ello se da (equivalente al que se da a las partes para calificar), casi nunca, en estos casos, lo conceden los Jueces por no darse los requisitos que la Ley exige, con lo que se desbarata la posible celebración rápida del juicio.

d) Que la suficiencia de elementos para acusar puede que se dé, pero cabe que no ocurra lo mismo para los de la defensa, al menos desde su criterio, tal como ya he dicho.

Y si por todo ello fuera poco:

e) La informatización de antecedentes penales sufre continuas desconexiones, de modo que aquello de que la hay las veinticuatro horas de los trescientos sesenta y cinco días del año es totalmente incierto. Sábados, domingos y festivos la desconexión es un hecho; y a veces también días laborables por la tarde.

f) Los intérpretes no están siempre a disposición del Juzgado, y eso en los idiomas que no son exóticos, pues para éstos (infinidad de dialectos chinos, magrebíes, africanos...) el conseguir uno es cosa poco menos que imposible.

g) Los peritos, para hacer una buena pericia desde caligráfica a tasadora, dicen necesitar tiempo y, además, no siempre están a disposición del Juzgado, salvo, claro está, los Forenses y, en algunos casos, los servicios sanitarios y farmacéuticos oficiales.

h) Los análisis de drogas requieren personal que no hay, medios que no existen y... tiempo que está reñido con la rapidez.

i) Lo mismo cabe decir de las identificaciones dactilares o de otra clase, como los reconocimientos en rueda, por ejemplo.

- j) Los medios telemáticos e informáticos, para una adecuada y rápida instrucción, son, por ahora y en muchos casos, un sueño.
- k) Y para la sanidad en las lesiones el tiempo es un factor predominante.

Además de ello, en lo que forma el cuestionario sugerido, debo añadir:

l) Las deficiencias de los atestados, no tanto por falta de celo de los agentes de la Policía Judicial, como por su número escaso y su más escasa dotación de medios. Hay puestos de la Guardia Civil donde todavía se escribe con la Hispano Olivetti, papel de calco y el guardia con dos dedos. Y coches que no están al servicio por falta de gasolina.

m) Las enormes dificultades que presentan las investigaciones patrimoniales.

n) La reticencia de los testigos a acudir, por el miedo generalizado a represalias.

o) El enorme trabajo que ya de por sí tiene un solo Juzgado de Guardia en una ciudad que casi alcanza los 800.000 habitantes y tiene un área metropolitana que sobrepasa el 1.500.000, lo que hace necesario la disponibilidad de dos de tales Juzgados con, para ello, la creación del Juzgado número 20, lo que parece meta inalcanzable.

p) La negativa, o al menos la oposición, de los Jueces de lo Penal a la creación de uno de ellos de Guardia, para los juicios de celebración inmediata, por conformidad, que algunos habría. Y lo mismo de una Sección de la Audiencia Provincial.

q) La inseguridad que tenemos sobre si esto va a ser algo definitivo (instrucción para siempre y del todo en manos del Juez) o provisional (instrucción en manos del Fiscal con reserva de garantías en el Juez). Inseguridad que ya es hora que acabe de una vez.

r) La falta de estructuras adecuadas en los inmuebles, de modo que los Juzgados de Instrucción están en lugar distinto y distante de los de lo Penal y ambos de la Audiencia, lo que se paliará el día que se inaugure la futura ciudad de la Justicia, cuya puesta de primera piedra está aun por venir.

En fin, como se verá, hay un círculo de obstáculos que se oponen a la celebración de juicios rápidos, todos ellos salvables, pero no salvados. Y es que en España primero se hacen las leyes y luego se verá si se puede dotar de medios a quienes tienen que cumplirlas. Éste es nuestro mal endémico, y no por falta de dinero sino por su mala distribución.

Por lo que se refiere a Valencia, los Fiscales estamos todos dispuestos a colaborar y a cumplir con el cometido que la Ley nos encomienda. Porque hay un Fiscal de Guardia las 24 horas del día en la capital (único lugar donde estos juicios pueden, por ahora, celebrarse); porque el sistema de visados inmediatos está previsto; porque además del Fiscal de Guardia, cada día hay cinco Fiscales de incidencias por si acaso; porque hay un auxiliar u oficial, de los de la plantilla de Fiscalía, de guardia también las veinticuatro horas del día; porque la potenciación de las conformidades regladas es un hecho; y porque las Diligencias de Investigación Penal de la Fiscalía son no sólo numerosas sino perfectamente llevadas en lo que se puede hacer.

En fin, y como colofón a lo dicho: Es mi opinión que los juicios llamados de *inmediata celebración* serían un instrumento utilísimo para, como dice la exposición de motivos de la Ley 10/1992, de 30 de abril, impartir justicia con proximidad temporal al hecho, con la correspondiente ejemplaridad que ello comporta, siempre y cuando esa ejemplaridad estuviera, por otro lado, reafirmada con la certeza de la pena, ya que una inmediata condena que no se cumple, o que siendo más o menos larga se queda en nada, no es en absoluto ejemplarizante, sino todo lo contrario: defraudante y, como tal, altamente alarmante en lo social.

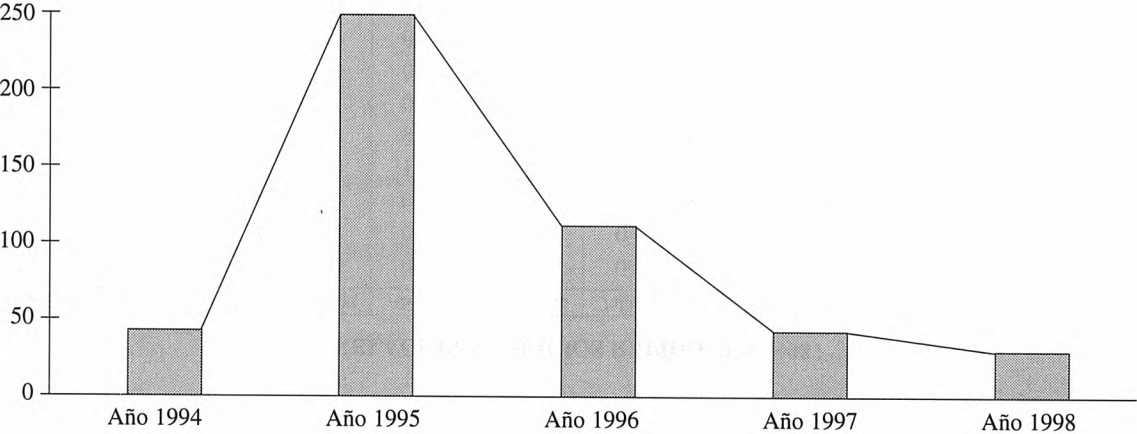
Pero para ello es preciso obviar los llamados por la Ley «*obstáculos de menor índole*», lo cual sólo puede hacerse con suficiente provisión de personal y de material, dando además no a todos, pero sí a algunos elementos probatorios, el valor que antes tenían, de modo que, con el más escrupuloso respeto a los derechos fundamentales de la persona, se pudiera confiar la práctica de algunas pruebas a personal capacitado, al modo como la propia Ley comentada ha hecho con la reforma del párrafo 4 del artículo 569 de la LECrim, por ejemplo, dando al reconocimiento en rueda judicial el mismo valor que a una inspección ocular, de modo que haga fe y no tenga que repetirse en el juicio; dando mayor efectividad y mejor caude a las declaraciones de testigos protegidos; etc.

Uno a continuación dos cuadros estadísticos referidos a la ciudad de Valencia.

JUICIOS RÁPIDOS SEÑALADOS EN EL ÚLTIMO QUIQUENIO

Juicios rápidos señalados	PORCENTAJE												Total
	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Sept.	Oct.	Nov.	Dic.	
Año 1994	2	0	0	1	3	4	3	0	2	7	3	14	3
Año 1995	18	31	24	31	33	33	20	7	14	16	18	5	26
Año 1996	18	22	16	10	13	7	6	1	11	6	9	2	12
Año 1997	2	2	2	1	2	9	3	3	5	7	4	8	4
Año 1998	0	5	3	4	5	3	4	4	3	3	3	3	4
Incremento años 1996-1997 ...	-100	150	50	300	150	-67	33	33	-40	-57	-25	-63	-175

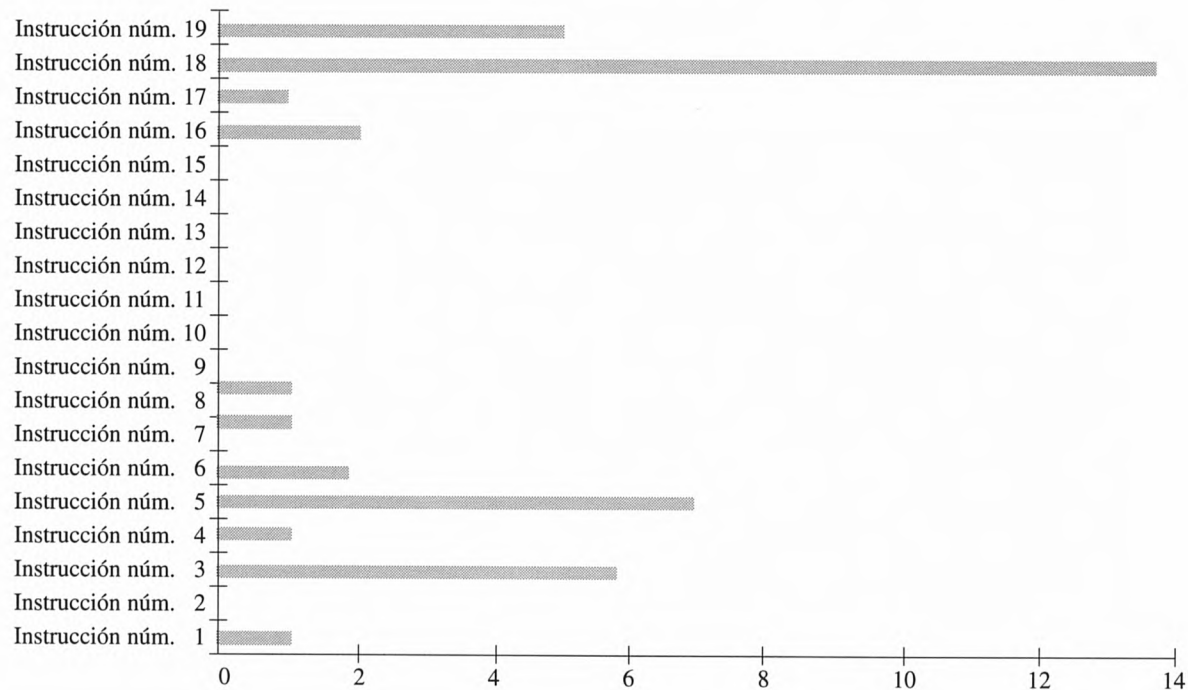
JUICIOS RÁPIDOS SEÑALADOS. AÑOS 1994/1998



RELACIÓN DE JUICIOS RÁPIDOS EN 1998

Núm. señalamientos/Juzgado	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Sept.	Oct.	Nov.	Dic.	Total	Media	Percent.
Instrucción núm. 1	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	1	0,08	2,50
Instrucción núm. 2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0,00	0,00
Instrucción núm. 3	0	0	0	0	0	1	2	1	1	0	0	1	6	0,60	15,00
Instrucción núm. 4	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0,08	2,50
Instrucción núm. 5	0	0	0	0	0	0	0	0	0	3	2	2	7	0,68	17,50
Instrucción núm. 6	0	0	1	0	1	0	0	0	0	0	0	0	2	0,17	5,00
Instrucción núm. 7	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	1	0,08	2,50
Instrucción núm. 8	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	1	0,08	2,50
Instrucción núm. 9	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0,00	0,00
Instrucción núm. 10	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0,00	0,00
Instrucción núm. 11	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0,00	0,00
Instrucción núm. 12	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0,00	0,00
Instrucción núm. 13	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0,00	0,00
Instrucción núm. 14	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0,00	0,00
Instrucción núm. 15	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0,00	0,00
Instrucción núm. 16	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	2	0,17	5,00
Instrucción núm. 17	0	1	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0,08	2,60
Instrucción núm. 18	0	2	2	2	3	1	1	1	0	0	1	0	13	1,08	32,50
Instrucción núm. 19	0	1	0	0	0	1	1	0	2	0	0	0	5	0,42	12,50
Total	0	5	3	4	5	3	4	4	3	3	3	3	40	3,33	100,00

NÚMERO DE SEÑALAMIENTOS POR JUZGADO



LOS JUICIOS RÁPIDOS. ANÁLISIS CRÍTICO Y REFORMAS PROCESALES

ALFREDO J. FLORES PÉREZ

Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de Sevilla

INTRODUCCIÓN

A fin de hacer una evaluación de los denominados juicios rápidos, es preciso poner de manifiesto, aunque sea de forma esquemática, cuál ha sido la voluntad del Legislador en las modificaciones procesales introducidas, para comprender su verdadero alcance y la intervención que se esperaba del Ministerio Fiscal.

El artículo 24.2, integra en el Derecho Fundamental, de obtener tutela efectiva, la proscripción de las dilaciones indebidas, tanto aquellas que gravitan sobre la situación de imputado, como sobre el legítimo derecho de las víctimas en la restauración de sus derechos.

El artículo 24, con antecedente inmediato en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos —Roma, 1950—, se ha desarrollado en las Leyes Orgánicas 7/1988, de 28 de diciembre, 10/1992, de 30 de abril, y 2/1998, de 15 de junio.

Todas ellas entroncan directamente con la Recomendación número R.(87) 18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, recomendación que afecta al deseo de simplificación de la justicia penal y que establece tres criterios fundamentales para entender el verdadero sentido de la instrucción en las causas penales:

1. La instrucción efectuada por una Autoridad Judicial, previamente a la formación de sentencia, constituirá, cuando exista, una garantía para los justiciables, pero no podrá revestir carácter universal u obligatorio.

2. La instrucción previa debería limitarse a los casos en que parezca útil para la resolución del asunto y el establecimiento de la inocencia o la culpabilidad de los sospechosos.

3. La utilidad de la instrucción previa debería ser evaluada por una Autoridad Judicial, teniendo en cuenta los resultados de la investigación policial, la gravedad y complejidad del asunto y el reconocimiento o no reconocimiento de los hechos por el inculpado.

La exposición de motivos de la Ley Orgánica de 28 de diciembre de 1988 deja constancia expresa de la voluntad de obtener una mayor simplicidad en el proceso penal, aligerándolo de actuaciones inútiles y repetitivas.

La exposición de motivos de la Ley 10/1992, de 30 de abril, insiste en idénticos criterios, para fundamentar el enjuiciamiento inmediato en los casos de delincuente *in fraganti*, de hechos que por su fácil constatación no requieren ulteriores investigaciones y el acercamiento temporal entre la comisión del delito y la respuesta penal, todo ello con especial mención de una «agilización cuya posible utilización se deja en manos del Ministerio Fiscal y del Juez».

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio, manifiesta la voluntad de «intensificar la aplicación de los juicios rápidos en el orden penal», si bien el Legislador manifiesta que el medio utilizado consiste en imponer trámites abreviados cuando sólo eran facultativos. Habrá que ponderar tal afirmación teniendo en cuenta que tanto las facultades del Juez de Instrucción permanecen incólumes a los efectos de considerar la suficiencia en las diligencias policiales o de investigación judicial, e igualmente, permanece intangible la facultad del Ministerio Fiscal de formular acusación, ponderando los requisitos de flagrancia, evidencia, alarma social y especialmente al que nos referiremos de cohonestar las exigencias de rapidez con las garantías constitucionales.

La Circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado, en el estudio y criterios de aplicación de la Ley Orgánica de 28 de diciembre de 1988, lamentó que el denominado procedimiento abreviado no hubiera optado por un modelo de sistema acusatorio para el proceso penal y mantuviera una cierta ambigüedad entre el abandono del sistema inquisitivo o mixto y el reforzamiento de funciones del Ministerio Fiscal.

Tal ambigüedad se ponía de manifiesto en la redacción de los artículos 781, 789.3 y 789.5.5.º, que no pasaban de ser una declaración programática de las facultades del Ministerio Fiscal para simplificar y agilizar el proceso, peticiones que quedaban sometidas a la decisión judicial.

La exposición de motivos de la Ley 10/1992 tiene una especial importancia en cuanto afirma el abandono de la idea de que todo procedimiento exige igual desarrollo con desconsiderada indiferencia a las peculiaridades que cada uno presenta. La experiencia enseña que hay supuestos en que desde el principio son dudosos los hechos, su tipicidad, su autoría o las circunstancias modificativas de la responsabilidad.

Todo ello lleva a la afirmación de que la observancia de el principio de imparcialidad, y una correcta interpretación del principio de legalidad, no pueden llevar a la conclusión de que el Ministerio Fiscal deba de forma automática presentar escrito de acusación para enjuiciamiento inmediato, atendiendo sólo a supuestos de tipicidad y de situación del imputado a disposición del Juez Instructor.

El Consejo General del Poder Judicial en el «Libro Blanco de la Justicia» entiende que «debe potenciarse la celebración de los llamados juicios rápidos generalizando la práctica en el propio servicio de guardia de todas las diligencias de investigación imprescindibles para la calificación de los hechos.

En el año 1994 se crea una Comisión en Barcelona para analizar la situación del proceso penal en dicha Comisión se expresan como criterios:

1. El sistema mixto es insuficiente para dar la respuesta adecuada que se puede exigir al proceso penal democrático.
2. Toda reforma procesal debe potenciar el principio acusatorio.
3. La defensa del principio de legalidad no es necesariamente incompatible con los intereses de las partes.
4. En la medida de lo posible la respuesta penal consensuada puede ser medio idóneo y eficaz.

Los ciudadanos no deben sufrir, por el proceso penal, más cargas que las estrictamente indispensables ni experimentar merma en sus garantías constitucionales.

RESUMEN DE LOS ANTECEDENTES

De todo lo anterior se pueden desprender como criterios que informaban la voluntad del Legislador los siguientes:

1. El reforzamiento del sistema acusatorio.
2. La simplificación del proceso penal como medio para la celeridad.
3. Desde el punto de vista político se concede gran trascendencia a conceptos de «seguridad ciudadana» y de «alarma social».
4. La incidencia que tiene en el cuerpo social la llamada delincuencia urbana merece una respuesta, aun reconociendo que dicha delincuencia constituye motivo de preocupación más por sus índices cuantitativos que por ser manifestación de una grave criminalidad.
5. En el año 1992 la celebración en España de acontecimientos puntuales como la Exposición Universal de Sevilla y los Juegos Olímpicos de Barcelona determinó la necesidad de una respuesta adecuada.

6. Dichos acontecimientos partían del análisis sociológico de que gran número de ciudadanos, nacionales y extranjeros y dentro de los nacionales en situación de tránsito, se podían ver afectados por procedimientos penales, tanto si tenían la condición de imputados como de víctimas.

7. Era preciso una respuesta que salvaguardara garantías procesales, en materias como ofrecimiento de acciones, prueba anticipada y aproximación temporal entre el hecho delictivo y la respuesta penal, así como la coordinación del ordenamiento penal con las posibilidades de expulsión de ciudadanos extranjeros implicados en hechos delictivos.

8. Entre el 28 de diciembre de 1988 y la entrada en vigor de la Ley de 30 de abril de 1992, fue patente el esfuerzo por parte de Jueces, Fiscales, Secretarios y personal colaborador, así como Abogados, para la aplicación del denominado procedimiento abreviado, con la carencia de medios que se padecía.

9. La publicación de la Ley 30 de abril de 1992 determinó igualmente que se solucionaran problemas evidentes que dificultaban en buena medida la celeridad. Se desdoblaron Juzgados de Guardia, prioritariamente en las capitales (Sevilla y Barcelona) directamente afectadas. Las unidades adscritas de Policía Judicial a Juzgados y Ministerio Fiscal, reguladas en el decreto de 19 de junio de 1987, vieron cubiertas sus dotaciones de personal y se hizo realidad la posibilidad de citaciones de testigos para comparecencia inmediata, completar atestados, etc.

La carencia de Peritos y de intérpretes fue subsanada y de igual forma los incentivos económicos para todos los que atendían el servicio de guardia, lo que permitió que las plantillas de Juzgados y Fiscalía estuvieran cubiertas.

Finalmente, la red de informatización permitió a los Juzgados de Guardia la obtención de antecedentes penales y la utilización del fax.

CRITERIOS PARA DETERMINAR LA TRAMITACIÓN DE JUICIOS RÁPIDOS

La Circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado enumeraba los llamados mecanismos de aceleración del proceso que se facilitaban al Ministerio Fiscal.

En síntesis, los mecanismos se determinaban en la facultad del artículo 781, apartado 2.º, para que instara la conclusión de la investigación al considerar suficiente la practicada para el ejercicio de la acción penal; en segundo lugar instar el cumplimiento del artículo 789.3 a fin de que la instrucción se diera por finalizada en el momento de considerar el atestado o las practicadas ante el Juez de Instrucción como suficientes para formular acusación y en tercer lugar la posibilidad del artículo 789.5.5.º, que igual-

mente finaliza la instrucción en los casos del reconocimiento de hechos por parte del imputado.

Dichos mecanismos no solucionaban de forma directa la aceleración del proceso.

La Ley de 30 de abril de 1992 ya estableció como criterios de juicios rápidos los supuestos de flagrancia, de evidencia, de innecesariedad de ulteriores investigaciones y de la situación por parte del imputado a disposición de la Autoridad Judicial.

Los términos del artículo 790.1, párrafo 3.º, enumeran la flagrancia o evidencia, la alarma social, la detención del imputado o supuesta a disposición; son elementos que permitirían ejercer la facultad reconocida al Ministerio Fiscal, ya que según la propia exposición de motivos *«se deja en manos del Ministerio Fiscal y del Juez la posibilidad de abrir esta fase de enjuiciamiento inmediato»*.

El concepto de flagrancia ha quedado perfectamente delimitado en la sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de noviembre de 1993, resolviendo las cuestiones de inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 1/1992 sobre protección de seguridad ciudadana.

Cabe cuestionar si la evidencia es un concepto alternativo a la flagrancia, debe completar esta última o por el contrario integran el mismo concepto.

Si en un sentido gramatical evidencia es certeza clara y manifiesta de una cosa, habrá que poner en relación el término de evidencia tanto en lo que afecta al Juez Instructor como al Ministerio Fiscal en la valoración inicial de los medios de prueba que refleje la investigación.

Por ello creemos que el término evidencia va en relación con la potestad del Ministerio Fiscal para abrir o no esta posibilidad de enjuiciamiento rápido, y no cabe interpretar el artículo 5 de la Ley Orgánica 2/1998 de 15 de junio como mandato imperativo para el Ministerio Fiscal.

Tal afirmación nos lleva asimismo a postular que la agilización y celeridad en el proceso penal se integra en el concepto de tutela judicial efectiva y de la proscripción de toda indefensión y por tanto el concepto explicitado en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, con la exigencia de que el caso sea visto en justicia, obliga al Ministerio Fiscal a una reflexión sobre la conveniencia o no de la celebración de juicios en un corto lapso de tiempo, para que no se dé ni la menor duda de afectación de las garantías constitucionales de todas las partes.

Por tanto debemos resaltar como condición esencial la innecesariedad de prorrogar la investigación, el respeto absoluto al estatus del imputado y observancia del ofrecimiento de acciones, la *«evidencia»* por parte del Ministerio Fiscal de la suficiencia de las pruebas y la no concurrencia de elementos que puedan aconsejar una investigación más reposada.

JUICIO RÁPIDO Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

El Ministerio Fiscal está vinculado directamente a la observancia del artículo 24 de la Constitución Española y por tanto el juicio rápido no es un proceso independiente, ni tampoco coyuntural, sino una exigencia que obliga directamente al Ministerio Fiscal, no sólo a impedir dilaciones indebidas sino a las exigencias de todas las garantías que integran el concepto de tutela judicial efectiva.

1. El artículo 789.4 tiene un contenido real y efectivo para otorgar la condición de imputado, no susceptible de cumplimiento meramente formal sino que exige una instrucción completa y comprensible de los hechos que se imputan a una persona, que deberán ser concordantes con los relatados en el auto del artículo 790 de la Ley procesal y a su vez condicionar el contenido del escrito de acusación.

2. El respeto escrupuloso a los derechos de las víctimas exige que el artículo 109 se cumpla en los términos que prevé la Circular 1/1989 y la Instrucción 6/1992.

3. El derecho a la prueba obliga, en consecuencia de lo previsto en los dos apartados anteriores, a que las partes tengan puntual conocimiento de las diligencias practicadas.

4. Los principios de contradicción e igualdad de armas se deben desarrollar según los contenidos del artículo 789.4 para el imputado y 109 para las víctimas.

5. La observancia de los principios de legalidad e imparcialidad, obligan al Ministerio Fiscal a comprobar que se han practicado o solicitado aquellas diligencias que puedan introducir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

CRITERIOS PARA LA TRAMITACIÓN

Es obligado poner de manifiesto que el despliegue territorial del Ministerio Fiscal introduce variantes muy importantes y en algunos supuestos imposibilidad de la aplicación de los juicios rápidos.

Tal cuestión no es baladí, puesto que si se encuadra el enjuiciamiento rápido en el concepto de tutela judicial efectiva se debe cuestionar el distinto trato según la adscripción o no de fiscales al servicio de guardia.

1. Órganos Judiciales con servicios de guardia de veinticuatro horas.

Aparte de los criterios generales ya enumerados se suscitan las siguientes cuestiones:

Es cierto que el enjuiciamiento rápido descansa en una decisión judicial de abrir el trámite previsto en el artículo 790 y la facultad del Ministerio Fiscal de presentar escrito de acusación con la solicitud de inmediata apertura de juicio oral sin embargo, si se está postulando que la proscripción de dilaciones indebidas es garantía para las víctimas y perjudicados, puede cuestionarse si en los supuestos (más bien escasos) de existencia de acusación particular, dicha facultad debe corresponder también a la misma, por respeto al principio de igualdad de armas.

Sentado lo anterior, las peculiaridades que se pueden plantear en el servicio de guardia de 24 horas y dada la presencia del Fiscal se pueden concretar en las siguientes:

a) Órdenes a la Unidad adscrita de Policía Judicial al Juzgado y Ministerio Fiscal. Conforme a la Circular 1/1989 (epígrafe IV-A), se pueden completar los atestados así como aportar pruebas con órdenes directas del Fiscal a los miembros de la Policía Judicial, en los términos previstos en el artículo 20 del Real Decreto de 19 de junio de 1987. Lo único que está prohibido es la práctica de investigaciones generales, toda vez que ya existe un procedimiento judicial y teniendo en cuenta los términos del artículo 785 bis de la LECrim.

b) En aquellos casos de delitos contra la salud Pública por tráfico de drogas y estupefacientes el Fiscal debe examinar o interesar el informe de los gabinetes de Policía Científica de carácter cualitativo sobre la sustancia intervenida y asimismo el cuantitativo, para determinar pesos exactos y la aplicación de las cantidades de notoria importancia. Se debe ponderar que cuando existe el informe sobre sustancias que causan grave daño, ya no es tan importante la determinación de los componentes y aditivos y estaremos en supuestos de difícil aplicación del enjuiciamiento inmediato.

c) Se debe exigir, aunque por regla general se cumple, la presentación de copias de atestados para el Ministerio Fiscal que permitan su estudio previo antes de la práctica de cualquier diligencia y asimismo interesar que dicho conocimiento alcance a los Abogados, para propiciar de una parte las conformidades previstas en el artículo 791.3 y en cualquier caso el respeto al ejercicio del derecho de defensa; todo ello sin perjuicio de que resulte aconsejable la declaración de secreto de las actuaciones.

d) Documentación de los servicios. Sin perjuicio de la organización de cada Fiscalía, en la de Sevilla se confecciona un estado de los procedimientos incoados en los Juzgados de Guardia de detenidos y de incidencias, en los que constan la naturaleza del hecho, la situación de los imputados y, en su caso, la celebración de comparecencia del 504 bis 2, y asimismo la tramitación o no de juicio rápido. (Ver anexo núm. 1.)

e) Con iguales salvedades de cuál sea el sistema seguido en otras Fiscalías, parece aconsejable, que finalizada la guardia a las nueve horas a continuación se celebre la reunión diaria, con otros posibles servicios y en la que bajo la Presidencia del Fiscal Jefe, o Teniente Fiscal, o Coordinador de semana, se dé cuenta de lo acontecido en el Juzgado de Guardia, Permanencia, etc.; el trámite de visto es evacuado por el Fiscal Jefe o Teniente Fiscal.

f) Para completar el funcionamiento existen turnos establecidos con previsión al menos trimestral de los Juzgados Penales, de guardia para la celebración

de juicios rápidos y asimismo la Sala de Audiencia que tiene atribuida la misma función.

El promedio de señalamiento semanales para la celebración de juicios rápidos es de dos a tres días en los Juzgados Penales.

El espacio de tiempo que en la actualidad transcurre entre la apertura del juicio oral y actas de acusación presentadas en el Juzgado de Guardia y la celebración del juicio oral, se sitúa de treinta a cuarenta días.

La experiencia nos aconseja que en aquellos supuestos en los que el acusado se encuentre en libertad, se podrá valorar la utilidad del enjuiciamiento rápido, toda vez que ponderando el tiempo que va transcurrir la situación de libertad y las cautelas con las que se hace uso de la posibilidad de celebrar el juicio en ausencia del imputado, quizás no aconsejen la utilización del enjuiciamiento rápido.

2. Órganos Judiciales con servicios de guardia de más de veinticuatro horas.

La Orden de 30 de diciembre de 1997 (BOE de 31 de diciembre de 1997) así como la Orden de 21 de febrero de 1997 (BOE de 5 de marzo de 1997) han regulado las retribuciones complementarias por servicios de guardia y el artículo 6 de la Orden de 30 de diciembre para la Carrera Fiscal, y el artículo 7 de la Orden de 21 de febrero de 1997 para los funcionarios destinados en la Fiscalía regula esta materia con especial mención «a cualesquiera incidencias propias del Servicio de Guardia».

En atención a ello ningún obstáculo existe para que en dichos Órganos Jurisdiccionales se proceda a la utilización de las modalidades de Enjuiciamiento rápido, siempre como es lógico, que la dotación de medios materiales: Unidades adscritas de Policía Judicial, Red informática, etc., lo permitan.

3. Órganos Judiciales con sede en Juzgados de la Provincia.

a) Atendidos por adscripciones permanentes de Fiscalía y que permitan por la infraestructura material el enjuiciamiento rápido. No existe ningún problema por cuanto el visado podrá acomodarse a lo previsto en la Instrucción 3/1987 y modificación de conclusiones, si fuera preciso.

b) Atendidos desde la Sede de la capital de la provincia.

Dicha situación no permite el enjuiciamiento rápido y ello por estimar que dado el contenido constitucional que entendemos debe presidir la aplicación o no del enjuiciamiento inmediato, resulta imprescindible que el Ministerio Fiscal tenga un conocimiento personal, inmediato y directo de las actuaciones policiales, del desarrollo de la instrucción judicial por breve que sea y que entraña la presencia física del Fiscal en el lugar de la investigación; las comunicaciones telefónicas y por telefax generarían disfunciones, a nuestro juicio intolerables, en la intervención del Ministerio Fiscal, en el procedimiento.

DATOS ESTADÍSTICOS DE 1998

Juicios rápidos en el Juzgado de Guardia de Sevilla con detenidos.

Escritos de acusación y juicio oral: 419.

Lesiones: 1.

Amenazas: 2.

Hurtos: 13.

Robos con fuerza: 323.

Robos con fuerza en casa habitada o local abierto: 9.

Robo con violencia o intimidación: 29.

Robo y hurto de uso de vehículos de motor: 14.

Daños: 2.

Tráfico de drogas: 3.

Contra seguridad del tráfico por alcohol: 14.

Contra seguridad del tráfico temeraria: 1.

Atentados: 5.

Resistencia: 3.

EN EL JUZGADO DE GUARDIA DE INCIDENCIAS

Escritos de acusación y juicio oral: 395.

Contra la seguridad del tráfico por alcoholismo: 383.

Contra la seguridad del tráfico temeraria: 1.

Por robo: 1.

Total de asuntos calificados en 1998: 804.

VALORACIÓN POR LOS ILMOS. SRES. MAGISTRADOS JUECES DE LO PENAL

En el año 1998 se han señalado en los 11 Juzgados de lo Penal de esta provincia 922 juicios orales por la modalidad de juicio rápido; se pone de manifiesto que la discordancia con los juicios calificados obedece al arrastre de años anteriores. (Ver anexo núm. 2.)

Destaca la opinión favorable basada en que la intervención del Juzgado Penal se ciñe exclusivamente a registrar e incoar el asunto penal, con la valoración a fin de admitir o rechazar las pruebas propuestas.

Se tiene en cuenta que durante el año 1998 se registraron un total de 6.000 causas en los juzgados penales, de las que 922 eran juicios rápidos, superándose ligeramente el porcentaje del 15 por 100. Se pone de manifies-

to igualmente que el porcentaje podría ser incrementado pero que las cifras alcanzadas aligeran notoriamente el trabajo en los Juzgados Penales.

Tomando como muestra uno de los Juzgados, de 71 juicios rápidos que señaló, se celebraron 67, se suspendieron 4 y en 25 casos se incoaron directamente ejecutoria por existir un acuerdo previo entre la acusación y la defensa.

Se destaca igualmente por los Sres. Magistrados que las pruebas discurren de forma mucho más eficaz, no sólo por la memoria viva de lo ocurrido 30 días antes, sino que los testigos no han sido reiteradamente citados y por lo tanto su presencia en los Juzgados se ha reducido a lo estrictamente imprescindible.

CONCLUSIÓN

1. La Ley de 30 de abril de 1992 no creó un procedimiento especial, sino que estableció pautas de lo que puede ser la proscripción general de dilaciones indebidas.

2. De esta forma las modificaciones procesales se incluyen en el concepto de juicio justo tanto para las víctimas como para los imputados, no sometiendo a unos ni a otros a un encarnizamiento procesal, con la repetición de diligencias.

3. El desarrollo constitucional del artículo 24, espresado en la doctrina del Tribunal Constitucional, reduce la fase de instrucción a una mera preparación del juicio oral y, por lo tanto, carece de sentido la prolongación en el tiempo de la misma.

4. Es innegable el fortalecimiento del principio acusatorio en el entorno más próximo a nuestro país.

5. Las facultades reconocidas al Ministerio Fiscal forman parte del concepto de proceso justo y en sede jurisdiccional deben asentarse las garantías constitucionales y su observancia.

6. Es indeseable la situación actual en la que la celeridad del proceso está dependiendo de una disociación entre la Ley de Procedimiento y el despliegue del Ministerio Fiscal.

7. La opinión del Consejo General del Poder Judicial reafirma que no estamos ante un procedimiento distinto, sino que los juicios rápidos se sitúan en el marco del procedimiento abreviado.

Se está potenciando una instrucción inmediata que permite la realización directa de las pruebas en el juicio oral.

Cualquier reforma procesal futura debe potenciar el desarrollo del principio acusatorio.

LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LOS LLAMADOS «JUICIOS RÁPIDOS» EN BARCELONA

JOSÉ MARÍA MENA ÁLVAREZ

Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

La Instrucción número 6/1992 del Fiscal General del Estado comenzaba con una brillante exposición sobre la demanda histórica de incrementar la celeridad de los procesos o, lo que es lo mismo, el histórico lamento por la lentitud de la Justicia.

No cabe sino dar por reproducido lo que exponía la Instrucción.

La masificación de la justicia penal, y sobre todo en cuanto viene referida a infracciones penales de escasa gravedad, viene siendo tratada en diversos países de nuestro entorno con distintos instrumentos institucionales o procesales cuyo objetivo fundamental es evitar el atasco de los asuntos en las sedes judiciales.

El principio de oportunidad, las alternativas a las penas, la potenciación de las conformidades, etc., han sido ensayados, como instrumentos de celeridad, con resultados más o menos favorables.

El sistema jurídico-penal español, derivado de la tradición procesal e institucional, no es compatible con alguno de aquellos instrumentos. Pero es indudable que es necesario introducir cambios relevantes en nuestras Instituciones y normas procesales para conseguir el objetivo primordial de evitar el colapso de nuestra justicia penal a causa de la masificación de los asuntos que ante ella se plantean.

Y debe decirse, además, que plantear la solución a tan viejo y creciente problema, con sólo limitar al máximo la instrucción, y agilizar la celebración del juicio, no es sino trasladar el problema a otra fase procesal posterior.

Los Juzgados de lo Penal que superen el atasco en los juicios orales, con su celeridad trasladarán, vienen ya trasladando, el atasco al momento de la ejecución de la Sentencia.

La ejecución no es susceptible de normas alternativas de celeridad. O, al menos, hasta ahora no se han producido.

Es más, penas alternativas a las cortas de prisión, como el arresto de fin de semana, en cuanto implican una ejecutoria de constante o periódica actividad, son particularmente gravosas para la oficina judicial, de tal modo que, al menos en algunos casos, no son las preferidas de los órganos judiciales.

Hechas estas consideraciones iniciales, se señalan algunas otras en relación con el catálogo de cuestiones que sugiere la Secretaría Técnica para el debate.

1. OBLIGATORIEDAD DEL SEÑALAMIENTO INMEDIATO DEL JUICIO. ALCANCE Y CRITERIOS

La innovación introducida por la Ley Orgánica 2/98 no ha producido ninguna alteración práctica en la actividad de los Juzgados ni en la del Ministerio Fiscal.

Ha sido estimación generalizada y pacífica que la discrecionalidad reconocida antes de la Ley Orgánica 2/98 se basaba en dos precisiones del precepto:

- la del segundo párrafo del artículo 790.1 («tan pronto como el juez de instrucción considere que existen elementos suficientes [...]») y
- cuando, en el mismo párrafo, establecía que «el traslado [...] podrá efectuarse [...]».

A ello se añadía la discrecionalidad otorgada al Ministerio Fiscal en el tercer párrafo del artículo 790.1 («podrá presentar, de inmediato [...]»). Y, en el artículo 790.2, primer párrafo, el Ministerio Fiscal «podrá instar [...]», solicitud que es vinculante para el Instructor.

La innovación imperativa de la Ley Orgánica 2/1998 no altera el sentido discrecional del conjunto de la norma en su redacción precedente, sino que viene condicionada a la previa apreciación discrecional de las exigencias condicionantes, las cuales permanecen inalteradas.

De los requisitos exigibles (flagrancia, alarma, detención y suficiencia de pruebas) en la práctica tan sólo se atienden los Juzgados, y los Fiscales, a la suficiencia de pruebas y a la detención, pues esta última es la única manera eficaz y segura de cumplir la exigencia de audiencia previa como imputado, y de producir la «simultánea citación» para la celebración del juicio oral, en la persona del acusado, al solicitar el Fiscal la inmediata apertura del juicio oral en el propio servicio de guardia.

La referencia legal a la flagrancia o evidencia de los hechos no viene constituyendo un presupuesto imprescindible. Pero, de hecho, los delitos que suelen ser objeto de este modelo o variante procesal generalmente

son conductas de ejecución inmediata, de intervención policial subsiguiente, en muchos casos, sobre todo en robos y hurtos, en grado de tentativa, y en los tráficos de drogas, conductas de comercio minorista, o de «trapi-cheo».

2. INFRACCIONES PENALES SUSCEPTIBLES DE JUICIO INMEDIATO

La Instrucción 6/1992 establecía un catálogo concreto de delitos que deberían o podrían ser juzgados con el sistema de máxima celeridad.

La experiencia práctica, a lo largo de los años de vigencia de la norma, no alterada, como se ha dicho, por la Ley Orgánica 2/1998, se recoge en el siguiente cuadro de la Memoria del Juzgado Decano de Barcelona.

DELITOS	1992	1993	1994	1995	1996	1997	TOTAL
Abusos deshonestos	0	1	2	1	0	0	4
Agresión	0	2	1	2	0	0	5
Agresión sexual	3	1	5	6	3	1	19
Allanamiento morada	0	3	2	4	1	0	10
Amenazas	3	17	7	10	7	3	47
Daños	9	26	25	22	25	20	127
Apropiación indebida	6	5	1	2	2	1	17
Atentados Agentes de la Autoridad	6	18	32	17	19	11	103
Desobediencia a la Autoridad	0	5	0	0	1	0	6
Desorden público	0	5	5	2	3	2	17
Detención ilegal	1	0	0	0	0	0	1
Estafa	4	23	6	11	10	2	56
Exhibicionismo	2	1	2	8	2	0	15
Falsificación	9	7	18	20	3	2	59
Hurto	36	158	292	288	228	189	1.251
Lesiones agres.	5	7	6	10	7	4	39
Receptación	6	0	15	10	12	4	47
Resistencia	8	0	1	18	8	4	39
Robo sin especificar modo	759	606	473	440	379	331	2.891
Robo fuerza	0	683	781	802	595	410	3.271
Robo intimidación	0	108	120	99	28	3	358
Robo frustrado	0	7	9	3	1	0	20
Tentativa robo	0	19	21	16	12	5	73
Salud pública	160	315	390	422	394	335	2.016
Seguridad tráfico	5	552	907	1.001	1.014	1.002	4.481
Tenencia de armas	0	0	1	0	0	1	2
Tenencia útiles robo	2	0	3	5	0	0	10
U.I.V. Motor	29	49	63	66	33	18	258
Otros	1	4	7	5	4	14	35

Sobresale, como puede verse, que la mayoría de las infracciones penales, desde 1992 a 1997, viene constituida por las siguientes:

Contra seguridad tráfico: 4.448.
Robo fuerza: 3.271.
Robo sin especificar modo: 2.891.
Contra la salud pública: 2.016.
Hurto: 1.251.

3. DISPONIBILIDADES MATERIALES NECESARIAS EN EL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN

El sistema de información inmediata de antecedentes penales funciona con eficacia satisfactoria.

La disponibilidad de peritos e intérpretes es suficiente. Además, la pericial *in situ* suele ser de valoración de daños o de objetos sustraídos, que se efectúa «a ojo de buen cubero», sin auxilio de otra ciencia o técnica que la inmediata apreciación. Cuando son necesarias otras diligencias, no se sigue el trámite del juicio rápido.

Los análisis de las drogas ocupadas se efectúan por los laboratorios de la Delegación de Sanidad y del Instituto de Toxicología. Existe un reparto de competencias entre ambos, de modo que determinados cuerpos o unidades policiales remiten las muestras a una Institución, y otros a la otra, cumpliéndose el cometido con razonable satisfacción y celeridad.

No existe ninguna dotación de medios telemáticos ni informáticos, ni en el Juzgado, ni en la Fiscalía, en los Juzgados de Guardia de Barcelona, conectados con bases de datos o instituciones, que permitan servirse de dichos medios técnicos.

4. EL SERVICIO DE GUARDIA DE LOS JUZGADOS DE LO PENAL Y DE LAS SECCIONES DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Se viene sosteniendo, desde esta Fiscalía, la conveniencia de reconvertir uno de los Juzgados de Guardia de Detenidos en Juzgado de lo Penal de Guardia.

Una de las razones de ello es que, con la experiencia acumulada desde la instauración de tres Juzgados de Detenidos, se ha podido llegar a la conclusión de que la carga de trabajo de la Guardia de Barcelona se podría soportar con dos Juzgados de Detenidos, sin menoscabo de las garantías, merma de la calidad del trabajo, ni agobio de los funcionarios, Jueces y Fiscales.

Ello permitiría la celebración de juicios inmediatos en el propio día de la Guardia, siempre que se produjeran determinados breves retoques en los preceptos procesales.

A ello hacía referencia la propuesta de reforma del artículo 790 que, para estudio interno, formuló esta Fiscalía el año pasado, y que a continuación se transcribe:

Explicación del objetivo de la propuesta

La reforma operada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, introdujo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal un sistema que pretende imprimir mayor celeridad al proceso penal en determinados casos.

En el párrafo octavo del artículo 790.6 se introduce una fórmula de celeridad superior, dentro de la propia reforma, para los supuestos de conformidad que señala, de modo que, al permitirse la citación sin atenerse al plazo de diez días previsto en el párrafo quinto, cabe la celebración del juicio oral incluso en las 24 horas siguientes.

La máxima celeridad del párrafo octavo, extendida a otros supuestos ahora no previstos por la Ley, permitiría liberar a la oficina judicial de la carga de la tramitación de una parte relevante de las causas que le son atribuidas, y, con la mayor proximidad en el tiempo, significaría una menor perturbación a los ciudadanos víctimas y testigos y dotaría de mayor eficacia a la actuación judicial.

El riguroso respeto al efectivo ejercicio del derecho de defensa se manifiesta en diversos preceptos de la norma reformada en 1992, y especialmente en la introducción del plazo de diez días del párrafo quinto del artículo 790.6. Sin embargo, dicho plazo no entraña, por sí mismo, una garantía, sino que establece el marco temporal en que el derecho de defensa pueda, efectivamente, desarrollarse.

En una proporción muy elevada de casos, las pruebas de que ha de servirse la defensa obran desde el inicio en la causa, sean testificales, periciales o documentales, de tal modo que el plazo de diez días del párrafo quinto del artículo 790.6 resulta innecesario como garantía del efectivo derecho de defensa, y, por lo tanto, su observancia resulta simplemente dilatoria.

Para dichos casos, parece conveniente extender la excepción del párrafo octavo del artículo 790.6, de tal modo que este párrafo contenga la regulación de los supuestos en que cabe celebrar el juicio oral dentro de los diez días siguientes a la incoación de la causa, sin merma del efectivo ejercicio del derecho de defensa.

Con este criterio se propone la nueva redacción del artículo 790.6, octavo párrafo, en la que se contiene la totalidad de la vigente norma, y se añade el nuevo supuesto, habiéndose producido una alteración en la construcción de la frase por razones exclusivamente literarias.

Texto que se propone para el artículo 790.6 octavo párrafo:

«La citación ante el Juzgado de lo Penal o, en su caso, la Audiencia Provincial, podrá realizarse por el Juzgado de Instrucción, incluso en su servicio de Guardia, de la forma más inmediata posible, y sin atenerse, necesariamente, al plazo previsto en el párrafo quinto de este apartado:

1.º) En los supuestos de conformidad con los hechos a que se refiere la regla 5.ª del apartado 5 del artículo 789 y de conformidad con la pena a que se refiere el apartado 3 del artículo 791.

2.º) Cuando en los escritos de defensa y proposición de prueba a que se refiere el párrafo séptimo de este apartado los medios de prueba propuestos consten ya en la causa, o puedan ser aportados inmediatamente sin precisar transcurso de tiempo.»

5. ORGANIZACIÓN INTERNA DEL SERVICIO DE GUARDIA EN EL SENO DE LAS FISCALÍAS

La organización de los servicios, tanto de Fiscales como de personal auxiliar y de locales, en la ciudad de Barcelona, no plantea ningún problema y viene desarrollándose con absoluta fluidez desde 1992. El resultado de su actuación puede verse en el cuadro de la página siguiente.

En él se observa que, correlativamente, a cifras globales de descenso constante de la cifra de criminalidad, se produce un decrecimiento de juicios señalados para su celebración como «juicios rápidos». Asimismo, es de destacar la proporción de esta variedad procesal en relación con la totalidad de los procedimientos abreviados, alcanzando casi las tres cuartas partes en la ciudad de Barcelona.

En las ciudades principales de la Provincia la experiencia no puede ser más negativa.

En Hospitalet de Llobregat (255.000 habitantes) tan sólo se ha señalado, durante 1998, un juicio rápido, por conducción etílica.

En Sabadell (186.000 habitantes) al esfuerzo desplegado por la Fiscalía para implantar el sistema no ha sido acompañado del éxito.

Seguidamente se reproduce el informe elevado a la Jefatura por el Fiscal de Sabadell encargado de coordinar la implantación de los juicios rápidos, por el extraordinario interés de los detalles prácticos que plantea, los cuales se reproducirán, como problemas y posibles soluciones, en otras poblaciones de sus características y dimensiones.

Juicios rápidos en el Partido Judicial de Sabadell

«Excmo. Señor: Tras la experiencia de Barcelona, que reveló la utilidad y conveniencia de la tramitación ante el propio Juzgado de Instrucción de guardia de los procedimientos abreviados que, por tratarse de delitos flagrantes o de escasa labor instructora, así lo permitieran, esto es, los llamados “juicios rápidos”, los Fiscales adscritos a la Adscripción Permanente de Sabadell plantearon al Decanato de los Juzgados de Sabadell la posibilidad de emular la experiencia en el partido judicial, habida cuenta de que la estructura de los órganos judiciales parecía idónea para su aplicación: nueve Juzgados de Instrucción, dos Juzgados de lo Penal y una Adscripción Permanente de la Fiscalía con ocho plazas de Fiscales y Abogados Fiscales.

«JUICIOS RÁPIDOS» EN BARCELONA

Juzgados Penal BCN	1994	1995	1996	1997	1998
Señalados		2.935	2.773	2.243	2.260
Suspendidos	506 (15%)	414 (14,10%)	427 (15,39%)	328 (16,70%)	195 (14,18%)
Sentencias condenatorias	93,5% (1)	2.351 (93,24%)	2.201 (95,3%)	1.650 (95,16%)	1.317 (95,78%)
Sentencias absolutorias	6,5% (1)	170 (6,79%)	108 (4,6%)	84 (4,84%)	58 (4,12%)
Audiencia Provincial					
Señalados	(1)	204	480	623	415
Suspendidos	(1)	16 (7,84%)	82 (16,87%)	137 (22,73%)	(2)
Sentencias condenatorias	86% (1)	148 (84,93%)	336 (86,8%)	462 (88,67%)	239 (90,5%)
Sentencias absolutorias	14% (1)	28 (15,07%)	51 (13,1%)	59 (11,33%)	25 (9,5%)
TOTAL SEÑALADOS	3.366	3.239	3.253	2.866	2.675
Porcentaje sobre procedimientos abrev. ...	41,5%	76,4%	72,2%	73,4%	(2)

(1) No se dispone de otros datos.

(2) Dato todavía no precisado.

La respuesta del Decanato y de la mayor parte de los Jueces de Instrucción fue positiva, y especialmente proclives a la experiencia se mostraron los Jueces de lo Penal, que de inmediato prestaron su colaboración al proyecto reservando un día específico de cada semana (los viernes) para el señalamiento de las vistas orales de los procedimientos abreviados. Así se refleja en el informe elevado en fecha 20 de marzo de 1996 al Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña por los Fiscales del Destacamento ("Dos propuestas de los Fiscales de Sabadell"), cuya primera propuesta, la posibilidad de celebrar juicios rápidos en Sabadell, se transcribe a continuación:

El partido judicial de Sabadell está servido por 9 Juzgados de Primera Instancia e Instrucción. La Adscripción Permanente de la Fiscalía tiene asignadas cinco plazas de Abogado Fiscal y dos plazas de Fiscal (hoy son tres), aunque actualmente sólo prestan servicio en la adscripción seis Abogados Fiscales, cada uno de los cuales tiene asignada la instrucción correspondiente a un Juzgado y medio. Se realizan guardias semanales de lunes a viernes, desde la última reasignación de los servicios de guardia en la provincia, estando cubiertas las guardias los fines de semana (desde las 15 horas del viernes a las 24 horas del domingo) por el servicio centralizado en la sede de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia. La cadencia de las guardias es, lógicamente, de una cada seis semanas para cada Fiscal, totalizando aproximadamente cuarenta y cinco días de guardia al año por cada Fiscal (más o menos los mismos días de guardia que los Fiscales de la capital).

El servicio de guardia, desde la última reorganización, no se presta en el Juzgado a que cada Fiscal está adscrito, esencialmente porque los Juzgados de Instrucción de Sabadell realizan guardias de jueves (desde las 0 horas) a miércoles (hasta las 24 horas), sistema incompatible con la asignación semanal de servicios que se lleva a cabo en la Fiscalía de Barcelona. No obstante, esta circunstancia no suele plantear problemas de consideración.

Los Jueces de Sabadell, tanto los de Instrucción (especialmente el Juez Decano) como los de lo Penal (dos Juzgados), se muestran dispuestos a colaborar en la realización de juicios rápidos. Los Juzgados de lo Penal han reservado un día semanal (los viernes) específicamente para la celebración de las vistas de los juicios rápidos, turnándose alternativamente los Juzgados de lo Penal números 1 y 2 en su celebración.

Las experiencias realizadas hasta el momento en la celebración de juicios rápidos han puesto de relieve algunos problemas, no insolubles, relacionados esencialmente con la falta de determinados medios técnicos o personales. Hasta ahora, en los escasos juicios rápidos celebrados, dichos problemas se solucionaban con un sistema de señalamientos holgados, esto es, se señalaban para su celebración entre 15 y 20 días después de la calificación, lo que permitía subsanar estas deficiencias mediante la práctica de las diligencias necesarias durante dicho periodo de tiempo y antes de remitir los autos al Juzgado de lo Penal. Incluso determinadas diligencias, como la petición de antecedentes penales de los acusados, son solicitadas por el propio Juzgado de lo Penal.

Los problemas más frecuentes son:

— Tasación pericial de efectos o daños: Para aquellas calificaciones que necesitan ineludiblemente una tasación pericial de efectos (robos con fuerza, hurtos, utilizaciones ilegítimas de vehículos de motor o de ciclomotores —éstos a partir de la entrada en vigor del Código Penal de 1995—) o de daños (delito de daños intencionados) no se cuenta en Sabadell con perito judicial adscrito a los Juzgados. No obstante, viene prestando tales funciones un perito tasador diplomado, quien cuen-

ta incluso con un despacho en la oficina del Decanato de los Juzgados, así como con un teléfono móvil en el cual puede ser localizado en cualquier momento. Tras haberle sido planteada la cuestión, se ha mostrado dispuesto a realizar tasaciones periciales para los juicios rápidos, incluso, si fuere el caso, por teléfono, con posterior entrega del dictamen escrito.

— Para aquellas calificaciones que precisen una tasación pericial de daños o efectos en orden exclusivamente a determinar la responsabilidad civil derivada del delito, y no la calificación penal del delito mismo, es posible, según los casos, acudir al mismo perito, o bien realizar la calificación y solicitar en el escrito, por Otrosí, la determinación de los daños o perjuicios a indemnizar o reparar en ejecución de Sentencia.

— Análisis de drogas: Cuando se trate de delitos contra la salud pública por tráfico de drogas o sustancias estupefacientes, el problema será de más difícil solución. Pueden calificarse sin más, y solicitar por Otrosí los análisis, los asuntos de tráfico de haschís o derivados del cánnabis, que por sus inconfundibles características físicas hacen prácticamente imposible la emisión de una calificación infundada; pero tratándose de opiáceos, derivados anfetamínicos o barbitúricos, resulta imprescindible contar con la seguridad del análisis toxicológico antes de remitir al Juzgado la calificación, pues los “Droga-Test” utilizados por las fuerzas policiales no son, ni mucho menos, infalibles. Además, en estos casos puede resultar necesario el análisis de pureza de la droga en orden a determinar el tipo aplicable (cantidades de notoria importancia). Puede acudirse para ello al mismo sistema que se viene utilizando en los Juzgados de Guardia de Barcelona, esto es, a utilizar los servicios del Cuerpo Nacional de Policía para trasladar con urgencia las drogas al Laboratorio Territorial de Drogas y para trasladar posteriormente los resultados del análisis al Juzgado de Guardia de Sabadell, idealmente al mismo tiempo que son puestos los detenidos a disposición judicial. Siempre que sus medios personales lo permitan, se puede contar con la buena disposición a este respecto de la Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía de Sabadell.

— Delitos contra la seguridad del tráfico: Los atestados que realiza la Policía Municipal de Sabadell son completos y detallistas en cuanto a la descripción de los síntomas externos de los detenidos. Los únicos problemas surgen a la hora de calificar asuntos en los que concurren accidentes de tráfico con lesiones o daños. El tratamiento de los daños materiales puede seguir las vías ya expuestas. La calificación de los asuntos en que hayan ocurrido lesiones deberá diferirse, en la mayoría de los casos, al momento del informe de sanidad que emita el Médico-Forense, sin perjuicio de que en casos particulares, y por la escasa relevancia de las lesiones, pueda calificarse y posponer la fijación de las responsabilidades civiles a la ejecución de la sentencia que, en su caso, se dicte.

— Tiempo en que los detenidos son puestos a disposición judicial: Viene siendo práctica constante en las Guardias de Sabadell la puesta a disposición judicial de las personas detenidas por el Cuerpo Nacional de Policía y, en menor medida, por la Policía Municipal de Sabadell, a última hora de la mañana, esto es, hacia el mediodía. Naturalmente, tal circunstancia influye de forma negativa sobre la posibilidad de realizar juicios rápidos, pues conlleva el tener a todo el personal del Juzgado, a los detenidos y a los Letrados de Guardia a la espera de la calificación del Fiscal. El problema radica, por un lado, en la propia organización de la Comisaría de Sabadell, que carece del personal suficiente para practicar en horas nocturnas la totalidad de las diligencias, y por otro, en la excesiva tardanza que, a menudo, sufren las diligencias policiales por la no presentación del Letrado de guardia sino hasta la mañana siguiente a la noche en que son avi-

sados de la necesidad de su presencia. Este último problema se reproduce también en el Juzgado de Guardia y será objeto de tratamiento en reunión con el Decano del Colegio de Abogados de Sabadell. Por otra parte, el Juez Decano de Sabadell se muestra reacio a remitir una orden genérica a la Comisaría de Sabadell imponiéndoles una hora límite de presentación de detenidos en el Juzgado de Guardia. No obstante, es de esperar que, si efectivamente entra en vigor la parte del Reglamento del Consejo General del Poder Judicial que ha quedado diferida hasta mediados del mes de abril, desaparezca el problema, bien que sea a costa de la permanencia del Fiscal en el Juzgado de Guardia durante las tardes. Otras posibles soluciones al problema serían:

— Posponer la entrega de la calificación hasta el día siguiente al de puesta a disposición judicial de los detenidos, con citación para tal fecha del imputado y de su Letrado, a fin de efectuar las notificaciones correspondientes, sistema que se ha practicado con éxito en las Guardias de Sabadell y que además serviría para solucionar el problema de los juicios rápidos durante el fin de semana, toda vez que los Fiscales de guardia de fin de semana no cubren este tipo de incidencias.

— Instruir a la Comisaría del Cuerpo nacional de Policía de Sabadell, así como a la Jefatura de la Policía Local de Sabadell, de la necesidad de remitir al Juzgado de Guardia los atestados a una hora determinada de la mañana (por ejemplo, antes de las 10,30 horas), aunque los detenidos sean trasladados con posterioridad, a fin de que el Fiscal pueda realizar la calificación aun antes de recibir declaración a los detenidos.

— Petición de antecedentes penales: Pese a que raramente son remitidos inmediatamente por el Registro Central, aunque sean solicitados con urgencia a través del "fax" de Fiscalía, este problema, conforme a lo señalado anteriormente, es fácilmente soslayable.

La práctica reveló otros problemas imprevistos. Así, algunos Jueces de Instrucción no creyeron conveniente alterar su sistema de trabajo dando adecuada tramitación a los asuntos que el Fiscal calificaba en el propio servicio de guardia; este problema, además, se agravaba a causa de la gran movilidad de los Jueces del partido, que en su mayoría eran Magistrados recién ascendidos que ocupaban la plaza de forma cuasi provisional, a la espera de obtener plaza en destinos de su elección, por lo que la media de permanencia de los Jueces en las plazas de Sabadell era de uno a dos años. Por otra parte, cuando el enjuiciamiento de algún asunto no correspondía al Juzgado de lo Penal, sino a la Audiencia Provincial, el problema se presentaba al ser asignado al acusado el correspondiente Abogado del turno de oficio. Puesto que Barcelona y Sabadell cuentan cada una con su propio Colegio de Abogados y turno de oficio propio, sucedía que, en la fecha señalada para la vista oral ante la Audiencia Provincial, el Colegio de Abogados de Barcelona no había aún designado al Letrado del turno de oficio que debía asistir a la vista, con lo que la finalidad práctica del juicio rápido, que era necesario aplazar, se perdía.

Por otra parte, la última reorganización de la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal incluyó el partido judicial de Cerdanyola del Vallés (cinco Juzgados de Instrucción) en la Adscripción Permanente de Sabadell, aumentando considerablemente la carga de trabajo de los Fiscales del destacamento y dificultando la calificación de los juicios rápidos, al ser necesario atender guardias en dos partidos judiciales simultáneamente.

Las cifras exactas de procedimientos abreviados calificados como juicios rápidos durante los años 1995, 1996 y 1997 son difíciles de obtener, pues no se previó un registro especial de dichos procedimientos, sino que obran registrados en los

libros y los sistemas informáticos del destacamento como procedimientos abreviados ordinarios. Tras consulta del Fiscal informante con varios de los Fiscales adscritos al destacamento durante estos años, resulta que las cifras aproximadas oscilan entre 20 y 26 calificaciones anuales propuestas al Juzgado como juicios rápidos en los respectivos servicios de guardia de cada Fiscal. Esto supone aproximadamente un 10%-15% de las calificaciones anuales de cada Fiscal de Sabadell (entre 140-200), cifra que parece aceptable como punto de partida. El número de juicios rápidos realmente celebrados es inferior, pues como ya se ha apuntado, no todos los Jueces de Instrucción del partido aceptaban tramitar como rápidos los procedimientos en que el Fiscal de guardia así lo interesaba, entregando en el Juzgado el correspondiente escrito de conclusiones provisionales.

Tras la reorganización de los servicios de guardia de la Fiscalía en los partidos judiciales de Barcelona (a excepción de la capital), originada por el sistema de retribuciones a los Fiscales de guardia que el Ministerio de Justicia decidió adoptar (sólo se retribuyen cuatro guardias por semana), cada Fiscal se hace cargo del servicio de guardia de una cuarta parte de la provincia (unos 6 partidos judiciales por Fiscal). Como consecuencia, el Fiscal está en permanente traslado de uno a otro partido, y resulta materialmente imposible la continuidad del sistema de juicios rápidos establecido en Sabadell. En 1998 sólo se calificaron 5-7 juicios rápidos por Fiscal, y ninguno desde la implantación del nuevo sistema de guardias.

Fdo. El Fiscal Javier Rodríguez Blanco.»

La actual organización del servicio de guardia fuera de la ciudad de Barcelona, derivada de su retribución, ha exigido poner fin al sistema previamente vigente, que permitía disponer de un Fiscal de Guardia en cada una de las nueve Adscripciones Permanentes de la Provincia.

La retribución tan sólo a cuatro Fiscales de Guardia de provincia obliga a reordenar el servicio, el cual se sirve por cuatro Fiscales, partiendo de la ciudad de Barcelona con vehículos oficiales.

Este objetivo retroceso en la presencia del Ministerio Fiscal en la provincia ha producido, como uno de sus indeseados efectos, que los Fiscales no se encuentren constantemente ante el Juzgado, lo cual repercute, de hecho, en la imposibilidad de articular, en la práctica, los recursos necesarios para la formulación inmediata de la acusación.

6. VISADO DE LAS CALIFICACIONES

La práctica que se viene observando es que el visado se realiza al día siguiente, dejando el visador, si procede, nota bastante para la modificación de conclusiones en el juicio oral.

No obstante las dificultades y limitaciones que el sistema significa para la práctica tradicional del visado, parece conveniente su mantenimiento, porque algunos de sus efectos positivos pueden y deben mantenerse.

**REVISTA
DEL
MINISTERIO FISCAL**

III. Inmigración ilegal

INMIGRACIÓN ILEGAL

JOSÉ RAMÓN ÓNEGA LÓPEZ

Director Gral. de Política Interior. Ministerio del Interior

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ASPECTOS ESPECÍFICOS: 1. *Expulsión de extranjeros encartados en causas judiciales y de extranjeros condenados.* 2. *Internamiento de extranjeros para expulsión. Circular de la Fiscalía General del Estado de 1991.* 3. *Problemática de los menores extranjeros en situación de desamparo.* 4. *Actuación del Ministerio Fiscal en el artículo 107.4 del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985.*

España se ha convertido en un país receptor de inmigración. Así, en 1980, el conjunto de la población extranjera en España era de 182.000 personas, que representaba un 0,5 por 100 de la población total, y a finales de 1998 alcanza ya la cifra de 650.000 personas, lo que representa un 1,50 por 100 de la población total.

Puede observarse el ascenso constante que se ha producido en un período de 15 años, aún cuando esta tasa de población extranjera sea inferior a la existente en otros países del ámbito europeo como Francia, Alemania, Bélgica, Reino Unido, donde la tasa de inmigración alcanza del 7 al 10 por 100 de la población general.

Los colectivos de población extranjera residente legal, a 31 de diciembre de 1997, están constituidos por ciudadanos de Marruecos, Reino Unido, Alemania, Portugal, Perú, República Dominicana, Argentina, Estados Unidos y Filipinas.

En cuanto a los datos de extranjeros rechazados y expulsados, mayoritariamente proceden del norte de África (Marruecos y Argelia), y de Iberoamérica (Colombia, Perú y Ecuador).

II. ASPECTOS ESPECÍFICOS

1. EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS ENCARTADOS EN CAUSAS JUDICIALES Y DE EXTRANJEROS CONDENADOS

a) *Exposición de los puntos problemáticos*

La Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, en su art. 21.2, dispone:

«Cuando un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves, entendiéndose por tales los castigados en nuestro ordenamiento jurídico con una pena entre seis meses y un día y seis años, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su salida de España, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión, si está incurso en alguno de los supuestos del artículo 26.1.

Si el extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el Juez o Tribunal podrán acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las penas que le fueren aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuere impuesta.»

Estos artículos fueron desarrollados en el Reglamento de ejecución de la Ley por el artículo 106, apartado 1 (dedicado a los encartados o incurso en delitos a los que se les haya incoado expediente de expulsión) y apartado 2 (dedicado a los extranjeros condenados por sentencia firme), en los cuales se menciona expresamente al Ministerio Público como el encargado de interesar de la autoridad judicial la autorización de la expulsión —que será gubernativa, en el primero de los casos, así como en el descrito en el 26.3 de la Ley— o de solicitar la expulsión por decisión judicial del condenado.

Por su parte, también el Código Penal de 1995 establece en su capítulo III, Sección 2.^a, la sustitución de las penas privativas de libertad y así en el artículo 89 regula la sustitución del cumplimiento de la pena en su totalidad, o en sólo una parte, de los extranjeros que hayan sido condenados en nuestro país, siendo siempre el Ministerio Fiscal el que a su instancia habrá de acordarla.

No hay que olvidar que en 1994 se dictó una importantísima Circular por la Fiscalía General del Estado en la que se determinaba la intervención del Ministerio Público tanto en los casos en que el extranjero se encuentre encartado en un procedimiento penal como en los casos en que ya haya sido condenado por sentencia firme.

En el primero de los casos —extranjeros encartados— el informe del Fiscal es preceptivo y previo a la autorización judicial para la expulsión gubernativa del extranjero. De esta forma, el Fiscal valora o no la procedencia de ejercitar la acción penal vistas las circunstancias del caso concreto. Por tanto, si el Fiscal informa favorablemente la expulsión del extranjero, la acción penal queda en suspenso hasta que se obtenga la ulterior autorización judicial de la expulsión del extranjero.

En el segundo de los casos —extranjeros condenados por sentencia firme— la audiencia del Fiscal es obligada, dado que si la medida afecta a la ejecución de la condena, ésta no puede acordarse sin oír al Fiscal, a quien corresponde, según se establece en su Estatuto Orgánico, velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público.

Un problema importante es, en bastantes ocasiones, la dificultad existente para la expulsión de delincuentes extranjeros, a pesar de la previsión legal.

El mencionado artículo 21.1 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, establece la posibilidad de que por el Juez se autorice la salida del territorio nacional de un extranjero incurso en causa de expulsión aunque se encuentre encartado en un procedimiento judicial por la comisión de un delito menos grave.

Sin embargo, con alguna frecuencia, y por causas diferentes, resulta inviable, en la práctica, llevar a cabo estas expulsiones. Unas veces, tal dificultad aparece en la insuficiencia de pruebas aportadas por los funcionarios policiales que tramitan las primeras diligencias, y otras, en el diferente criterio que la interpretación legal sugiere a la autoridad judicial.

La Memoria de la Fiscalía para 1997 ha destacado el bajo número de expulsiones llevadas a cabo en nuestro país, en relación con el número de extranjeros encartados en causas judiciales. A este respecto, se da la paradoja de que resulta más fácil expulsar del territorio español a un extranjero que se encuentra ilegalmente en España, pero que no ha cometido ningún delito, que a otro extranjero, igualmente ilegal, en muchos casos, que aparece como presunto autor responsable de un delito menos grave.

Otro efecto no deseado estaría en la masificación penitenciaria sumada a la escasa entidad de los delitos en cuestión, que favorece el hecho de que tales extranjeros permanecen normalmente en libertad condicional, lo que a veces les permite cometer nuevos delitos del mismo tipo, acumulando detenciones y consiguientes causas. En estos casos, el sistema penal no contempla, por el momento, los resortes suficientes que permitan resolver esta disfunción, por lo que la autoridad gubernativa, responsable de ejecutar la expulsión, se ve imposibilitada para hacerlo. Para ello, bastaría incluso que algún Juez, inadvertidamente, que conociese de los diversos sumarios abiertos al extranjero presunto delincuente, no proveyese lo necesario en relación con la petición gubernativa de autorización de expulsión.

Además, habría que recordar la situación que se producía antes del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, en la que había ciertas deficiencias en la colaboración entre la Administración penitenciaria y las autoridades gubernativas y policiales, dado que eran numerosos los casos en los que un delincuente extranjero que se hallaba incurso en causa de expulsión abandonaba la prisión al cumplir la condena, sin que se hubiera llevado a cabo la incoación del expediente de expulsión por desconocerse la inminencia de su puesta en libertad.

Para ello, en 1996, al acometerse la reforma del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica, se estableció en el art. 117 la llamada «comunica-

ción interorgánica», primero, entre la autoridad gubernativa y judicial, a la vez que con el Ministerio Público, una vez que, autorizada la expulsión por el Juez, ésta se vaya a materializar o no pueda serlo por determinadas razones.

En esta comunicación entre órganos tiene, sin duda alguna, un papel esencial el Ministerio Fiscal, dado que cuando conozca que un extranjero se encuentra imputado en un procedimiento por delito menos grave y pudiera estar incurso en causa de expulsión, sin que hubiera sido incoado el correspondiente expediente administrativo sancionador, lo pondrá de manifiesto a los efectos oportunos.

En la realidad parece observarse una cierta disfunción dimanante del hecho de que al Ministerio Público no le es posible actuar con la eficacia deseada, principalmente porque la documentación concerniente al extranjero no es suficiente o carece de precisiones esenciales para que el Fiscal pueda ejercer su función con un mínimo de rigor que permita resolver en consecuencia a la autoridad judicial.

Resultaría necesario en este sentido, revisar las disfunciones que se producen al respecto, a fin de lograr que las previsiones legales de expulsión, puedan cumplirse en sus propios términos, tanto en lo referente a los extranjeros imputados en la comisión de un delito menos grave como en los condenados por sentencia firme.

b) *Propuestas de actuación para solucionar estos problemas*

Sería deseable, por tanto, proceder a la revisión de los actuales esquemas de actuación, descubriendo los ángulos y espacios en que se producen aquellas disfunciones, y ello tanto en la esfera administrativa o gubernativa —policial singularmente— como en el tramo del procedimiento judicial, en el que al Ministerio Fiscal competen actuaciones de singular relieve y al Juez, naturalmente la decisión última y definitiva.

Las previsiones contenidas en la ilustrativa Circular de la Fiscalía General 1/94, especialmente el contenido del número IV, permiten, sin duda, enmarcar el nivel y contenido de actuaciones necesario a este respecto:

- El seguimiento de todas las causas que puedan estar abiertas contra un mismo extranjero a fin de que cuando se solicite la expulsión, no quede retenido por alguna de ellas (apart. 2.º).
- El mantenimiento de reuniones periódicas con las autoridades penitenciarias y gubernativas para la adopción de decisiones que permitan asegurar la efectividad de las expulsiones que se autoricen o acuerden en el ámbito judicial (apart. 3.º).

- La revisión de las ejecutorias, referentes a los listados de penados, para que en su caso se proceda a su expulsión (apart. 4.º) así como en relación con los preventivos (apart. 5.º).

A su vez, resultaría necesario que la actuación policial, y la gubernativa en general, pudiera igualmente, en el marco de sus competencias, incrementar aquella intensificación de esfuerzos colaborando eficazmente con el Ministerio Fiscal para conseguir los objetivos señalados en la normativa.

2. INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS PARA EXPULSIÓN. CIRCULAR DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO DE 1991

a) *Exposición de los puntos problemáticos*

El artículo 26.2 de la Ley Orgánica 7/85 permite proceder al internamiento de un extranjero en centros que no tengan carácter penitenciario cuando se le esté instruyendo un expediente de expulsión por las causas contenidas en el art. 26.1.a) *encontrarse ilegalmente en España*, c) *estar implicado en actividades contrarias al orden público*, y f) *carecer de medios lícitos de vida*.

Para ello se podrá proceder a la detención cautelar o preventiva. En el plazo de 72 horas, la autoridad gubernativa que acordara tal detención deberá dirigirse a la autoridad judicial del lugar en el que hubiese sido detenido el extranjero y solicitará su internamiento en un centro de los citados. Este internamiento no podrá exceder de 40 días.

La Fiscalía General del Estado, en su Circular 6/91, de 23 de octubre, estableció una serie de reglas, que ya fueron recomendadas en su día por el Defensor del Pueblo, tales como evitar el internamiento en centros de carácter penitenciario o Comisarías de Policía, la excepcionalidad de la medida del internamiento, la disponibilidad del Juez en todo momento del extranjero, o el plazo máximo por el que se pueden autorizar estos internamientos, así como el seguimiento por parte de la Fiscalía de aquellos.

Además establece la obligación de que se les notifiquen los Autos de internamiento para el control de la efectividad de las garantías antes mencionadas y, si éstas no se han cumplido, ejercitar los recursos que autoriza el ordenamiento jurídico.

La práctica, en cambio, arroja algunas disfunciones a este respecto.

Así, si la autoridad judicial no concediese el internamiento del extranjero sujeto a un expediente de expulsión, se daría el caso de que la expulsión no pudiera llevarse a cabo, ante la imposibilidad de localizar al extranjero una vez que, concluido el expediente, se dicta la resolución de expulsión.

Además, tal expulsión, de ejecutarse, se efectuaría meses o años después, y con frecuencia tras una nueva detención derivada de un control de identidad, comisión de un delito, o cualquier otra actuación policial.

Este problema se complicaría todavía más si la autoridad judicial acordase no conceder ningún internamiento si previamente no hubiese recaído resolución de expulsión contra el extranjero. Tal es el caso de algunos lugares donde la Junta de Jueces se pronunció, sin duda justificadamente, en este sentido.

Sería por ello muy positivo, y aun necesario, conjugar la diversidad de criterios a veces existente, en aras de alcanzar una mayor seguridad jurídica, en la interpretación de las leyes de extranjería y, en particular, en la aplicación del procedimiento sancionador.

Sobre este mismo punto se observan también otros particulares:

- Posibilidad de no autorización del internamiento de un extranjero que ha estado internado con anterioridad por el mismo expediente de expulsión, o por otro distinto, o cómputo de los días de internamiento ya concedidos, aunque haya sido meses o aún años antes, a efectos del límite máximo de cuarenta días.
- Posible negativa a autorizar el traslado de un extranjero internado en un Centro no penitenciario a otro Centro del mismo tipo, pero en distinta localidad, por entender que se halla a disposición exclusiva del Juez que acordó dicho internamiento.
- Posible admisión a trámite, en algunos casos, de recursos de Hábeas Corpus interpuestos por extranjeros internados en Centros no penitenciarios, que manifiestan estar detenidos ilegalmente, y ello a pesar de que sea la autoridad judicial la que autorizase dicho internamiento.

b) *Propuestas de actuación para solucionar estos problemas*

Además de la ya citada uniformidad de criterios sería deseable, como ya se dijo, implementar los criterios que establece la Circular 6/91, de 23 de octubre, en aquellos casos en que resulte procedente y necesario.

3. PROBLEMÁTICA DE LOS MENORES EXTRANJEROS EN SITUACIÓN DE DESAMPARO

a) *Exposición del problema*

Se trata de un problema complejo que, aun cuando por el momento no sea inquietante, podría llegar a producir en cualquier momento una situación de cierta alarma social.

El Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica en su artículo 15 recoge los principios básicos que deben conformar el actuar administrativo cuando aparecen menores desamparados de acuerdo con la legislación civil. Una vez detectada dicha situación de desamparo, los menores serán encomendados a los servicios de Protección de Menores de la Comunidad Autónoma correspondiente, hecho éste que habrá de ser puesto en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Una de las cuestiones más importantes que se plantea en torno a esta problemática es la de la determinación de la edad del presunto menor.

A estos efectos, en la Resolución de 11 de noviembre de 1998 por la que se aprobaron las «Instrucciones generales sobre la repatriación de menores extranjeros en situación de desamparo en España» se establece que cuando las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tengan dudas sobre la minoría de edad de los jóvenes extranjeros indocumentados en situación de desamparo, o si así se les requiriere por los Servicios de Protección de Menores de la Comunidad Autónoma correspondiente, deberán solicitar del médico forense o su sustituto las comprobaciones necesarias para confirmar esa minoría de edad.

De esta actuación se dará cuenta al Ministerio Fiscal, bien por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o bien por los Servicios de Protección de Menores de la Comunidad Autónoma, si la actuación hubiere tenido lugar a requerimiento de éstos.

El principal problema que se plantea en torno a la existencia de estos menores en situación de desamparo es que al quedar bajo la tutela de los Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma, éstos deben ingresarlos en un Centro de Acogida. Con frecuencia estos Centros no se encuentran vigilados y el menor, si así lo desea, fácilmente puede escaparse. Ello hace que, en la mayoría de los casos, caigan en manos de redes de prostitución infantil o de delincuencia común.

Es por ello que una de las medidas principales que debe ser acometida por las Administraciones es la de la repatriación de estos menores, devolviéndoles bien a su familia o a los servicios de protección de menores de su país, y todo ello previa comprobación de que no existe peligro en caso de retorno, para la integridad del menor, o su persecución o la de sus familiares.

En todo este proceso el Ministerio Fiscal desempeña un importante papel como garante de los derechos del menor. Así, deberá estar informado de todas las actuaciones que se lleven a acabo en este procedimiento de repatriación y en el caso de que el menor se encontrare incurso en un procedo judicial, al necesitar la repatriación la autorización judicial, el Ministerio Público habrá de tener conocimiento de ello.

b) *Especial mención a los menores no acompañados, solicitantes de asilo*

La normativa de asilo contempla la posibilidad de que el solicitante de asilo sea un menor no acompañado, y establece una serie de actuaciones que garantizan lo que en la Convención de los Derechos del Niño se denomina el «superior interés del niño».

Estas garantías o cautelas se traducen en la puesta de los menores a disposición de los órganos competentes encargados de su protección y en la comunicación de dicha situación al Ministerio Fiscal, lo que se realiza habitualmente.

Es a partir de ahí cuando pueden surgir algunas dificultades:

— La transferencia de los servicios de protección de menores a las Comunidades Autónomas significa en ocasiones la existencia de diferentes criterios de interpretación y de prácticas diversas tanto en la interpretación de las normas como en su ejecución.

Son los órganos competentes de las Comunidades Autónomas quienes representan al menor durante la tramitación del expediente de asilo. Éstos, en principio, deberán valorar si la situación del menor es susceptible del derecho de asilo, o si procedería, en su caso, intentar su repatriación o su permanencia bajo el régimen general de extranjería.

Valoración que es de suma importancia teniendo en cuenta la singular circunstancia de los menores que si bien pueden tener conciencia de una situación susceptible de ser amparada por el derecho de asilo, también pueden no saber qué es lo que desean, o les resulta más favorable, más allá de una aventura, como ocurre en ocasiones.

Dicha valoración no suele ser realizada por los tutores, que a lo más que llegan es a remitir un escrito de ratificación de la petición de asilo, cuando así proceden. A veces incluso tal ratificación no se considera necesaria.

También puede haber casos en los que mantener la petición de asilo de un menor resulta contraproducente para su reunificación familiar, ya que la condición de asilado impide el retorno a su país de origen, y esto es lo que hay que valorar, estudiar y decidir antes de mantener la petición de asilo.

Existen otros problemas relacionados con los menores. Así, por ejemplo:

1. Cuando el solicitante de asilo pretende pasar por menor de edad cuando no lo es, con el objetivo de conseguir los beneficios del trato de menores y de esta forma poder entrar en España. Estos casos se suelen dar en frontera, sobre todo en la del aeropuerto de Madrid-Barajas. Una vez conseguida la entrada en España desaparecen de los Centros de Acogida. Es la misma situación que ya se ha descrito anteriormente, pero vista desde la óptica de la extranjería y no del asilo.

2. El caso contrario al anterior, es decir, cuando un menor de edad se hace pasar por mayor de edad para sacudirse el régimen de los centros de menores y poder gozar de libertad. Estos casos, como los anteriores, son verdaderamente lamentables pues suele tratarse de jóvenes que acaban en la prostitución, sometidos a los proxenetas, que los mantienen encerrados y atemorizados, para usarlos a su conveniencia, en sus inicuos y delictivos propósitos.

Los órganos de menores suelen estimar que la situación de estos jóvenes ya no les obliga legalmente, dado que han manifestado ser mayores de edad, pero la cruda realidad es que pasan a merced de las mafias de prostitución y de la explotación de menores. Sería, por tanto, menester erradicar, en su oportunidad, este peligro, venciendo los obstáculos legales necesarios.

3. Cuando son los adultos los que comparecen a solicitar asilo con menores de edad, que afirman que son hijos suyos, pero que carecen de la más mínima documentación que pueda acreditarlo. Ante los casos de tráfico de niños, estas situaciones, que se producen a menudo, ofrecen todo tipo de dudas sobre la relación de parentesco.

c) Propuestas de actuación para solucionar estos problemas

Además de los cambios normativos procedentes, y de medidas de coordinación entre los órganos competentes, es sin duda imprescindible la puntual y enérgica actuación del Ministerio Fiscal.

Hay que recordar que ya existe un procedimiento para la determinación de la edad del presunto menor, descrito anteriormente, y que sería deseable su aplicación con carácter general para todos los casos en que surgieran dudas al respecto. Procedimiento éste del que se dará cuenta al Ministerio Fiscal, bien a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o de los servicios de Protección de Menores.

Por otro lado, la vigilancia de que el régimen de tutela se desarrolla de conformidad a lo establecido es ya objeto de una especial atención por parte del Ministerio Fiscal, si bien cabría exigir de las Administraciones General del Estado y Autonómica respectiva la colaboración y los esfuerzos necesarios para ello.

4. ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN EL ARTÍCULO 107.4 DEL REGLAMENTO DE EJECUCIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 7/85

Este artículo, ubicado en el Capítulo VI dedicado al procedimiento sancionador, y en concreto a la realización de la expulsión, contempla la posibilidad de que cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de que un

extranjero, contra el que se ha dictado una resolución de expulsión, aparezca en un procedimiento penal como víctima, perjudicado o testigo, y considere imprescindible su presencia para la práctica de diligencias judiciales, lo pondrá de manifiesto a la autoridad gubernativa a los efectos de que valore la inejecución de la expulsión durante el tiempo necesario.

En caso de que hubiera sido expulsado, se procederá de igual forma a los efectos de que autorice su regreso a España, durante el tiempo necesario para poder practicar las diligencias precisas, y todo ello sin perjuicio de que se adopte alguna de las medidas previstas en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre (de protección a testigos).

Propuestas de actuación

En este punto sería necesario acentuar la coordinación entre el Ministerio Fiscal y la Administración General del Estado.

INMIGRACIÓN ILEGAL

ISIDORO HIDALGO BARAS

Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de Cádiz

SUMARIO: I. ANTECEDENTES.—II. PROBLEMÁTICA GENERAL.—
III. NORMATIVA APLICABLE A LOS EXTRANJEROS. LA
LLAMADA LEY DE EXTRANJERÍA.

I. ANTECEDENTES

El problema de la inmigración ilegal hay que considerarlo desde la perspectiva de los derechos de los extranjeros en España. La Constitución española en su artículo 13.1 establece que los extranjeros gozaran en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley. Por su parte la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada y proclamada por la 1.830 Asamblea General de la ONU en 10 de diciembre de 1948 declara en el artículo 2.1 que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, o cualquier otra condición.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 añade en el artículo 12.1 que «toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia», añadiendo en el apartado 3 que los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones, salvo cuando éstas se hallen previstas en la Ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

En cuanto a los menores, el artículo 24.1 del mismo Pacto establece que todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

El Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y otros estados parte en el acuerdo sobre el espacio económico europeo, establece que estas personas tienen derecho a entrar, salir, circular y permanecer libremente en territorio español, previo el cumplimiento de las formalidades previstas por esta disposición y sin perjuicio de los límites establecidos más adelante. En el Capítulo III se establece que las medidas relativas a la entrada en España, expedición y renovación de tarjetas de residencia o sus delegaciones, sanciones y expulsión del territorio español de las personas incluidas en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto, determinadas por razones de orden público, seguridad o salud públicas, habrán de adoptarse con sujeción a lo dispuesto en la norma reseñada.

II. PROBLEMÁTICA GENERAL

En el territorio de la Fiscalía de Cádiz, por su especial ubicación, frontera sur de la Comunidad Europea, dos aspectos han de considerarse que tienen importancia en relación con la población extranjera. La inmigración clandestina y el número de internos de nacionalidad extranjera existentes en las prisiones. Vamos a centrarnos en el primero.

El tema de inmigración clandestina, después del notable incremento habido en 1992, descendió en el año 1993 según se desprende de la estadística facilitada por la 234 Comandancia de la Guardia Civil (Algeciras). De 1.565 detenidos en 1992 se pasó a 352 en su mayoría procedentes del Reino de Marruecos. En 1994, 3.677 personas fueron detenidos por entrada clandestina en territorio nacional, representando pues el 22,4 *por 100* del total de detenciones, frente a un 45% de porcentaje del año 1992. Esta variación sugiere el comentario de que la aplicación de la normativa vigente en materia de expulsión ha sido un elemento disuasorio en el problema de la inmigración ilegal, que comenzó siendo preocupante, ahora dos años, por el número y las circunstancias degradantes e inhumanas en que se producía, cuando personas en angustiosa situación económica sacrificaban sus últimos ahorros para ser transportados en «pateras», hacinados y con grave peligro de perecer ahogados, como por desgracia ocurrió en muchas ocasiones.

La penetración por la zona del campo de Gibraltar se caracteriza por efectuarse en grupo y utilizando preferentemente embarcaciones de pequeño porte. En todos los casos el propósito del inmigrante es conseguir un puesto de trabajo en la Comunidad, para lo cual muchos de ellos utilizan la Península sólo como tránsito a Francia u otros países del entorno europeo. Su permanencia en el territorio nacional, al carecer de recursos propios, es problemática, bien por-

que son utilizados por desaprensivos como mano de obra clandestina y barata, bien por llevarles su penuria económica a situaciones predelictuales, o a provocar situaciones de xenofobia con los nacionales, en parte paliada por instituciones que, por el contrario, han dado lugar a la aparición de movimientos de solidaridad que clamaban por los derechos de estos inmigrantes. Así la Asociación «Algeciras Acoge» denunció presuntas irregularidades en el trato a los detenidos y en las condiciones de los alojamientos en que se les retiene hasta su expulsión. El Defensor del Pueblo, receptor de la queja, transmitió a la Fiscalía la denuncia, que entre las cuestiones que plantea pone de manifiesto la posible vulneración de las garantías previstas para los extranjeros sometidos a procedimientos de expulsión, por cuanto, y aunque ello haya ocurrido de manera ocasional, permanecieron retenidos en lugares que no eran adecuados y respecto de los cuales, asimismo, se pide un control regular de la asistencia que en el mismo se presta a los internos para que en ningún caso sean vulnerados sus derechos.

La Instrucción 6/1991, de 24 de octubre, sobre garantías en las autorizaciones judiciales de internamiento de extranjeros sometidos a procedimiento de expulsión, estableció que los Fiscales deberán visitar periódicamente esos centros de internamiento de extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4, número 2, de su Estatuto Orgánico, para comprobar en concreto que se trata de locales que reúnen las debidas condiciones de espacio y en general de salubridad.

Por su parte la Asociación «Algeciras Acoge» formuló queja al Defensor del Pueblo relacionada con el funcionamiento del Centro de Internamiento de Extranjeros detenidos (en Tarifa). Las quejas más insistentes se refieren a la intervención de Abogado, falta de intérprete y sobre todo a la asistencia médica.

El problema de la inmigración ha dado lugar tanto en Algeciras como en Ceuta a la incoación de cierto número de procedimientos por infracción del artículo 499 bis punto 3 del Código Penal de 1973 o 313.1 del vigente, «Migraciones Laborales Fraudulentas», en las que figuran como acusados los encargados de la conducción de los grupos de inmigrantes a los que previamente se les ha exigido el pago de importes variables pero importantes para la modesta economía de quienes lo satisfacen, abandonándolos en las playas o en otros lugares.

En Ceuta, al ser la frontera mucho más permeable, la cuestión es distinta. Hay un continuo trasiego de marroquíes de un lado a otro siendo sin embargo su estancia esporádica y permaneciendo, casi siempre, refugiados en la casi inescrutable barriada de «El Príncipe Alfonso». El delito de comisión más frecuente, prescindiendo del tráfico de hachís, es el de falsedad y uso de documentos de identidad falsos.

En la actualidad se mantienen en su mayoría los problemas e incidencias planteados en las memorias de la Fiscalía de Cádiz, que pueden resumirse en las siguientes consideraciones:

1. *Cádiz carece de centros de internamiento* pese a que se da la circunstancia de que sea posiblemente la provincia española que más incidencia tenga en conflictos planteados por inmigración ilegal debido a su extenso litoral y a la cercanía del continente africano. Por otra parte es elevado el número de marroquíes principalmente, que a consecuencia de los delitos relativos al tráfico de hachís se ven incurso en procedimientos que pueden dar lugar a expedientes de expulsión.

El único centro de internamiento que estuvo abierto, hoy ya clausurado, es el que en su día existió en la localidad de Tarifa. Actualmente, los extranjeros sujetos a expedientes gubernativo de expulsión, en su caso, son internados en el centro existente en Málaga. Ello supone el que por esta Fiscalía no se pueda llevar un control riguroso del cumplimiento de los términos máximos de internamiento previstos en la Ley, que corresponde a la de Málaga.

2. Son de destacar las *especiales circunstancias que concurren en la ciudad de Ceuta*. Se trata de una frontera sumamente permeable con Marruecos y puerta de entrada de inmigrantes ilegales no ya solamente de esta nacionalidad sino de países centroafricanos, que cada vez en mayor número, acceden a la Península a través de Ceuta, vía Algeciras. En estos casos, debido a que una vez en la Península rápidamente se distribuyen por el resto de España, estas personas escapan al control policial de la provincia, con lo que, caso de ser controlados, la tramitación de los oportunos expedientes de expulsión no corresponde realizarlo a las autoridades de Cádiz. Además, siendo constante el tránsito ilegal de residentes marroquíes que se trasladan a Ceuta y muy elevado el de aquellos que incurrir en delitos menores e inmediatamente son expulsados, como la mayoría de ellos vuelven a entrar en dicha ciudad, sin más y por resultar mucho más práctico, de nuevo son puestos en la frontera por las autoridades gubernativas o sus agentes, dándolos por no entrados, volviendo a comenzar el ciclo, que se repite una y otra vez.

3. Son numerosos los extranjeros detenidos por *el tráfico ilícito de vehículos sustraídos en otros países europeos* que, con intención de venderlos en países del Magreb, son descubiertos al pretender embarcarlos en Algeciras. Durante la vigencia del Código Penal de 1973 se acusaba a estas personas como presuntos autores de falsedad de uso de documentos oficiales y de utilización ilegítima de vehículo de motor, al no contar obviamente con la autorización de los dueños de los vehículos para su conducción. Actualmente, vigente el Código Penal de 1995 se acusa de delito de receptación al aprovecharse para sí o para otro del automóvil sustraído. No obstante, en

algunos casos se producen absoluciones sin entrar en el fondo por entender que el delito se comete en el momento en que el vehículo se adquiere en el extranjero, estando agotado el tipo cuando se introduce en España.

4. Otra dificultad que, sobre todo en Ceuta, se deja sentir es que en muchas ocasiones los *inmigrantes ilegales están indocumentados* y Marruecos no los reconoce como súbditos ni acepta la repatriación, por lo que no pueden ser expulsados. Esto supone una carga para nuestro país, que soporta el ser «la puerta» de Europa y los gastos que ello conlleva.

5. Por lo demás, la imprescindible colaboración de la Autoridad Gubernativa es fluida. Los datos que la Fiscalía recaba del Grupo de Extranjeros, del CNP, suelen ser facilitados regularmente y, así, los citados informes bimestrales que se elevan al FGE pueden realizarse más completos, aunque a veces en Ceuta, tanto por tales Autoridades como por el Destacamento de Fiscalía, se tropieza con mayores dificultades.

6. *Autorizaciones de expulsión.* Teniendo previsto la Ley de Extranjería que serán objeto de expediente de expulsión aquellas personas de nacionalidad extranjera responsables de hechos delictivos calificados como delitos *menos graves*, esto es, aquellos para los que, con arreglo a la legalidad vigente en la fecha de la Ley, se solicitaba hasta seis años de prisión menor, dado lo establecido en la disposición transitoria undécima del nuevo Código Penal de 1995, en concreto en su número 1.d), la referencia a la prisión menor debe ahora entenderse a prisión de seis meses a tres años, siendo este último, y no seis años, el límite para poder autorizar la expulsión como medida previa al juicio y sustitutiva de la pena. Este criterio, como con mayor detalle veremos más adelante, parece lógico, si se piensa que aunque el nuevo código autoriza la sustitución de penas iguales o inferiores a seis años, tal facultad es discrecional del tribunal sentenciador, no del juez instructor, puesto que se habla de penas impuestas, siendo además criterio de esta Fiscalía, por regla general, solicitar tal sustitución sólo respecto de penas iguales o inferiores a tres años de prisión y excepcionalmente en penas de mas duración.

III. NORMATIVA APLICABLE A LOS EXTRANJEROS. LA LLAMADA LEY DE EXTRANJERÍA

Nuestro ordenamiento jurídico ha carecido, desde el Real Decreto de 17 de noviembre de 1852, de una norma que, con pretensión de generalidad, recoja, formule y sintetice los principios que deban informar la situación de extrajería en sí misma y en sus aspectos más importantes y que evite la proliferación de disposiciones de distinto rango, que hasta ahora han venido regulando esta materia.

Sobre estas dos premisas, mandato constitucional y necesidad de una norma básica, la ley de extranjería (1) acomete la tarea de establecer las disposiciones aplicables, de acuerdo con las declaraciones y recomendaciones sobre extranjeros formuladas por los Organismos internacionales competentes en esta materia.

Dentro de esta perspectiva la Ley, a lo largo de todo su articulado destaca su preocupación por reconocer a los extranjeros la máxima cota de derechos y libertades. Resalta el pronunciamiento abierto de la Ley sobre los derechos reconocidos en el título I de la Constitución Española. Sin embargo en aras del principio de seguridad jurídica se ve precisada a veces a descender al examen de aspectos, que en apariencia podrían ser objeto de una consideración reglamentaria posterior.

Al concretar las garantías jurídicas introduce la necesidad de la intervención judicial en la revisión de determinadas resoluciones que conllevan la salida o expulsión de los extranjeros o que implican la privación de libertad, justamente como garantía de ésta.

Es necesario diferenciar, con absoluta claridad, las situaciones de legalidad de las de ilegalidad. Por ello la Ley asegura la plenitud de los derechos y las garantías para su ejercicio *respecto de los extranjeros que se hallen legalmente en España*. Y al propio tiempo, y en prevención de las alteraciones que pudieran en su caso producirse respecto de la convivencia social, por la presencia de extranjeros en términos no legales en España, desarrolla las medidas específicas para impedir tales situaciones.

a) *Salidas del territorio español*

El título IV de la Ley de Extranjería, en su artículo 20 y siguientes, regula el régimen de salida de los extranjeros del territorio nacional. Las salidas de extranjeros del territorio español —salvo en los casos de prohibición que la propia Ley establece— podrán realizarse voluntariamente u obligatoriamente en los supuestos de expulsión o devolución regulados en los artículos 26 y 36 de la Ley.

En el caso de que estas personas aparezcan implicadas en diligencias penales por delitos menos graves deben contemplarse dos supuestos:

a) *Se incoa expediente* de expulsión cuando están incurso en alguno de los supuestos que establece el artículo 26 de la Ley de Extranjería y por la documentación que se posee se presume que pueden ser aceptados por

(1) La Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, fue publicada en el «Boletín Oficial del Estado» número 158, de 3 de julio de 1985.

Marruecos u otro país por el que se consiga acreditar en alguna forma su procedencia y nacionalidad.

b) *No se tramita expediente.* Cuando los indocumentados hayan entrado ilegalmente en el territorio nacional. En estos casos se intenta su expulsión por el procedimiento de *devolución*, que no requiere «expediente de expulsión», al amparo del artículo 123 del Reglamento de la Ley de Extranjería (2).

Después de la entrega en vigor del Código Penal el Juez de Instrucción solo puede autorizar la expulsión de los extranjeros imputados por delitos a los que en abstracto pueda corresponderles una *pena igual o inferior a tres años* (3). La Autoridad judicial no puede acordar la expulsión, ha de limitarse a autorizarla. El tema es administrativo-policial y es la administración la que solicita que «se autorice la expulsión». Si no se solicita no puede autorizarse. La Circular del FGE sobre la aplicación de la Ley de Extranjería no contempla el supuesto de las devoluciones por el procedimiento expeditivo del artículo 123.

Al respecto ha de recordarse la plena vigencia de la Circular número 1/1994 del FGE, cuyos criterios, al igual que lo establecido en la Ley Orgánica de Extranjería, en concreto en el artículo 21.2, no han sido modificados por el nuevo CP/95 ni por las modificaciones de la LEC.

En el caso del Código Penal, porque éste no se refiere a situaciones procesales anteriores a las eventuales condenas, ya que su ámbito de aplicación en materia punitiva se refiere a la aplicación y en su caso sustitución de las penas. En el caso de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debe tenerse en cuenta el carácter de Ley Orgánica de la Ley de Extranjería y la aplicación del principio de especialidad, dado su contenido, por lo que no debe cuestionarse una interpretación integradora de ambas leyes. Por un principio de economía procesal la Ley pretende que en lugar de agotarse el trámite procesal con la celebración del juicio oral, se sustituya el

(2) Este reglamento fue aprobado por Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, y publicado en el «Boletín Oficial del Estado» número 80, de 2 de abril.

(3) Según la Ley de Extranjería serán objeto de expediente de expulsión aquellas personas de nacionalidad extranjera responsables de hechos delictivos calificados como delitos *menos graves*, esto es, aquellos para los que, con arreglo a la legalidad vigente en la fecha de la Ley, se solicitaba hasta seis años de prisión menor, pero dado lo establecido en la disposición transitoria undécima del nuevo Código Penal, en concreto en su número 1, apartado d), la referencia a la prisión menor debe ahora entenderse a prisión de seis meses a tres años, siendo este último, y no seis años, el límite para poder autorizar la expulsión como medida previa al juicio y sustitutiva de la pena. El nuevo código en su artículo 13.2 dice que son delitos «menos graves» los castigados con pena menos grave, que, según el artículo 3.a) comporta la prisión de «seis meses a tres años».

enjuiciamiento, esto es, el juicio y la sentencia por una expulsión previa, solicitada por la Autoridad Gubernativa y autorizada por el Juez de Instrucción, que supone una economía de medios y gastos, de forma que el eventual enjuiciamiento queda en suspenso si el extranjero es expulsado y cumple la medida, sin perjuicio de que su eventual regreso surta los efectos procesales pertinentes, reabriéndose el procedimiento y celebrándose el juicio.

Ahora bien, este criterio debe aplicarse, de un lado, con las limitaciones que la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal señala, esto es, la posible *pena en abstracto* que pueda corresponder al inculcado y que por aplicación de lo establecido en la disposición transitoria undécima del nuevo Código Penal, en concreto en su número 1, apartado *d*), la referencia a la prisión menor debe ahora entenderse a prisión de seis meses a tres años de prisión, y de otro ha de tenerse en cuenta también que como establece el artículo 785 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal han de quedar suficientemente garantizadas las *responsabilidades civiles* derivadas del hecho a enjuiciar, con exclusión de la multa, o bien acreditarse la insolvencia del extranjero. No deben exigirse otros requisitos a los que también se refiere el precepto citado, pues tal exigencia frustraría el propósito del legislador de evitar el enjuiciamiento y sustituirlo por la expulsión.

Cosa distinta de la expulsión es la autorización de salida, a petición del interesado y con las limitaciones y requisitos que establecen el artículo 785 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

b) *Consideración especial de los menores «ilegales»*

Con fecha 26 de diciembre de 1997 se recibió en la Adscripción Permanente de la Fiscalía en Ceuta un escrito de la Secretaría General de la Comisario del Cuerpo Nacional de Policía relativo a la expulsión de menores. Dicho escrito tiene su base en un acuerdo del Ilustre Pleno de la Asamblea de la Ciudad Autónoma de Ceuta de fecha 3 de diciembre de 1997 que se refiere a la situación de los menores en Ceuta provenientes del Reino de Marruecos y que una vez son aprehendidos por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y por la Policía Local son conducidos a la frontera marroquí y expulsados de nuestro país, lo cual, según se dice, contradice lo establecido en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que determina que los menores en situación de desamparo deben ser puestos a disposición del Ministerio Fiscal para que éste adopte las medidas necesarias para garantizar la protección de los derechos del menor. Finalmente la Asamblea acuerda textualmente:

«Exigir a los responsables de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y del Ministerio Fiscal la adopción de medidas necesarias para garantizar el estricto cumplimiento de lo establecido en la Ley Orgánica 101/1996, de Protección Jurídica del Menor, en relación con los menores extranjeros que se encuentren en la ciudad de Ceuta, y en lo que afecta a la Policía Local, disponer lo conveniente para que se garanticen los derechos de estos menores.»

Dicha «exigencia» se hizo llegar oficialmente a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, pero no al Ministerio Fiscal. No obstante el Cuerpo Nacional de Policía lo comunicó a la Fiscalía.

Por su parte *PRODENI* (Asociación para la Defensa de los Derechos del Niño) se hizo eco del problema y remitió escritos en tal sentido a la FGE y a la Fiscalía de Cádiz.

Al parecer todo surgió al existir discrepancias entre la Policía Local y sus mandos por motivos sindicales, aunque el pretexto fueron las presuntas irregularidades surgidas en el traslado de los menores marroquíes indocumentados que incontroladamente entran y salen por el paso de Benzú y sus alrededores y son luego sorprendidos deambulando por las calles de la ciudad ejerciendo la mendicidad o cometiendo raterías, creando un problema propio de esta ciudad fronteriza y que difícilmente puede resolverse con la normativa vigente, pensada para supuestos generales y con mucha menor incidencia en otros lugares del país. La Ley de Extranjería, en esta materia, debe coordinarse con la legislación de menores, y por supuesto habrá que dotar a las Autoridades Administrativas de medios materiales y personales suficientes para atender a la demanda que representa el número de menores ilegales existentes en las ciudades fronterizas con Marruecos, que tienen que ser repatriados y atendidos por las Autoridades encargadas de la protección de los menores en el país vecino.

Ante la problemática que ello suscitó en relación con la intervención del Ministerio Fiscal, debe señalarse lo siguiente:

1. Tras la aprobación de la *Ley Orgánica 1/1996*, de 15 de enero, de *Protección Jurídica de Menor*, la competencia para determinar y adoptar las medidas de protección y atención, de forma urgente, corresponde a la entidad administrativa y no al Ministerio Fiscal. Así, el artículo 14 de dicha Ley se refiere a las autoridades y poderes públicos como los obligados a prestar inmediata atención a los menores necesitados, habiendo de *actuar* si corresponde a su ámbito de competencias o de dar *traslado* en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor o, *cuando sea necesario*, del Ministerio Fiscal.

A este respecto debe tenerse en cuenta que la actuación del Fiscal ha de referirse al ejercicio de acciones en el ámbito de la Administración de Justicia cuando aquéllas sean procedentes.

2. Por otra parte el *Reglamento para la ejecución de la Ley de Extranjería* (4) hace referencia a los menores extranjeros, permitiendo la posibilidad de repatriación de los menores «cuando los servicios competentes de protección de menores de su país de origen se hiciesen responsables del mismo».

3. Según informaciones del Cuerpo Nacional de Policía, en la Comunidad Autónoma de Ceuta son devueltos anualmente 2.000 menores, por lo que sería materialmente imposible el que la autoridad administrativa se hiciese cargo de esa cantidad. Todo ello sin contar el efecto atractivo que supondría dicha asunción en toda la zona norte de Marruecos, cuyas condiciones económicas de pobreza son conocidas. Por otra parte una asunción masiva de todos esos menores perjudicaría a aquellos otros efectivamente ingresados, los cuales no podrían recibir la atención indispensable, con lo que se conseguiría un efecto totalmente contrario al pretendido.

4. De todo lo anterior puede deducirse, en una aplicación lógica de las normas según el espíritu y finalidad de aquéllas de acuerdo el artículo 3 del Código Civil, que cabe la repatriación de los menores y su entrega a las autoridades de Marruecos para que proceda a la devolución, bien a su familia, bien a los organismos competentes.

Estimando que sólo una actuación coordinada de las diferentes Administraciones Públicas con *competencias en los ámbitos económicos y sociales*, que afronte con un sentido de estabilidad los problemas de estos colectivos, podría permitir encontrar soluciones efectivas a esta grave situación, que excede de las atribuciones y facultades del Ministerio Fiscal, institución que por su propia naturaleza carece de los medios e infraestructura necesarios para la atención material e inmediata que estos problemas requieren.

Ni que decir tiene que en el ámbito propio del Ministerio Fiscal ya se atiende a la problemática que plantea la delincuencia del menor a través de la facultad reformadora instando lo procedente cerca del Juzgado de Menores y en la medida que la Ley permite se atiende igualmente a la facultad protectora ejercitando ante la Autoridad Judicial las acciones oportunas en relación a la guarda, tutela y custodia.

Se acordó remitir un informe con las anteriores consideraciones a los organismos oficiales competentes, Ministerio de Asuntos Sociales y a las Consejerías correspondientes de la Comunidad Autónoma de Andalucía, Delegación de Gobierno de Cádiz y Presidencia-Alcaldía de la ciudad de

(4) Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

Ceuta, a efectos de que tuvieran conocimiento las mismas y procedieran a adoptar las medidas que, en el ámbito de su competencia, sean procedentes.

Se acordó asimismo remitir escrito al Pleno de la Asamblea de la ciudad de Ceuta, por la exigencia directa en relación a la actuación del Ministerio Fiscal, conducta que no siendo encajable en los tipos penales del artículo 380 CP/73 en relación al artículo 505 nuevo CP/95, sí debe ser objeto de aclaración institucional.

A raíz de la denuncia a que nos hemos referido, con fecha 11 de noviembre de 1998 se ha dictado una resolución por la que se dan instrucciones generales sobre la repatriación de menores extranjeros en situación de desamparo en España.

En dicha instrucción se parte de que el Reglamento de *ejecución* de la Ley Orgánica 7/1985 establece en su artículo 13.1.b), que los órganos públicos competentes colaborarán con los servicios de protección de menores para la reagrupación familiar del menor en situación de desamparo en su país de origen o aquel donde se encontrasen sus familiares. Sin embargo, la interpretación de este precepto ha venido suscitando dudas en su aplicación, referidas fundamentalmente a las competencias que corresponden a las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno y a los servicios de protección de menores de las Comunidades Autónomas en el procedimiento a seguir para efectuar la repatriación del menor.

En primer lugar se ha establecido su ámbito de aplicación a los menores extranjeros que se encuentren en territorio español en situación de desamparo. No obstante en ningún caso podrán ser repatriados los menores solicitantes de asilo en tanto no se resuelva su solicitud. Estos menores no podrán ser objeto, en ningún caso, de expulsión del territorio español.

Cuando las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tengan dudas sobre la minoría de edad de los jóvenes extranjeros indocumentados en situación de desamparo, o si así se les requiriere por los Servicios de Protección de Menores de la Comunidad Autónoma correspondiente, deberán solicitar del médico forense o su sustituto las comprobaciones necesarias para confirmar esa minoría de edad.

De esta actuación se dará cuenta al Ministerio Fiscal, bien por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o bien por los Servicios de Protección de Menores de la Comunidad Autónoma si la actuación hubiere tenido lugar a requerimiento de éstos.

La Administración competente para ejercer la tutela del menor en situación de desamparo será la Administración autonómica y en la Comunidad Autónoma de Ceuta la Administración General del Estado, a través del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, ya que son las competentes para la

atención y protección del menor extranjero mientras éste se encuentre en territorio español.

En cuanto a la *repatriación*, la Administración del Estado es la competente para llevar a cabo los trámites relativos a la repatriación de un menor extranjero, de acuerdo con el artículo 149.1 de la Constitución, que atribuye la competencia exclusiva en materia de extranjería a la Administración del Estado.

Las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno, por medio de las Brigadas Provinciales de extranjería y Documentación, se pondrán en contacto con la Comisaría General de Extranjería y Documentación para que realice las gestiones necesarias ante las Embajadas y Consulados correspondientes, con el fin de localizar a los familiares de los menores o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país de origen que se hicieren responsables de ellos. Si no existiera representación diplomática en España, estas Gestiones se canalizarán a través del Ministerio de Asuntos Exteriores.

La autoridad gubernativa pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal todas las actuaciones llevadas a cabo en este procedimiento. Una vez localizada la familia del menor o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país, se procederá a la repatriación tras la verificación de que no existe peligro en caso de retorno, para la integridad del menor, o su persecución o la de sus familiares.

Las instrucciones impartidas no se sabe el efecto que van a tener en ciudades como Ceuta, donde el problema estriba en la gran cantidad de casos y la escasa dotación de medios para acoger a los menores extranjeros en situación de desamparo. De hecho, y ante la dificultad que representa el localizar a la familia de estos menores, siempre indocumentados, las «retenciones» de los mismos han disminuido.

* * *

Como conclusión de lo expuesto la Administración competente ha de ser consciente de que el problema de los ilegales no puede resolverse sólo con la legislación existente, que se ha visto desbordada y que como ocurre con otros muchos problemas no puede resolverse sin una dotación económica suficiente para crear más establecimientos de custodia, instituciones de protección del inmigrante y otros servicios que la situación demanda.

El Ministerio Fiscal poco puede hacer que no sea poner de manifiesto las dificultades y defender, con los escasos medios con que cuenta, la legalidad viogente en esta materia evitando en lo posible que se produzcan lesiones en los derechos fundamentales de los afectados.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DE LA ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN MATERIA DE EXTRANJERÍA

JUAN GUERRA MANRIQUE DE LARA

*Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Canarias
(Las Palmas de G. Canaria)*

La Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Canarias ha dedicado desde siempre especial interés a la materia de «Extranjería». Sin embargo, desde el año 1991 (con la Instrucción núm. 6/1991), y, sobre todo, desde mediados del año 1994, con la puesta en funcionamiento del Servicio de Extranjería (en consonancia con lo dispuesto en la Circular núm. 1/1994), esta materia ha tenido un tratamiento específico de acuerdo con la importancia y repercusión que tiene en nuestro territorio, punto de encuentro tradicional e histórico entre tres continentes (el europeo, el americano y el africano).

Las principales manifestaciones de ese tratamiento específico de esta materia las constituyen sendas comunicaciones elaboradas por el Servicio de Extranjería, referidas a tres de los aspectos de aplicación práctica más importante y frecuente en nuestro territorio, respecto de los cuales se ha centrado la actuación del Servicio. La primera comunicación (elaborada ya en el año 1995 y modificada en el año 1996 como consecuencia de los cambios legislativos) viene referida a los internamientos y a las autorizaciones judiciales de expulsión de extranjeros encartados en procedimientos penales. La segunda (elaborada en el año 1998, y que pretende ser presentada para su publicación en la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente a ese año) se refiere a algunas cuestiones sobre los delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312, apartado 2, último inciso, y 313, apartado 1, ambos del CP de 1995.

Sin embargo, por razones organizativas, nos ha correspondido hacer una exposición sobre la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de los extranjeros en España y sobre las garantías jurídicas en los procedimientos administrativos en materia de asilo y su control jurisdiccional.

Ciertamente, como quiera que la intervención del Ministerio Fiscal en estos asuntos es más limitada que en los anteriormente mencionados, y por

razones de premura de tiempo, nos ha parecido oportuno hacer una breve exposición sobre algunos de los problemas que en relación a estas materias se nos han planteado en nuestro territorio, lo que parece ser que es la finalidad de estas ponencias, conforme se señalaba en la comunicación remitida por la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado de fecha 14 de diciembre de 1998.

Pues bien, en relación a la materia del derecho de asilo, lo primero que habría que decir, como ya se manifestó anteriormente, es que la intervención del Ministerio Fiscal es ciertamente limitada, toda vez que no es parte en el expediente de solicitud de asilo, y sólo si el asunto llega finalmente a los Tribunales tendrá intervención en el caso de que el recurso contencioso-administrativo se formule por la vía del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, actualmente regulado en los artículos 114 y ss. de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que ha derogado expresamente [disposición derogatoria segunda, c)] los arts. 6 y ss. de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de las personas.

En nuestro territorio, en la actualidad, las principales peticiones de asilo son formuladas por personas procedentes del continente africano, básicamente, de países como Sierra Leona y Liberia, y, muy especialmente, del territorio del Sahara. Sobre todo en la isla de Fuerteventura, en el año 1998, fueron numerosas las «pateras» provenientes de ese concreto enclave africano, y en numerosas ocasiones las personas que en ellas viajaban solicitaron el asilo. La carencia de infraestructura en la isla citada, no sólo en lo concerniente a un centro de internamiento de extranjeros (sólo existe uno a nivel autonómico, en la isla de Gran Canaria), sino muy singularmente a la inexistencia de un puesto fronterizo específico, ha hecho que mientras se tramitaba la solicitud de asilo, el peticionario haya quedado con libertad de movimientos en la isla, lo que ha provocado en algunos casos problemas de tipo social entre los propios inmigrantes y entre éstos y los habitantes de la isla. No obstante, el carácter tradicionalmente hospitalario del canario, y la proliferación de Organizaciones No Gubernamentales, han mitigado los posibles efectos nocivos de una cierta masificación de inmigrantes, sobre todo en determinadas zonas del sur de Fuerteventura.

En la isla de Gran Canaria el problema se plantea, sobre todo, en el aeropuerto de Gando, en la localidad de Telde. Debido al numeroso tráfico aéreo que soporta, las incidencias en torno a las peticiones de asilo en frontera han sido más frecuentes. Hace ya algún tiempo, hubo cierta proliferación de peticiones de ciudadanos cubanos, ahora ya remitida. En la actualidad, las solicitudes se formulan por ciudadanos de países africanos en conflicto.

Desde el punto de vista jurídico, la Fiscalía hubo de dar respuesta a las solicitudes de *habeas corpus* formuladas por los extranjeros que habían pedido asilo en frontera, cuya petición había sido rechazada en el mismo puesto fronterizo, y que habían permanecido en las dependencias habilitadas a tal fin durante más de setenta y dos horas, en espera de la culminación de los trámites de inadmisión a trámite, reexamen y resolución definitiva. Dichos trámites se encuentran regulados en el artículo 5, apartado 7, de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por Ley 9/1994, de 19 de mayo. Según dicho precepto, y para el caso de que se agotaran todos los plazos previstos en el mismo, el extranjero puede estar hasta siete días completos en las citadas dependencias, a la espera de una respuesta a su petición de asilo.

Varias reflexiones nos merece esta cuestión. En primer lugar, destacar que las dependencias habilitadas en el aeropuerto de Gran Canaria para los rechazados en frontera han sido consideradas como adecuadas por el representante en España del ACNUR (Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados). En segundo lugar, que el reglamento desarrollador de la Ley, aprobado por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, ha pretendido suavizar los plazos señalados anteriormente en su artículo 20.1.b), según el cual «el solicitante permanecerá en las dependencias fronterizas, exclusivamente al efecto de que se le notifique la resolución recaída sobre su solicitud, hasta un plazo máximo de setenta y dos horas desde la presentación de la misma». Sin embargo, en su articulado posterior sigue manteniendo vigentes los plazos máximos previstos en el artículo 5.7 de la Ley, hasta tal punto que, como si quisiera dejar clara la cuestión, el artículo 21, apartado 2 del Reglamento señala que «el periodo previsto para la resolución sobre la inadmisión a trámite de la solicitud presentada en frontera, y sobre la eventual petición de reexamen, no podrá exceder de siete días conforme a lo previsto en el artículo 5.7 de la Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado». En tercer lugar, las peticiones de *habeas corpus* se planteaban sobre la base de considerar que la permanencia del extranjero en las dependencias habilitadas a tal efecto en el puesto fronterizo constituían una auténtica privación de libertad, por lo que, superado el plazo máximo de detención de setenta y dos horas previsto en el artículo 17.2 de la Constitución, la situación se tornaría en detención ilegal. Frente a esta postura, la Fiscalía estimó que el hecho de que el extranjero se encuentre en las dependencias de rechazados en frontera mientras se resuelve su petición de asilo no constituía una auténtica y genuina privación de libertad o detención cautelar o preventiva, toda vez que nada impedía al extranjero abandonar el territorio nacional. Se entendía que el fundamento de la permanencia del extranjero en las citadas dependencias era garantizar un lugar donde pudiera estar en condiciones no

atentatorias contra su dignidad, y en donde recibiera toda la atención humana posible. En definitiva, se trataba de «no dejarle a su suerte» mientras se tramitaba su petición de asilo, pero no de un centro de detención. No obstante, entendemos que los plazos legales deberían ser más cortos. El hecho de que la resolución de estos temas se residencie en Madrid no debe suponer una excusa para alargar la tramitación, sobre todo teniendo en cuenta los modernos sistemas de comunicación existentes hoy día al alcance de cualquiera. Por otro lado, aunque la situación de las dependencias aeroportuarias sea buena, no parece que sea el lugar más idóneo para que una persona pueda llegar a estar hasta una semana completa, sobre todo cuando no se trata de una sola persona, sino de un grupo más o menos numeroso de personas de distintas nacionalidades, sexos y costumbres.

Otro problema relacionado con la materia del derecho de asilo es el del régimen de recursos. Como ya se ha dicho, la instrucción y resolución de las peticiones de asilo corresponde, según los casos, a la Oficina de Asilo y Refugio, Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, Ministerio del Interior o Consejo de Ministros. Esto hace que las resoluciones se dicten por órganos de carácter estatal, centrales y radicados en Madrid. La consecuencia es que los recursos se interponen, en la mayoría de los casos, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, lo que dificulta las posibilidades de recurrir para el que se encuentra en un lugar alejado como es Canarias. No obstante, la existencia de delegaciones de organizaciones como la CEAR (Comisión Española de Ayuda al Refugiado) y la posibilidad del acogimiento al beneficio de justicia gratuita para los solicitantes de asilo, conforme a lo dispuesto en el artículo 2.f) de la LAJG (Ley de Asistencia Jurídica Gratuita), facilitan algo las cosas.

El artículo 21.1 de la Ley de asilo consagra la recurribilidad de todas y cada una de las decisiones que se adopten en esta materia, y añade que los recursos tendrán tramitación preferente. Ello no significa que el procedimiento sea el anteriormente señalado, salvo que se alegue vulneración de algún derecho fundamental de los recogidos en el artículo 14 o en la Sección primera del capítulo segundo del Título primero de la Constitución (por remisión del art. 53.2). Ello suele ser frecuente, puesto que el derecho de asilo, aunque se encuentre reconocido expresamente en el artículo 13.4 de la Constitución, está evidentemente conectado con los derechos a circular libremente, a elegir libremente el lugar de residencia o con el derecho a salir y entrar del territorio nacional (art. 19 de la Constitución). La importancia del procedimiento elegido venía antes determinada por la posibilidad de suspensión o no del acto administrativo, más fácil de obtener en el caso del procedimiento de la Ley 62/1978, conforme se deducía de su artículo 7.4, en el que la suspensión parecía ser la regla general: «... la Sala acordará la suspensión

del cumplimiento del acto impugnado, salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general». En este incidente de suspensión sí tenía intervención el Ministerio Fiscal. La postura de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en los casos en que tuvo que emitir informe (normalmente en recursos contra decretos de expulsión, no en supuestos de asilo) siempre fue, como regla general, la de no oponerse a la suspensión solicitada, salvo que se tratara de recursos claramente infundados o se apreciara algún tipo de abuso de derecho o mala fe procesal.

Sin embargo, en la actualidad, el procedimiento de protección de derechos fundamentales (arts. 114 y ss. de la Ley 29/1998) no ha previsto un trámite específico para decidir sobre la suspensión o no del acto administrativo impugnado. La cuestión ha de reconducirse a los trámites genéricos previstos para la adopción de medidas cautelares en los artículos 129 y ss., lo que suscita, entre otras, dos cuestiones: la intervención o no del Ministerio Fiscal, y la regla general sobre la suspensión o no del acto administrativo.

En efecto, la intervención o no del Ministerio Fiscal en este trámite específico de adopción o no de medidas cautelares ha sido discutida. Lo cierto es que la Ley no contempla la figura del Ministerio Fiscal, puesto que no la menciona expresamente en los artículos 129 y ss. Sin embargo, en el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales sí aparece expresamente mencionado el Ministerio Fiscal, incluso en mención distinta a la genérica de «las partes». Lo que a simple vista parece absurdo es que la Fiscalía tenga intervención sobre el fondo del asunto en este tipo de procedimientos y no pueda intervenir en la adopción o no de medidas cautelares en el curso de su tramitación. Por otro lado, como quiera que la regulación de las medidas cautelares se hace de forma general para todo tipo de procedimientos contencioso-administrativos, se debe entender que la mención genérica a las partes ha de ir referida a todas las que lo sean según el tipo de procedimiento, incluyendo, por tanto, al Ministerio Fiscal en el caso de que estemos en presencia de la protección jurisdiccional de derechos fundamentales. La Circular número 3/1998 de la Fiscalía General del Estado no deja lugar a la duda sobre la intervención o no del Ministerio Fiscal en este trámite, alegando que la nueva regulación de las medidas cautelares «está pensada» para «el procedimiento ordinario», por lo que «ninguna duda puede suscitar, pese al cambio de redacción, la necesidad de la audiencia al Ministerio Fiscal. Su condición de parte procesal así lo reclama».

La segunda cuestión también puede ser discutida. Es lo cierto que no hay una regla general de suspensión del acto administrativo recurrido, como ocurría en el artículo 7.4 de la Ley 62/1978, antes mencionado. Sin embargo, parece evidente que en estos casos de solicitudes de derecho de asilo será aplicable la regla prevista en el artículo 130.1 de la Ley 29/1998, según la

cual «... la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso». En todo caso, parece claro que la regla general ya no es la suspensión del acto, lo que supone una regresión para los derechos de los recurrentes que no deja de ser criticable, sobre todo si tenemos en cuenta que estamos hablando de derechos fundamentales.

En los casos en que el recurso no se plantea por la vía de la protección de los derechos fundamentales, una posibilidad de suspender el acto denegatorio de la solicitud de asilo es la prevista en el artículo 21.2 de la Ley de asilo, según la cual «La interposición por el solicitante del asilo de recurso contencioso-administrativo contra el acto que decida la petición de reexamen a que se refiere el artículo 5.7 suspenderá el acto administrativo cuando el actor así lo haya solicitado y la representación en España del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados hubiera informado favorablemente la admisión a trámite de la solicitud de asilo». El precepto ha merecido una primera crítica, puesto que sólo el informe favorable del ACNUR y la solicitud del interesado determinan la suspensión del acto administrativo, lo que, al parecer, vincula al órgano jurisdiccional.

En relación con lo anterior, el artículo 39.2 del Reglamento de la Ley de Asilo establece que «cuando el ACNUR hubiera informado favorablemente la admisión a trámite de una solicitud de asilo en frontera y el solicitante manifestase su intención de interponer recurso contencioso-administrativo contra la inadmisión, deberá expresarlo por escrito en documento que se adjuntará al expediente. En este supuesto, se autorizará la entrada del solicitante en el territorio y su permanencia hasta tanto el órgano jurisdiccional competente resuelva sobre la suspensión del acto administrativo...». En la Fiscalía de Canarias nos vimos en una ocasión en la obligación legal de interponer un *habeas corpus* en favor de una extranjera que se encontraba en ese supuesto y que iba a ser expulsada antes de decidirse sobre su situación a través del correspondiente recurso contencioso-administrativo. Ciertamente es un caso inusual, pero puede servir de ejemplo de las situaciones que pueden darse en esta materia y en las que la intervención del Ministerio Fiscal puede ser decisiva.

APLICABILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 312 Y 313 DEL CÓDIGO PENAL AL SUPUESTO DEL TRANSPORTE CLANDESTINO DE EMIGRANTES A TRAVÉS DEL TERRITORIO ESPAÑOL Y CON DESTINO A PAÍSES COMUNITARIOS

CARLOS GANZENMÜLLER ROIG

Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de Gerona

SUMARIO: EXAMEN DE LOS ARTÍCULOS 312 Y 313 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL: 1. *Antecedentes legislativos y socio-lógicos de los preceptos regulados en los artículos 312 y 313 del Código Penal.* 2. *El bien jurídico protegido.* 3. *Ámbito de aplicación de los artículos 312, número 1, y 313, número 1, en el supuesto de transporte de emigrantes clandestinos a través del territorio español con destino a países comunitarios.* 4. *Conclusiones.*

EXAMEN DE LOS ARTÍCULOS 312 Y 313 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL

1. Antecedentes legislativos y sociológicos de los preceptos regulados en los artículos 312 y 313 del Código Penal

1.1. La conducta tipificada en los artículos 312 y 313.1 del Código Penal trae razón no sólo del anterior artículo 499 bis, introducido en el derogado Código Penal por Ley 44/1971, de 15 de noviembre, el cual en su número 3.º sancionaba «al que trafique de cualquier manera ilegal con la mano de obra o intervenga en migraciones fraudulentas», sino también del artículo 54.3. de la Ley de Emigración de 21 de julio de 1971, que sancionaba al «que ilegítimamente, y por cualquier medio, facilite la salida de emigrantes del territorio nacional».

La vigencia simultánea de ambos preceptos provocó la necesidad de intentar diferenciarlos, lo que realizó la *Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de febrero de 1980, Ponente: Luis Vivas Marzal —Ar. 1980/429—* (ante «la anómala e incomprensible situación de castigar como novedad, el Código Penal, lo que ya lo estaba, desde fecha reciente, en otra disposición legal») entendiendo que la «emigración fraudulenta» tipificada en el artículo 499 bis no era un equivalente a «clandestinas» o «ilegales» (conductas que «no sólo se hallarían reprimidas y sancionadas [...] administrativamente sino penalmente en el artículo 54 de esta última» Ley) sino a «engañoso» o «falaz», incluyendo tan sólo a aquellas migraciones «que se determinan y consuman por medios engañosos o falaces».

Esa doble tipificación es la causa de la derogación del artículo 54 de la

mencionada Ley de Emigración y de la sutil modificación de la palabra «fraudulenta» por «clandestina», y por tanto dicho antecedente, junto con el artículo 499 bis del Código Penal de 1973, pueden y deben servir de marco a la interpretación de los vigentes artículos 312 y 313 del Código Penal (1).

1.2. Es indudable la gran evolución experimentada en nuestro país ante los fenómenos migratorios, que de ser, a principios de los años setenta, un país con una gran emigración al exterior, ha pasado a convertirse, en la actualidad, en un país receptor de emigrantes, lo que tiene su reflejo en la protección penal expresada en las Leyes 33/1971 y 44/1971, y en el nuevo Código Penal. De ahí la importancia que hemos de dar a las expresiones utilizadas en dichas leyes para denominar el fenómeno social ante el que se pretende actuar: emigración, migración, inmigración.

Bajo esa perspectiva, es evidente que lo que trataban de proteger los tipos penales de las leyes de 1971 era la emigración de los propios ciudadanos españoles a terceros países, de ahí su denominación de emigración y su tipificación penal, fundamentalmente fraudulenta y mediante engaño. Mientras que los tipos penales expresados en los nuevos artículos 312 y 313 del Código Penal, en sus puntos 1 y 2, reflejan la preocupación por una nueva situación: la inmigración hacia los países desarrollados entre los que se encuentra ya, económicamente hablando España, que ha pasado así de ser exportador a receptor y lugar de paso de inmigración. Situación que ha adquirido una trascendencia social que en 1971 era inimaginable.

Ello explica que, mientras el número 3 del artículo 499 bis hablase indeterminadamente de migración, requiriendo (según la citada sentencia del TS única que trata concretamente dicho precepto) engaño o fraude, el vigente artículo 313 distingue dos conductas que, entendemos, pretenden proteger dos situaciones plenamente diferenciadas: 1) la *inmigración* clandestina de trabajadores a España; y 2) la *emigración*, que puede ser legal, mediante engaño a otro país. Es decir, la realidad social ante la que pretende actuar el nuevo Código Penal parte de la consideración de España como nación en la órbita de los países desarrollados, y por tanto receptora de emigrantes, a los que trata de proteger exista o no engaño por el simple hecho de la clandestinidad o ilegalidad y de los perjuicios que de ella se pueden derivar para el inmigrante. Protegiendo por contra únicamente (precisamente por no existir

(1) En este sentido se expresa José Antonio SAINZ RUIZ (en el capítulo «Los delitos contra los derechos de los trabajadores» de *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, Ed. Releto Cía. Editorial, SA, 1996): «En los supuestos del artículo 313, al derogar la Ley Orgánica 10/1995, en la Disposición Derogatoria Única, número 1 letra f), el artículo 54 de la Ley de Emigración de 1971, se integran en el Código Penal las conductas que se recogían en ese precepto.»

esa situación de desesperación y necesidad que se da en el caso anterior) cuando existe simulación, artificio o engaño la emigración de personas residentes en España hacia otro país.

Esta realidad social no puede ser olvidada en la interpretación de los tipos de los artículos 312 y 313.1 del Código Penal. Realidad que queda perfectamente reflejada en la introducción de la *Circular de la Fiscalía General del Estado número 1/1994, de 15 de febrero*, cuando señala: «Los movimientos inmigratorios hacia los países más desarrollados constituyen, sin duda, uno de los más significativos fenómenos sociales de nuestra época que en España, como es notorio, han alcanzado proporciones importantes por razones culturales, geopolíticas y socioeconómicas. La legítima aspiración de los inmigrantes a vivir en un régimen político de libertades y con mayores cotas de bienestar que en sus países de origen genera problemas de diversa índole, no siendo el menor, precisamente, el que se les plantea a los introducidos en España de forma ilegal, que se ven obligados a asumir un trabajo en condiciones que pueden vulnerar no sólo la legalidad administrativa sino también la penal, cuando no son víctimas de otros delitos o inciden, ellos mismos, en el delito como medio de subsistencia.»

2. El bien jurídico protegido

La *Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1998*, Ponente: José Jiménez Villarejo (EDE 98/380) señala (refiriéndose al derogado artículo 499 bis, pero aplicable más aun si cabe a la nueva regulación más detallada de los artículos 312 y 313 del nuevo Código Penal):

«El bien jurídico protegido mediante la punición del tráfico ilegal de mano de obra y las migraciones fraudulentas no es exactamente el derecho del trabajador a la seguridad en el empleo y al mantenimiento de las demás condiciones de trabajo pactadas o legalmente impuestas. Aquel delito surge en la ley penal, como un verdadero delito de riesgo abstracto, para proteger a todos los trabajadores, nacionales o extranjeros, frente a una nueva forma de explotación favorecida por determinados rasgos de la estructura económica mundial de nuestro tiempo, tales como la profundización de la desigualdad entre países ricos y pobres, la multiplicación de las comunicaciones internacionales de todo índole y el lógico crecimiento de la aspiración de las poblaciones de los países menos desarrollados a alcanzar mejores condiciones de vida.

Para aprovecharse de esta situación y convertirla en inmoral fuente de ingresos, aparecen grupos y organizaciones de gentes sin escrúpulos que promueven migraciones laborales, al margen o en contra de las disposiciones dictadas al respecto por los diversos Estados, abusando del ansia por salir de la miseria de quienes caen en sus redes y convirtiéndolos de hecho en mercancías de fácil y reprochable explotación [...]

[...] de una parte, migración laboral fraudulenta es toda recluta y traslación ilegal o clandestina de mano de obra de un país a otro y, de otro, *el bien jurídico que*

se tutela mediante la prohibición y castigo de esta conducta —el derecho de los trabajadores a que sea respetada su libertad y seguridad y, en última instancia, su dignidad como personas —se viola gravemente cuando, como en el caso que nos ocupa, se les seduce, abusando de su situación de necesidad y exigiéndoles a cambio una cantidad de dinero para ellos exorbitada, para que abandonen su país y vayan a otro que ofrece, en principio, mayores posibilidades de bienestar, pero en el que su condición de inmigrantes ilegales les expone con bastante probabilidad —téngase en cuenta que hablamos de un delito de riesgo abstracto— a la marginación, el desarraigo y la aceptación forzada de condiciones de trabajo mucho más desfavorables a las que se tiene derecho en el país de recepción.»

3. Ámbito de aplicación de los artículos 312, número 1, y 313 número 1, en el supuesto de transporte de emigrantes clandestinos a través del territorio español con destino a países comunitarios

(Muerte en accidente de tráfico de 16 emigrantes marroquíes que viajaban ocultos en un camión patera. «Caso Capmany»).

La Sentencia de 20 de mayo de 1998 del Juzgado número 1 de lo Penal de Girona determinó como probados los siguientes hechos:

«Resulta probado y así se declara que el acusado Aitsalah Lakkir, mayor de edad y cuyos antecedentes penales no constan en la causa, reunió en un lugar desconocido de las proximidades de la localidad de Figueres, en fecha 16 de marzo de 1997, manteniéndolos ocultos, a dieciséis ciudadanos de nacionalidad marroquí, Ahmed Bouzky, Salam Bur Salah, Mohamed Edbir, Fouad El Hadid, Dhain Youssf, Brahim Daudi, Mhamed El Hadrid, Ach Hamid, Ahmed Sahber (Chaeban Ahmed), Chafi Abdelhadi, Bouchaili Chaouifi (Chagoufe), Sbiki Abderrahim y otras cuatro personas no identificadas, quienes habían sido conducidos hasta allí por personas desconocidas, previo pago por parte de los anteriores ciudadanos marroquíes de determinadas cantidades de dinero, que se comprometieron a proporcionarles un medio de transporte donde debidamente ocultos pudieran atravesar la frontera hispano-francesa por La Junquera y ser introducidos en Francia e Italia.

El acusado Sr. Lakkir, en ejecución de dicho programa, convino con Felipe J. Martín Moreno, conductor del vehículo articulado camión marca Scania 13-16-HJ y semirremolque CA-02646-R, propiedad de la empresa “Patrisancor, SL” con sede social en la localidad de Santa Marta de los Barros (Badajoz), que éste portaría a los referidos magrebíes en dicho vehículo hasta Italia, guiando el Sr. Lakkir en su vehículo, marca Renault 21 matrícula GI-0613-BD, al camión hasta el anterior lugar donde permanecían escondidos los ciudadanos marroquíes. Posteriormente, y una vez ocultos los ciudadanos magrebíes en un departamento del referido vehículo, éste inició su marcha hacia la frontera sufriendo un gravísimo accidente, volcando la tractora y el remolque que arrastraba debido al estado etílico de su conductor, Sr. Martín Moreno, en el punto kilométrico 768 de la carretera N-II, término municipal de Campmany, resultando fallecidos este último así como once de los ciudadanos marroquíes, no identificados cuatro de ellos, y lesionados Bochaib Chaouifi, Sbiki Abderrahim, Ach Hamid, Ahmed Shaber y Chafi Abdelhadi.

No ha quedado acreditado que el también acusado Juan Vara García, mayor de edad y cuyos antecedentes penales no constan, conductor del referido camión y quien durante el transcurso de los anteriores hechos acompañaba al Sr. Martín Moreno, conociera el acuerdo entre el Sr. Lakbir y éste sobre el transporte de los referidos ciudadanos marroquíes, siendo así que cuando supo que ésta era la intención del Sr. Martín Moreno abandonó el camión en la localidad de Figueres, continuando su trayecto éste.»

Los argumentos de la sentencia absolutoria pueden sintetizarse en los puntos siguientes:

«Resulta clara la inaplicabilidad del artículo 313 número 1 del Código Penal al caso presente (promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España) por cuanto queda plenamente probado, de las declaraciones testimoniales de todos los inmigrantes, que éstos provenían de Marruecos, habían atravesado el estrecho de Gibraltar y llegado a Figueres desde distintos puntos, con la intención de pasar la frontera hispano-francesa y dirigirse, finalmente, a Italia. Ninguno de los referidos inmigrantes afirmó que su intención era la de obtener un puesto de trabajo en España, por lo que no puede calificarse, a estos efectos, de “inmigración clandestina de trabajadores a España”. En consecuencia, la finalidad, como lo demuestran de otra parte los propios hechos, del acusado era tratar de atravesar la frontera hispano-francesa y dirigirse a Italia. Además de ésta, evidente consideración, determina la imposibilidad de aplicación de este tipo penal la ausencia en el presente caso de toda nota de laboralidad, exigiendo aquél que la emigración clandestina sea realizada por “trabajadores”, como se analizará después.

De igual modo, los hechos imputados y declarados probados no son subsumibles en el artículo 312 del Código Penal, número primero (tráfico ilegal de mano de obra). Y ello por cuanto, si bien concurre el elemento de tráfico, al haber entregado los inmigrantes magrebíes determinadas cantidades de dinero a personas desconocidas integrantes posiblemente de la organización de la que formaba parte el acusado Sr. Lakbir, lucrándose éstos por tanto, resulta, sin embargo, ajena totalmente a los hechos enjuiciados la idea de laboralidad, referente a relaciones de trabajo; en este sentido, tal y como manifestaron todos los ciudadanos marroquíes deponentes en el plenario, las personas que se encargaron de su transporte, entre ellas el acusado, sólo se comprometían a garantizarles su llegada a Italia, y no, en modo alguno, la obtención de trabajo, ni siquiera a facilitárselo en este país a través de otros contactos de la organización allí, teniendo la intención en todo momento los inmigrantes clandestinos de, una vez en Italia, buscar trabajo a través de familiares o amigos ya residentes en este país. Ciertamente es que la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1998, única dictada hasta el momento por dicho órgano jurisdiccional sobre la materia, indica que se trata de un delito de mera actividad que se consuma por la realización de los actos de promoción o favorecimiento, sin exigir que se consiga la obtención de puesto de trabajo; no obstante, dicha sentencia se refiere, exclusivamente, a la aplicación del tipo penal incluido en el artículo 313 número 1 del Código Penal (promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina a España), y no al contenido en el artículo 312 analizado, en el que, debe entenderse, considerando el bien jurídico protegido y el concepto de “mano de obra”, se requiere, si bien no necesariamente la obtención de trabajo por parte del sujeto activo, sí una determinada relación previa de trabajo entre los sujetos activo y pasivo del delito o, al menos, una cierta vinculación del primero con los derechos laborales del segundo para así poder afectarlos o lesionarlos de algún modo, siendo así que, en el pre-

sente caso, el acusado Sr. Lakbir sólo se comprometió a pasarles, ocultamente, por la frontera transportándolos hasta Italia. Ésta era sólo la intención del acusado, así lo intentó y esta misma era también la expectativa de los inmigrantes, sin incluirse en el pacto previo ninguna actuación por parte del acusado, o de personas pertenecientes a la referida organización, ya en el lugar previsto de destino, Italia, ni relacionada con la obtención por parte de los inmigrantes de un puesto de trabajo. Ni siquiera han acreditado las Acusaciones que el acusado fuera conocedor de los motivos del viaje de los inmigrantes o que éstos fueran trabajadores o “mano de obra”, apareciendo, en consecuencia, ausente de los hechos cualquier referencia o conexión con el bien jurídico que se trata de proteger, los derechos de los trabajadores. En este sentido, bien podían los inmigrantes, tras su llegada a Italia, no incorporarse al mercado de trabajo por cualquier razón, o realizar otras actividades ajenas al mundo laboral, sin que así, como afirma, por ejemplo, la SAP de Cádiz de 11 de febrero de 1997 existan “méritos para afirmar que el viaje o desplazamiento marítimo enjuiciado tuviese por objeto el acceso o asentamiento laboral del súbdito extranjero”.

Es esto último, efectivamente, el proporcionar un medio de transporte a los inmigrantes para que éstos pudieran pasar inadvertidamente la frontera, el único reproche que desde el punto de vista jurídico puede efectuarse al acusado, actuación que, no obstante, escapa al ámbito de Derecho Penal.

Finalmente, resta destacar, en apoyo de las precedentes interpretaciones restrictivas realizadas sobre los tipos penales invocados por las Acusaciones, el hecho de que el nuevo Código Penal aplicado deroga expresamente el artículo 54 de la Ley 33/71 de 21 de julio, de Emigración, la cual tipificaba como delictivas tales conductas (promoción de emigración clandestina por reclutación o facilitación de empleo en país extranjero, favorecimiento de la emigración de persona a otro país simulando contrato o colocación o medio fraudulento y facilitando ilegítima y por cualquier medio, la salida de emigrantes de España), siendo así que incluye dentro del cuerpo general del Código Penal las dos primeras conductas, ya analizadas, desdibujando implícitamente la tercera que no se recogió en aquél y que es, precisamente, la única y, en abstracto, aplicable al caso presente, apareciendo clara la voluntad del legislador penal en este sentido».

A) APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 313.1 DEL CÓDIGO PENAL

La Fiscalía de Girona interpuso recurso de apelación por inaplicación de los artículos 313 número 1, como precepto específico, y subsidiariamente del artículo 312 número 1 como precepto general, ambos de Código Penal, conforme a lo dispuesto en el artículo 8.1 del Código Penal.

Los elementos que configuran la conducta específica sancionada en el artículo 313.1 del Código Penal son:

a) *Promover o favorecer por cualquier medio*

La conducta se tipifica con términos amplios comprendiendo cualquier intervención que en mayor o menor medida, directa o indirectamente, colabore con la entrada, permanencia o transporte ilegal de trabajadores extran-

jeros. Como ya señalaba la anteriormente citada *Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1980*, basta que «el sujeto activo intervenga, esto es, fomente, estimule, favorezca, facilite, coadyuve o participe de cualquier forma».

Es evidente que el acusado Aitsalah Lakbir (que, como se recoge en los fundamentos jurídicos de la Sentencia de instancia, poseía «grandes cantidades de dinero» tanto en España como en Marruecos, a pesar de alegar carecer de recursos económicos) fue sujeto activo de dicha conducta, pues *en ejecución de un previo «programa»* que incluía el pago de dinero por las personas clandestinamente, «reunió a los dieciséis inmigrantes magrebíes en un lugar oculto en las proximidades de la localidad de Figueres», y ello como último eslabón en España de una organización compuesta por más personas. Hecho que el Juzgador *a quo* estima plenamente probado, pues la ejecución de un «programa» (como se recoge en los hechos probados) requiere ineludiblemente un previo concierto con las personas que inicialmente cobraron las cantidades pagadas por los inmigrantes clandestinos, tanto para percibir su parte como para concertar el lugar donde debían ser recogidos, a pesar de que posteriormente la sentencia de instancia en contradicción con la claridad y determinación que deben recoger los hechos probados (art. 141 de la LECrim) en los fundamentos de derecho utiliza expresiones dubitativas como «probablemente» o «seguramente» que entendemos deben ser revisadas e integradas en segunda instancia con la claridad, expresada en los hechos probados, de la ejecución de un programa para la introducción y transporte por España de inmigrantes clandestinos y que resulta inevitablemente de la necesidad de que exista una pluralidad de personas distribuidas territorialmente que, a través de una ruta enlazada mediante el previo concierto y pago, puedan conseguir la ocultación y transporte de los inmigrantes clandestinos, tal como estableció este Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas: «Puesto (el acusado) previamente de acuerdo con persona o personas que introducían clandestinamente a trabajadores marroquíes en España y con pleno conocimiento de ello, a tales fines [...] el día [...]»

Así pues, la existencia de un «programa» previo y la participación concertada del acusado en el mismo, hacen que deba ser considerado sujeto activo del delito, pues evidentemente supone un favorecimiento de la llegada, permanencia y transporte por España de trabajadores extranjeros con violación de las disposiciones administrativas sobre entrada de extranjeros, tránsito y concesión de permisos de estancia y residencia, que es lo que se penaliza.

Por otro lado, la conducta de promoción o favorecimiento no requiere que el sujeto activo tenga compromiso alguno para que los inmigrantes sean contratados una vez llegados a su destino, ni deba colaborar para ello sino sólo para el traslado.

En efecto, el tipo no requiere que el sujeto activo, cuya conducta se define en forma tan amplia como la que hemos indicado, tenga siquiera la condición de empresario, ni que esa contribución activa a la inmigración clandestina lo sea necesariamente mediante la actuación a favor de la colocación, sino que basta el carácter clandestino de la inmigración y la contribución a ese traslado con violación de las normas administrativas. Igualmente, es indiferente el hecho que la actuación de los organizadores haya sido concertada e incluso requerida por el sujeto pasivo, pues el tipo no requiere ningún tipo de incitación ni ofrecimiento por parte del sujeto activo, sino sólo su colaboración para que esa inmigración se produzca.

Por tanto, si el sujeto activo puede ser un no empresario ni contratador, y basta con favorecer la inmigración, es obvio que no es necesario que el sujeto activo ofrezca trabajo o colocación a los trabajadores, ni que ese motivo sea utilizado como señuelo o incitación. Por ello, el tipo se contempla como un estadio previo a la «posible» contratación ilegal de los trabajadores inmigrantes, pues el caso contrario nos llevaría a cambiar la redacción del tipo por la promoción o favorecimiento de dicha contratación ilegal.

b) *Inmigración*

Tomando el concepto acogido por la *Guía Laboral y de Asuntos Sociales* de 1996, editada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, debemos entender la emigración (y curiosamente dicho concepto tiene la amplitud suficiente como para comprender tanto la entrada-inmigración como la salida-emigración, en sentido estricto) como:

«Hecho social relativo a los trabajadores que salen de su país de origen para desarrollar en otros países una actividad laboral.»

Como vemos, la nota de laboralidad de la inmigración le viene dada, desde un punto de vista social, que es el que pretende proteger el tipo, más que por la mención «trabajadores» por la propia acción de inmigrar, y en esta tesitura, entendemos que *no se puede negar o dudar de que la actuación de los dieciséis ciudadanos marroquíes que fueron transportados en condiciones inhumanas, previo pago de lo que debía ser todo su patrimonio, ocultándose y durmiendo en los bosques y siendo transportados como ganado, iba guiado con el indudable ánimo de mejorar sus condiciones de trabajo y vida*, así como las de sus familias. El propio Juzgador *a quo* utiliza para definir a los ciudadanos marroquíes la palabra «inmigrantes», y esa condición, que no se puede negar concurría en el caso presente (por contraposición a otras, como v. gr. turistas), lleva implícita la consideración de personas que abandonan su país de origen no por placer, sino por necesidad, necesidad de mejorar sus condiciones laborales y sociales.

c) *Clandestina*

Desaparecida, como hemos manifestado anteriormente, la mención fraudulenta, la clandestinidad viene dada por la mera falta del cumplimiento de las normas administrativas que controlan el acceso, permanencia y tránsito de súbditos extranjeros en España.

Es evidente que la nota de clandestinidad existe en el caso presente y que dicha circunstancia debía ser indudablemente conocida por el acusado, pues evidentemente en caso contrario no se explica por qué tuvo que ocultar a los inmigrantes en el bosque o en el camión.

Así las cosas, consideramos que se dan todas las circunstancias expresadas por la *Sentencia del Tribunal Supremo número 112/1998, de 3 de febrero, Ponente: Marañón Chavarri (R.º 1262/1997)*, pues el acusado «intervino en una actividad de introducir clandestinamente en la Península dos personas extranjeras —súbditos marroquíes, residentes en Tetuán, según consta en sus declaraciones ante el Juzgado— que carecían de la documentación y permisos exigidos para la entrada en España y para trabajar en nuestro país [...] y con tales datos o elementos, quedó consumado el delito definido en el artículo 313.1 nuevo Código Penal».

d) *De trabajadores*

La Sentencia de instancia afirma en primer lugar que falta dicha circunstancia, utilizando para ello expresiones como la «ausencia en el presente caso de toda nota de laboralidad» o «resulta, sin embargo, ajena totalmente a los hechos la idea de laboralidad, referente a relaciones de trabajo», considerando que los autores «sólo se comprometían a garantizarles su llegada a Italia, y no en modo alguno la obtención de trabajo».

Entendemos que todo ello deriva de una exégesis errónea del concepto «trabajador» que menciona el tipo. Efectivamente, no podemos confundir «laboralidad» o «relación de trabajo» con el concepto de trabajador que es el que utiliza el artículo 313.1 del Código Penal. Por un lado, como ya hemos dicho, el aspecto social de la acción de trasladarse de país para mejorar social y laboralmente, viene incluido ya en el concepto actual de «inmigración», y por otro, entendemos que el concepto de trabajador utilizado por dicho precepto (y en plural lo que parece indicar que su inclusión obedece más a una voluntad de precisión para requerir la necesidad de pluralidad de sujetos pasivos que a otra cosa) es un concepto abstracto, desligado de la realización actual y presente de una actividad por cuenta ajena (que evidentemente mientras se emigra no se puede ejercer, al igual que se puede carecer previa e involuntariamente de empleo, pues en caso contrario la inmigración de un desempleado a otro país para buscar traba-

jo, que es el caso típico objeto de protección, quedaría paradójicamente excluido).

Así las cosas, *por trabajador hay que considerar a toda persona que por su edad, estado físico y voluntad, desea y está en condiciones de trabajar. Y dicha condición concurre en el caso presente en el que los sujetos pasivos del delito estaban en condiciones y deseaban trabajar, como así lo manifestaron en el plenario y viene recogido claramente en el fundamento jurídico tercero de la sentencia de instancia cuando afirma: «teniendo la intención en todo momento los inmigrantes clandestinos de, una vez en Italia, buscar trabajo a través de familiares o amigos ya residentes en este país».*

El propio juzgador *a quo* recoge (aunque entendemos que de una manera un poco confusa para excluir la aplicación del art. 312, cuando también había llegado a la conclusión de falta de «laboralidad» al analizar el art. 313.1) la jurisprudencia sentada en la citada *Sentencia del TS de 3 de febrero de 1998* que referida al artículo 313.1, indica que «es un delito de mera actividad que se consumó por la realización de los actos de promoción o favorecimiento, sin exigir que se consiga la llegada a territorio español de los extranjeros» ni la obtención final de un trabajo.

Por tanto, los inmigrantes clandestinos eran trabajadores en busca de trabajo, ése y no otro era el motivo de su viaje. Sin que pueda afirmarse para sustentar la atipicidad de la conducta, como hace la Sentencia de instancia (en el citado fundamento jurídico cuarto), «que bien podían los inmigrantes, tras su llegada a Italia, no incorporarse al mercado de trabajo por cualquier otra razón o realizar otras actividades ajenas al mundo laboral». Evidentemente, hasta que los inmigrantes lleguen a su lugar de destino pueden surgir mil avatares (como la desgraciada e incontrovertible realidad de que once de ellos, antes de conseguir pedir siquiera trabajo, encontraran la muerte) y una vez en él pueden no encontrar trabajo pese a una conducta diligente, pero es el carácter potencial y abstracto de «trabajador» y el de búsqueda de un lugar donde trabajar y mejorar sus condiciones de vida, y la potencialidad que ello conlleva hacia la marginación, el desarraigo y la aceptación forzada de condiciones de trabajo mucho más desfavorables a las que se tiene derecho en el país de recepción, la que configura el delito «como un verdadero delito de riesgo abstracto», como señala la *Sentencia del TS de 5 de febrero de 1998* ya citada.

Por otro lado, la Sentencia de instancia considera, haciéndose eco de la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2.ª) de 11 de febrero de 1997 (Ar 1997/192)* que no existen méritos para afirmar que el viaje o desplazamiento marítimo enjuiciado tuviese por objeto el acceso o asentamiento laboral del súbdito extranjero». Consideramos que dicha afirmación, además de contradecirse con lo manifestado por los testigos inmigrantes en el

acto del juicio oral (único medio directo de conocer la voluntad de éstos) y con otra afirmación de la propia Sentencia que ya hemos recogido cuando dice: «teniendo la intención en todo momento los inmigrantes clandestinos de, una vez en Italia, buscar trabajo a través de familiares o amigos ya residentes en este país», no se corresponde con la realidad de los hechos.

Primero, porque la *sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 11 de febrero de 1997*, alegada por el Juzgador *a quo*, se refiere a unos hechos que no tienen parangón con que son objeto del presente procedimiento. En efecto, en dicho caso en modo alguno se constata la voluntad de asentarse y trabajar del ciudadano marroquí implicado, en primer lugar porque se refiere a un solo ciudadano marroquí que viajaba a bordo de un pesquero, y en segundo lugar porque tanto el acusado como el ciudadano marroquí, que viajaba como tripulante, fueron coincidentes en sus declaraciones de que trabajaba y vivía exclusivamente, desde hacía dos meses, en el propio pesquero en el cual proyectaban volver a Ceuta, no existiendo en dicho caso, por tanto, otra prueba alguna de la voluntad de incorporación como demandante de empleo.

Y segundo, ¿por qué *si no era para trabajar, para qué viajaban en condiciones infrahumanas, durmiendo en los bosques y arriesgando penosamente su vida?*, ¿caben otras posibilidades: *viaje de placer, cultural, vacaciones o turismo?* Si lo que buscaban era mejorar sus condiciones de vida y trabajo, cómo pensaban hacerlo sino trabajando?, ¿o, acaso podemos pensar que en su destino se iban a dedicar a la vida contemplativa?

e) *A España*

La sentencia de instancia (en su fundamento jurídico tercero) considera (entendemos que erróneamente) «clara la inaplicabilidad del artículo 313.1 del Código Penal al caso presente [...] por cuanto queda plenamente probado, de las declaraciones testificales de todos los inmigrantes, que éstos provenían de Marruecos, habían atravesado el estrecho de Gibraltar y llegado a Figueres desde distintos puntos, con la intención de pasar la frontera hispano-francesa y dirigirse, finalmente, a Italia. Ninguno de los referidos inmigrantes afirmó que su intención era la de obtener un puesto de trabajo en España, por lo que no puede calificarse, a estos efectos, de “inmigración clandestina de trabajadores a España”».

Pensamos que no es ése el alcance de la expresión «a España», por las siguientes razones:

1.º Porque ya sea que, como señala José Antonio Sainz Ruiz (ob. cit.) «se perfecciona la acción cuando el trabajador extranjero se halle dentro de nuestro país», ya como señala la citada *Sentencia del Tribunal Supremo de 3*

febrero de 1998 no sea necesaria para la consumación «la llegada a territorio español», lo único que exige el tipo es la existencia, como hemos expuesto, de una inmigración clandestina de trabajadores, dando lugar a la *vulneración de los derechos a la libertad, seguridad y dignidad* (que como trabajadores y personas nadie puede dudar que poseían), inmigración y vulneración *que se han producido en territorio español* y se iba a continuar produciendo en otro país europeo, *el hecho de la entrada en España y el tránsito a través del territorio nacional por parte de dichos inmigrantes debe dar lugar a la aplicación del tipo*.

2.º Porque la expresión «a España», como hemos razonado anteriormente en la alegación cuarta del presente recurso, es simple reflejo de la realidad social del momento presente, en el que España es un país receptor y de tránsito de inmigrantes pero no exportador de mano de obra, consideración que clarifica la finalidad de su inclusión en el artículo 313.1 del Código Penal, en forma distinta de la forma fraudulenta que se exige para la emigración en el número 2, con la simple finalidad de tutelar más allá del engaño la inmigración consecuencia de la desigualdad.

3.º Porque así resulta, de la interpretación acorde con los antecedentes legislativos, artículo 54 de la Ley 33/71, artículo que algún autor (Bajo Fernández en *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*. Ed. Civitas, 1978, págs. 533 y 534) había ya considerado incluido en el derogado artículo 499 bis: «cuando se trata de migraciones internacionales entra en colisión (el art. 499 bis) con la Ley de 21 de julio de 1971 que castiga la promoción de la emigración clandestina por cualquier medio de propaganda, ya reclutando agentes, ya facilitando colocación o empleo en país extranjero, la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación; y facilitar ilegítimamente la salida de emigrantes del territorio nacional (art. 54). La colisión de normas ha de solucionarse con la combinación del principio de especialidad (art. 7 CP) y el principio de codificación (art. 604 CP). A nuestro entender, dado que la Ley de reforma de 15 de noviembre de 1971 incluye en el Código Penal las conductas de la ley especial, ha de regir por imperativo del artículo 604 del Código Penal, lo prescrito en el artículo 499 bis del Código Penal». En ello abunda también todo lo expuesto en la alegación tercera del presente recurso.

4.º Porque, como ya hemos dicho, el tipo tutela un estado previo y diferente a la «posible» contratación ilegal o cualquier otra forma de vulneración de los derechos de los trabajadores inmigrantes a la seguridad en el empleo y al mantenimiento de las demás condiciones de trabajo pactadas o legalmente impuestas (bien jurídico éste que además no «es exactamente el protegido» en este tipo, Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1998, Sentencia que en extenso se transcribe en la alegación quinta del presente recurso), pues

el caso contrario nos llevaría a cambiar la redacción del tipo por promoción o favorecimiento de la contratación ilegal o cualquiera de dichas conductas. De tal manera que la efectiva contratación, colocación o explotación, dará lugar a la realización de un tipo distinto del mismo título (v. gr. art. 311 «abuso de situación de necesidad...», arts. 312, puntos 1 y 2, 314, 315.1 y 316) que entendemos deberá ser penado en concurso medial (con más razones, creemos, que las que han llevado a mantener hasta el reciente acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo dicha relación entre el contrabando y el tráfico de drogas), pues ni tan siquiera el tipo se configura con un elemento subjetivo del injusto que comprenda una intención o tendencia interna trascendente (aquellos en que la descripción típica contiene una finalidad que se propone el agente, pero que no precisa alcanzar para la consumación del delito) ni de tendencia o de tendencia interna intensificada (que incorporan la dirección de la voluntad del autor o su intención), pues el dolo se cubre (STS de 3 de febrero de 1998) con el conocimiento de la clandestinidad de la inmigración y el favorecimiento de la misma. Ni tampoco cualquiera de los resultados previstos en los demás tipos del Título supondrían la absorción de la conducta de la inmigración (pues a pesar de su carácter de delito de riesgo abstracto, abarcaría otras posibilidades o realidades agravadas como la marginación o el desarraigo y otros muchos resultados lesivos como los que en el presente caso se han producido ya, con la muerte de once personas). Por lo que *comportando la inmigración un tipo independiente y autónomo la expresión «a España» no debe conectarse necesariamente con la necesidad de que también en España vaya a consumarse una cualquiera de los demás tipos previstos en el mismo título*, lo importante es que el delito de inmigración clandestina, sea de mera actividad sea de resultado (entendido como la entrada en España), se ha cometido en España y se haya sancionado en un precepto específico del Código Penal, sin que ello se vea afectado porque la posible contratación, colocación, privación de los beneficios de la Seguridad Social o discriminación, que en su caso integrarían tipos delictivos distintos, se cometan fuera de España.

5.º Porque *da lugar al absurdo de que siendo la misma conducta y siendo a todas luces igualmente reprochable*, puesto que igualmente se produce en toda su plenitud la conducta de riesgo abstracto (e incluso nos atreveríamos a decir que, por las condiciones que debe tener lugar el traslado, de resultado), *si los inmigrantes son introducidos en territorio español y transportados por España, pero dicha inmigración lo es para su explotación en otro país europeo, la legislación española no tiene nada que decir*. A ello cabe añadir, que derivándose la ilicitud de la conducta de la clandestinidad de la inmigración, dicha clandestinidad derivaría no sólo de la infracción de normas internas (v. gr. LO 7/85, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, OM 26 de julio de 1989 por la que se fijan normas generales

y de procedimiento en relación con el reconocimiento de situaciones de excepción a la obligación de obtener permiso de trabajo, RD 1521/1991, de 11 de octubre, sobre creación, competencias y funcionamiento de las Oficinas de Extranjeros, RD 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley 7/85, OM de 11 de abril de 1996 sobre exenciones de visados, Resolución de 17 de abril de 1996 de la Dirección General de Migraciones) sino también de normas comunitarias (v. gr. Reglamento 1612/1968 del Consejo relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, Reglamento 1251/1970 de la Comisión relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, Directiva 64/221/CEE del Consejo, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública, Directiva 68/360/CEE del Consejo, sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad, Acta de Adhesión de España a la CE de 15 de julio de 1985, Directiva 90/365/CEE del Consejo, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional, Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992, Reglamento 2317/1995 del Consejo, por el que se determinan los países terceros cuyos nacionales deben estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros) y siendo que ello es reflejo de un espacio económico, político y social común, dicha consideración se obviaría dejando sin sanción penal a los organizadores de inmigraciones clandestinas que penetrasen en el espacio común europeo a través de España con destino a países comunitarios, como en el presente caso Italia.

6.º Porque lo que se trata de proteger es en última instancia la dignidad de la persona, recogida en declaración tan fundamental como es el artículo 10 de nuestra Constitución que establece que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden público y la paz social». Cualquier inmigración organizada que fuera introducida y circulase por España quedaría ominosamente impune bajo la simple alegación de que «la mercancía que viaja en la patera o en el camión es mercancía de paso».

B) APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 312.1 DEL CÓDIGO PENAL

En este sentido y en cuanto al alcance y significado del artículo 312 del Código Penal, y muy particularmente del sentido de la expresión «tráfico ile-

gal de mano de obra» —que se extiende a cualquier comercio ilícito que se realice teniendo como objeto la «fuerza o capacidad humana de desarrollar una actividad productiva», que sin duda es mucho más amplio que la de trabajador asalariado—, extendiéndose no sólo a los derechos de los trabajadores sino a la misma dignidad de la persona (siendo aplicables aquí la mayor parte de los razonamientos expuestos en la alegación anterior que damos por reproducidos), aspecto éste ya puesto de manifiesto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1998 cuando se relaciona el delito de inmigración clandestina del artículo 313 con el tipo del artículo 312 del Código Penal.

La regulación del Código Penal se produce, pues, en cascada, como sucede en otros delitos, como en el tráfico de drogas, donde del precepto genérico (mero tráfico del artículo 368), se pasa a la concreta individualización de otras conductas punibles (introducción, difusión o realización en determinados establecimientos del art. 369). Así dentro del tráfico ilegal de mano de obra del artículo 312 (que puede ser interno o externo), el artículo 313 sanciona de manera más específica las migraciones ilegales y las fraudulentas (como modalidades de tráfico externo de carácter internacional referidas a entradas y salidas del territorio nacional).

C) RESOLUCIONES DE LA AUDIENCIA DE GIRONA

Finalmente la tesis recogida por la Sección Penal de la Audiencia de Girona en Sentencias de 15 de octubre y 10 de noviembre de 1998, se puede sintetizar en la forma siguiente:

«En definitiva y como nos dice la reiterada Sentencia de 5-2-98 del Tribunal Supremo, “la interpretación del artículo 313 debe hacerse desde la necesidad de salir al paso de semejantes actividades”, en referencia directa a los grupos y organizaciones de gentes sin escrúpulos que promueven migraciones laborales al margen o en contra de las disposiciones dictadas al respecto por los diversos Estados, abusando del ansia por salir de la miseria de quienes caen en sus redes y convirtiéndolos de hecho en mercancía de fácil y reprochable explotación.

Ha de entenderse no obstante que el artículo 313 incluye sólo los movimientos migratorios producidos entre diversos países, de ahí la expresión «a España», tal como se deduce del propio tenor literal del precepto; de modo que los movimientos migratorios que se producen dentro de las fronteras de España han de considerarse comprendidos en el concepto de tráfico ilegal de mano de obra del artículo 312 Código Penal (en este sentido se pronuncian Arroyo y Terradillos) (Sala 3.^a AP Girona de 15 de octubre de 1998).

De lo expuesto resulta, en consecuencia, que el Legislador ha independizado, unificándolas en un mismo precepto, todas las conductas punibles relacionadas con las migraciones laborales fraudulentas, definidas por la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1998 como la recluta o traslación ilegal o clandestina de

mano de obra de un país a otro, diferenciándolas en función de si ese traslado se produce desde el extranjero hacia España, a lo que cabría añadir o hacia otro país pasando por España —inmigración— o desde España hacia el extranjero —emigración—, siempre que, respecto a esta última conducta, medie engaño.

El tráfico ilegal de mano de obra se halla así actualmente tipificado en el artículo 312.1 del Código Penal, como un delito distinto e independiente de los relativos a las migraciones laborales fraudulentas o clandestinas, considerando la Sala —como ya se indicó en la mencionada Sentencia de 15 de octubre de 1998— siguiendo la doctrina científica más autorizada, que lo que dicho precepto sanciona es la contratación de trabajadores realizada al margen de la normativa reguladora de esa actividad, distinguiéndose a su vez dos conductas típicas, cuales son la colocación a través de vías distintas a la contratación directa del trabajador por el empresario o mediante la intervención del Instituto Nacional de Empleo, las empresas de trabajo temporal o las agencias privadas de colocación sin ánimo de lucro —únicos organismos legalmente autorizados para mediar en la contratación laboral— y la cesión de mano de obra realizada al margen de las empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas, que son las únicas que pueden contratar trabajadores con la finalidad de cederlos, a su vez, a otras empresas.

No cabe duda de que los delitos tipificados en el artículo 312.1 y el artículo 313.1 del Código Penal se hallan relacionados, toda vez que en ambos, junto al interés colectivo representado, en el primer caso, por el interés del Estado en controlar el mercado de trabajo y en el segundo —además, de controlar los fenómenos migratorios— se protegen los derechos de los trabajadores —tanto económicos como los relativos a su libertad, seguridad y dignidad— como colectivo, no exigiéndose para la consumación de ninguno de esos delitos la existencia de un real y efectivo perjuicio para el trabajador, de ahí que se trate de delitos de riesgo abstracto, en los que basta la realización del acto prohibido —la colocación ilegal del trabajador o la colaboración en su traslado a España o a otro país pasando por España— potencialmente lesivo para los derechos de los trabajadores para que nazca el delito, sin que en ninguno de los dos supuestos se exija como elemento subjetivo del injusto la concurrencia del ánimo de lucro, diferenciándose uno y otro supuesto por razón de la distinta conducta prevista en uno y otro» (ST, Sala 3.ª AP Girona de 10 de noviembre de 1998).

4. Conclusiones

A pesar de que en lo sustancial las Sentencias dictadas siguen los fundamentos esgrimidos en los recursos de apelación del Ministerio Fiscal, existen una serie de cuestiones jurídicas que a nuestro entender deberían dar lugar a una modificación legislativa del referido precepto.

A) El artículo 313.1 del Código Penal, cuando sanciona: «El que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España» es la conducta más específica (y así se recoge en la Sentencia estimatoria del recurso) en relación a la organización y transporte de inmigrantes, no obstante plantea problemas de interpretación que entendemos podrían solventarse con una redacción más clara del precepto. Un

estudio más detallado de cada uno de los elementos del tipo se realiza en el recurso planteado en el caso «Campmany», recogido por la Sentencia dictada en segunda instancia. No obstante, y en resumen, los principales serían:

«*Promoción y favorecimiento por cualquier medio*»: Entendemos que una interpretación correcta y no extensiva lleva a considerar incluido el transporte de inmigrantes, así como su organización o contratación (al igual que sucede, p. ej., con el tráfico de drogas), sin perjuicio de que haya habido autores como Vázquez Iruzubieta, en su *Código Penal comentado*, que lo consideren no incluido, pues es mayoritaria la doctrina que se manifiesta en sentido contrario, lo que es acorde con la amplitud de la redacción de la conducta.

«*Inmigración clandestina*»: El único problema viene dado por la contraposición del término inmigración con el de emigración, lo que puede dar a entender que la salida de España es emigración. Interpretación que entendemos fácilmente reconducible porque la inmigración del sujeto pasivo debe entenderse desde su país de origen y no en relación a la salida de un país que es mero tránsito o etapa de aquélla.

«*Trabajadores*»: La interpretación que entendemos correcta y no «extensiva» (pues no se puede pretender que mientras viajan estén ligados por una relación laboral, tengan ya un contrato de trabajo firmado o el sujeto activo sea precisamente el que les va a contratar o a ofrecer trabajo una vez en destino, lo que será en su caso constitutivo de otro ilícito penal) debe entenderse como persona que emigra con la finalidad de buscar trabajo.

«*A España*»: Éste es el punto donde la dicción literal del precepto plantea mayores problemas, que básicamente podemos reconducir a dos:

1.º Considerar que España ha de ser el destino final de los inmigrantes, lo que llevaría a excluir por atípicos aquellos casos de inmigraciones detectadas antes de su entrada en España o en el momento de su entrada, en los que se diese la circunstancia de que el destino final no fuese el territorio nacional sino otro país europeo. Consideramos que cabe una interpretación acorde con su consideración de delito de peligro abstracto conforme la cual se entienda que España no ha de ser el país de destino sino que lo que se debe entender por «a España» es que se ha de producir la entrada en territorio español.

2.º Casos en los que la entrada a España ya se ha producido (y así aquella persona diferente a la que introdujo en España a los inmigrantes continúa previo concierto o no con los iniciales introductores —lo que en ocasiones es de difícil prueba— con el viaje a través de España o para salir de ella). En este punto (que además facilitaría la interpretación de lo expuesto en el apartado anterior), creemos que la adición a la redacción literal del tipo de «*a España o a través de España*», eliminaría toda duda sobre la inclusión de los denominados camiones-patera dentro del tipo.

En definitiva, entendemos que con una clarificación del término «trabajadores» (que consideramos no obstante cabe vía interpretación), y con la inclusión (que aquí sí consideramos necesaria) al final de la descripción de la conducta típica de «o a través de España», se resolverían las dudas y polémicas que han surgido con este caso, y facilitaría la persecución de casos futuros.

B) En cuanto a la pena con la que se castiga una conducta tan grave y socialmente rechazable (6 meses a 3 años de prisión) es conveniente efectuar las consideraciones siguientes:

b.1.) La pena mínima a imponer impide que pueda decretrarse la prisión provisional del imputado (que por regla general es extranjero) por un tiempo superior a tres meses, según la interpretación más generalizada, de los artículos 503 y 504 de la LECrim, lo que determina una investigación somera y rápida del hecho sin que sea posible extenderse a la red de traficantes que se encuentra detrás del detenido, lo que unido al interés de la Policía Nacional en aplicar la expulsión inmediata (2) de los inmigrantes trabajadores en setenta y dos horas, pues de lo contrario debe efectuarse por el procedimiento de expulsión ordinario, delimitan extraordinariamente las posibilidades investigadoras en profundidad.

b.2.) Consideramos que la pena adecuada y proporcionada a la gravedad de estas conductas exige que la sanción penal sea mayor de la actualmente prevista, y en todo caso, en su mitad superior, al menos, a cinco años, de forma que asuntos como el estudiado pudieran llegar al Tribunal Supremo, a fin de que se consolidase la jurisprudencia iniciada en las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 y 5 de febrero de 1998.

(2) La legislación que en esta materia se está aplicando se encuentra regulada en el «Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985», artículo 123: «El acuerdo entre España y Francia relativo a la admisión en los puestos fronterizos de personas en situación de estancia ilegal», de 8 de enero de 1988; artículo 4: «El acuerdo entre España y Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente», *BOE* de 25 de abril de 1992; arts. 2, 3, 4: «Régimen de circulación de personas entre España y el Principado de Andorra» (*BOE* de 4 de agosto de 1994); y «el Convenio entre España y Portugal sobre readmisión de personas en situación irregular» (*BOE* de 31 de marzo de 1994).

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

**IV. Contenido de la Memoria
de la Fiscalía General del Estado**

CONTENIDO DE LA MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

JOSÉ APARICIO CALVO-RUBIO

Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

El contenido esencial de la Memoria lo establece el artículo 9.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y lo reitera literalmente el artículo 181.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; se completa con flexibilidad, cada año, con las materias que aconsejan las prioridades del momento, desde el punto de vista jurídico, criminológico y sociológico.

Antes se regulaba en el artículo 47 del Estatuto de 1926 y en los artículos 96 a 99 del Reglamento de 1969, todavía parcialmente vigente. En ocasiones eran las propias Memorias las que señalaban criterios para su elaboración, plasmados en alguna Circular como la 6/1965, que las calificaba como el documento más importante de cuantos tienden a mantener la unidad del Ministerio Fiscal, subrayando que eran instrumentos de extraordinario valor, entre otras razones por recoger cuestiones sobre las cuales han de fijarse posteriormente las orientaciones adecuadas de una buena política criminal y por ser vehículo de la información al Gobierno, lo que ahora se acrecienta por remitirse también, conforme al citado artículo 9.1, a las Cortes Generales y al Consejo General del Poder Judicial.

No es extemporáneo recordar ahora que en la Moción aprobada por el Congreso de los Diputados el 27 de mayo de 1997 se insta al Gobierno para que en el proyecto de ley que modifique el Estatuto vigente de 1981 se incluyera, entre otras medidas, la remisión de la Memoria a la Comisión de Justicia del Congreso no tanto para aprobar o rechazar su contenido sino, como se dijo por su autor en el debate, para que se puedan suscitar iniciativas o preguntas de los distintos grupos parlamentarios.

En este sentido conviene recordar también que, conforme a lo previsto en el artículo 109.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el contenido de la Memoria que el Consejo General del Poder Judicial eleva a las Cortes Generales puede ser debatido de acuerdo con el Reglamento de las mismas y

reclamar, en su caso, la comparecencia del Presidente de aquel órgano constitucional o del miembro del mismo en que delegue.

Todo es mejorable y por supuesto lo es la Memoria de la Fiscalía, pero en una valoración global y objetiva me atrevo a afirmar que constituye un documento riguroso, de gran interés desde todos los puntos de vista, altamente estimado por todos los operadores jurídicos, como tuve ocasión de comprobar, por propia experiencia, en mi etapa como jefe de la Secretaría Técnica. El que lo es ahora, Eduardo Torres-Dulce, con su conocida capacidad de síntesis, hará un resumen de la ponencia y de las indicaciones pertinentes para realizar la de este año.

La Memoria de la Fiscalía General del Estado, en suma, goza de merecido prestigio que hay que mantener y aumentar. Mañana en otras Mesas habrá que hacer autocrítica. En el tema de hoy, sin triunfalismos, podemos expresar una moderada y legítima satisfacción.

**REVISTA
DEL
MINISTERIO FISCAL**

V. Menores

LA TUTELA PENAL DE LA INDEMNIDAD SEXUAL DEL MENOR

JORGE SENA ARGÜELLES

Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura-Cáceres

SUMARIO: TUTELA PENAL. DERECHO SUSTANTIVO. TUTELA PENAL. DERECHO PROCESAL.

Desde un punto de vista general podemos señalar, sin temor a equivocarnos, que la indemnidad o protección del menor ha sido una constante histórica que, con mejor o peor fortuna, han practicado los Estados; probablemente alimentada por razones y exigencias de tipo sociológico, pues, no en vano, es la sociología la que impulsa el desarrollo de las parcelas jurídicas y políticas de una sociedad estructurada.

Este fenómeno se ha materializado en una amplia normativa no sólo nacional, sino internacional y supranacional, que conviene relatar a continuación por razones informativas y sin ánimo de una absoluta intención exhaustiva:

- La Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924, que es uno de los primeros documentos escritos que reivindica para el niño una protección especial.

- La Declaración de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1959, con su celebre decálogo de Derechos reunidos bajo el epígrafe de «El niño, por su falta de madurez física y mental, necesita la debida protección legal».

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que en su artículo 25.2 encarece cuidados y asistencias especiales para la infancia.

- El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 no contiene, ciertamente, ninguna disposición específica en relación con los derechos del menor; no obstante el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha tomado decisiones importantes en esta materia, cuya doctrina va configurando una especie de «Estatuto del Menor» mediante la interpretación y aplicación sistemáticas de las normas de los adultos (Sentencia Marchk, de 13 junio de 1979; Sentencia Rasmussm, de noviembre; Sentencia de Erikssons, de 22 de junio de 1989; etc.),

todas ellas dirigidas a configurar el perfil del niño en el ámbito familiar y social con respeto absoluto a sus derechos.

— El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que en su artículo 24 refiere la indiscriminación del menor en relación con las medidas que precisen.

— El Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales de 1966, que en su artículo 10.3 exige la adopción de medidas de especial protección y asistencia a los menores.

— La Carta Social Europea de 1961, que en su II Parte recoge, en el párrafo 7, diez compromisos de protección de los niños y adolescentes en el ámbito laboral, desarrollando un amplio y exquisito panel al respecto.

— La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en donde se plantea por primera vez la protección del menor a través de una mayor reconocimiento de su autonomía como sujeto de derechos, lo cual será compartido sin reserva por la Carta Europea de los Derechos del Niño de 1992, aprobada por el Parlamento Europeo en su Resolución A.3.0172/92.

— Finalmente, el Convenio de La Haya de 1993, que, si bien se refiere a la adopción internacional, pretende instaurar en su artículo 1.b) un sistema de cooperación entre los Estados para prevenir la sustracción, venta y tráfico de menores.

Para centrarnos en el ámbito del derecho patrio debemos hacer mención, para ser su primer antecedente, a las trasnochadas leyes de 11 de junio y 2 de julio de 1948, que, por cierto, han estado vigentes hasta su declaración de inconstitucionalidad por Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1991 (36/1991), que protegía al menor ante el uso indebido de la potestad y custodia.

Será la Constitución Española la que en su artículo 39, incluido en el Capítulo II del Título I referido a los principios rectores de la política social y económicos, señala que los menores gozarán de la protección de los Poderes Públicos, de la familia y de los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

Este planteamiento constitucional y las exigencias de la STC señalada más arriba dieron lugar a leyes específicas al respecto como son la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que reforma el Código Civil, y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre protección jurídica del menor, que reforma nuevamente el Código Civil y la Ley Procesal Civil, y además establece un amplio marco administrativo sobre los derechos del menor, inspirado sensiblemente por la Convención Europea de 1989 y la Carta Europea de 1992, en el sentido de aplicar el binomio protección-autonomía, para tutelar mejor al menor.

TUTELA PENAL. DERECHO SUSTANTIVO

Este afán de tutelar legalmente a la indemnidad del menor, tiene una peculiar significación y una puntual exigencia cuando se trata de indemnidad sexual de los niños, pues en este terreno resultan más vulnerables que los adultos. En los delitos contra la libertad sexual el menor es víctima propiciatoria, especialmente elegida por determinada delincuencia con actividad internacional.

Para una mejor comprensión del problema parece oportuno examinar la cuestión, primeramente, desde el punto de vista del Derecho Penal Sustantivo.

Ante el Derecho Penal, la indemnidad sexual del menor solamente puede lograrse con los mecanismos que posee el Derecho Sustantivo, y éstos no son otros sino la utilización de la retribución punitiva, es decir, que los tipos penales en los que la víctima sea el niño o el menor de edad se castiguen con mayor virulencia, con penas disuasorias y proporcionadas, pues de esta manera se logrará, sin duda, una cuantificación de la prevención general de la pena, o sea, que la sociedad pueda valorar positivamente las dimensiones del reproche penal que el legislador, el Estado en definitiva, le aplica al delito sexual contra un menor.

Naturalmente estas reflexiones están hechas en el seno de la distante utopía que supone analizar como real la teoría de los fines de la pena, tanto sean como retribución o como rehabilitación.

El Código Penal Español vigente de 1995 recoge en el Título VIII del libro II los delitos contra la libertad sexual, y su escasa y casi inexistente exposición de motivos nada dice al respecto, sino algún reiterativo tópico.

Después, analizando los 16 artículos que le dedica al presente tema, observamos que estos delitos, cometidos contra menores, están castigados con penas más graves que aquellos en los que la víctima es un adulto.

Así, el artículo 180.3.^a agrava específicamente la agresión sexual con penetración cuando la víctima sea persona vulnerable por la edad.

El artículo 181.2.1.º presume la falta de consentimiento en todo caso en el que la víctima del abuso sexual sea menor de 12 años.

El artículo 182.2.º agrava la pena del abuso sexual cuando la víctima sea menor.

El artículo 185 sólo condena las conductas de exhibicionismo cuando se realizan entre menores de edad (menores de dieciocho años); lo mismo ocurre en el artículo 186, que sólo castiga la provocación sexual cuando se difundiera entre menores de edad (menores de 18 años).

Los artículos 187.1 y 188.3 sólo castigan la prostitución de menores de edad (18 años). Y en caso de violencia a mayores, para lograr su prostitución,

agrava la pena si las víctimas, además, son menores de edad (menos de 18 años).

El artículo 189 condena la utilización de personas en espectáculos exhibicionistas solamente si son menores de edad (menores de 18 años), y además impone la privación de la patria potestad sin son autores de los hechos los padres de los menores.

Finalmente, el artículo 191.1 se muestra más tolerante en las condiciones de perseguibilidad de los delitos sexuales contra menores, pues el Ministerio Fiscal puede acceder a los tribunales con la simple denuncia, sin necesidad de la preceptiva querrela cuando se trata de víctimas adultas.

Este marco típico y punitivo que acabamos de examinar, si bien puede calificarse de aceptable, se ha considerado muy pronto como insuficiente para lograr una mayor indemnidad del menor, y a este respecto debemos alabar la sensibilidad de la sociedad para perfeccionarlo; para ello debemos señalar que los días 26 y 28 de noviembre de 1996 el Congreso de los Diputados y el Defensor del Pueblo han elevado al Gobierno de la Nación una propuesta y una recomendación, respectivamente, para revisar los tipos penales ya existentes, y añadir como punibles la venta, difusión, exhibición de material pornográfico interpretado por menores, ya que, sin duda, existía un vacío legal. A la vista de ello existe un Proyecto de Reforma del Código Penal en el que el artículo 189 del mismo quedará redactado en este sentido y además se elevarán las penas para el resto de los delitos sexuales que tengan como víctimas a menores.

También la sociedad internacional, consciente del acuciante tráfico sexual de menores, ha reaccionado positivamente ante el fenómeno, y muestra de ello son estas tres manifestaciones:

a) El Consejo de Ministros de la Unión Europea ha adoptado, con fecha 29 de noviembre de 1996, una acción común relativa a la lucha contra la trata y explotación sexual de los niños, comprometiendo a los Estados Miembros para que revisen su legislación penal en aplicación de los artículos K.3 y K.1 del Tratado de Maastricht de 1992.

b) El Congreso Mundial contra la explotación sexual comercial de los niños, celebrado en Estocolmo en agosto de 1996 con participaciones de Organizaciones como UNICEF, UNESCO, ACNUR, INTERPOL y otras, concluyó con un programa de acción y una declaración unánimemente aceptados, de los que destacamos el doble compromiso asumido por los participantes: por un lado revisar la legislación interna sobre delitos sexuales contra menores, y por otro promover una cooperación más sólida entre los Estados para prevenir el comercio sexual nacional e internacional.

La Unión Europea, que también participó como Organización supranacional, apoyó absolutamente la Declaración Final.

Calificábamos mas arriba como aceptable el marco jurídico punitivo del Código de 1995, y hemos añadido los movimientos internos e internacionales para su complemento o mejoramiento. Pues bien, para concluir este apartado, según nuestro criterio, sería deseable introducir una política legislativa de medidas cautelares semejantes a las aconsejadas por el Fiscal General del Estado en la Circular 1/98, referente al delito de malos tratos familiares del artículo 153 del Código Penal. Es decir, la posibilidad de prohibir la utilización de la vivienda cuando el agresor sexual sea el padre del menor, pues, como es sabido, ésta es una de las dificultades prioritarias en el seno de la estructura de familiar quebrantada.

Si bien esta medida puede ser autorizada por el Juez de Instrucción en aplicación del artículo 158.3.º del Código Civil, debería tener reflejo en el Derecho Penal como derecho autóctono.

C) El Consejo de la Unión Europea ha aprobado recientemente, el 19 de junio de 1998, una acción conjunta por la que se crea una «Red Judicial Europea» para la cooperación judicial internacional entre los Estados Miembros para proporcionar todo tipo de información jurídica y práctica en el enjuiciamiento de los delitos graves entre los que incluye la corrupción, el narcotráfico, el terrorismo y la delincuencia organizada. Según nuestro criterio, bien puede incluirse en este espectro el tráfico sexual internacional de menores y su material pornográfico, porque en el preámbulo de esta acción común se cita el artículo K.3 del Tratado de Maastricht que también sirvió de base en la acción común de 1996, citada más arriba.

TUTELA PENAL. DERECHO PROCESAL

En el marco del Derecho Procesal es en donde el menor, como víctima de delitos sexuales, tiene su indemnidad más vulnerable, y por tanto es aquí en donde hay que buscar con mayor interés las fórmulas de tutela adecuadas sin merma de otros derechos fundamentales convergentes.

Todo ello, porque su papel de víctima figura más acentuado. No cabe duda de que el proceso penal ha sufrido una ostensible metamorfosis a lo largo de la historia, y ha pasado, al menos, por tres estadios que enumeramos a continuación.

Una primera fase, en la que tras la comisión de un delito la víctima o sus herederos tienen derecho a actuar directamente sobre el actor hasta límites inimaginables. Es la época de la vengaza privada institucionalizada, sin ninguna intervención del Estado en el conflicto creado.

Una segunda, que sirve de marco al procedimiento inquisitivo, en la que el Estado adquiere protagonismo como titular de la acción punitiva, y además crea, diseña y organiza el enjuiciamiento penal. Aquí se convierte el proceso penal en un diálogo entre el Estado y el agresor, incluso a través de la tortura, con olvido absoluto de la víctima o sujeto pasivo, que se convierte en un elemento más del delito sin protagonismo activo en el seno del proceso.

La tercera fase comienza, probablemente, con la introducción del principio acusatorio en el proceso penal, en el que se restringe el poder del Estado mediante la aparición de los principios de legalidad penal y procesal; de esta forma al acercarnos al Estado del Bienestar, el propio Estado, representado por el Juez, se ha convertido en un árbitro conciliador de la situación conflictiva creada por el delito entre agresor y víctima, la cual está legitimada para impulsar el proceso, e incluso puede consensuar su resultado final, si bien con limitaciones.

Como se puede observar en la breve reflexión que acabamos de hacer, la víctima ha pasado de un protagonismo exclusivo en la primera fase a un absentismo en la segunda, y a una revitalización en el momento procesal actual.

Esta revitalización de la víctima tiene, según nuestro criterio, una clara manifestación en la legislación procesal española, singularmente tras la reforma de la misma por Ley Orgánica 7/1988, que introduce el denominado procedimiento abreviado. Pues bien, en este nuevo marco procesal debemos destacar, a este respecto, los siguientes preceptos:

— El artículo 781, párrafo primero, en donde creo que, por primera vez, se utiliza con verdadera intencionalidad la palabra víctima segregada del término perjudicado («el Fiscal velará por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados»). Obsérvese que los artículos 106, 108, 109, 110 y concordantes de la vieja Ley Rituaria utiliza solamente términos como perjudicado y ofendido, pero nunca utiliza el de víctima.

— Los artículos 789.5.5.^a, 791.3 y 793.3; en ellos se acepta el principio del consenso con generosidad, superando cuantitativamente la conformidad creada por la antigua reforma de 1967 en lo que se llamó procedimiento de urgencia.

Estas innovaciones procedimentales han hecho realidad la pretensión de los procesalistas clásicos de reconvertir el proceso penal en un proceso de partes, como aventuró Gómez Orbaneja, y dentro de esta estructura conviene señalar la situación de una de estas partes. La víctima llegará a conocer y calcular su indemnidad, su protección.

La pregunta que surge inmediatamente es la siguiente:

¿Con las normas procesales que contamos se muestra suficientemente protegida la víctima frente al agresor?

La contestación ha de ser negativa, tan claramente negativa, que se ha ido elaborando sin pausa la nueva ciencia denominada victimología, cuyo primer Congreso es reciente, pues se celebró en Jerusalén en 1973, y que tiene como finalidad no sólo el concepto de víctima, sino sus características biológicas y sociológicas y su protección, además, cuantitativa y pecuniaria, en el desarrollo del proceso penal.

En España tiene arraigo en la dogmática penal hay que recordar los trabajos de los profesores Beristain, García Pablos y Landrove Díaz, que la han incorporado a sus cátedras como materia imprescindible.

Dejando al margen otras consideraciones, interesantes sin duda, pero más propias de otras ponencias deseables incluso en estos encuentros, conviene centrar el papel de la víctima en los denominados delitos de relación, en los que existe una relación previa entre agresor y víctima que propicia la consumación del delito (delitos sexuales).

Pues bien, estos delitos propician un sistema de protección especialísima con distintos grados de indemnización y asistencia, porque en los mismos el agredido sufre una doble victimización:

a) La victimización primaria, que es consecuencia directa de la propia agresión delictiva que comporta daños físicos y económicos, y desde luego psicológicos, que son bien importante.

b) La victimización secundaria, que se produce por la disfunción del sistema penal creado para la represión de los delitos. Es decir, que a la nocividad del delito se añade la producida por el propio sistema establecido para reprimirlo. Podemos añadir, como paradigma de esta victimización secundaria, que el sistema victimiza a quien se dirige a la justicia solicitando protección.

Obsérvese la excesiva burocratización de dicho sistema: primera comparecencia en Comisaría al denunciar; constantes comparecencias en el Juzgado; los retrasos en el funcionamiento; los reconocimientos contra el denunciado; la incredulidad de algunos funcionarios, con su falta de tacto; los careos; los exámenes psicológicos, como si la víctima fuera culpable, y que atentan contra su dignidad; la repetición de los mismos en el juicio oral junto al agresor; los interrogatorios de la defensa tergiversando su intervención en los hechos; la cercanía física del agresor, muchas veces padre de la víctima de la agresión sexual, que le produce una expresa intimidación...

Tomando como referencia la situación procesal del imputado, da la impresión de que la Ley Procesal sólo protege, sin límites, a éste frente a la escasa protección de la víctima. Todo esto ha llevado a Conde-Pumpido Ferreiro a aconsejar a los «operadores jurídicos» que estén a favor de la víctima, o cuando menos a evitar facetas de victimización secundaria.

Pero este afán tiene resonancias internacionales; debemos señalar, al respecto, dos instrumentos: la Recomendación R (85) del Comité del Consejo de Ministros de Europa de 29 de junio de 1985, y el Congreso de las Naciones Unidas de 6 de septiembre de 1985. En ambos textos se especifica la exigencia del respeto a la situación personal y la dignidad de la víctima, acentuándose categóricamente cuando se trata de menores agredidos sexualmente.

ALGUNOS ASPECTOS RELATIVOS A LA ADOPCIÓN Y ACOGIMIENTO

LUIS PORTERO GARCÍA

Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

SUMARIO: ALGUNOS PROBLEMAS SUSCITADOS EN LA PRÁCTICA:
Adopción. Absentismo escolar.

En el breve espacio de tiempo disponible para intervenir en la Mesa, constituida inicialmente por un moderador y seis ponentes, he considerado que la razón aconseja ceñir tal intervención al planteamiento de unas pocas cuestiones que suscita el trabajo diario de los Fiscales encargados, junto a otros cometidos, del área de menores. En efecto, esta temática ha sido objeto, además de numerosos cursos y jornadas, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, con incidencia no sólo en los aspectos jurídicos, sino también en los sociales, y en presencia de partícipes de las distintas Administraciones y entidades, de estudios lo suficientemente amplios y profundos como para insistir en ideas y conclusiones ya desarrolladas debidamente. Muestra de ello es el amplio informe de la Fiscalía General del Estado al anteproyecto de la ley orgánica reguladora de la justicia de menores y de su responsabilidad penal o los bloques temáticos afrontados extensamente en noviembre del pasado año en las Jornadas organizadas entre la Fiscalía General del Estado, el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Trabajo, sólo por citar algunas.

ALGUNOS PROBLEMAS SUSCITADOS EN LA PRÁCTICA

Adopción

El artículo 177.2 del Código Civil exige como requisito para la adopción: «El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto.»

Cierto es que, anteriormente, el Código ha advertido que no será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello, pero se viene extendiendo una práctica que poco tiene que ver

con todo ello, consistente en que (como ha sucedido en el Juzgado de Familia, Primera Instancia 3 de Granada):

Se incoa judicialmente expediente de adopción de un menor que ha sido entregado en acogimiento a un matrimonio momentos después de que su madre biológica diera a luz en el hospital. La madre firma en el centro médico un acta en la que renuncia a su hijo y en la que hace constar su deseo de proteger su intimidad y, consecuentemente, no ser citada para posteriores ratificaciones o actuaciones. El acta de renuncia no se une al expediente judicial, sino que se hace referencia a la misma en el escrito correspondiente.

El Juez de Familia y la Entidad Pública (Servicio de Atención al Niño de la Delegación Provincial de Servicios Sociales de la Junta de Andalucía en este caso) entienden que ha de prosperar la adopción sin citar ni oír a la madre biológica y el Fiscal, por el contrario, se opone a la misma.

El problema que se plantea, por consiguiente, es el de si se puede admitir la renuncia de la madre el mismo día del parto (o incluso antes de los treinta días) por documento en el que hace constar tal renuncia al hijo y a tener que ratificarse en su decisión en cualquier expediente, a fin de proteger su intimidad.

Veamos, sucintamente, argumentos en favor y en contra.

Alegaciones a favor serían:

Prima el derecho fundamental a la intimidad de la madre biológica sobre el derecho latente del niño a conocer su filiación.

Si no se respeta el derecho a la intimidad de la madre y a su propio honor, se abren las puertas a los supuestos de aborto.

No debe confundirse la renuncia con el asentimiento.

Alegaciones en contra son:

El derecho a la filiación, como derecho de familia de naturaleza no sólo privada, es irrenunciable.

Predomina, de contrario, el derecho e interés superior del hijo menor a conocer su filiación sobre el interés de la madre a proteger su intimidad ocultando el hecho del parto.

Pueden darse situaciones incursas en las figuras delictivas de los artículos 220 y siguientes del Código Penal o próximas a las mismas.

La norma civil es contundente, en cuanto imperativa: «no podrá prestarse» (el asentimiento) hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto.

El argumento de oposición ofrece mayores garantías que el permisivo porque: a) La madre biológica dispone de un margen suficiente de tiempo para decidir con mayor tranquilidad y objetividad. b) Ofrece mejores posibi-

lidades de control respecto de hospitales, médicos y demás profesionales en esta delicada cuestión. c) Existe una mayor transparencia en la actuación de las Entidades Públicas y facilita la supervisión legal de sus actuaciones encomendadas al Ministerio Fiscal en el artículo 174 del Código Civil.

Otros problemas relacionados con la protección de menores a enunciar más brevemente son:

Absentismo escolar

En los casos más difíciles y enconados, cuando ya han surgido múltiples quejas o denuncias e intervenido de forma reiterada los servicios sociales, a través del programa de absentismo escolar, cabe pensar en la posibilidad, incluso de oficio, de ejercitar acciones penales por delito de abandono de familia en los casos de los artículos 226 y 228 del Código Penal, con una estrecha comunicación entre Fiscales del área de menores y actuantes ante los Juzgados de Instrucción.

Utilización decidida por las Fiscalías de los medios que concede la *aplicación conjunta de los artículos 158 del Código Civil y 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

La posibilidad legal de instar las medidas protectoras de los menores tanto en el procedimiento civil como penal y por el mecanismo de la jurisdicción voluntaria y la amplitud de conformación procesal que ofrece el artículo 13 de la LECrim son los cauces adecuados para resolver problemas sin acudir a soluciones más complicadas.

Necesidad de una *Policía Judicial* adscrita a las Fiscalías y especializada en menores. El Grupo de Menores, o GRUMEN, ha de reestructurarse y depender exclusivamente de aquéllas para tareas especializadas (maltrato infantil, prostitución y agresiones sexuales, distribución de alcohol y drogas a menores, etc.). Otro tanto debe decirse del equipo técnico, que, de hecho, depende en la Fiscalía del TSJ de Andalucía y realiza su trabajo en su sede.

El *tratamiento de los menores toxicómanos* exige atención más completa y medios más eficaces. Es frecuente el consumo habitual de drogas de diversa índole por menores sometidos tanto a reforma como a protección. Policía y equipo técnico adecuados, pero también centros especializados de tratamiento.

Mayor vigilancia del Ministerio Fiscal en el aspecto de la *educación del menor*. Los menores no adaptados a los centros convencionales, menores enfermos, etc., requieren una mayor vigilancia y búsqueda de soluciones ante las instancias competentes.

Con los *menores extranjeros* no se debe facilitar la repatriación y expulsión de estos menores, que a veces no siguen la suerte propia de sus padres,

cuando sea conocida la miserable condición de vida que les espera, evitándose en lo posible las autorizaciones de carácter general sin estudiar los casos concretos. Cabría instar a las Administraciones a crear más centros especializados en menores extranjeros donde se posibilite su formación y futura integración voluntaria en nuestro país. Ciertamente es que el problema de la inmigración ilegal es complejo y preocupante, pero cierto es también que necesita, en general, de mayor atención.

DE LOS TRIBUNALES TUTELARES A LOS JUZGADOS DE MENORES. SISTEMAS DE TRATAMIENTO DE LA DELINCUENCIA DE MENORES

RAFAEL VALERO OLTRA

Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Asturias

SUMARIO: EL LÍMITE DE EDAD.—ETIOLOGÍA.—CORRECCIÓN Y PROTECCIÓN: *De los Tribunales Tutelares al Proyecto de Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los menores de 1998.*—NECESIDAD DE UN DERECHO PENAL JUVENIL.—EL PROYECTO DE 1998.

Han transcurrido más de cincuenta años desde la promulgación de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Se han cumplido los veinte desde la vigencia de la Constitución Española. Fueron menester otros catorce, desde aquella fecha, para la materialización de la Ley 4/1992, constitutiva de un mero parcheo de urgencia ante la declaración de inconstitucionalidad del artículo 15 de la Ley de 1948. Y, finalmente, se van a cumplir cuatro desde la publicación del Código Penal, en cuyo artículo 19, delimitador de la responsabilidad penal de los adultos, se preveía la regulación expresa de la de los menores.

Durante este dilatado ínterin, no puede decirse que el problema de la responsabilidad de los menores por la comisión de infracciones penales no haya preocupado a quienes han tenido las responsabilidades de gobierno. Pero, habida cuenta de que se han sucedido, desde antes incluso del advenimiento de la democracia, al menos una decena de borradores, anteproyectos y proyectos de regulación de esta materia, no he podido evitar, en algún momento, el malicioso pensamiento de que la preocupación por el tema nada tenía que ver con una seria voluntad política de llevarlo adelante. Que lo que realmente importaba era trabajar sobre él, en cuanto pacíficamente concitador, por su interés general, del acuerdo de las fuerzas políticas, tan difícil de alcanzar en otras materias. Esperamos fervientemente que el actual proyecto vea finalmente la luz.

Es indudable que la regulación legal de la responsabilidad penal de los menores no es tarea sencilla por muchas razones, entre las que haremos breve referencia a la determinación de los límites de edad, la especial etiología de la delincuencia de los menores y, en el plano sociológico jurídico, a la interrelación de los conceptos corrección y protección, en constante pugna a través del tiempo y manifestada en diversa forma en los distintos ordenamientos jurídicos.

EL LÍMITE DE EDAD

Mucho se ha elucubrado sobre tales límites. Históricamente se osciló entre un sistema rígido en su determinación, o el acogimiento de una pluralidad de aquéllos en conjugación con el discernimiento o la naturaleza de los delitos. En el derecho comparado los ejemplos son también diversos. Italia, Alemania y Suecia lo establecen a los catorce años. Francia a los trece y España, actualmente, a los doce.

Sin embargo, aunque, *de lege ferenda*, aquéllos sean insoslayables a la hora de establecer una regulación penal específica frente a la de los adultos, es importante destacar su carácter relativo frente a lo que debe ser una concepción global del problema de la delincuencia de los menores, reflejada en su tratamiento. Si no existe un verdadero Derecho Penal juvenil, la mera disminución de la mayor edad penal constituiría una regresión a criterios meramente retributivos, respecto a quienes tendrían más posibilidades de corrección, en tanto que su prolongación sólo serviría para aumentar el sentimiento de impunidad de aquellos jóvenes en los que mayor es el deterioro moral y la capacidad delictiva.

Lo realmente importante, pues, es hallar la adecuada combinación entre la reacción defensiva de la sociedad frente al delito con la asunción de la responsabilidad a que ella misma está llamada en orden a la reeducación del menor. Éste es el quid de la cuestión, para cuya resolución habrá de tenerse en cuenta la etiología de aquélla en cada país y momento, a fin de determinar la fuerza de incidencia en ellas de las estructuras sociales y poder dosificar adecuadamente los componentes retributivo y protector o asistencial insitos en el tratamiento de los menores infractores.

ETIOLOGÍA

Desde la óptica individualizada del menor, puede afirmarse que su conducta desviada o delincuente se produce por el fallo de los mecanismos de aprendizaje que han de convertir a todo niño en un ser social. El hombre, al nacer y por instinto de supervivencia, se manifiesta egocéntrico, orientando todas sus acciones a la satisfacción de sus necesidades, de tal modo que, de permanecer aislado, como se evidenciaba en *El pequeño salvaje*, aquel afán habría de imponerse sobre el respeto a eventuales derechos ajenos. Como afirma Piaget, la inteligencia, en el ser humano, no consiste sino en el equilibrio entre dos mecanismos indisociables: la asimilación y la acomodación. De aquí que, en tanto no se ha alcanzado la edad adulta y mientras se está en ese proceso, el análisis de las conductas desviadas o delictivas debe hacerse

a la luz de la situación de dicho proceso en cada menor y de los factores que pudieran condicionar su correcta evolución.

Desde la consideración del menor como sujeto del cuerpo social, viene siendo unánime desde hace más de medio siglo la encadenación del origen de la delincuencia juvenil con la existencia de unas estructuras sociales defectuosas. Como indica La Grecca, en la situación de posguerra, aquellas venían dadas por la desmembración de los hogares, las carencias educativas, el desarraigo o la pobreza, en tanto que, en los años sesenta, lo que se produce es un movimiento de contestación juvenil frente a unos esquemas de autoridad obsoletos y que se extiende desde la revuelta estudiantil hasta la aparición de las pandillas de *blusons noirs*. Lo que ocurre, según demuestra la experiencia, es que, superada una etapa y eliminadas las causas determinantes o más influyentes de ella, éstas se ven sustituidas por otras. Y así, en la actualidad nos encontramos, al menos en relación con los países desarrollados, con el hecho de que, desaparecidos los estados carenciales por el aumento del nivel de vida y superados los esquemas de autoridad, el fenómeno de la delincuencia juvenil no sólo no disminuye en la medida que sería previsible, sino que sigue haciéndose patente, en forma, si cabe, más virulenta que en épocas anteriores.

En todo caso, parece indeclinable, para la eficacia de cualquier sistema de tratamiento de la delincuencia infantojuvenil, partir de tres premisas:

- 1.^a La correcta detección, a la luz del momento histórico, de aquellas causas que, desde la base social, propician dicha delincuencia.
- 2.^a La adecuación del tratamiento a la influencia de dichas causas sobre el comportamiento del menor.
- 3.^a El equilibrio entre la concepción del menor como ser responsable de sus actos ante la sociedad y como víctima de las estructuras de ésta.

CORRECCIÓN Y PROTECCIÓN

La relevancia otorgada por cada sistema de tratamiento a la incidencia de los factores sociales en la delincuencia de menores, frente a su capacidad de discernimiento y, por tanto de libre decisión frente a la comisión del delito, vendrá a definir su modelo.

Así, de acuerdo con el pensamiento determinista que desplaza la responsabilidad del menor hacia los factores sociales que inciden en sus infracciones, se impone la actuación sobre éstos a través de medidas de protección, en el ámbito de la asistencia social, proyectada sobre ellos mismos, sus familias y los entornos sociales que constituyen el caldo de cultivo de aquéllas.

Por el contrario, desde una concepción del menor como ser responsable, prima la reacción social frente a su delincuencia, a través de la corrección, en la idea de que lo contrario supondría un aliento a su sentimiento de impunidad, y de que constituye una ingenuidad la pretensión de obtener su reforma al fiado exclusivo de la modificación de los factores sociales que la inducen.

Corrección y protección, control y asistencia son, pues, los términos que polarizan el debate en torno al tratamiento de la delincuencia de los menores. El control implica la idea de defensa de la sociedad frente a aquélla; la protección supone actuación ante los déficits sociofamiliares en cuanto causa eficiente de sus manifestaciones de asociabilidad. La primacía del primero dará lugar a unos sistemas de tratamiento, de carácter penal, al que quedarán subordinadas las instituciones propias del *Welfare* —aparato asistencial ligado al concepto del Estado del bienestar—. En ellos puede hallarse su basamento en el principio de legalidad y en la consiguiente previsión tanto de las sanciones como de las conductas merecedoras de ella. La inclinación, por el contrario, hacia el derecho asistencial limitará el tratamiento penal, trasvando competencias a las instituciones de servicio social, a quienes se atribuye la función de administrar muchas de las problemáticas referentes a la infracción de la ley por parte de los menores, reservando para aquél, únicamente, los casos en que por la naturaleza o gravedad de las infracciones o por no haber sido posible la negociación de las soluciones con los usuarios, se considere oportuno. Tales sistemas se caracterizan por definiciones legales flexibles, por una amplia discrecionalidad del Juez en lo que se refiere a la elección de las medidas y por la importancia dada en las decisiones al criterio del interés del menor.

Como un tercer sistema, surgido a partir de las críticas por la conmixión entre lo judicial penal y lo social, encontramos el que opta por la separación tajante entre las intervenciones penales y las administrativas asistenciales.

A su vez, dentro de cada grupo, se da una gran variedad de modelos. Modelos además cambiantes, al hilo de las mutaciones sociopolíticas, influidas, a su vez, por la capacidad social para sumir este tipo de delincuencia en función de la importancia adquirida y alarma generada, de las características socioculturales de cada país, o del pensamiento político dominante.

La adopción de uno u otro sistema habrá de influir, necesariamente, en el límite de edad a partir del cual pueda considerarse al menor como sujeto al derecho Penal. En un sistema con predominio del aspecto protector sobre el sancionador, el límite será, naturalmente, inferior. En otro donde, por el contrario, se dé más relevancia al carácter retributivo de la sanción, el límite inferior de edad deberá elevarse.

Pero, partiendo de la base, unánimemente aceptada, de que las medidas sancionadoras impuestas judicialmente a los menores delincuentes han de tener una finalidad esencialmente tuitiva y reeducadora, la combinación de ambos aspectos plantea algunos problemas de difícil solución.

En primer lugar, y habida cuenta de que, generalmente, la autoridad y los medios disponibles para la ejecución de aquéllas pueden ser los mismos encargados de la protección de los menores no sujetos aun al Derecho Penal, se corre el riesgo de confusión entre ambos tipos de actuaciones —acción protectora y de reforma—, así como el de inseguridad y posible desigualdad, lo que ha llevado a un sector de la opinión a reclamar la separación entre ambos tipos de intervención.

En segundo término y tal como advertía el VI Congreso de la ONU sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, la acentuación de los aspectos protectores por parte de los órganos de la Justicia de menores, para, actuando en íntima conexión con los servicios sociales de apoyo, establecer diagnósticos y determinar los tratamientos individualizadas, podría privar o mermar al acusado de sus derechos de defensa. Mas, de poner mayor énfasis en el derecho del menor a un proceso con todas las garantías, asimilable al de los adultos, ello supondría el desplazamiento del centro de atención del delincuente hacia el delito y la consideración de la sanción como esencialmente punitiva.

Ante esta tesitura, ¿debe permitirse que el sistema de justicia de menores siga funcionando con arreglo al principio paternalista de dictar un fallo que redunde en el máximo beneficio del niño, o deben concederse al delincuente menor las mismas garantías procesales que al adulto? Pensemos, por ejemplo, en el enjuiciamiento, por delito de tráfico de estupefacientes, de un muchacho de catorce años, de ambiente familiar inhóspito, que, adicto, al consumo de drogas, se dedica a venderlas como medio de financiar su consumo, y en el hecho de que la principal prueba de cargo del delito se hubiere obtenido por medio de una diligencia de registro domiciliario, practicada con infracción de normas procesales afectantes al derecho de defensa. ¿Podría decirse que el Derecho Penal juvenil cumple la función tuitiva del menor que le es propia si, aplicando los mismos parámetros de la justicia penal de los adultos, se limitase a absolver de tal delito al menor? Ello tendría acaso sentido si el modelo de penas y el de su ejecución fuese también parejo al de los mayores, pero resulta absurdo si, como sucede en el sistema de tratamiento implantado en nuestro país por la Ley 4/1992, aquéllos se distinguiesen por su corte reeducador tanto respecto al tipo de medidas previstas, como a su duración, o su régimen de ejecución.

El mantenimiento del equilibrio entre ambas concepciones es, pues, a juicio de los expertos, uno de los mayores problemas con el que se enfrenta cualquier sistema de enjuiciamiento de infracciones de menores.

En todo caso, cabría establecer como principios de carácter general observables en cualquier sistema, los siguientes:

1.º En el orden preventivo, la únicas actuaciones posibles serán las dirigidas a influir sobre las causas de orden personal, social o familiar, conocidamente influyentes en la delincuencia de menores, a fin de corregirlas, así como las encaminadas a mejorar las infraestructuras comunitarias de atención a los problemas de éstos.

2.º Desde el punto de vista del tratamiento del menor delincuente y de su eficacia, no ha de importar tanto el ilícito penal cometido, como el conocimiento de la disposición moral que le llevó a cometerlo y las causas que le llevaron a ella.

3.º Ante la comisión de un hecho delictivo, la distinción entre menores sujetos a la Ley penal, y quienes no lo están, debe reflejarse tanto en la forma de intervención social, como en las medidas a adoptar, en todo caso, de carácter reeducador y siempre diferenciadas de las destinadas a los adultos.

4.º La reeducación habrá de tender, necesariamente, a dotar al menor de la capacidad, no sólo de desarrollar pautas de comportamiento ajustadas al modelo social, sino de oponerse, mediante la inserción de valores, desde sí mismo, a las contrarias.

De los Tribunales Tutelares al Proyecto de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores de 1998

La Ley de 25 de noviembre de 1918 será la que, tras una serie de reformas, constituya el cuerpo de la que en 1943 crea los Tribunales Tutelares de Menores, cuyo texto refundido se aprobó por Real Decreto de 11 de junio de 1948, completado por el de 2 de julio del mismo año.

El sistema adoptado por la Ley, comprensivo tanto de las actividades delictivas como de las conductas desviadas o predelictuales, se inscribía claramente entre los de carácter esencialmente reeducativo, de acuerdo, sin embargo, con el concepto social de reeducación —inspirado en un paternalismo autoritario— vigente desde el siglo XIX. Conforme a él, el Juez asumía todas las atribuciones y facultades de decisión sobre el menor, constituyéndose, al mismo tiempo, en acusador, defensor y juzgador. Los Tribunales no eran órganos incardinados en la Jurisdicción y su titularidad, hasta la reforma de 1976, se encomendaba a «personas mayores de veinticinco años de moralidad y vida familiar intachables».

Con la instauración del régimen democrático, las críticas hacia dicho sistema, por su esencial incompatibilidad con los principios y garantías consti-

tucionales, son generales. Ello no va a impedir, sin embargo, que salvo en cuanto concierne a la incardinación de los Tribunales en la Jurisdicción, operada por la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley de 1948 siga vigente en sus propios términos, hasta que, declarada la inconstitucionalidad del artículo 15 de aquélla en Sentencia 36/1991 de 14 de febrero, se promulga la Ley 4/1992 reguladora del procedimiento para enjuiciar las infracciones delictivas cometidas por menores.

Esta Ley, en cuanto mero remedio de urgencia, no aborda el tratamiento de las infracciones de menores, de acuerdo con el cambio social producido desde la promulgación de la anterior, limitándose, mediante la nueva redacción de algunos artículos de la anterior (9, 15, 16, 17 y 23) y supresión de otros (5, 12, 21 y 22) a cubrir las lagunas que, en materia garantista, ofrecía aquélla.

En el ámbito subjetivo, se concreta su aplicación a los menores de entre doce y dieciséis años y a los mayores de edad en cuanto autores de faltas prevenidas en el artículo 584 del Código Penal, y en el objetivo, se excluyen las conductas desviadas no constitutivas de infracción penal.

En el campo de las garantías procedimentales, se asegura la imparcialidad del Juez, atribuyéndose la instrucción al Fiscal; se introduce tímidamente el principio de oportunidad que permitirá a aquél la no persecución de determinados hechos, aun delictivos, cuando concurrieren especiales circunstancias; se materializa el derecho de defensa con la regulación de la asistencia letrada al menor y se introduce el principio acusatorio a través de la formulación por el Fiscal de un sucedáneo del escrito de acusación propio del proceso penal de adultos.

En cuanto a las medidas adoptables, se mantienen las anteriormente existentes con la sustitución del llamado «breve internamiento» por la de internamiento de uno a tres fines de semana; se limita la duración máxima de las restantes a un periodo de dos años con exigencia de determinación temporal expresa y se introduce, como nueva medida, la prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

Tal reforma dejó, por tanto, pendiente el abordaje de un sistema global, adaptado a la realidad social del momento presente. Una realidad en la que el cambio de *status* del menor, tanto en el ámbito familiar como en el educativo o institucional, ha venido a eliminar los conflictos de autoridad en cuanto fuente de trastornos conductuales; en la que, bajo el imperio del materialismo, la subversión de los valores éticos, conducente a la falta de respeto hacia la libertad y los derechos ajenos, prende tempranamente en los menores al asumir, imitativamente, las conductas de los adultos, no pocas veces mitificadas por los medios de comunicación y en la que la idea, imbuida al menor, de su paridad con el adulto y de su derecho a tomar decisiones independientes, dificulta la asunción de deberes por el menor y acaba conduciéndole a

callejones de difícil salida, como la droga, el alcohol, el fracaso escolar o la agresividad tanto hacia sí mismo —suicidios— como frente a los demás.

Una realidad, por otra parte, que, en consonancia con aquel nuevo *status* social del menor, más protegido, más independiente, con mayores derechos, hubiera debido llevar a la nueva Ley a acentuar, congruentemente, el factor de corrección, frente al de protección imperante en la antigua Ley. Lejos de ello, sin embargo, suponiendo en los aspectos procedimentales y garantistas, un nuevo paso en la equiparación de los menores con los adultos, en lo referente al tratamiento se potencia el aspecto protector, tanto mediante la reducción del tiempo de duración de las medidas, como a través de la encomienda de su ejecución a la Administración asistencial. Nos hallamos, por tanto, ante un sistema híbrido, judicialista en lo puramente formal y extremadamente proteccionista y asistencial en lo sustantivo, aplicable por igual a cualquier menor, autor de delito entre los doce y dieciséis años y tras el cual, permanece, a la espera y a partir de esta edad, el proceso penal de adultos.

Un sistema decididamente insatisfactorio por las siguientes razones:

— En relación a la franja de edad comprendida entre los doce y los catorce años, por cuanto que su enjuiciamiento a través del procedimiento establecido resulta inadecuado y excesivo, llegando a cuestionar seriamente la esencia del superior interés del menor.

— Respecto a los de edad próxima a los dieciséis años y, especialmente, en los delitos más graves, porque las medidas adoptables por el juzgado son, por su levedad, desproporcionadas tanto con la edad de los autores, como con la gravedad de los hechos.

— Porque, no habiéndose extendido su campo de aplicación a los dieciocho años —lo que resultaba lógico, como consecuencia de lo anterior— sigue dejando fuera del sistema y a merced de la justicia penal de los adultos a quienes, por su mayor capacidad delictiva, más necesitan de un tratamiento específicamente reeducador, que en modo alguno queda asegurado con los medios que el Código Penal ofrece.

— Porque su planteamiento ha quedado obsoleto, a la luz de la actual realidad sociológica y de la nueva etiología de la delincuencia de menores, insistiendo en la aplicación de criterios de índole asistencial propios de una etapa ya superada y soslayando los de responsabilidad del menor.

NECESIDAD DE UN DERECHO PENAL JUVENIL

La necesidad de una nueva legislación reguladora de del tratamiento de las infracciones de menores obliga a plantearse, fundamentalmente, cuáles

han de ser sus principios rectores y cuál el equilibrio adecuado entre los elementos de corrección y protección sobre los que necesariamente ha de pivotar.

Creemos que, en el momento actual, con predominio del individualismo, se imponen unos criterios de mayor exigencia de responsabilidad. En este sentido decía el sociólogo holandés Kapteyn que el mundo no puede continuar siendo para los jóvenes como un gran patio de juegos; que unas relaciones mas igualitarias y un aumento de la libertad deben corresponderse con un aumento del autodominio y un mayor sentido de la responsabilidad y que si el afecto, las atenciones y libertades conferidas a los niños y jóvenes por padres, educadores e instituciones, en las últimas décadas, no ha tenido la respuesta esperada de un comportamiento respetuoso hacia las normas y valores existentes es lógica y legítima la reacción social. Lo que es posible sin necesidad de caer en un excesivo debilitamiento del concepto de protección frente al de responsabilidad que difumine la frontera entre el Derecho Penal de menores y el de adultos; peligro sobre el que advertía, ya en 1983, el Comité Europeo para los Problemas Criminales y cuyo temor, al margen de los problemas económicos derivados de las necesidades impuestas por la implantación de un nuevo sistema, parece estar en el origen de la demora de nuestros gobernantes a la hora de hacer frente a la nueva legislación.

Sin propósito exhaustivo y a la luz del Derecho comparado, tras el análisis de nuestra realidad sociológica, anotamos como básicos para un sistema de Derecho Penal juvenil los dos siguientes principios:

a) *Tratamiento global de la delincuencia juvenil*

No es posible seguir limitando el ámbito de tratamiento de la delincuencia juvenil hasta la pura mayoría de edad penal, pues la sintomatología de aquélla puede darse por encima de dicha edad, debiendo, por tanto, posibilitarse para estos casos un tratamiento adecuado y distinto al de la delincuencia adulta.

En cuanto a los autores de infracciones penales de edad inferior al límite mínimo de aplicación de las normas penales juveniles, deben quedar al margen de ellas, debiendo considerarse en ellos, tanto la comisión del delito como la incursión en comportamientos desviados, como un mero síntoma de inadaptación social, merecedor, en su caso, de tratamiento protector o asistencial en el ámbito administrativo. De aquí que, a salvo las características derivadas de la necesidad del tratamiento individualizado, no deban establecerse diferencias entre aquéllos y los restantes menores sometidos a medidas de protección como consecuencia de conductas marginales o predelictuales.

En los aspectos sustantivos, orgánicos y procesales, dicha globalidad de tratamiento se manifestaría en la regulación de todos ellos en una única norma.

b) *Conciliación entre educación y corrección*

Las medidas aplicables a jóvenes infractores o delincuentes deberán tener siempre una finalidad educativa, en consonancia con la especialidad del propio sistema, que, en ningún caso, sin embargo, deberá ocultar al menor su significación de sanción por la acción cometida y en las que la proporción de los elementos educativo y correccional variará en función de la gravedad del delito y edad y características del menor.

EL PROYECTO DE 1998

Las líneas hasta aquí marcadas son las que sigue el actual proyecto de Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, confeccionado de conformidad con el mandato del Código Penal en su artículos 19 y disposición transitoria duodécima. Como características mas importantes señalamos las siguientes:

- Se inspira en el carácter reeducador de la acción sobre los menores infractores, en base a sus circunstancias personales familiares y sociales.

- Extiende su ámbito de aplicación a los menores entre trece y dieciocho años, con posibilidad de prolongarse hasta los veintiún años, en circunstancias especiales determinables por el Juez Instructor, y con excepción de determinados tipos de delitos establecidos en atención a su gravedad o características.

- Mantiene la instrucción a cargo del Fiscal y se sienta el principio de oportunidad en base al cual podrá no ejercitarse la acción penal, en atención a las circunstancias concurrentes, cuando se considere posible la corrección en el ámbito familiar, tratándose de delitos menos graves o cuando se hubiere obtenido la conciliación con la víctima.

- Se destaca la importancia del equipo técnico dependiente funcionalmente del Ministerio Fiscal y cuyos informes serán determinantes para la no incoación del expediente o para la terminación del mismo en los supuestos mencionados en el párrafo anterior.

- Establece la necesidad de expedientes individuales para cada menor sin perjuicio de que el escrito de alegaciones concerniente a los hechos enjuiciados pueda efectuarse conjuntamente en relación a todos los menores inter-



vinientes en el hecho, aportándose a aquéllos los antecedentes eventualmente existentes en relación con cada menor.

— Introduce un procedimiento específico para la exigencia de la responsabilidad civil nacida del hecho delictivo, discernible por el propio Juzgado de Menores.

— Amplía el tiempo máximo de duración de la medida de internamiento hasta cinco años en caso de delitos de los comprendidos en el artículo 4.3 de la Ley.

— Delega la competencia para la ejecución de las medidas adoptadas por los Jueces de Menores en las Entidades Públicas de Protección y Reforma de Menores de las Comunidades Autónomas, a que corresponde el Juzgado que haya dictado la sentencia o excepcionalmente por otra distinta si así lo aconseja el interés del menor, las cuales (art. 45) las llevarán a cabo «de acuerdo con sus respectivas normas de organización, la creación, dirección, organización y gestión de los servicios, instituciones y programas adecuados para garantizar la correcta ejecución de las medidas previstas en esta Ley».

Sin duda, el actual proyecto constituye un avance importante en el tratamiento de la delincuencia de los menores. Debemos congratularnos, además, de que, en relación con el anteproyecto, que eludía hablar de la responsabilidad penal de los menores, acudiendo, en su título, al eufemismo «Justicia de Menores» y propugnando, incluso, la modificación del artículo 19 del Código Penal para la eliminación de aquel termino, haya superado, al menos en parte, el miedo a llamar a las cosas por su nombre. Y aunque tal temor —por mor de la preocupación, a nuestro juicio excesiva, de estigmatización del menor sometido a sus normas— sigue presente en el proyecto, desde la propia exposición de motivos, ello no empece para reconocer, sin perjuicio de otros aspectos críticos en los que ahora no podemos entrar (sistema de exigencia de responsabilidad civil; adjudicación de la ejecución de las sanciones a la Administración autonómica; lenidad excesiva en relación con la posibilidad de adoptar medidas de internamiento; o insistente y no siempre pacífica apelación al interés del menor como criterio hermenéutico de aplicación de la norma), el importante avance que el proyecto supone, en la línea que venimos propugnando de un derecho penal juvenil propio, distinto del de los adultos, y que toma como base de su filosofía la conciliación entre corrección y protección en aras de la reinserción social de los menores.

ALGUNOS ASPECTOS DE LA PROTECCIÓN INFANTIL DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PROCESAL

OLAYO E. GONZÁLEZ SOLER

Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de Ciudad Real

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SOBRE LA LEGITIMACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL PARA LA PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL CON VÍCTIMAS INFANTILES.—III. LA INTERVENCIÓN DE LOS NIÑOS EN LOS PROCESOS PENALES CONTRA ADULTOS.—IV. SOBRE LA PRESCRIPCIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Como es conocido, el nacimiento de los sistemas de protección infantil puede situarse en 1874: en dicho año, un trabajador social de Nueva York encuentra en esa ciudad a Mary Ellen, una niña neoyorquina que presentaba síntomas evidentes de maltrato, puesto que estaba desnuda y encadenada y en su cuerpo se podían ver signos de haber sido golpeada. El requerimiento a la Policía efectuado por el trabajador social para provocar su intervención resultó ineficaz, porque ninguna norma contemplaba el maltrato infantil como comportamiento merecedor de sanción penal. Las cosas, sin embargo, no quedaron así gracias a la intervención del fundador de una sociedad protectora de animales, Henry Berg, quien consiguió que el asunto fuese enjuiciado por los tribunales, en donde la madre de Mary resultó condenada a un año de prisión y la propia Mary se benefició de la acción protectora entonces existente, que no fue otra que el ingreso de la misma en un orfanato.

La organización en España de un sistema jurídico de protección de la infancia es también relativamente reciente, puesto que hasta tiempos recientes los niños españoles, o que se encontraban en España, no tenían necesidad de protección oficialmente hablando, ya que, como afirma Jesús Palacios (1), «mientras (que en otros países se comenzaba el estudio y la prevención del maltrato infantil), en España estábamos en plena época de oscurantismo y aislamiento, el maltrato a la infancia no existía y, en consecuencia, no eran necesarias medidas de protección a la infancia ni hacía falta investigar o prevenir. Había, naturalmente, gente pecadora, pero para eso estaban los tornos

(1) Prólogo al *Manual de Protección Infantil*, de J. DE PAÚL OCHOTORENA y M. I. ARRUABARRENA MADARIAGA, Edit. Masson, 1996, pág. X.

a través de los cuales entregar expósitos a la inclusa. Para personalidades juveniles desviadas existían los correccionales de menores».

El nacimiento de nuestro sistema de protección puede situarse en 1987, año en el que se promulga la Ley 21, de 11 de noviembre, que se consideró como uno de los pilares de los tres que debían de sustentar el sistema de protección infantil; los otros dos eran una ley de protección, que vio la luz en 1996, y la denominada entonces Ley Penal Juvenil, que parece que la verá con el nombre de Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, cuya denominación ya es merecedora de crítica por persistir en el empleo de una expresión, menores, que entraña la necesidad de hacer una comparación con otra persona y, por ende, una de las dos será *inferior* o *superior* a la otra. Ello ha determinado que, como hasta ahora los niños han sido los considerados inferiores, se haya generalizado una visión estereotipada que permite caracterizarlos como los «*aún-no: aún-no adultos, aún-no responsables, aún-no capaces, aún-no con los mismos derechos, aún-no con suficientes conocimientos, aún-no, etc.*» (2).

Con posterioridad a la Ley de 1987 el sistema español de protección infantil no ha podido permanecer inmune a la organización política de España en un «Estado de Autonomías», que ha determinado que ya no pueda hablarse de un sistema español de protección de la infancia sino de diecisiete sistemas tan diferentes que parece, incluso, que las mismas necesidades de prevención de la salud se manifiestan en los niños en distintas edades, según cuál sea la Comunidad Autónoma en la que residan, como se viene denunciando en algunos Congresos de Pediatría Social al poner de manifiesto las diferencias existentes en los calendarios vacunacionales de los niños vigentes en las distintas Comunidades Autónomas.

Como es obvio, el sistema de protección se integra también por el conjunto de las normas del ordenamiento jurídico que protegen bienes de los que son titulares los niños, cuya exposición y/o cuya crítica conjuntas es imposible realizar en un trabajo como el presente, aunque sí parezca adecuada la ocasión para realizar algunas reflexiones sobre algunos aspectos que pueden incidir de lleno en nuestro quehacer profesional, reclamando las modificaciones legislativas pertinentes o, en otro caso, propugnando la interpretación de las normas vigentes en el sentido más compatible posible con uno de los principios inspiradores del sistema: el del bienestar del niño.

(2) F. CASAS I AZNAR, «Los niños y las niñas en procesos judiciales: ¿qué nos pueden decir o cómo nos comunicamos con ellos? Bienestar y Protección Infantil», *Revista de la Federación de Asociaciones para la Prevención del Maltrato Infantil*, año IV, núm. 1, pág. 49.

II. SOBRE LA LEGITIMACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL PARA LA PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL CON VÍCTIMAS INFANTILES

El principio de oportunidad en la persecución de los delitos contra la libertad sexual por parte del Ministerio Fiscal aparece proclamado en el artículo 191.1 del Código Penal vigente al disponer que el Fiscal «[...] actuará ponderando los legítimos intereses en presencia [...]». Es éste un precepto que parece redactado para atender las demandas de, podríamos denominar, «persecución a la carta» que se producen con frecuencia en el sector de los servicios sociales para adaptar el ejercicio del *ius puniendi* a las necesidades de las víctimas, a la que nos referiremos con posterioridad.

Antes de ello es necesario decir que el principio de oportunidad que aquí se proclama afecta tanto a los casos en los que es necesario ejercitar la acción mediante querella como a aquellos en los que basta la denuncia. Otra cosa sugiere la interpretación literal del precepto, ya que la colocación de la proposición que contiene la consagración del principio de oportunidad (situada al final del primer inciso y antes de que se establezca la legitimación mediante denuncia para la persecución de las infracciones de las que estamos tratando cuando de ellas sea víctima una persona menor de edad, incapaz o desvalida) podría hacer pensar que solamente es de aplicación el principio de oportunidad en la actuación del Ministerio Fiscal cuando la misma se tiene que manifestar ejercitando la acción en forma de querella.

Tal interpretación, sin embargo, no parece razonable por las siguientes razones:

1.^a Consagrado el principio de oportunidad en la actuación del Ministerio Fiscal para la persecución de las infracciones que estamos examinando, es indiferente la forma que tenga que adoptar el ejercicio de la acción para que aquél deba ser observado. Si se ha colocado la proposición que lo contiene al finalizar el primer inciso ha sido por razones, o, mejor dicho, por «sinrazones» de estilo, ya que aunque hay que reconocer que hubiera resultado reiterativo proclamarlo otra vez al finalizar el segundo inciso, habría sido mucho mejor añadir a este primer párrafo un tercer inciso que dijera: «en uno y otro caso el Ministerio Fiscal actuará ponderando los legítimos intereses en presencia», porque no cabría la posibilidad de plantearse duda alguna al respecto.

2.^a Si se atiende a criterios lógicos creo que se llega a la misma conclusión, ya que, por una parte, el empleo de las expresiones «querella» y «denuncia» en este precepto se realiza con rigor técnico, por lo que entendiéndose ambas una forma, aunque diferenciada, de designar el ejercicio de la

acción penal, no se acierta a comprender cuáles sean las razones que impidan la vigencia del principio en el caso de que la acción se ejercite en forma de denuncia. Es más, parece más razonable pensar que el principio de oportunidad debe tener mayor vigor cuando la acción se ejercita en forma de denuncia por la mayor concreción que se exige en el conocimiento de los hechos y de la participación del autor para la formulación de la querella. Dicho de otra forma, la querella del Ministerio Fiscal debe «equivaler» a un escrito de calificación provisional, por lo que si aun en tales casos se admite la ponderación de los intereses para dejar de presentar la querella, con mucha mayor razón será lógico hacerlo cuando la acción se ejercite en forma de denuncia.

3.^a Finalmente, atendiendo a criterios teleológicos y sistemáticos se llega a la misma conclusión. La consagración del principio de oportunidad en la persecución de este tipo de infracciones se basa en la necesidad de protección de otros intereses, además de los que resultan afectados por la propia infracción, los cuales, cualquiera que sea la condición de la víctima, guardan relación, por una parte, con el interés público en el ejercicio del *ius puniendi*, y, por otra, con el respeto a la intimidad de los sujetos pasivos.

Pero, en el caso de menores o incapaces, pueden existir, además, otros intereses diferentes, que guarden relación con exigencias derivadas de su desarrollo personal, que pueden aconsejar en determinados casos poner fin al proceso. Por tanto, si en estos casos basta con la simple denuncia para instar la persecución de las infracciones que les afecten, lógico será también reconocer vigencia al principio de oportunidad por la mayor cantidad y calidad de los intereses que se contraponen al del ejercicio del *ius puniendi*.

Por otra parte, resulta necesario plantearse, en relación con las exigencias del desarrollo de las víctimas que no hayan alcanzado la mayoría de edad, si el principio de oportunidad proyecta su vigencia solamente en el momento inicial del ejercicio de la acción o si también se extiende a momentos ulteriores de la tramitación del proceso.

En una primera aproximación la respuesta parece clara: consagrado el principio de oportunidad para la presentación de la querella o, en su caso, de la denuncia y estableciendo el artículo 105 de la LECrim el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal para el Ministerio Fiscal, la conclusión lógica es que, cumplido el presupuesto de perseguibilidad y establecida válidamente la relación jurídico-procesal, el pronunciamiento sobre el fondo, con o sin celebración de juicio oral, únicamente pueda evitarse cuando el mismo sea improcedente, por utilizar la terminología con la que el Estatuto del Ministerio Fiscal define los principios de legalidad e imparcialidad que deben gobernar su actuación.

A dicha conclusión también abona la previsión expresa de que el perdón del ofendido, o de su representante legal, no extinga la acción ni la responsabilidad penal de esta clase, que se establece en el artículo 191.2 del Código Penal.

Y, sin embargo, puede resultar un contrasentido que se faculte, por razones de oportunidad, al Ministerio Fiscal para decidir sobre el comienzo del ejercicio de la acción y que se niegue que, también por razones de oportunidad, pueda dejar de sostener dicho ejercicio.

Por tal razón parece necesario resolver la cuestión proponiendo la correspondiente modificación legislativa, sobre todo teniendo en cuenta que la naturaleza de las cosas proporciona argumentos con la fuerza de convicción suficiente para sostener la postura contraria, esto es, que es necesario que, también por razones de oportunidad, pueda el Ministerio Fiscal dejar de sostener el ejercicio de la acción.

En primer lugar, la previsión de la irrelevancia del perdón sobre el ejercicio de la acción y sobre la responsabilidad ya declarada únicamente alcanza al que otorgue el ofendido o su representante legal y, en todo caso, es diferente el perdón de la petición de sobreseimiento porque, aunque en ambos casos estamos en presencia de una declaración de voluntad de la parte dentro de un proceso, en el primer caso se trata de una declaración de voluntad gratuita encaminada a la producción de los efectos extintivos que le reconoce el ordenamiento, mientras que en el segundo estamos en presencia de una declaración de voluntad necesitada de justificación, que, en todo caso, está sometida a un sistema de control, que permite que el superior jerárquico del órgano que formula petición y, en todo caso, el ofendido o sus representantes legales puedan evitar que el *ius puniendi* deje de realizarse por falta de acusación.

En segundo lugar, la tradición de reservar a la instancia de parte la persecución de las infracciones contra la libertad sexual, cuando se cometen en el seno familiar, puede encontrar una explicación diferente proveniente del campo del psico-análisis, porque el legislador haya tenido en cuenta, de manera inconsciente, que, como pone de manifiesto Jorge Barudy (3), los abusos sexuales en el ámbito familiar están dominados en una primera fase por «la ley del silencio» (4), por lo que, pese a reservar su persecución a las

(3) Cfr. las actas del II Congreso Estatal sobre Infancia Maltratada, especialmente las ponencias presentadas por Jorge BARUDY, bajo el título «Dictaduras familiares, abusos sexuales, incesto, estrategias terapéuticas», y por Félix LÓPEZ SÁNCHEZ, bajo el título «Efectos de los abusos sexuales de menores», que fueron publicadas en noviembre de 1993, junto con toda la documentación del Congreso, por el Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco en su colección Documentos de Bienestar Social.

(4) La praxis judicial enseña que la misma ley impone su vigor en los abusos sexuales de menores perpetrados por personas ajenas al círculo familiar.

víctimas, instauró un sistema de persecución de oficio que parece que se acomoda al proceso de intervención que debe ponerse en marcha desde los servicios sociales (5).

Sin embargo, a lo largo del proceso de intervención social con las víctimas infantiles tal vez resulte necesario, al menos en aquellos casos en los que, como dice el autor citado, se haya producido la reparación a la víctima y se comience la «renegociación de la relación conyugal y las interacciones parentales» (6), poder exonerar de medidas punitivas al progenitor o progenitores abusadores.

En este sentido la legislación más reciente en el ámbito del llamado Derecho Penal Juvenil permite la conclusión del procedimiento sin imposición de sanción en atención a la poca gravedad de los hechos, a las condiciones o circunstancias del menor, a que no se hubiese empleado violencia o intimidación o a que el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima.

De esta manera, si se generalizase la vigencia de este principio, se podría establecer un sistema de persecución «a la carta» de la víctima cuando ésta fuese menor, de forma que la judicialización del conflicto permitiese mientras lo exigiera la protección de los intereses de aquélla, bien porque el proceso no se iniciara o porque, una vez iniciado, se pudiese poner fin al mismo. Pero, en todo caso, el ejercicio de dichas posibilidades debe rodearse de las garantías necesarias para impedir situaciones fraudulentas.

En la forma propuesta puede regularse la extensión del principio de oportunidad al sostenimiento del ejercicio de la acción dentro del proceso, siempre que se motivara su utilización para que la petición de sobreseimiento que comporta pudiera quedar sujeta al sistema de control de nuestro ordenamiento.

III. LA INTERVENCIÓN DE LOS NIÑOS EN LOS PROCESOS PENALES CONTRA ADULTOS

Como afirma Ferrán Casas (7), tradicionalmente se ha esgrimido como argumento que justifica el rechazo o, al menos, la reticencia con la que se

(5) Cfr. sobre este punto Jorge BARUDY, ob. cit., págs. 183 y ss., quien sostiene que «las posibilidades terapéuticas de una familia abusiva comienzan y deben mantenerse a través del desarrollo de una situación de crisis que les impida reestructurarse alrededor de la descalificación de la víctima o la minimización o negación de los hechos abusivos».

(6) Cfr. ob. cit., pág. 185.

(7) F. CASAS I AZNAR, ob. cit., pág. 53.

regula la intervención de los niños en el proceso, la falta de fiabilidad de su testimonio, que, según Spencer y Flin (8), puede tener su origen en:

- 1) La memoria de los niños y las niñas no es fiable.
- 2) Los niños y las niñas son egocéntricos.
- 3) Los niños y las niñas son altamente sugestionables.
- 4) Los niños y las niñas tienen dificultades para distinguir entre realidad y fantasía.
- 5) Los niños y las niñas hacen alegaciones falsas, particularmente acerca de agresiones sexuales.
- 6) Los niños y las niñas no comprenden el deber de decir la verdad ante el tribunal.

Siguiendo el pensamiento de Ferrán Casas, me atrevo a proponer la siguiente cuestión: si se sustituyese la expresión «niños» y «niñas» por la de hombres y mujeres, ¿estaríamos todos en condiciones de calificar de fiable el testimonio?

Cualquiera que sea la respuesta que pueda darse a la cuestión planteada, es indudable que la vigencia de la opinión sobre la poca fiabilidad del testimonio infantil era incontestable, como lo revelan los artículos 1.245 y 1.246 del Código Civil, que considera inhábiles para ser testigos a los menores de 14 años *por incapacidad natural*. Por su parte, el artículo 417.3.º de la LECrim prescribe que no podrán ser obligados a declarar los incapacitados física o moralmente, no conteniendo otras previsiones que la de dispensar de declarar bajo juramento a los testigos impúberes (cfr. art. 433) y la de nombrar intérprete cuando no sea posible la comunicación con el testigo, bien porque no entienda el idioma español (cfr. art. 440) o bien porque tenga dificultades físicas para hablar (cfr. art. 442).

Es cierto que desde la fecha de entrada en vigor del Código Civil y de la LECrim se han ido introduciendo modificaciones en nuestro ordenamiento jurídico que han reconocido la capacidad de intervención de los niños en los procesos (9) determinando la derogación, aunque sea tácita, de los preceptos que restringían su capacidad, pero dudo que tales modificaciones hayan supuesto algo más que el reconocimiento del derecho a intervenir, porque ¿queremos recordar cómo se llevan a cabo en la práctica las comparecencias de los niños en los procesos judiciales?; ¿se recaban, aunque sea a veces, dictámenes periciales sobre su capacidad para intervenir y,

(8) Citados por FERRÁN CASAS, ob. cit., págs. 53-54.

(9) Cfr. art. 154 del Código Civil, en la redacción dada al mismo por la Ley 11/81, o la disposición adicional 6.ª.6 de la Ley 30/1981.

en su caso, sobre la fiabilidad de su testimonio?; ¿estamos convencidos todos de que tenemos suficiente formación para dirigir la entrevista con el niño compareciente?

De la respuesta que yo puedo dar a esas cuestiones la conclusión que cabe obtener es que no se puede seguir sosteniendo que el niño carece de competencia, como gusta decir a los psicólogos, para intervenir en un proceso.

Así, al menos, lo reconoce la Ley 1/1996, cuyo artículo 9 consagra a la regulación del derecho de audiencia de los niños en los procesos que les afectan, disponiendo que el niño lo puede ejercer personalmente o por medio de representante que designe el propio niño, debiendo comunicarse la denegación de la audiencia (que debe ser motivada) en tales casos al Ministerio Fiscal y a los interesados.

Además, la Ley establece que «[...] las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad».

La voluntad del legislador es loable, pero, como en el caso de la denegación de la audiencia, resulta insuficiente, porque si la audiencia se deniega, ¿qué remedio cabe para garantizar la efectividad del derecho? No creo que el adecuado sea el que puede proporcionar el sistema de recursos, porque, en la mayoría de los casos, cuando el recurso se resuelva, habrá desaparecido el interés determinante de la necesidad de la audiencia.

Y en cuanto al problema de la forma de realización de las comparecencias, la insuficiencia es aún más clamorosa porque, como tantas veces ocurre, en el proceso de elaboración de la ley se debió tomar en consideración que la misma, como todas las que introducen derechos para los particulares cuya satisfacción exige la realización de prestaciones por parte de la Administración, es de las que comportan aumento de gasto porque, entre otras razones, dichas comparecencias exigen la presencia de profesionales no propuestos por las partes que puedan dirigir la entrevista, cuya designación en estos momentos resulta laboriosa y lenta.

En algunos países (Canadá, Dinamarca y algunos Estados de USA) se han implantado sistemas videográficos que permiten grabar las entrevistas dirigidas por personal cualificado, al que tienen acceso las partes y el juez, que es el que las tiene que controlar, sin que éstos se encuentren en presencia física de los comparecientes. En otros (Francia) hay experiencias (ignoro si establecidas normativamente) consistentes en designar al niño que tiene que comparecer en un proceso una especie de «tutor» para «conducir» su intervención en el proceso, evitando las comparecencias innecesarias y asegurando en las que tengan lugar que los intereses de su «pupilo» no resultarán vulnerados. Al fin y al cabo, algo así es lo que establece, aunque para las causas penales, el artículo 40 de la Convención de Naciones Unidas cuando

reconoce a todo niño derecho a que su causa sea oída legal y equitativamente por un tribunal independiente e imparcial en presencia de un asesor jurídico u otro asesor adecuado.

IV. SOBRE LA PRESCRIPCIÓN

Con mucha frecuencia, a la hora de articular un sistema de protección de cualquier bien jurídico necesitado de la misma, se piensa exclusivamente en organizar un cuadro sancionador previendo las infracciones y las sanciones correspondientes a las mismas, sanciones que, en la mayor parte de las ocasiones, se reclama que sean de naturaleza penal, olvidando de esa forma consideraciones tan elementales como la vigencia del principio de intervención mínima o la de la relevancia que el Derecho procesal puede tener en la eficacia y en la efectividad del sistema de represión, cuestión esta última de la que nos ocuparemos a continuación en relación con el sistema de protección de la infancia vigente en nuestro Derecho.

En este sentido llama la atención que, a la hora de regular la prescripción del delito, el artículo 132 de nuestro Código Penal se limite a establecer que los plazos de prescripción se contarán a partir del momento de su comisión (con las especialidades previstas para los delitos continuados y permanentes), admitiéndose como causa de interrupción de la misma exclusivamente la incoación de procedimiento contra el culpable.

La situación de desprotección que tal régimen provoca para la infancia clama por su modificación, ya que, por una parte, alguna de las infracciones de las que, habitualmente, son víctimas los niños requiere para su persecución la instancia de parte y, aunque es cierto que nuestro sistema de protección de la infancia es un sistema cerrado en el sentido de que no hay niño sin protección porque se encuentra bajo la de sus padres o representantes legales o, de manera automática, bajo la de las Entidades públicas con competencia en materia de protección infantil, también lo es que tal protección se brinda de manera más formal que real, ya que no serán pocos los casos en los que la persecución de la infracción no se inicie bien porque los legitimados para hacerlo no la insten o bien porque, pese a la eficacia *ope iuris* que se otorga al sistema de protección oficial, el mismo no pueda articularse porque la entidad protectora desconozca la situación de desamparo.

En tales casos parece que la efectividad del sistema de protección de la infancia requeriría aceptar como causa de interrupción de la prescripción la menor edad del niño víctima de la infracción, de manera que el *dies a quo* para el cómputo del plazo fuera el de su mayoría de edad o el del reconocimiento de su capacidad procesal.

De esa manera se aseguraría que la regulación del marco de la represión de tales infracciones estaría más en consonancia con las exigencias derivadas de la naturaleza de los derechos violados, que, por lo demás, tienen traducción normativa en nuestro derecho, ya que el artículo 4 de la Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño obliga a España, a raíz de su ratificación, a adoptar las medidas legislativas para dar efectividad a los derechos reconocidos a los niños en la propia Convención, entre los que se encuentra el de garantizar su acceso a procesos judiciales en los que sea interesado, especialmente cuando se ventile la existencia de malos tratos de los que haya podido ser víctima (cfr. arts. 12 y 19 de la Convención citada).

En el mismo sentido se podrían invocar los artículos 24 y 39 de la Constitución Española y el que no puede dudarse que constituye un principio general del derecho, el interés superior del niño, que informa nuestra legislación ordinaria y está consagrado en la misma, como argumentos, también de naturaleza normativa, que justifican la modificación propuesta, la cual, por otra parte, no es ajena a la «economía» de nuestro ordenamiento, ya que el artículo 1.969 del Código Civil establece que «el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse».

Sin embargo, no parece suficiente que la contundencia de tal prescripción tenga la virtualidad suficiente para forzar una interpretación diferente que la que deriva de la propia letra del artículo 132.2 del Código Penal, por lo que, en definitiva, se considera necesario consignar como causa de interrupción del plazo de prescripción la incapacidad procesal de la víctima, bien derive de su incompleto desarrollo o bien de cualquier otra perturbación, aunque en este último caso la interrupción de la prescripción duraría hasta la constitución del correspondiente mecanismo tutelar.

Se podrá argumentar que la legitimación que corresponde al Ministerio Fiscal para promover la persecución procesal de la infracción es suficiente para garantizar la ausencia de impunidad en tales casos, pero no parece que se deba ceder ante tal argumento, ya que el Ministerio Fiscal, como cualquier otra institución del Estado y como enseña la experiencia diaria, goza también de las mismas limitaciones que las entidades públicas de protección para conocer todos los hechos con relevancia penal de que sean víctimas los menores o incapaces. Y, además, en el caso de que no sufriese tal limitación, parece conveniente, como se propone a continuación, modular en algunos de tales casos la vigencia del principio de legalidad en cuanto a su actuación con criterios derivados del principio de oportunidad.

EL FISCAL ANTE LA REFORMA DEL PROCESO PENAL JUVENIL

MARTÍN RODRÍGUEZ SOL

Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de Lleida

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL AUMENTO CUANTITATIVO. LOS MENORES Y ASIMILADOS: 1. *Los menores o jóvenes*. 2. *Los menores menores*. 3. *Los mayores menores*. 4. *¿Qué hacer?*—III. EL AUMENTO CUALITATIVO. EL PROCEDIMIENTO: 1. *Generalidades y papel —o papelón— del Ministerio Fiscal*. 2. *La detención*. 3. *Designación de letrado*. 4. *Instrucción. Diligencias*.—IV. AUMENTO ESTRUCTURAL: 1. *Aproximación al problema*. 2. *Ciencia ficción y desarrollo reglamentario*. 3. *Sección de Menores en los Tribunales Superiores*.

I. INTRODUCCIÓN

Me propongo comentar las novedades que el Proyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (PRRPM) introduce en la actividad del Fiscal.

El Proyecto nos afecta en tres órdenes. El primero es cuantitativo, en la medida que aumenta el número de sujetos a los que se aplica la ley. En segundo lugar hay una modificación cualitativa, al intensificar el papel protagonista del Fiscal en las causas contra menores. Finalmente, hay una afección estructural que incide en la propia organización de la Fiscalía, cuando la ley se permite crear las Fiscalías de Menores y los Fiscales Especialistas de Menores.

II. EL AUMENTO CUANTITATIVO. LOS MENORES Y ASIMILADOS

1. LOS MENORES O JÓVENES

El PRRPM se aplica a los mayores de trece y menores de dieciocho años. Se puede extender hasta los menores de veintiún años.

Para determinar la aplicación de la ley hay que estar atentos a la edad en el momento de comisión del hecho. La ley avisa expresamente que el hecho de rebasar la edad juvenil antes de incoar el procedimiento o durante su tramitación no tiene trascendencia y se mantendrá la competencia de los Jueces y Fiscales de Menores.

Si hay que creer a la exposición de motivos, la ley hace dos grupos de menores: los que tienen entre trece y dieciséis años, y los que van de los die-

cisésis a los dieciocho, «por presentar uno y otro grupo diferencias características que requieren, desde un punto de vista jurídico y científico, un tratamiento [...] diferenciado [...]» En realidad, de la lectura de la ley resulta que la diferencia de tramos únicamente está contemplada en el artículo 18 cuando regula el desistimiento por razón de corrección en el ámbito educativo y familiar, y en el artículo 9 respecto a la duración de las medidas.

2. LOS MENORES MENORES

El aumento de la edad penal hasta los trece años, superando la actual de doce, no tiene especial relevancia práctica dado el escaso número de jóvenes conflictivos de esas edades. La Fiscalía General del Estado no comparte este aumento de edad, que tilda de poco realista, y en su informe al anteproyecto aboga por dejar abierta la posibilidad de intervenir en los casos más graves (1).

Según la ley, los menores de trece años son irresponsable y serán objeto de protección. El Ministerio Fiscal cuidará de remitir los particulares que estime precisos a la entidad protectora. Será la entidad protectora la encargada de promover las medidas de protección oportunas conforme a la Ley Orgánica 1/1996.

La disposición transitoria única advierte que a la entrada en vigor de la ley cesará inmediatamente el cumplimiento de medidas que pudieran cumplir los menores de trece años, extinguiéndose las correspondientes responsabilidades.

3. LOS MAYORES MENORES

Para los jóvenes comprendidos entre los dieciocho y los veintiún años el PRRPM contempla la posibilidad de aplicarles esta ley a partir de una resolución motivada del Juez de Instrucción, siempre que no se trate de un delito cometido con violencia o intimidación en las personas, o con grave peligro para su vida o integridad física. Una vez sea firme el auto se remitirá la causa al Fiscal para que la tramite.

(1) Dice la Fiscalía General del Estado que la opinión a favor de fijar la edad en los doce años es mayoritaria. Considera que el actual límite de doce años «es adecuado siempre que el Fiscal tenga facultades amplias para no incoar expedientes a los menores comprendidos entre las franjas de 12 a 14 años. Entre esas edades sólo se incoaría expediente por tanto cuando se tratase de hechos graves. En la mayoría de los supuestos se llegaría al archivo, pero existiría una posibilidad de intervenir en aquellos casos escasos, pero que se dan, en que menores de doce años (quiere decir menores que han cumplido doce años) cometen hechos muy graves como un homicidio.»

La Fiscalía General del Estado criticó en su momento (2) la solución legal apuntada en el Anteproyecto, con el escaso éxito que es de ver en el Proyecto.

La Fiscalía General del Estado señalaba algunas pautas:

- Que la aplicación de la ley juvenil lo fuera sólo en los aspectos sustantivos, no en los procesales.
- Que la decisión última la adoptara el Juez de lo Penal o la Audiencia, imponiendo en su caso medidas de justicia juvenil en lugar de las sanciones previstas en el Código Penal.
- Que la ejecución de la medida corresponda al Juez de Menores.

Como cuestión de régimen transitorio, el PRRPM contempla la *revisión de las condenas impuestas* a menores de dieciocho años conforme al Código Penal de 1973. Distingue dos supuestos.

Los que hayan sido condenados a «una *pena de dos años de prisión menor o una pena de prisión superior a dos años*, que estuvieren pendientes de cumplimiento a la entrada en vigor de la presente Ley». En este caso, las penas impuestas serán sustituidas por alguna de las medidas previstas en la Ley. Corresponde al Ministerio Fiscal instar la medida oportuna previo informe del ETA o de la correspondiente entidad pública de protección o reforma de menores. La disposición concluye afirmando que alguien (deberá ser el órgano sentenciador) dará traslado al Fiscal «de la ejecutoria y de la liquidación provisional de las penas impuestas». No hay manera de saber si la revisión la efectuará el Juez de Menores o el órgano sentenciador.

Los que tuvieren penas pendientes de cumplimiento *inferiores a dos años*, o cualquiera otra de otra naturaleza. El Juez de Menores puede declarar extinguida la responsabilidad penal o sustituir la pena pendiente por libertad vigilada.

4. ¿QUÉ HACER?

La Fiscalía deberá asumir un aumento extraordinario de jóvenes delinquentes. En el mejor de los casos todos los menores de dieciocho años, y en el peor también los comprendidos entre dieciocho y veintiuno que los Jueces de Instrucción deseen.

(2) La crítica al Anteproyecto era generalizada y señalaba como problemas prácticos los siguientes: *a)* la decisión se confía a un órgano —el juzgado de Instrucción— sin facultades decisorias en cuanto al fondo; *b)* el Juez de Menores no puede discutirla; *c)* la decisión parece que debe ser tomada al inicio del procedimiento; *d)* el recurso de apelación aparece como un elemento dilatorio, lo que es especialmente perjudicial en las fases iniciales del procedimiento; *e)* puede sobrecargarse de trabajo a los Juzgados de Menores; *f)* no aparece con claridad cuándo el Juez de Instrucción ha de reclamar el informe del ETA y si debe hacerlo en todo caso.

Este aumento objetivo tiene que ir acompañado de las oportunas previsiones de aumento de plantilla, tanto de Fiscales como de funcionarios, y de los espacios materiales necesarios para realizar sus funciones. El PRRPM, que concede un año de *vacatio* a la ley, se limita a dejar las soluciones para más adelante, como ya viene siendo habitual. La disposición final tercera alude al problema cuando dice que el Gobierno, en el plazo de 6 meses desde la publicación de la Ley, adoptará las disposiciones oportunas «para adecuar la planta de los Juzgados de Menores y las plantillas de las Carreras Judicial y Fiscal a las necesidades orgánicas que resulten de la aplicación de la presente ley». En el número 2 de la misma disposición final tercera añade que el Gobierno adecuará las plantillas de funcionarios de la Administración de Justicia a las necesidades que presenten los Juzgados y Fiscalías de Menores. Empero no hay previsión alguna sobre nuevos locales, material...

III. EL AUMENTO CUALITATIVO. EL PROCEDIMIENTO

1. GENERALIDADES Y PAPEL —O PAPELÓN— DEL MINISTERIO FISCAL

El PRRPM mantiene la apuesta por el Fiscal instructor y aumenta sus facultades. Como dice la exposición de motivos, «encomienda al Ministerio Fiscal la iniciativa procesal y le concede amplías facultades para acordar la terminación del proceso...».

La función del Ministerio Fiscal en el proceso de menores parte de su doble condición de protector del menor y defensor de la ley y el interés social. El Ministerio Fiscal postulará el castigo del menor como un medio de conseguir su reforma y, al mismo tiempo, procurará que el proceso no suponga una carga aflictiva añadida. Como decía Gilbert Cesbron en su libro *Perros perdidos sin collar*, cuando un niño roba una bicicleta, ¿qué debe preocuparnos, la bicicleta o el niño? La respuesta fácil es contestar: las dos cosas. El PRRPM quiere poner el acento en el niño, y el Ministerio Fiscal no debe olvidarlo. La exposición de motivos abunda en esta cuestión al decir que «la posición del Ministerio Fiscal es relevante en su doble condición de institución que constitucionalmente tiene encomendada la función de promover la acción de la Justicia y la defensa de la legalidad, así como de los derechos de los menores, velando por el interés de éstos». Esta dualidad aparece de nuevo en el artículo 6 del PRRPM al describir la intervención del Ministerio Fiscal (3).

(3) «Corresponde al Ministerio Fiscal la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento, para lo cual dirigirá personalmente la

A continuación señalo algunas particularidades del Proyecto en cuanto inciden en la actuación fiscal.

2. LA DETENCIÓN Y «PRISIÓN»

La primera novedad aparece en el momento de la detención. El PRRPM, superando la ley actual, describe con cierto detalle las incidencias que acarrea la detención. La policía pondrá al menor en libertad o a disposición del Ministerio Fiscal en el plazo máximo de veinticuatro horas. ¿Y que hace el Ministerio Fiscal con el menor? El Ministerio Fiscal dispone de *setenta y dos horas* para hacer varias cosas, lo que no dice la ley es qué puede hacer con el menor durante esas setenta y dos horas, pero parece que —como detenido que es— permanecerá en un lugar de custodia con los derechos propios de todos los detenidos. La «puesta a disposición» no tiene que implicar necesariamente traslado físico del menor cuando la Fiscalía no disponga de locales y medios de custodia adecuados. Con asombrosa brevedad despacha la cuestión la Instrucción 1/1993 de la Fiscalía General del Estado al afirmar que «nada impide que el Fiscal, en uno y otro caso (se refiere a la detención de propio imperio y a los detenidos remitidos por el Juzgado de Instrucción), acuerde internar detenido al menor en Centros de acogida y reforma». La experiencia diaria demuestra que pocas Fiscalías disponen de centros de reforma en su localidad, o cercanías, y que los mandos de los centros de acogida son hartos reacios a introducir en su seno menores delincuentes. En el peor de los casos, algunas Fiscalías no cuentan con centros de reforma ni acogida.

En el plazo de setenta y dos horas el Ministerio Fiscal puede y debe:

a) Respecto a la *situación personal*: acordar la libertad o pasarlo a disposición judicial instando alguna medida cautelar de privación de libertad.

b) Respecto al *proceso*: acordar el archivo o incoar expediente. Puede decidir el archivo —desistimiento, dice el PRRPM— por «corrección en el ámbito educativo y familiar» o por «conciliación entre el menor y la víctima» en los casos previstos por la ley (4).

La Fiscalía General del Estado, a propósito de la necesidad de decidir en el perentorio plazo de setenta y dos horas sobre cuestiones complejas como

investigación de los hechos y ordenará que la policía judicial practique las actuaciones necesarias para la comprobación de aquéllos y de la participación del menor en los mismos, impulsando el procedimiento.»

(4) La corrección en el ámbito educativo y familiar la contempla el PRRPM para los menores de dieciséis años en los delitos menos graves o faltas. Cabe el sobreseimiento por conciliación en principio en todos los supuestos siempre que medie un arreglo o promesa y, eso sí, mucho arrepentimiento.

el *desistimiento*, anotaba en su informe al Anteproyecto: «[...] en una secuencia procesal excesivamente angosta se exigen del Fiscal decisiones claves para el tratamiento jurídico del hecho atribuido al menor. Estas decisiones, como es obvio, las habrá de tomar el Fiscal. Sin embargo, no existe razón para constreñir la ponderación de los motivos que avalen una u otra determinación. Se trata de un plazo constitucionalmente improrrogable para determinar la situación personal del detenido, pero repárese que el mecanismo jurídico del desestimiento en la incoación del expediente requiere una serie de informes previos que pueden no haber sido confeccionados en las 72 horas siguientes a la detención. De ahí la necesidad de un retoque en la redacción del precepto que haga que la limitación temporal despliegue su eficacia en el ámbito que le es propio, esto es, en el terreno de las garantías constitucionales frente a la detención, huyendo de cualquier entendimiento preclusivo de las decisiones que pueden resultar claves para el adecuado tratamiento del infractor». (De momento el legislador parece que no ha reparado en el problema y, en todo caso, no se ha dignado retocarlo.)

El PRRPM establece una *comparecencia* nueva para acordar la medida de *internamiento* pedida por el Ministerio Fiscal, a modo del artículo 504 bis LECrim a la que deben acudir el Ministerio Fiscal, el Letrado del menor y el representante del Equipo técnico o entidad pública de protección o reforma de menores. Para adoptar o no la medida el Juez valorará la gravedad de los hechos, su repercusión y alarma social, así como las circunstancias personales y sociales del menor.

3. DESIGNACIÓN DE LETRADO

El sistema elegido por el PRRPM para la designación de letrado tampoco se salva de la crítica de la Fiscalía General del Estado. La ley opta por que sea el *Secretario del Juzgado de Menores*, en cuanto recibe el parte del Ministerio Fiscal notificándole la incoación de un expediente, el encargado de requerir al menor y a sus representantes legales para que designe letrado en el plazo de tres días. Caso de no hacerlo, le será nombrado de oficio entre los componentes del turno de especialistas del Colegio correspondiente. No dice qué hay que hacer cuando ya tiene un Letrado designado, por ejemplo por haber sido detenido. Resulta razonable pensar que en estos supuestos, si el Letrado fue elegido por el detenido o sus representantes, hay un Letrado designado y nada debe hacerse. Si el Letrado fue designado de oficio al detenido, el Secretario del juzgado puede invitarle a designar uno de su gusto o pasar por el ya nombrado. En todo caso es evidente que el Ministerio Fiscal no tiene nada que decir sobre el nombramiento de Letrado, lo cual contraría a la Fiscalía General del Estado cuando se pregunta: «¿qué razón impide que en la misma Fiscalía se lleve a

cabo, no sólo la información de la posibilidad de nombrar Letrado sino también el requerimiento de hacerlo y su designación de oficio si no lo hiciera?».

4. INSTRUCCIÓN. DILIGENCIAS

El artículo 23 alude a la «actividad instructora del Ministerio Fiscal». Señala, siguiendo la pauta del artículo 6 ya comentado, que tiene como objeto «tanto valorar la participación del menor en los hechos para *expresarle el reproche que merece su conducta*, como proponer las concretas medidas de contenido educativo y sancionador adecuadas a las circunstancias del hecho y de su autor y, sobre todo, al interés del propio menor valorado en la causa». Un objeto tan confuso y difuso ya mereció un comentario reprobatorio en las notas de la Fiscalía General del Estado sobre el Anteproyecto, comentando la confusión entre el objeto y los fines de la instrucción y que «expresar el reproche que merece su conducta» va más allá del contenido propio de la actividad instructora y «adjudica al Fiscal en una primera fase del procedimiento, lo que parece más propio del Juez en su sentencia».

Por otro lado, la ley cuida de recordar al Ministerio Fiscal que no puede practicar *diligencias restrictivas de derechos fundamentales*, para cuya práctica debe acudir al Juez.

Faculta al Fiscal para decidir mediante resolución motivada acerca de la pertinencia de las diligencias de prueba solicitadas por la defensa, salvo que se trate de la declaración del menor, en cuyo caso debe acordarla y practicarla, a no ser que el expediente estuviere concluso. La resolución denegando diligencias será notificada al Letrado y al Juez de Menores.

Concluso el expediente, el PRRPM, como prevé la vigente ley, regula la remisión del expediente al Juzgado de Menores con un escrito de alegaciones. Destaca como novedad la supresión de la *comparecencia* ante el Juez de Menores, al pasar directamente a la fase de apertura y celebración de *audiencia*. La regulación de la audiencia no presenta grandes novedades, si bien determina con más amplitud y detalle los supuestos de conformidad del menor y la celebración del acto de la audiencia, incluyendo al inicio un turno de cuestiones previas. Añade con respecto al sistema actual la obligatoriedad del informe del ETA, tras los del Ministerio Fiscal y la defensa.

IV. AUMENTO ESTRUCTURAL

1. APROXIMACIÓN AL PROBLEMA

El texto de la ley es bastante cuidadoso con el Ministerio Fiscal. Siempre se refiere al Ministerio Fiscal. En ningún artículo del PRRPM se habla de

Fiscal de Menores o Fiscalía de Menores. Todo el lío nace en la disposición final cuarta al decir: «En todas las Fiscalías existirá una Sección de Menores compuesta por miembros de la Carrera Fiscal, especialistas, con las dotaciones de funcionarios administrativos que sean necesarios según se determine reglamentariamente. El principio de especialización en la materia de menores es compartido por la Fiscalía General del Estado a partir de la experiencia diaria de los Fiscales que desempeñan esa labor, por tanto, compartiendo la filosofía inicial, sin embargo, no alcanzamos a comprender cómo puede encajar en una Fiscalía, especialmente en las pequeñas, tal servicio y tales especialistas.»

2. CIENCIA FICCIÓN Y DESARROLLO REGLAMENTARIO

Para redondear la faena, la disposición final segunda obliga al Gobierno a modificar en el plazo de seis meses el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal para adecuarlo a la nueva realidad, es decir, para incrustar en él las *Secciones y los especialistas*. Conviene recordar que los que sean «especialistas» tendrán «preferencia» para «desempeñar los correspondientes cargos en las [...] Fiscalías de Menores». Además, la disposición final tercera obliga al Gobierno, también en el plazo de seis meses, a adoptar las disposiciones oportunas para adecuar la plantilla de la carrera fiscal a las necesidades orgánicas que resulten de la aplicación de la presente. Una primera lectura optimista de esta disposición final tercera sugiere que se trata de ampliar la plantilla, pero una lectura atenta —necesidades orgánicas— parece indicar otra cosa de más calado. En el caso de la carrera fiscal es la primera vez que se crea la figura del Fiscal Especialista.

¿Qué artículos del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal hay que modificar para acoger las Secciones y los Especialistas?

La primera cuestión de orden terminológico no es baladí: se trata de Fiscalías de Menores o de Secciones de Menores dentro de la Fiscalía de la Audiencia Provincial. Me inclino por entender que, pese a que en algún sitio el entusiasta legislador habla de Fiscalía de Menores, hay que entender que se trata de Secciones de Menores en el ámbito de una Fiscalía. La interpretación generosa acarrearía la necesidad de otro jefe y la práctica independencia entre la Fiscalía de la Audiencia Provincial y la Fiscalía de Menores.

El artículo 12.1 señala los órganos del Ministerio Fiscal y coloca al final de la lista a las Fiscalías de las Audiencias Provinciales. ¿Habría que incluir aquí, como órgano de la Fiscalía de la Audiencia Provincial, a las Secciones de Menores?

El artículo 18 dice que en los Tribunales Superiores de Justicia y en cada Audiencia Provincial existirá una Fiscalía bajo la jefatura directa del Fiscal

respectivo, integrada por un Teniente Fiscal y los Fiscales que determine la plantilla.

El artículo 22 se refiere al principio de unidad y dependencia. Recuerda que el Fiscal Jefe de cada órgano ejerce la dirección del mismo y actúa en representación del Ministerio Fiscal bajo la dependencia de sus superiores jerárquicos y el Fiscal General del Estado. ¿Tendrá la Sección de Menores al frente un coordinador o un jefecillo? La figura del coordinador es ajena al Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y sólo aparece en normas de índole retributiva o de planta. Puede ser la oportunidad de dar rango legal a la figura del coordinador. Pero si se opta por dar una especie de mando al coordinador, o el nombre que se desee, hay que prever la posibilidad de que el tal mando intermedio no sea «especialista».

El Capítulo II del Título III del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal está dedicado a la «Carrera Fiscal, de las categorías que la integran y de la provisión de destinos en la misma». Introducir a los «especialistas» en este capítulo y regular su acceso a determinadas plazas de las «Secciones de Menores» supera mi capacidad de imaginación. Se nos podrá decir que el tema está resuelto, sin demasiadas complicaciones, en la Ley Orgánica del Poder Judicial para los magistrados y jueces que sirven los Juzgados de Menores (5). Pero las diferencias entre el órgano judicial y la Fiscalía son tales, y tan insalvables, que la comparación no sirve. En una Fiscalía pequeña una Sección de Menores es un ente extraño y un Fiscal Especialista un lujo. ¿Acaso no podrá el Fiscal Jefe encomendar a tan ilustre especialista que acuda a juicios de faltas en cualquier juzgado de la Provincia, o, bien, que alterne su tarea en menores con el despacho de papel de otro origen?

Resumiendo, bien está la especialización, pero pueden ser un serio problema los «especialistas».

3. SECCIÓN DE MENORES EN LOS TRIBUNALES SUPERIORES

En un alarde imaginativo digno de mejor causa, el PRRPM crea nada más y nada menos que Secciones de Menores en el Tribunal Superior de Justicia. La idea pivota sin duda sobre el principio de especialidad, pero no por ser buena la intención es buena la ejecución.

(5) El artículo 329.3 dice: «Para la provisión de los Juzgados de Menores se aplicará la regla general establecida en el apartado primero de este artículo, aunque tendrán preferencia quienes acrediten la especialización correspondiente en el Centro de Estudios Judiciales, según se determine reglamentariamente.» El acuerdo del Consejo de fecha 16 de junio de 1987 aprobó el Reglamento para la obtención de la especialización como Juez de Menores.

La Sala o Sección de Menores del Tribunal Superior de Justicia tiene por objeto resolver con celeridad ¡¡¡los recursos de apelación contra el Auto del Juez de Instrucción que aplique la ley juvenil a los facinerosos que tengan entre dieciocho y veintiún años; contra los Autos que pongan fin al procedimiento o resuelvan modificación de medidas; contra la Sentencia del juez; contra la denegación de suspensión del fallo...

En tales casos, la Sección de Menores de la Fiscalía de la Audiencia Provincial deberá coordinarse con la Sección de Menores de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia, que parece la encargada de actuar ante el Tribunal Superior de Justicia.

La Fiscalía General del Estado, al comentar el Anteproyecto, se limita a constatar que la creación de tales Secciones «evidencia un propósito de reforma integral». Ojalá resulte de alguna utilidad semejante enredo.

**REVISTA
DEL
MINISTERIO FISCAL**

**VI. Plan de informatización
de las Fiscalías**

PLAN DE INFORMATIZACIÓN DE LAS FISCALÍAS

JOSÉ APARICIO CALVO-RUBIO

Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

El tema objeto de esta Mesa guarda estrecha relación con el siguiente sobre «Estadística» y se relaciona también, de alguna manera, con el de las «Transferencias Autonómicas», que debatiremos mañana. Se reconoce el esfuerzo que se ha hecho por el Ministerio, pero hay que decirlo sin paliativos: *No tenemos un plan unificado y moderno* y si perdemos este tren seremos el último reducto de métodos organizativos periclitados, pues se trata de una materia que, como todas las que se refieren a las nuevas tecnologías, va a ser para el siglo XXI lo que la Revolución industrial fue en el XIX.

Valga un sólo ejemplo. El primer acuerdo que ha tomado el Banco Central Europeo (BCE) en su reunión constitutiva el 7 de enero pasado fue la inmediata actualización de su plan informático. Lo digo con claridad y preocupación. No serán suficientes intercambios de información, por valiosos que sean, como los que puedan establecerse con la Comisión Informática Judicial, al amparo del artículo 91 del Reglamento 5/95 de 7 de junio. Por supuesto que serían importantísimos y deben hacerse sin dilación, creando en la Fiscalía General del Estado la Comisión correspondiente —como creo que propondrá uno de los ponentes—, pero a la postre serán escasos los resultados si no se llega a la decisión de hacer *un plan integrado*, lo que requerirá, desde luego, una enorme convergencia de propósitos y una gran concentración de esfuerzos, incluido el económico.

Todo lo demás quedaría reducido, una vez más, a remiendos fragmentarios, con el riesgo añadido de que el producto final sean diseños diferentes, por las transferencias autonómicas que, aunque muy positivas en sí mismas, podrían originar con el tiempo diecisiete modelos distintos, incluyendo, como es natural, el bilingüismo, como se puso de relieve hace unos días en el Congreso de los Diputados.

El reto de este gran desafío no puede tener otra respuesta que la decidida voluntad política de todos: Ministerio de Justicia, Consejo General del Poder Judicial, Comunidades Autónomas y Ministerio Fiscal. En otro caso, cuando se celebre otra reunión como ésta de Fiscales Jefes estaremos hablando de lo mismo. Y entonces será tarde para solucionarlo. Nuestra obligación ahora, por no tener el Ministerio Fiscal poder económico de decisión —y precisamente por ello—, es decirlo, y añadir, aunque parezca innecesario, que nuestra disponibilidad es total para que el barco llegue a puerto. Si no es así, el naufragio será seguro.

Vamos a oír a dos ponentes muy cualificados: el Subdirector General de Informática del Ministerio de Justicia, Sr. Garcés, y el Teniente Fiscal de la Inspección de la Fiscalía General del Estado, Sr. Bueren. Ofrecerán seguramente puntos de vista distintos pero también complementarios y sugerentes.

INFORMATIZACIÓN DE LAS FISCALÍAS

JOSÉ LUIS BUEREN RONCERO

Teniente Fiscal de la Inspección Fiscal

Hay que comenzar dejando constancia de que nuevamente vamos a abordar el tema de la «informatización de las Fiscalías» como proyecto cuando deberíamos estar hablando de una realidad que no acaba de llegar.

Es verdad que algo se ha hecho, pero sin un proyecto definido que contemple las necesidades del Ministerio Fiscal en su conjunto, y el propio Ministerio de Justicia debe ser consciente de la escasez de medios puestos a la tarea de informatizar las Fiscalías, aunque es de resaltar la dedicación de las personas que hasta ahora se han encargado de ello, que con tan pocos recursos han trabajado para lograr los mejores resultados.

Hechas estas consideraciones, la sensación general de falta de rumbo creo que es percibida por todos, lo que ha propiciado que cada Fiscalía haya tratado de sobrevivir a esta situación con actuaciones aisladas.

Esta falta de coordinación supone necesariamente reducir la eficacia de cualquier inversión, y cuando de recursos escasos se trata una de las prioridades debe ser alcanzar los máximos niveles de eficacia.

La descoordinación se hace más palpable al haber asumido ciertas Comunidades Autónomas las transferencias de medios del Ministerio Fiscal, con lo que la necesidad de elaborar un proyecto común de informatización se presenta si cabe con mayor necesidad.

Y es que, a mi juicio, cuando se trata del tema de la informatización no estamos sólo hablando de los medios materiales del Ministerio Fiscal sino que la cuestión afecta a la organización y el funcionamiento del Ministerio Fiscal como institución regida por los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica que no pueden ignorarse.

Naturalmente, es de agradecer el esfuerzo que desde estas Administraciones se está prestando a las Fiscalías de sus territorios, pero parece evidente que cualquier proyecto de esta naturaleza que afecte al Minis-

terio Fiscal deba hacerse con la supervisión de la Fiscalía General del Estado.

Si no ocurre así en un plazo más o menos largo nos podemos encontrar con diferentes sistemas de funcionamiento, incapaces de comunicarse entre sí y que han podido ignorar las necesidades del Ministerio Fiscal como institución del Estado.

No se trata en modo alguno de limitar la capacidad de gestión de las Administraciones con competencia en la materia, sino de orientar todos los esfuerzos al fin común de mejorar el funcionamiento del Ministerio Fiscal y en definitiva de la Administración de Justicia.

Se hace preciso por tanto afrontar esta tarea con profundidad comprometiéndolo a todas las partes implicadas en el proyecto de dotar al Ministerio Fiscal de un sistema informático acorde a sus necesidades presentes y capaz de adaptarse a las futuras.

Uno de los principales problemas con que nos enfrentamos es la ausencia de regulación legal de la materia, que contrasta con la declaración contenida en el artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al establecer que los Juzgados y Tribunales podrán utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones. Al tiempo se reconoce al Consejo General del Poder Judicial la facultad de aprobación de los programas y aplicaciones que se utilicen en la Administración de Justicia.

En uso de su facultad reglamentaria el Consejo dictó el Reglamento 5/95 de 7 de junio, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, dedicando el Título VI al procedimiento de aprobación de los programas, aplicaciones y sistemas informáticos de la Administración de Justicia.

En paralelo al sistema diseñado por la Ley Orgánica del Poder Judicial parece imprescindible abordar la regulación legal de esta nueva forma de operar en las Fiscalías y que reglamentariamente se determine que la Fiscalía General del Estado definirá sus necesidades y fijará los criterios que han de seguirse en la elaboración de los programas y aplicaciones que se implanten en todas las Fiscalías.

Se crearía una Comisión compuesta por el Fiscal General del Estado, que la presidiría, y los Fiscales que se determinen, para establecer las características que han de reunir las aplicaciones que se utilicen en las Fiscalías.

Un grupo de Fiscales, designados por la Comisión, se encargaría de definir las necesidades concretas en cada ámbito en que actúa el Ministerio Fiscal y trabajaría en colaboración con los técnicos que diseñarían, con los medios informáticos actuales, el sistema que mejor se adapte a esas necesidades.

Todas las propuestas de aprobación de programas y aplicaciones, tanto de

las Fiscalías como de las Administraciones Públicas, se resolverían en el seno de la Comisión.

Hasta ver hecha realidad esta regulación resultaría necesario iniciar gestiones para lograr un acuerdo con los responsables de Justicia del Ministerio y de las Comunidades Autónomas, de forma que en la práctica se comience a actuar en esa dirección.

La creación de la Comisión, competencia del Fiscal General del Estado, podría ser inmediata de forma que pudiera valorar los trabajos hechos o que se estén haciendo en este momento.

Como puntos capitales a la hora de diseñar un sistema informático integral del Ministerio Fiscal considero los siguientes:

Nuevo diseño:

El diseño de un sistema en que todas las Fiscalías estén conectadas entre sí y con la Fiscalía General del Estado de forma que todas las comunicaciones se puedan hacer a través de esa red.

Presupuesto específico:

Comprometer un presupuesto económico para este fin específico de informatizar las Fiscalías, de modo que quede fijado el importe y el período de tiempo en que ha de hacerse la inversión, que sería compartida entre el Ministerio y las Comunidades Autónomas.

Integración en el sistema informático judicial:

Dentro de este diseño un objetivo prioritario debe ser la incorporación de las Fiscalías al sistema informático judicial que se está desarrollando por el Consejo General del Poder Judicial.

Hay que partir de que la mayor parte de los datos tratados en la Fiscalías se producen en el Juzgado (incoación de causas por determinados hechos, detenidos que son puestos a disposición, comparecencias de prisión, resoluciones judiciales de todo tipo, autos, sentencias, etc.). Con el tradicional sistema esos datos que produce y registra el Juzgado no acceden directamente a la Fiscalía, sino que ésta los obtiene, fundamentalmente, por la remisión de los partes de incoación, notificación de las resoluciones o cuando la causa llega a la Fiscalía para algún trámite, es entonces cuando los funcionarios de Fiscalía registran los datos.

Lo anterior se produce también a la inversa: los datos que produce la Fiscalía (informes, calificaciones, interposición de recursos, etc.), y que se registran en el sistema de la Fiscalía, no se obtienen en el Juzgado directa-

mente sino que habrán de ser anotados por los funcionarios del Juzgado al introducirlos en sus libros o en su sistema.

Podría en una primera aproximación afirmarse que un 60 por 100 del tiempo empleado por el personal de Fiscalía se dedica a la anotación de datos de las causas o de las incidencias de su tramitación que ya están o deben estar anotados en los Juzgados.

Parece lógico pensar que si el dato nace en el órgano judicial sea éste quien lo introduzca en el ordenador en el momento en que se genera y que la Fiscalía se limite a incorporar aquellos datos que ella misma aporta. Con un sistema permanente de comunicaciones entre las aplicaciones de Juzgados y Fiscalías, la información fluiría entre unos y otros con un considerable ahorro de medios.

Si esto fuera así, la tarea del personal de Fiscalía se reduciría notablemente, sería posible controlar el crecimiento de las plantillas y su trabajo se orientaría a otras tareas más específicas.

También es verdad que mientras no se lleve a cabo un completa informatización de los Juzgados y se establezca un sistema de comunicaciones entre éstos y las Fiscalías, el necesario control de las causas obligará a seguir con el sistema actual.

Relaciones con el Consejo General del Poder Judicial:

Para conseguir esa integración es preciso profundizar en las relaciones con el Consejo General del Poder Judicial, especialmente prevista en el artículo 91 del Reglamento 5/1995.

Convenios de colaboración:

Otro aspecto importante es que en los Convenios de Colaboración que se suscriben entre el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas sobre la materia, y a pesar de que en los mismos se contemplan partidas para la informatización de las Fiscalías, brilla siempre por su ausencia en las comisiones de control y seguimiento de los convenios un representante del Ministerio Fiscal. Hemos tenido ejemplos recientes de esta falta y de sus consecuencias.

Para el futuro se pretende que todos los Convenios que se firmen y que afecten al Ministerio Fiscal cuenten con un representante de la Carrera, que podría ser el Jefe de la Fiscalía afectada por el Convenio.

Reorganización de las Fiscalías:

Sería necesario al tiempo afrontar la inaplazable organización de unas Fiscalías con una realidad esencialmente distinta a la reglamentariamente

prevista, lo que comportaría también cambios en los hábitos de trabajo de los Fiscales.

La situación de muchas Adscripciones Permanentes escasamente dotadas de plantilla de Fiscales con poco personal auxiliar y con deficientes instalaciones dificultará la implantación. Además su lejanía física de la sede principal de la Fiscalía, la ausencia de mandos intermedios en la Carrera y la falta de una persona con responsabilidad sobre secretarías cada vez más complejas es otra de las dificultades a la hora de mantener la organización de las oficinas de Fiscalía.

No hay que olvidar que, además, algunas de las Adscripciones, con la creación de Secciones de la Audiencia van a tener corto plazo, si es que ya no la tienen, una dimensión considerable, y todo ello sin contar con soporte reglamentario alguno de funcionamiento.

Esta reorganización de las Fiscalías debe llevar consigo la necesaria especialización al menos de una parte de los funcionarios por los cometidos cada vez más específicos que se les asignan, algunos de los cuales deberían disponer de conocimientos informáticos para hacer frente a las necesidades que a diario se plantean.

Y como decía antes, hay que cambiar los hábitos de trabajo de los Fiscales. El sistema informático debe alimentarse con los documentos que elaboran los Fiscales. No se trataría como hasta ahora que una vez hecho el dictamen por el Fiscal el funcionario anote su contenido en el ordenador, sino que todos los dictámenes se procesen y se editen por ordenador, y al hacerse, automáticamente se produce el apunte informático correspondiente. Se lograría además una absoluta correspondencia de las anotaciones con los dictámenes emitidos.

Aunque es verdad que aumentaría el trabajo de secretaria, se compensaría con el ahorro que supone la obtención automática de los datos de los Juzgados.



REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

**VII. Necesidad de reforma de la
estadística judicial**

NECESIDADES DE UNA REFORMA DE LA ESTADÍSTICA JUDICIAL

JOSÉ APARICIO CALVO-RUBIO
Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

La estadística de la Fiscalía General del Estado tiene credibilidad y prestigio bien ganados a través de más de un siglo, pero hay que reconocer, con realismo, que hoy es un modelo agotado.

En la reunión de Mojácar, hace cuatro años, se acordaron algunos retoques, desde la convicción de que había que hacer un cambio más profundo. Ese cambio no puede esperar y requiere, como presupuestos insoslayables, por una parte —como hemos visto en la Mesa anterior— un plan informático integrado y coordinado con el de los Juzgados y Tribunales, para completar recíprocamente los datos respectivos y evitar repeticiones y contradicciones y, por otra, de extraordinaria importancia a mi juicio, la colaboración de los estadísticos cuyos saberes especializados nos son imprescindibles.

De todo ello nos va a hablar una ponente extraordinaria como es doña María Pilar Martín-Guzmán, presidenta del Instituto Nacional de Estadística. Su brillante *curriculum* me trae a la memoria el pensamiento de Dilthey —el filósofo más importante de la segunda mitad del siglo XIX, según Ortega y Gasset— sobre la distinción entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu, que no pueden escindirse. Es el principio de la unidad de la ciencia.

Para hacer una buena estadística judicial hacen falta conocimientos de diversa índole que se complementan. No basta, como hasta tiempos recientes, la tesis de que lo importante son los saberes jurídicos, ni la exagerada antítesis de otorgar la preeminencia a la ciencia estadística y a los métodos empíricos. Como en la dialéctica hegeliana, se impone la síntesis de integrar los dos, superando cualquier clase de absolutismo científico.

Ejemplo paradigmático de esos saberes integrados —y desde luego excepcional— es nuestra ponente de hoy, que es licenciada en Económicas, Matemáticas y Derecho, y que además de pertenecer al cuerpo facultativo del

Instituto, de la que es presidente, es también catedrática de la especialidad en la Universidad Autónoma de Madrid.

Estoy seguro de que ella —y todos vosotros— compartís esta necesidad de colaboración en la que todos saldremos favorecidos y que habrá de plasmarse en profundizar los intercambios existentes, hasta ahora, mediante algún convenio o fórmula similar, o ampliando a tres bandas el ya existente entre el Instituto Nacional de Estadística y el Consejo General del Poder Judicial.

Era necesaria una cierta dosis de autocrítica y la he hecho, pero también digo, para terminar, que el Ministerio Fiscal siempre ha demostrado una gran sensibilidad para estos temas. En algún documento actual, de los que he manejado estos días, se decía que la estadística tiene que ser «exacta, completa y unificada». Así se había dicho ya literalmente hace más de un siglo en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1885.

PRESENTE Y FUTURO DE LAS ESTADÍSTICAS JUDICIALES

MARÍA PILAR MARTÍN-GUZMÁN

Presidenta del Instituto Nacional de Estadística

I. INTRODUCCIÓN

Los sistemas nacionales de información estadística incluyen un conjunto de operaciones de captura de datos, tratamiento estadístico y difusión de la información que se engloba bajo el epígrafe de Estadísticas de Justicia y Seguridad. Estas estadísticas abarcan una serie de aspectos relacionados con el bienestar y con su percepción subjetiva, por lo que su papel es esencial en todo análisis sociológico que se elabore con criterios cuantitativos. Se puede afirmar que un conjunto básico de indicadores sociales no será nunca completo si no quedan reflejados en él algunos aspectos de la actividad judicial y policial.

En España las estadísticas de justicia y seguridad son el resultado de la colaboración, más o menos estrecha, entre los organismos encargados de la Justicia —Consejo General del Poder Judicial y Ministerio Fiscal— y de la Seguridad —Ministerio del Interior— con el Instituto Nacional de Estadística. Aunque han mejorado sustancialmente en los últimos tiempos, están todavía lejos de alcanzar los niveles de calidad que tienen en otros países de nuestro entorno cultural.

Hay, sin embargo, una voluntad inequívoca de avanzar en este campo, y la mejor prueba de ello es la presencia del Instituto Nacional de Estadística en la Reunión de Fiscales Jefes. Así pues, como representante de este Organismo quiero agradecer muy especialmente al Excmo. Sr. Fiscal General del Estado su invitación para participar en dicha Reunión, que considero que abre las mejores perspectivas a una fructífera colaboración.

De todo esto va a tratar mi presentación. Empezaré describiendo el marco en que se mueve la elaboración de estadísticas, con una breve descripción del Instituto Nacional de Estadística, organismo no muy conocido en algunas

sus facetas y peculiaridades. Después comentaré los problemas generales que presenta la recogida de las estadísticas de Justicia y Seguridad, típicas de la información que procede de fuentes registrales. En un tercer apartado describiré con algún detalle la valoración del INE sobre el estado en que se encuentran estas estadísticas y finalmente, apuntaré algunas sugerencias para su mejora.

II. LA INFORMACIÓN ESTADÍSTICA COMO GARANTÍA DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO

En un sistema democrático la estadística juega un papel fundamental. Como consecuencia de ello el Instituto Nacional de Estadística presenta unas características específicas que lo distinguen de otros Organismos de la Administración, confiriéndole un *status* de independencia funcional reconocido por Ley.

La estadística es un instrumento fundamental para la toma de decisiones. Toda decisión racional debe basarse en la información disponible. Esto hace que todas las entidades que han de tomar decisiones sean usuarios habituales de la información estadística.

Evidentemente, utilizan la estadística los gobiernos. En el ámbito de las organizaciones supranacionales, la Comisión Europea emplea constantemente estadísticas para tomar decisiones tan importantes como la conformación de la zona Euro, o las negociaciones de la Política Agraria Comunitaria o de la Agenda 2000. También el gobierno central de España y los diversos gobiernos autonómicos toman las medidas de política económica y social de su competencia basándose en datos estadísticos. Igualmente los órganos municipales adoptan una serie de decisiones en cuanto a las modalidades de suministro y ubicación de los servicios que proporcionan en función de los datos estadísticos, que son los que les orientan de las necesidades a cubrir. Y las empresas planifican sus procesos de producción y comercialización basándose en la información estadística disponible.

Ahora bien, en un sistema democrático el papel de la estadística va mucho más allá. No solamente el gobierno utilizará la información para tomar decisiones. También la oposición va a ejercer como tal, es decir, va a juzgar la gestión del gobierno, disponiendo de los mismos datos que éste y pudiendo analizar, por tanto, si las decisiones tomadas han sido las más acertadas dentro de las posibles. En cuanto a las fuerzas sociales, también van a utilizar la información como marco para sus valoraciones, negociaciones y acuerdos.

Pero además para el ciudadano la información estadística es un instrumento básico de referencia en esa importante decisión que toma cada cuatro

años, en la que, a partir del juicio que le merece la gestión del gobierno, elige confirmar su permanencia en el poder o votar su sustitución por otro.

Una buena información estadística es, por tanto, uno de los elementos que garantizan el buen funcionamiento de un sistema democrático. No es concebible una democracia sana sin una estadística buena y creíble. Porque para que la estadística pueda cumplir este papel de activo democrático es necesario que tenga credibilidad. Credibilidad a nivel nacional, entre los ciudadanos que van a confiar en ella a la hora de emitir su juicio, y también credibilidad internacional, entre los mercados que, en un mundo globalizado como el actual, van a fundamentar en los indicadores económicos sus políticas de inversión.

La credibilidad exige dos condiciones. En primer lugar, la buena calidad de la información, basada en la aplicación correcta y cuidadosa de las metodologías adecuadas. En segundo lugar, la garantía de que la información así obtenida no va a ser manipulada con fines partidistas, o en interés de grupos de presión.

Precisamente por eso, para que la estadística pueda cumplir plenamente el papel que le corresponde en un estado democrático como el nuestro, el Instituto Nacional de Estadística tiene reconocida desde 1989, en la Ley de la Función Estadística Pública, la independencia funcional. Debe decir, además, que esta independencia la ejercemos día a día, porque sabemos que es la base de nuestro prestigio nacional e internacional.

III. LAS ESTADÍSTICAS JUDICIALES EN EL MARCO DE LAS ESTADÍSTICAS REGISTRALES

El INE obtiene sus estadísticas a partir de tres metodologías diferentes:

— Los grandes censos, operaciones de gran envergadura que, dado su alto coste sólo se realizan cada varios años. En ellas se recoge información de la totalidad de la población objeto de estudio. Ejemplos de ello son los censos de población, que se llevan a cabo cada diez años, o los censos agrarios de los que está previsto realizar uno el próximo otoño.

— Las encuestas, en las que se recoge información solamente de una parte de la población seleccionada aleatoriamente del conjunto proporcionado por los censos. De esta muestra se infieren las características del conjunto. Las encuestas que realiza el INE, a diferencia de los conocidos sondeos de opinión, se llevan a cabo sobre una muestra muy grande, y diseñada muy cuidadosamente para que en ella queden representados adecuadamente todos los grupos de la población objeto de estudio. El diseño de estas muestras es

un proceso complicado y que requiere altos niveles de tecnología y especialización.

— Las estadísticas registrales, basadas en los registros administrativos que se originan a partir de actos o situaciones concretas de los administrados. A este grupo pertenecen las estadísticas de justicia y seguridad.

Las estadísticas registrales presentan, respecto a los métodos alternativos de recogida de la información, una serie de ventajas e inconvenientes, de los cuales las estadísticas de justicia y seguridad participan.

Entre las *ventajas* hay que mencionar:

— Son comparativamente muy baratas, pues no requieren más gasto que el derivado del procesamiento de la información de que ya se dispone. A diferencia de las encuestas, en las que a su compleja planificación hay que añadir el coste de desplazarse hasta los informantes.

— También, por las razones anteriormente apuntadas, su proceso de obtención puede ser mucho más rápido. Se consiguen sin producir molestias adicionales a los informantes, pues la información se recoge como subproducto de otro proceso administrativo.

Pero frente a estas indudables ventajas, presentan también importantes *inconvenientes*. Destacamos entre ellos:

— Las estadísticas registrales arrastran las limitaciones del organismos de que proceden. Ninguna estadística registral puede tener una calidad aceptable si este organismo presenta deficiencias en su gestión. Así, por ejemplo, la rapidez con que se procesan puede quedar desvirtuada por la lentitud de funcionamiento del organismo que las genera, de manera que, en conjunto, se publiquen con un retraso tal que la información que proporcionen resulte ya obsoleta e inoperante para la toma de decisiones. Esta situación es particularmente dramática en los organismos cuya gestión no está informatizada.

— Las estadísticas registrales resultan como el subproducto de un proceso que no está pensado para la obtención de estadísticas, sino para otros fines. El resultado frecuente es que la información que proporcionan es parcial e incompleta. Cuando en una misma función intervienen varios organismos, cualquier descordinación entre ellos suele traducirse en disfuncionalidades que afectan muy negativamente a las estadísticas.

Todo lo dicho hasta ahora es aplicable en líneas generales a las estadísticas de justicia y seguridad. Pero no hay que olvidar que la estadística es un servicio público. Por consiguiente, la mejor forma de juzgar su calidad e idoneidad sería analizar si verdaderamente está satisficiendo las demandas de sus usuarios potenciales.

Ahora bien ¿quiénes son los principales demandantes de estadística judiciales? A primera vista pueden identificarse tres tipos distintos de usuarios.

— En primer lugar, los organismos encargados de la justicia y la seguridad necesitan las estadísticas para sí mismos. Es el gran instrumento de que disponen para evaluar su funcionamiento, diseñar medidas y tomar decisiones conducentes a su mejora, fijar objetivos medibles y controlar su cumplimiento, y prever sus necesidades futuras. A este grupo de usuarios les suelen interesar solamente datos relacionados con la gestión.

— Un segundo grupo sería el de los organismos relacionados con la actuación preventiva y correctora. Aquí incluimos por supuesto, a algunos órganos judiciales, como por ejemplo, los Tribunales Tutelares de Menores. Pero en un sentido amplio, también habría que considerar a los organismos que llevan a cabo investigaciones sobre estos temas, tales como Institutos de Estudios de Seguridad, o de Criminología, y, en general, a una extensa gama de sociólogos que, en sus descripciones y análisis del entorno social, va a hacer abundante uso de estas estadísticas.

Este grupo genera una demanda mucho más amplia, pues necesita generalmente información complementaria sobre las características de los sujetos implicados en el proceso judicial o policial, con el fin de analizar si una incidencia programada sobre algunas de estas características pudiera resultar útil para prevenir determinados hechos no deseables.

En atención a este grupo de usuarios hay que abordar dos problemas específicos. En primer lugar, los investigadores suelen ser insaciables en sus demandas de información, por lo que se hace preciso encontrar un equilibrio entre sus pretensiones y la capacidad de atención de los organismos suministradores. Por otra parte, por limitada que sea la demanda de información complementaria, muchos funcionarios de los juzgados, ya muy recargados de trabajo, no acaban de percibir el interés de los boletines estadísticos, y tienden a pensar que se les impone una tarea adicional inútil.

— Por último, el tercer gran grupo de usuarios de las estadísticas de seguridad y justicia estaría formado por el ciudadano en general, a través de los medios de comunicación. Dentro de la generalizada política actual de acercamiento de la administración al administrado, una información periódica sobre las actividades de los órganos judiciales en la que, a través de cifras, se pusiera de manifiesto su utilidad social y la mejora en su funcionamiento, podría ser un instrumento muy valioso. Hay que tener además en cuenta que en la justicia —como en la sanidad— es muy difícil generar una imagen positiva a través del contacto individual, pues el ciudadano que acude a los organismos judiciales no lo hace, en general, por elección propia, y ello hace que su percepción subjetiva tienda a ser negativa.

Es a través del gran público, el que no tiene contactos con la justicia, donde a ésta le resulta más fácil promocionar una imagen positiva de sí misma. Y no olvidemos que las cifras tienen en nuestra sociedad un gran poder de convicción.

IV. PASADO Y PRESENTE DE LAS ESTADÍSTICAS DE JUSTICIA Y SEGURIDAD

El inicio de las estadísticas judiciales data de muy antiguo: en realidad, su andadura se inició con la entrada en vigor de las Leyes de Enjuiciamiento Civil (1881) y Criminal (1882), pues ya desde entonces se detectó la conveniencia de recabar información sobre la actividad de los juzgados y tribunales de los distintos órganos jurisdiccionales de todo el territorio nacional.

El INE pasa a ser el organismo encargado de recogerlas desde su fundación en 1945. Posteriormente, en 1952, una Orden de la Presidencia del Gobierno amplía y desarrolla el contenido de la estadística que se venía haciendo, concretando la actividad del INE en esta materia. En 1955 se le añade la elaboración de las estadísticas de los tribunales tutelares de menores.

La creación, en 1985 del Consejo General del Poder Judicial, y la aplicación y desarrollo de la Ley 38/1988 de Demarcación y Planta Judicial han dado lugar a importantes cambios, tanto en la estructura como en las competencias de los juzgados y tribunales. Esto afectó a la elaboración de estadísticas, por cuanto la creciente actividad del nuevo órgano terminó dando lugar a solapamientos y duplicaciones en la información. Esto significaba, además de un uso no eficiente de los recursos disponibles y una carga de trabajo adicional para los funcionarios de los juzgados, un riesgo probable de discrepancias y «guerra de cifras», con la consiguiente merma de credibilidad para ambos organismos.

Con objeto de resolver esta indeseable situación se establecieron contactos entre ambos organismos, que culminaron, en 1995, con la firma de un convenio de colaboración que está resultando muy positivo para las estadísticas.

En efecto, a partir de su entrada en vigor se vienen recibiendo puntualmente, con periodicidad trimestral y en soporte informático los resúmenes estadísticos procedentes del Consejo General del Poder Judicial. Esta información se incorpora a la recogida por el INE, para su publicación conjunta, ya que ambas son complementarias.

En cuanto a la información que elabora el INE, su recogida se lleva a cabo mediante dos tipos de boletines: un boletín resumen en el que se refle-

ja la actividad de cada juzgado o tribunal, y un boletín individual que se cumplimenta para cada condenado por delito, o menor en su caso, y por cada sentencia que se dicte.

Estos boletines individuales se reciben trimestralmente. En la actualidad se cumplimenta un boletín individual por cada sentencia que se dicte en materia de arrendamientos urbanos o asuntos de la jurisdicción contencioso-administrativa, así como por cada persona que sea condenada por delitos en los juzgados de lo penal, audiencias provinciales y tribunales superiores de justicia. Igualmente se cumplimenta un boletín individual por cada menor sobre el que se dicte alguna medida por los correspondientes juzgados de menores.

La actual comunicación, muy fluida, entre el Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial y el INE, permite un seguimiento y corrección de las incidencias de recogida, lo que ha redundado en una mejora sustancial de las estadísticas. Pero aún subsisten problemas, muy difíciles de solventar en nuestra opinión, en tanto los boletines de estadística sean cumplimentados como una tarea al margen, y, por tanto adicional, a la del registro de la actividad judicial propiamente dicha. Creemos que solamente la integración de estas dos actividades en un solo proceso puede permitir el avance en calidad y rapidez que las estadísticas judiciales están necesitando.

No voy a hacer aquí ningún comentario sobre las estadísticas publicadas por el Ministerio Fiscal ya que, además de ser bien conocidas de los aquí presentes, no contemplan, por ahora, ninguna participación del INE en su elaboración.

Sí voy a hablar, en cambio, de las estadísticas de seguridad, actualmente en un estado de franco avance como consecuencia de una magnífica colaboración entre las distintas unidades del Ministerio del Interior, y entre éste y el INE.

Estas estadísticas reflejan la información recogida durante la fase de conocimiento, por parte de los cuerpos y fuerzas de seguridad que dependen de la Administración Pública, del delito o falta. Abarcan el estudio estadístico de la víctima y del delincuente, así como de los daños causados por el delito, y su repercusión social en términos de la percepción subjetiva de inseguridad, un elemento esencial para cualquier análisis de bienestar social.

El motor del avance ha sido en este caso el acuerdo entre la Guardia Civil y la Policía Nacional para la adopción de una ficha común. Esta colaboración está dando como resultado unas cifras únicas, recogidas con criterios homogéneos y de una calidad creciente.

El INE utiliza estadísticas, junto con las que obtiene directamente de la Ertzainza, la Policía Foral y los Mossos d'Esquadra, para la elaboración de sus indicadores sociales.

Su gran limitación es que no proporcionan apenas información sobre aspectos relacionados con victimación y percepción de inseguridad. Pero este es un aspecto que no es fácil de reflejar a partir de fuentes registrales. La elaboración de una encuesta *ad-hoc* con un tamaño y diseño muestral suficiente para garantizar una calidad aceptable de los resultados resultaría demasiado caro, y no abordable por el INE en este momento. Sin embargo, sí es posible la introducción de módulos de victimación en otras encuestas de hogares como va a hacer el INE en la Encuesta de Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud 1999.

V. ALGUNAS PROPUESTAS DE FUTURO

La modernización de la estructura administrativa de nuestro país coincide en el tiempo con la masiva introducción de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones, está obligando a los organismos a plantearse una verdadera reingeniería de sus procesos.

Esto ofrece una magnífica oportunidad, no sólo para agilizar la administración, sino también para mejorar la información estadística obtenida de registros.

En el caso que aquí nos ocupa, el INE considera que el proceso de informatización que los órganos judiciales y fiscales van a afrontar en breve es una ocasión de oro para situar la estadística judicial a un nivel de calidad comparable con el de los países de nuestro entorno cultural.

En esta línea el INE, además de apoyar calurosamente el proyecto de informatización y poner su experiencia y capacitación técnica a disposición de quienes van a llevarlo a cabo, quiere hacer cuatro propuestas muy concretas:

— En primer lugar, que se implemente el proceso de informatización de manera que la información estadística se obtenga como un subproducto natural de la herramienta de gestión adoptada, haciendo que el proceso estadístico esté integrado en el de gestión, y no suponga para el funcionario del organismo correspondiente una tarea adicional. Para conseguir esto lo fundamental es construir, ya desde el inicio, una aplicación informática más compatible con la recogida de estadística. Esta es la razón de que el INE insista tanto en participar desde sus comienzos en los grupos de trabajo que están informatizando los diversos organismos de la Administración.

— En segundo lugar, que en esta inserción de la información estadística en la herramienta de gestión se proceda con una cierta amplitud de miras, considerando no sólo los intereses del órgano que se informatiza, sino tam-

bién los del segundo tipo de usuarios, los interesados en actuaciones preventivas. Los ciudadanos piden a los poderes públicos que desarrollen políticas adecuadas al tratamiento y prevención de los problemas que dan origen a los procesos judiciales, y para ello se necesita una información más completa sobre las características socio-económicas de los sujetos afectados. Si no se incorpora alguna de esta información en los ficheros administrativos, se habrá perdido una oportunidad única.

— Cuando sobre un mismo proceso inciden diversos organismos, la coordinación entre ellos, a los efectos de unificar definiciones y clasificaciones, es fundamental si se pretende que las estadísticas que resulten sean consistentes. Lo ideal sería que el proceso de informatización de todos los organismos implicados en un mismo tema se hiciera conjuntamente, e incluso, a ser posible, utilizando una herramienta común, o al menos compatible.

— La imagen de calidad de una estadística depende en muy buena medida del acierto en el formato de difusión. Esta debe hacerse de la forma que resulte más útil y atractiva para los usuarios. En la actualidad éstos parecen sentirse cada vez menos atraídos por las publicaciones tradicionales, y más por las de formato electrónico, de más ágil manejo. También se observa un creciente interés por las publicaciones de síntesis, en las que un número reducido de cuadros se acompaña de comentarios críticos. En la medida de lo posible, también las estadísticas judiciales deberían adaptarse a estas nuevas modalidades de demanda.

INFORME DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO SOBRE LA NECESIDAD DE REFORMA DE LA ESTADÍSTICA

SUMARIO: LA NECESIDAD DE REFORMA DE LA ESTADÍSTICA JUDICIAL Y EN PARTICULAR DE LA ESTADÍSTICA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.—I. Situación actual.—II. Sistema para el futuro.

Se recoge a continuación un informe de la Fiscalía General del Estado, interesado en su día por el Fiscal General como referencia inicial para el desarrollo del trabajo en la reforma de la estadística, elaborado conjuntamente por la Inspección Fiscal y la Secretaría Técnica, en el mes de octubre de 1998, del que fueron autores don José Luis Bueren Roncero, Teniente Fiscal de la Inspección, y don Jaime Moreno Verdejo, Fiscal de la Secretaría Técnica, con la coordinación de don Eduardo Torres-Dulce Lifante, Fiscal de Sala Jefe de la Secretaría Técnica.

LA NECESIDAD DE REFORMA DE LA ESTADÍSTICA JUDICIAL Y EN PARTICULAR DE LA ESTADÍSTICA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

En el presente informe se trata de exponer la necesidad de cambiar el actual sistema de recogida de datos y seguimiento de los procedimientos para la elaboración de la estadística judicial.

I. Situación actual

Las siguientes notas caracterizan el actual estado de cosas en esta materia:

— La estadística judicial no es única ni uniforme: tanto el Consejo General del Poder Judicial como la Fiscalía General del Estado presentan en sus respectivas Memorias, en el acto de apertura de Tribunales, «sus» datos estadísticos. La comparación entre los mismos no resiste un serio análisis: referidos a una misma realidad los resultados que arrojan no coinciden.

No es lógico que exista esa dualidad de estadísticas. Ésta habrá de ser común, sin perjuicio de que cada Institución aborde en sus comentarios aquellos aspectos de los datos que interesen específicamente a su función.

La estadística que proporciona anualmente la Fiscalía General del Estado en su Memoria (en el capítulo dedicado a la «Evolución de la criminalidad» y en el apartado referido a los anexos estadísticos), que se confecciona partiendo de los datos que suministran las diferentes Fiscalías, no presenta un grado de fiabilidad aceptable.

A ello contribuyen las causas que se señalan seguidamente.

No existe en cada Fiscalía un sistema informático moderno. El Plan informático del Ministerio de Justicia se ha dilatado tanto en su ejecución que ya hoy, cuando todavía no ha sido implantado más que en la mitad de las Fiscalías, se observan en él determinadas carencias, que fundamentalmente derivan del método de aportación de datos a la «base» y del sistema de comunicaciones empleado.

En cualquier caso la organización de las Secretarías de las Fiscalías prácticamente no ha sufrido transformación significativa alguna en relación a la existente cuando el papel y las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal estaban prácticamente limitadas al ámbito de la jurisdicción penal y sobre todo cuando los medios de que se podía disponer para una adecuada organización no eran los que hoy están al alcance de cualquier oficina de tipo medio.

La forma en que se anotan los datos de los asuntos que tienen entrada en las Fiscalías puede seguir calificándose de artesanal, aunque en algunos casos se haya sustituido el antiguo libro por el ordenador. Esta forma, por otra parte, está llamada a pervivir si no se acomete una reforma en profundidad tanto de la oficina judicial como de la fiscal.

La mayor parte de los datos que se introducen en el sistema se producen en el Juzgado (incoación de causas por determinados hechos, detenidos que son puestos a disposición, comparecencias de prisión, resoluciones judiciales de todo tipo, autos, sentencias, etc.). Sin embargo, el sistema actual está establecido de modo que los datos que produce y registra el Juzgado no acceden directamente a la Fiscalía (vía módem o similar), sino que ésta los obtiene fundamentalmente cuando la causa a que se refieren llega a la Fiscalía para algún trámite o por remisión del parte de incoación y los funcionarios de Fiscalía registran los datos. Además, al final del año y a la hora de elaborar la estadística se interesan de cada Juzgado una serie de datos que no se han obtenido por la anterior vía (el más característico en esta búsqueda es el número total de procedimientos incoados de cada tipo). En la Fiscalía sólo se registran algunos procedimientos, nunca todos (por ejemplo, las Previas 1 y la 50, que sí accedieron a Fiscalía, sin que de la 2 a la 49 se tenga conoci-

miento alguno en Fiscalía en tanto no vengan para alguna actuación). No está generalizado, ni puede sostenerse que sea un sistema fiable por la cantidad de comunicaciones documentales que genera, el envío de partes de incoación.

Lo anterior se produce también a la inversa: los datos que produce la Fiscalía (informes, calificaciones, interposición de recursos, etc.) y que se registran en el sistema de la Fiscalía no se obtienen en el Juzgado directamente sino mediante el trabajo de los funcionarios del Juzgado al introducirlos en sus Libros o en su sistema cuando les llega de nuevo la causa o el escrito del Fiscal.

Todo ello implica que los datos no se registren en tiempo real, pues desde que se producen y registran en el Juzgado (o Fiscalía) hasta que acceden al sistema de la Fiscalía (o Juzgado) pasa un tiempo innecesario.

Podría en una primera aproximación afirmarse que un 60 por 100 del tiempo empleado por el personal de Fiscalía se dedica a la anotación de datos de las causas o de las incidencias de su tramitación que ya están o deben estar anotados en los juzgados.

Sin embargo, tal como están las cosas en este momento, resulta obligado que los datos referidos a las causas que instruyen y fallan los Juzgados o Tribunales, para su constancia en Fiscalía, tengan que ser anotados por personal de Fiscalía, que desarrolla una tarea puramente mecánica de introducción de datos que, además de generados por los órganos judiciales correspondientes, se realiza en un tiempo que, como se ha dicho, no es el real.

Parece lógico pensar que si el dato nace en el órgano judicial, sea éste quien lo introduzca en el ordenador en el momento en que se genera y que la Fiscalía se limite a incorporar aquellos datos que ella misma aporta. Con un sistema permanente de comunicaciones entre las aplicaciones de Juzgados y Fiscalías, la información fluiría entre unos y otros con un considerable ahorro de medios.

Pero mientras no se lleve a cabo una completa informatización de los Juzgados y se establezca un sistema de comunicaciones entre éstos y las Fiscalías, el necesario control de las causas obligará a seguir con el sistema actual de doble anotación, que produce inevitablemente errores y resulta antieconómico, por lo que en un futuro que no puede ser muy lejano debe cambiar radicalmente. Si esto fuera así, la tarea del personal de Fiscalía se reduciría notablemente, sería posible controlar el crecimiento de las plantillas y su trabajo se orientaría a otras tareas más específicas.

Un problema añadido al sistema deriva de que no existen en las Fiscalías plazas de personal específicamente encargado y con conocimientos específicos en materia de informática o de estadística. El resultado de ello es que cualquier incidencia con las personas designadas en cada caso por el Fiscal Jefe para desempeñar esta tarea (cambio de destino, baja, etc.) supone un pro-

blema que no se resuelve fácilmente de forma inmediata, y que repercute en la continuidad de dicho trabajo.

En relación al estado actual de la informatización de las Fiscalías puede decirse que, pese al esfuerzo que desde la Subdirección General de Informática del Ministerio de Justicia algunas personas han llevado a cabo, no es satisfactorio el resultado obtenido. La escasez fundamentalmente de medios personales que el Ministerio pone a disposición de la Fiscalía General del Estado para desarrollar esta fase de informatización de las fiscalías hace sumamente lento este inicial proceso que hace tiempo debió estar concluido.

Y es que, como se ha dicho otras veces, la informatización de la oficina penal de las Fiscalías no es sino un aspecto de la obligada mecanización de toda la oficina fiscal.

Cada vez es más necesario, por el aumento del ámbito de competencias del Fiscal, contar con un sistema de registro fiable de todos los asuntos en los que se interviene en materia civil, contencioso-administrativa y laboral, y la relevante misión que sobre los menores se nos encomienda, la ingente cantidad de intervenciones que se producen en un campo tan delicado como el del Derecho penitenciario y la cada vez mayor carga de trabajo que viene representando para las Fiscalías toda la materia referida a las incapacidades, hacen imprescindible que se acometa con urgencia la elaboración de programas comunes de estos y otros campos de actuación del Fiscal, que recojan las necesidades que reiteradamente se demandan, fundamentalmente por los Fiscales encargados de estas especialidades.

La ausencia de estos programas impide además calibrar la carga de trabajo real que pesa sobre las distintas Fiscalías y dificulta sobremanera cualquier aproximación a sus verdaderas necesidades. De esta forma cualquier labor encaminada a fijar con precisión la plantilla de Fiscales necesaria para afrontar con garantías de eficacia la función que legalmente se nos atribuye, y la consiguiente dotación de personal auxiliar suficiente para estos fines, se convierte en tarea con un alto componente de improvisación.

Con la implantación del nuevo sistema informático se ha pretendido dotar de uniformidad al funcionamiento de las Fiscalías, por el momento en materia penal; sin embargo la impresión hasta ahora sacada de las inspecciones realizadas en las Fiscalías donde ya está instalada no es todo lo favorable que debiera.

En este momento los planes de la Subdirección General de Informática del Ministerio pasan, en el tema de formación de los funcionarios, por la impartición de un curso al que son llamados dos o tres funcionarios por Fiscalía a los que en Madrid se les instruye sobre el funcionamiento de la aplicación. Estos luego se encargaran en cada Fiscalía de instruir al resto de los funcionarios. Se produce así la primera disfunción, ya que no hay control

alguno sobre el grado de asimilación de la aplicación por los funcionarios, que dependerá de sus condiciones para el aprendizaje, y luego de sus condiciones para la enseñanza.

El Ministerio carece de un equipo capaz de efectuar un seguimiento posterior eficaz del funcionamiento de la aplicación en las Fiscalías donde se va instalando, limitándose a facilitar a los funcionarios un teléfono de contacto para que planteen las dudas que puedan presentarse durante la utilización de la misma.

Equipos. Otra de las carencias que se han observados en las Fiscalías visitadas se refiere a los equipos suministrados. En general se ha comprobado que el número de pantallas instaladas es insuficiente para el número de personas encargadas de utilizarlos, con los consiguientes trastornos, que en algunos casos han llevado a tener que fijar un horario para la utilización del sistema.

Tampoco en todos los casos los equipos poseen la uniformidad necesaria, con modelos de teclados distintos que dificultan su uso.

Líneas. Es quizá el gran problema por resolver, y en Galicia ha causado gravísimos problemas. Su mala calidad provoca frecuentes caídas de los equipos a veces de hasta quince días.

Personal. Falta personal suficiente para atender el mantenimiento de los equipos y se carece de los medios necesarios para afrontar los problemas que suelen presentarse.

Actualización. Se echa en falta la existencia de un equipo de personas con dedicación exclusiva para las aplicaciones de Fiscalía, tanto para el diseño de nuevas aplicaciones como para la actualización de la existente, que permita atender con rapidez las sugerencias que desde las Fiscalías se van haciendo en función de sus necesidades. Este equipo debería estar integrado tanto por técnicos en informática como por Fiscales, dependientes de la Fiscalía General del Estado. Está todavía pendiente la instalación de una línea telefónica que conecte la Fiscalía General del Estado con el resto de las Fiscalías, para que desde su sede se pueda obtener la información que en cada momento se precise.

Estadísticas. Uno de los principales beneficios de la informática debe ser la obtención de estadísticas completas y fiables y así ofrecer una visión certera de la realidad. Hasta el momento se han venido utilizando los modelos estadísticos que se contienen anualmente en la Memoria de la Fiscalía

ral del Estado. Su esquema responde a un modelo clásico y hoy en día pueden elaborarse estadísticas más completas con datos más explicativos y con gráficos que permitan hacer estudios comparativos sobre evolución de la actividad judicial, fiscal, evolución de la delincuencia, etc. Todo este diseño podría ser encomendado a expertos en estadística, a los que se les prestaría la colaboración de la Fiscalía General del Estado.

II. Sistema para el futuro

Bajo las premisas de fiabilidad, rapidez, modernización y profesionalidad, estimamos que el diseño de una estadística judicial superadora de la actual situación pasa por los siguientes puntos:

- A) Establecimiento de una red informática en los Juzgados y Fiscalías.
- B) Acuerdo marco entre el Instituto Nacional de Estadística, Consejo General del Poder Judicial y Fiscalía General del Estado sobre esta materia.
- C) Confección de las tablas estadísticas por el Instituto Nacional de Estadística.

Desarrollamos tales puntos seguidamente.

A) RED INFORMÁTICA

Es necesario dotar a cada Juzgado y a cada Fiscalía de un sistema informático avanzado y moderno.

Aun cuando esto pueda suponer un enorme gasto económico, debe tenerse muy presente la siguiente idea: un sistema informático es hoy tan necesario en un Juzgado o Fiscalía como lo pueda ser el teléfono. Podrá retrasarse más o menos la inversión, pero necesariamente ésta habrá de hacerse. Es preferible que dicha inversión rinda totalmente sus frutos, y sólo se conseguirá esto si el sistema se instaura rápida, uniforme y decididamente. De lo contrario, el parcheo informático vendrá a resolver necesidades muy parciales de cada Juzgado pero no se apreciará su efecto multiplicador y su verdadera potencialidad. En todo caso, la demora en la moderna informatización de la Justicia sitúa a ésta en una clara desventaja frente a aquellos otros muchos sectores, privados y públicos, que han emprendido dicho camino hace ya tiempo.

El sistema debe alcanzar a todos los órganos y hallarse interconectado. Si se lleva a cabo la informatización de una manera global, se establecerán fórmulas de trabajo en las que el ahorro sea muy considerable. Con ello se superaría la actual situación, antes descrita, de acceso reduplicado, costoso, no uniforme y tardío de los datos de la Fiscalía al Juzgado o viceversa.

Los datos se registrarían en el sistema por quien los creara y en tiempo

real y desde ese momento todos los demás podrían consultarlos y tenerlos a su disposición. Esa entrada única de datos en el sistema se considera fundamental.

En cada punto de entrada o registro de datos debe existir una persona, con conocimientos específicos del sistema, encargada de supervisar la evolución y el cumplimiento de las normas y pautas de trabajo y de resolver las cuestiones que se vayan planteando.

El sistema informático implantado permitirá tener varios programas en común. El de registro y seguimiento de los procedimientos, que será el que incida de forma esencial en la confección de la estadística, a utilizar por el personal de los Juzgados y Tribunales, ha de contar con modelos de los diferentes pasos o resoluciones que son típicos del procedimiento y permitirá al tiempo de su utilización ir registrando la evolución del procedimiento en paralelo. Junto a este programa cabe añadir cualesquiera otros que se estimen de interés: bases de datos (legislación, jurisprudencia), correo electrónico, tratamientos de textos, agendas....

B) ACUERDO MARCO ENTRE EL INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE), EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL Y LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO SOBRE ESTA MATERIA

Si se establece esa red es preciso fijar las pautas que hayan de regir su alimentación y uso. Por ello, se estima necesario ampliar el actual Convenio suscrito entre el Consejo General del Poder Judicial y el Instituto Nacional de Estadística. Fundamentalmente para permitir de una forma estable y no esporádica la intervención de la Fiscalía General del Estado. También para crear en el marco de dicho Convenio alguna comisión u organismo que establezca y dirija toda la materia estadística.

Existe una Comisión de Informática Judicial en el seno del Consejo General del Poder Judicial. En fecha 14 de junio de 1996 se celebró una reunión a la que fue convocado el Ministerio Fiscal y en la que se llegó a un Acuerdo —absolutamente en línea coincidente con la de este informe— sobre la necesidad de una mayor integración o uniformidad de las redes. Pues bien, dicha Comisión podría ser la base de ese organismo que se sugiere integrado por miembros del Consejo General del Poder Judicial, del Instituto Nacional de Estadística y de la Fiscalía General del Estado.

Al producirse la entrada de datos por muchos puntos (cada uno de los órganos jurisdiccionales y de las Fiscalías), se hace imprescindible establecer criterios de uniformidad tanto en el sistema informático empleado, como en la elección, clasificación y registro de los datos que han de acceder al sistema. Parece imprescindible la existencia de normas o circulares

con los parámetros que uniformen las claves de los datos que accedan al sistema.

El organismo al que hacíamos referencia habrá de tener una serie de competencias esenciales:

- a) *Selección de los datos concretos que hayan de ser registrados.*

La intervención del Instituto Nacional de Estadística en esta materia puede ser fundamental si se piensa en la conveniencia de introducir datos que permitan un estudio sociológico de determinados fenómenos (v.gr.: delincuencia por poblaciones, por edades, por sexo; estudios de esta naturaleza en procedimientos matrimoniales; análisis de las actividades mercantiles en las que se producen los procedimientos de ejecución universal, etc.).

- b) *Establecer las normas de unificación necesarias.*

En el campo penal, una de las cuestiones que habrá de ser cuidadosamente tratada es la creación de parámetros seguros para precisar lo más posible en el registro la naturaleza del hecho que motiva la incoación de diligencias previas.

- c) *Establecer los programas informáticos y sus modificaciones.*

El sistema informático, a nuestro juicio, debe orientarse no tanto a la petición de datos con fines estadísticos sino a la facilitación de la tramitación de los asuntos. El funcionario, al tramitar la causa informáticamente, irá, casi inconscientemente, cubriendo las parcelas estadísticas previamente diseñadas por el citado organismo.

C) CONFECCIÓN DE LAS TABLAS ESTADÍSTICAS

Hasta la fecha se viene efectuando esta tarea, en lo que a las Fiscalías se refiere, por parte de personas (Fiscales y funcionarios de la Administración de Justicia) que carecen de los necesarios conocimientos estadísticos. Falta personal que diseñe unas estadísticas que, más allá de la simple constatación numérica de asuntos despachados o en tramitación, permita conocer la incidencia y evolución de la criminalidad desde diferentes puntos de vista, de manera que la asignación de los recursos se pueda repartir de forma más racional y se aborden con más eficacia los problemas que se planteen.

Se considera lógico que los datos registrados en el sistema sean extractados y procesados por el Instituto Nacional de Estadística, con conocimientos y competencia en esta materia. Todo ello sin perjuicio de que del conjunto de los datos obtenidos se efectúen en las Memorias del Consejo General del Poder Judicial y de la Fiscalía General del Estado los comentarios y precisiones que sí corresponden ya a la función jurisdiccional.

**REVISTA
DEL
MINISTERIO FISCAL**

**VIII. Delitos contra los derechos
de los trabajadores**

DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

MARÍA DOLORES COSPEDAL GARCÍA
*Secretaria General Técnica del Ministerio
de Trabajo y Asuntos Sociales*

SUMARIO: SEGURIDAD Y SALUD LABORAL.—DEFRAUDACIONES A
LA SEGURIDAD SOCIAL.—TRÁFICO ILEGAL DE MANO
DE OBRA.—DISCRIMINACIÓN EN EMPLEO.



El elenco de tipos delictivos que pueden afectar a los derechos de los trabajadores es relativamente amplio. No puede ignorarse que, con mayor o menor intensidad, muchos de los «derechos fundamentales y de las libertades públicas», de los «derechos y deberes de los ciudadanos» y, por supuesto, de los que figuran como «principios rectores de la política social y económica» en nuestra Constitución, aunque sean atribuibles a cualquier ciudadano y no específicamente a los trabajadores, tienen repercusiones en el ámbito de la relación de trabajo.

Es, por tanto, enorme el campo que puede abarcar el análisis de los delitos contra los derechos de los trabajadores, incluso si se limita al ámbito estricto de la relación laboral: defraudaciones a la Seguridad Social, tráfico ilegal de mano de obra, discriminaciones graves en el empleo, violaciones que impiden o limitan el ejercicio de la libertad sindical o del derecho de huelga, acciones y omisiones que ponen en peligro la vida o la integridad física por incumplimiento de normas sobre prevención de riesgos laborales u otras actuaciones delictivas conexas de distinta naturaleza.

SEGURIDAD Y SALUD LABORAL

Dentro de todo este amplio ámbito de delitos contra los derechos de los trabajadores, en la actualidad, la sociedad presta una particular atención a la seguridad y salud en el trabajo. La importancia de este tipo de delitos viene, además, confirmada por los datos estadísticos. Durante 1998, la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social detectó 27.035 infracciones en cuestiones relativas a la Seguridad y Salud laboral, que afectaron a algo más de 200.000 trabajadores. La mayoría de estas infracciones —15.024— se refieren a las condiciones generales de los lugares de trabajo.

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales tenía por objeto la determinación del cuerpo básico de garantías y responsabilidades precisas para establecer un adecuado nivel de protección de la salud de los trabajadores frente a los riesgos derivados de las condiciones de trabajo, estableciendo las obligaciones necesarias para garantizar el derecho de los trabajadores a la protección de su salud e integridad en el ámbito laboral, así como las actuaciones de las Administraciones Públicas con incidencia en la consecución de este objetivo. Más recientemente, la transposición de Directivas comunitarias ha requerido efectuar modificaciones en esta norma, lo que se ha hecho en la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, cuyo artículo 36 viene a cubrir los vacíos de tipificación infractora en prevención de riesgos laborales que existían en nuestro ordenamiento.

Sin embargo, a pesar del importante esfuerzo realizado en materia de prevención, las cifras sobre siniestralidad laboral evidencian una preocupante situación. De ahí que la nueva óptica de la prevención no se limite a un conjunto de deberes de obligado cumplimiento empresarial o a la subsanación de situaciones de riesgo ya manifestadas, sino que integre todo un conjunto de actividades de planificación de la prevención a partir de la evaluación inicial de los riesgos inherentes al trabajo y la consiguiente adopción de las medidas adecuadas.

El tratamiento normativo de todas estas actividades se abordó en el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.

Junto a la acción normativa, la preocupación por las cifras de siniestralidad y la demanda de nuevas medidas que refuercen y amplíen de manera eficiente lo realizado hasta ahora, han determinado la celebración de una Cumbre de Seguridad y Salud Laboral, que tuvo lugar el 4 de noviembre del pasado año, en la que han participado representantes de las Comunidades Autónomas y de las Organizaciones Empresariales y Sindicales, y en la que se ha aprobado un plan de choque contra la siniestralidad laboral, que se va a desarrollar de manera coordinada y cooperativa, y en el que se incluyen acciones legislativas, de formación, de promoción y apoyo de la actividad preventiva, de reforzamiento de las actuaciones en materia de vigilancia, de control y sancionadora, etc.

DEFRAUDACIONES A LA SEGURIDAD SOCIAL

El primer objetivo de la política de bienestar social es la plena consolidación del actual Sistema de Seguridad Social en los términos acordados en el Pacto de Toledo.

Para garantizar las prestaciones sociales es esencial que se mantenga el equilibrio necesario entre los recursos disponibles y el nivel de las prestaciones a cubrir. Por ello, y por la insolidaridad que supone la cobertura con fondos públicos de situaciones que no se corresponden con las necesidades previstas legalmente, debe concederse una especial importancia a la detección de irregularidades y a la corrección del fraude.

Se tipifican como delitos contra la Seguridad Social la defraudación a la misma con ánimo fraudulento por acción u omisión para eludir el pago de cuotas, obtener indebidamente la devolución de cuotas, y disfrutar indebidamente de deducciones. El delito recogido en el nuevo Código Penal abarca tanto la cuota empresarial como la del trabajador.

Entre las conductas fraudulentas más frecuentes cabe señalar: la omisión de solicitud de afiliación y alta, la no presentación de documentos de cotización o la presentación de los mismos con ocultación o alteración de datos. De acuerdo con los datos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social referidos a 1998, aproximadamente la mitad de las infracciones con propuesta de sanción, en materia de Seguridad Social, se han debido a la falta de afiliación y alta.

La aplicación de las medidas de lucha contra el fraude y la morosidad, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de julio de 1996, han tenido unos resultados ciertamente positivos. En aproximadamente dos años de aplicación, se estima en más de sesenta y seis mil millones de pesetas el ahorro conseguido como consecuencia de las actuaciones en materia de cotizaciones en el área de Seguridad Social.

TRÁFICO ILEGAL DE MANO DE OBRA

Se incluyen en este apartado las conductas que consistan en cesión ilegal de trabajadores, recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas.

Se considera, también, delito el empleo de súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan derechos reconocidos por disposiciones legales o convenios colectivos, así como las conductas que favorezcan la inmigración clandestina de trabajadores o la emigración a otro país simulando contrato o colocación.

DISCRIMINACIÓN EN EMPLEO

El principio de igualdad y no discriminación es reconocido por la Constitución Española como un derecho fundamental, que se propugna como va-

lor superior del ordenamiento jurídico en el artículo 1.1 y, de forma más específica, en el artículo 14.

El examen en perspectiva del impacto que ha tenido este precepto constitucional en las relaciones laborales permite hacer un balance positivo, si bien no totalmente satisfactorio, en cuanto que persisten discriminaciones en el empleo no abiertas y evidentes, pero sí «ocultas», en las que bajo la apariencia de otras razones para la diferencia de trato, se encubren motivos discriminatorios por alguna o algunas de las condiciones o circunstancias personales o sociales expresamente señaladas en el citado precepto constitucional.

Es bien conocida, a este respecto, la situación del trabajo de la mujer, en la que coexisten dos realidades separadas, la jurídica y la social, que transcurren en paralelo. Bajo la perspectiva jurídica teórica, la situación de la mujer en el trabajo está plenamente equiparada a la del hombre; sin embargo, desde la perspectiva social o real ciertos factores determinan que esta equiparación no exista.

El mandato constitucional de no prevalecer discriminación alguna no resulta efectivo, por tanto, sólo mediante medidas de tutela concreta de situaciones discriminatorias, sino que requiere de los poderes públicos y del legislador hacer realizable y efectiva la no discriminación, corrigiendo las situaciones de desventaja mediante medidas reequilibradoras que aseguren la efectividad del principio de igualdad en la ocupación y en el empleo.

Uno de los retos a los que se enfrenta la temática del trabajo de la mujer es el control y represión de las conductas discriminatorias, garantizando la tutela efectiva frente a aquellas conductas que más atentan no sólo al principio de igualdad sino también al de dignidad en el trabajo, como es el caso del acoso sexual.

La protección jurídica frente al acoso sexual se introdujo en nuestro ordenamiento laboral en virtud de la Ley 3/1989, de 3 de marzo, que reformó el artículo 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores, introduciendo un inciso final referente a la protección de los trabajadores frente a las «ofensas de naturaleza sexual». Esta Ley estableció la equiparación del derecho de los trabajadores a no soportar acoso sexual, a los derechos fundamentales relativos a la dignidad personal y a la intimidad.

En la actualidad, el acoso sexual está siendo objeto de definición en nuestro Derecho positivo a efectos de infracciones laborales y como nuevo tipo penal. A este respecto, la Ley 50/1998, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social ha introducido una modificación en el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, por la que se incluye expresamente el acoso sexual entre las infracciones de los empresarios.

Por otra parte, el Congreso de los Diputados ha aprobado recientemente un Proyecto de Ley Orgánica que modifica el Título VIII del Libro II del Código Penal, en el que, entre otros delitos, se revisan los de acoso sexual.

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA AUTORÍA EN RELACIÓN CON LOS RESULTADOS LESIVOS DERIVADOS DE LA ACTIVIDAD LABORAL

ALFONSO ARROYO DE LAS HERAS

Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Aragón

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—EL DEBER DE CUIDADO.—SUJETOS DESTINATARIOS DEL DEBER DE CUIDADO: I. *El problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como cuestión previa.* II. *Personas sujetas a las observancias de la norma de cuidado.* III. *El fenómeno de la delegación.*—BREVE REFERENCIA A LA CONCURRENCIA DE CULPAS (CULPA DE LA VÍCTIMA).—LA COMISIÓN POR OMISIÓN.

INTRODUCCIÓN

La importancia actual, en el orden penal, de la problemática relativa a los accidentes laborales, no es más que una consecuencia de lo que Ulrich Beck (1) ponía de manifiesto en el año 1986 cuando aludía a la denominada *sociedad de riesgos* y a los nuevos planteamientos que dicha sociedad de riesgos demanda del ordenamiento punitivo.

En efecto, frente a esta sociedad de riesgos nace lo que se viene denominando el *Derecho Penal de Riesgo*, un Derecho Penal que se aparta de la concepción tradicional del Derecho liberal y cuyo núcleo principal lo constituyen los denominados *delitos de peligro*, tanto los de peligro concreto, como abstracto.

El artículo 316 del Código Penal (2) describe y sanciona uno de estos delitos de peligro.

No faltan quienes, como Pérez Manzano (3), entienden que se trata de un delito de peligro abstracto. Sin embargo, la mayoría de quienes se han ocupado del estudio de este delito concluyen, a nuestro juicio acertadamente, que se trata de un delito de peligro concreto, en cuanto que el sujeto activo pone en peligro la vida, la integridad física o la salud de los trabajadores. Esta solu-

(1) «Risikogesellschaft...», Frankfurt, 1986

(2) Art. 316: «Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física [...]»

(3) Citado por HIGUERA GUIMERÁ, «La protección penal de los derechos de los trabajadores en el C.P.», en *AP*, núm. 6, 1998

ción viene avalada por el propio legislador de 1995 desde el momento mismo en que el término «grave» se incluye referido al «peligro» y no a la infracción de las normas reglamentarias, como sucedía en el anterior artículo 348 bis a) (4).

Por otra parte, cuando el riesgo concreto, que constituye la esencia misma del delito del artículo 316, se materializa en un resultado lesivo (vida, integridad física o salud de los trabajadores), nos encontramos, además, frente a un delito de resultado, en su caso, en régimen de concurso ideal con el delito de peligro, delito de resultado que podrá serle atribuido al sujeto activo bien a título de imprudencia, supuesto más frecuente, bien a título de dolo eventual o directo, excepcionalmente, revistiendo, en caso de dolo, la forma de comisión impropia o comisión por omisión, por ser el tipo del artículo 316 un delito de omisión.

Finalmente, dadas las peculiaridades de este tipo de delitos, especialmente en relación con la autoría, conviene tener bien presente la importancia que cobra la *fase de instrucción* (5).

En ella deberá procurarse, siempre que fuera factible, que se lleve a efecto la diligencia de *inspección ocular* en un tiempo lo más inmediato posible al momento del accidente laboral, pues a nadie se le oculta el lógico interés de las personas presuntamente responsables de procurarse la exculpación modificando, introduciendo o suprimiendo elementos o medidas que pudieran afectar a la seguridad en el trabajo, o que fueran determinantes en la producción del resultado lesivo.

En segundo término, deviene fundamental, en este tipo de procesos, el *informe* de la Inspección de Trabajo, que deberá completarse, siempre que fuera preciso, con cuantos informes periciales sean necesarios, dados los aspectos técnicos que escapan al conocimiento de Jueces y Fiscales y que, luego, resultan imprescindibles en el momento de la atribución de responsabilidades.

Finalmente, dados los *problemas de autoría* que plantean estos delitos, como en seguida veremos, el Fiscal deberá hacer uso, cuando lo estime per-

(4) De considerarse el delito del artículo 316 de peligro abstracto, la mera infracción de las normas de prevención de riesgos laborales, unida a la no facilitación de los medios precisos para evitar el peligro, colmarían siempre las exigencias del tipo del injusto, haciendo imposible la distinción entre la infracción laboral o administrativa y la infracción delictiva.

(5) El artículo 3.º de la Ley de 7 de abril de 1988, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Laboral, establece: «En el supuesto de que las infracciones pudieran ser constitutivas de delito, la administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento» (observancia del principio *non bis in idem*).

tinente, de los recursos y peticiones que considere oportunos al amparo de lo dispuesto por los artículos 384, en su caso (procesamiento), 789 y 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (6).

EL DEBER DE CUIDADO

La vida, la integridad física y la salud de los trabajadores se hallan protegidas, en nuestro ordenamiento jurídico, por una pluralidad de normas, a las que genéricamente denomina el legislador penal (art. 316) «normas de prevención de riesgos laborales».

Sin ánimo de agotar, como es lógico, las numerosísimas disposiciones vigentes en esta materia, podemos señalar, como más importantes (7), las siguientes:

— La Ley del Estatuto de los Trabajadores. Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo de 24 de marzo de 1995, que configura la seguridad del trabajador como un derecho.

— La Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 8 de noviembre de 1995.

— El Real Decreto Legislativo de 2 de junio de 1994, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

— La Ley sobre Ordenación de la Actividad Industrial de 16 de julio de 1992.

— La Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social de 7 de abril de 1988 (8).

— La Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, aprobada por Orden de 9 de marzo de 1971 (9).

(6) Llama la atención la desproporción existente entre el número de accidentes de trabajo y el de procedimientos penales incoados y sentenciados por tales hechos.

Según la Memoria del Consejo Económico y Social, en el año 1996 se produjeron en España un total de 655.575 accidentes de trabajo y 7.069 enfermedades profesionales.

(7) Téngase en cuenta que la propia Constitución Española consagra el deber de los poderes públicos de velar por la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2).

(8) Téngase, asimismo, en cuenta que los artículos 9 a 11; 36, apartado 2; 39 y 40 párrafo 2, de esta Ley han sido expresamente derogados por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 8 de noviembre de 1995.

(9) Los Títulos I y III de la Ordenanza (arts. 1 a 12 y 152 a 161) han sido específicamente derogados por la citada Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Por otra parte, hasta que no se dicten los Reglamentos a que se hace referencia en el artículo 6 de la citada Ley, será de aplicación el Título II de la Ordenanza.

Estas normas de prevención de riesgos laborales constituyen uno de los elementos del tipo del injusto del delito de peligro sancionado por el artículo 316 del Código Penal (tipo penal en blanco); ahora bien, en el caso de producción de un resultado lesivo, el *deber de cuidado*, como presupuesto de la infracción delictiva, no se halla limitado, como es lógico, por el contenido de las citadas normas.

Ésta es la razón por la cual la jurisprudencia del Tribunal Supremo se refiere, en numerosas Sentencias, «a disposiciones de cualquier rango, convenios colectivos, reglamentos de régimen interior e, incluso, a la *lex artis* o simples máximas de experiencia».

SUJETOS DESTINATARIOS DEL DEBER DE CUIDADO

1. El problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como cuestión previa

Los delitos relacionados con los derechos o la integridad de los trabajadores, tanto en su modalidad de infracciones delictivas de riesgo como de resultado, suelen cometerse, en su gran mayoría, en el seno de sociedades o empresas.

Ahora bien, dado que tales sociedades o empresas no pueden delinquir (*societas delinquere non potest*) como tales y ser castigadas, es decir, no son responsables penalmente (10), el legislador de 1995 reproduce, en el artículo

A este respecto es muy de tener en cuenta el Real Decreto de 24 de octubre de 1997, sobre Obras de la Construcción, que viene a ser una transposición de la Directiva 92/57 de la CEE.

Finalmente, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales no afecta a la vigencia de las disposiciones especiales sobre prevención de riesgos profesionales en las explotaciones mineras, contenidas en el Capítulo IV del Real Decreto de 21 de diciembre de 1983, por el que se aprueba el Estatuto del Minero, sus normas de desarrollo y Reales Decretos de 25 de agosto de 1978 (Reglamento de la Minería) y 2 de abril de 1985 (Reglamento de Normas Básicas de Seguridad Minera) y disposiciones complementarias.

(10) Falta en nuestro Derecho un precepto análogo al del artículo 121.2 del nuevo Código Penal francés, según el cual: «Las personas jurídicas, con exclusión del Estado, son *responsables penalmente*, conforme a lo dispuesto en los artículos 121.4 a 121.7, y en los casos previstos por la Ley y el Reglamento, de las infracciones cometidas por su cuenta, sus órganos o representantes.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas autores o cómplices de los mismos hechos.»

Este mismo criterio se ha seguido en la reforma del Código Penal finlandés de 1995 y se adopta a la actualidad en numerosos Proyectos de Códigos Penales europeos.

lo 318 (11), con ligeras variantes, el anterior artículo 499 bis, todo ello con la finalidad de resolver los problemas de autoría en este tipo de delitos de riesgo.

Esta disposición coincide prácticamente con la del artículo 31 del Código Penal, que responde al mismo problema, aunque con carácter general y, por tanto, aplicable a toda clase de delitos cuando concurren los requisitos necesarios para su aplicación (12).

Sin embargo, existen entre ambos preceptos dos diferencias esenciales:

a) El artículo 318 se refiere expresamente, además del administrador al *encargado*.

b) El artículo 318 contempla, en su último inciso, un supuesto de comisión por omisión (13).

Por otra parte, el artículo 318 (referido exclusivamente a los delitos comprendidos en el Título XV del Libro II del Código Penal, «Contra los derechos de los Trabajadores») tiene, con respecto al artículo 31, el carácter de «ley especial» y, por tanto, de aplicación preferente, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 8.1.^a

Finalmente, a efectos de lo que aquí nos interesa, por «administrador» o «encargado de servicio» ha de entenderse aquellos que lo son de hecho, es decir, como afirma Del Moral García (14), los que tengan el dominio del hecho o de la decisión, independientemente de su calificación jurídica o legal (15).

(11) Artículo 318: «Cuando los hechos previstos a los artículos anteriores se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello.»

(12) Artículo 31: «El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.»

(13) Conforme a lo dispuesto por el art. 19.5 del Estatuto de los Trabajadores: «Los órganos internos de la Empresa competentes en materia de seguridad y, en su defecto, los representantes legales de los trabajadores en el centro de trabajo que aprecian una probabilidad seria y grave de accidente por la inobservancia de la legislación aplicable en materia, requerirán al empresario por escrito para que adopte las medidas oportunas que hagan desaparecer el estado de riesgo.»

(14) «Breve reflexión sobre la responsabilidad penal de los administradores», en *Boletín de C. de A. de Madrid*, núm. 5, 1997

(15) La jurisprudencia del Tribunal Supremo incluye dentro del término «encargado» a la alta y media dirección, incluso a la del simple sector de ejecución (capataz) o, lo que es lo mismo, a cualquier persona con mando sobre otros y funciones de vigilancia y cuidado.

2. Personas sujetas a la observancia de la norma de cuidado

Comencemos por afirmar que, en principio, el sujeto destinatario del deber de cuidado es, sin duda alguna, el empresario.

Así, el artículo 42 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece que «El incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, *penales* y civiles» (16).

Por otra parte, el artículo 33 de la Ley sobre Ordenación de la Actividad Industrial atribuye el deber de cuidado, además de a los propietarios de la industria, a sus directores o gerentes, a los proyectistas, directores de obra y personas que participan en la instalación, reparación, mantenimiento, utilización o inspección de las industrias, equipos o aparatos, a los fabricantes, vendedores o importadores de estos últimos o de sus elementos y a los organismos de control establecidos en la propia Ley, a los que se encomienda la obligación de verificar el cumplimiento de las condiciones de seguridad exigibles (17).

Ahora bien, es preciso distinguir con toda claridad las infracciones de carácter administrativo, laboral o civil, de aquellas que dan lugar a responsabilidad criminal y, en este último supuesto, el distinto papel que desempeña la normativa sobre seguridad e higiene en el trabajo según se trate de los delitos de riesgo de los artículos 315 y 316 o de los delitos de resultado cuando el evento dañoso ya se ha producido.

Producido el resultado lesivo, que es lo que ahora nos interesa, el deber de cuidado puede atribuirse a una o varias personas jurídicas o físicas normativamente dentro de la actividad laboral, pero, en tal caso, la inobservancia de las normas específicas destinadas a evitar riesgos no pasa, a efectos penales, de tener un *carácter indiciario*.

Para que pueda hablarse de infracción de la norma de cuidado, como presupuesto de la responsabilidad penal por imprudencia, es necesario, además

(16) Conforme a dicho precepto, «La empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas [...]. En las relaciones de trabajo de las empresas de trabajo temporal, la empresa usuaria será responsable de la protección en materia de seguridad y salud en el trabajo».

El artículo 41.1 de la citada Ley se refiere también a los fabricantes, importadores y suministradores de equipos, productos y útiles de trabajo.

(17) El ya citado Real Decreto de 24 de octubre de 1997, en materia de obras de la construcción, establece las obligaciones en materia de seguridad del promotor (elaboración de un estudio de seguridad por el coordinador o en su defecto por la dirección facultativa, tanto en la fase de elaboración del proyecto como en la de ejecución) del proyectista, del contratista y del subcontratista.

de considerar, con valor indiciario como queda dicho, esas disposiciones sobre seguridad de los trabajadores (norma técnica), determinar si el sujeto ha vulnerado objetivamente la norma exigible que constituye la esencia del tipo del injusto (norma penal).

Finalmente, la responsabilidad penal del sujeto activo no es la puramente formal, atendiendo a su denominación o posición más o menos relevante en la empresa, sino la derivada de su real competencia dentro de la misma (18).

3. El fenómeno de la delegación

El artículo 42.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 8 de noviembre de 1995 establece que «La empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas [...] del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por esta Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centro de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal.

En las relaciones de trabajo de las empresas de trabajo temporal, la empresa usuaria será responsable de la protección en materia de seguridad y salud en el trabajo [...]» (19).

Así pues, de la normativa vigente parece deducirse una total equiparación entre el contratista y el subcontratista a efectos de responsabilidad en relación con la observancia de las normas de prevención de riesgos.

Ahora bien, en materia penal es necesario, como dice Almela Vich (20), individualizar las responsabilidades, huyendo de imputaciones tanto genéricas como «en cascada».

El fenómeno de la «delegación», en relación con la atribución de responsabilidad criminal, ampliamente estudiado por Arroyo Zapatero (21), precisa de los siguientes requisitos:

(18) La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1998 condena por el delito del artículo 316, ya que el Fiscal se aquietó con la absolución del delito de imprudencia grave, al gerente y al jefe de taller de la empresa, «pues a cada uno, en su círculo específico de responsabilidad, incumbía la organización y dirección del trabajo dentro de la empresa».

(19) Por su parte el Real Decreto de 24 de octubre de 1997 (obras de la construcción) dispone, asimismo, que el contratista, junto con el subcontratista, son considerados empresarios a efectos de lo previsto en la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

(20) «Los delitos contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores», en AP, núm. 28, 1998

(21) *Manual de Derecho Penal del Trabajo*, Barcelona, 1988.

a) Que exista una justificación para la delegación (falta de cualificación del delegante, dimensión de la empresa, etc.). De no exigirse este requisito podría delegarse con el exclusivo fin de eludir la responsabilidad.

b) Existencia de una declaración expresa de que el delegado actúa en nombre del delegante (condición de comerciante, arts. 1 y 5 del Código de Comercio).

c) El objeto de la delegación debe comprender los poderes de dirección a los que va unida la responsabilidad, que por sí sola no puede delegarse.

d) Transmisión efectiva de los poderes de dirección. Es decir, el delegado debe gozar de independencia en su gestión, especialmente mediante la disposición de los recursos necesarios que exige la seguridad en el trabajo y el poder de sancionar las infracciones a la normativa de seguridad por el personal a él subordinado.

e) El delegado debe contar con la cualificación necesaria para llevar a cabo su cometido.

f) La delegación debe realizarse de forma expresa, es decir, debe ser conocida por los intervinientes en el proceso de producción.

Cumplidos los anteriores requisitos, el delegante quedará exonerado del deber de cuidado. No obstante, y a pesar de ello, podrá incurrir en responsabilidad criminal cuando concorra alguno de los siguientes supuestos:

1. Cuando incurra en responsabilidad por actuación personal propia.
2. Cuando lo sea por actuaciones anteriores a la delegación.
3. A causa de la selección defectuosa del delegado.

BREVE REFERENCIA A LA CONCURRENCIA DE CULPAS (CULPA DE LA VÍCTIMA)

Parece ocioso afirmar que, pese al unánime rechazo de la compensación de culpas en materia penal, tanto la doctrina científica como la jurisprudencial vienen manteniendo la necesidad de valorar las conductas culposas concurrentes.

Sus efectos pueden ir desde la moderación del *quantum* de la indemnización hasta la total exoneración de responsabilidad criminal, pasando, supuesto más frecuente, por la degradación de la intensidad de la culpa.

La razón de esta incidencia y de sus efectos no está, como se ha mantenido en ocasiones, en el ámbito de la causalidad, sino en el propio juicio de culpabilidad, teniendo en cuenta los efectos que la culpa de la víctima produce en la observancia misma de la norma de cuidado, en la previsibilidad y en la evitabilidad del resultado.

De no mantenerse este criterio y sobre la base de la existencia de un «Derecho penal de riesgo», de la evidente creación de una situación de riesgo, de la permanencia de la relación de causalidad y de la aplicación del principio *cuius commoda, eius incommoda*, se llegaría a situaciones de aceptación del principio de responsabilidad objetiva, siempre rechazable en el orden penal.

En materia de accidentes de trabajo, González Soler (22) introduce una interesante matización al afirmar que cuando la norma de cuidado infringida por el empresario comprende la finalidad o el sentido de la que infringe el trabajador, aquél responde pese a la influencia de éste.

Sin embargo, sigue diciendo González Soler, quedará exento de responsabilidad en los supuestos de imprudencias extraprofesionales por parte de la víctima. Finalmente considera irrelevantes las imprudencias del trabajador como consecuencia de la habituación al riesgo (23).

LA COMISIÓN POR OMISIÓN

Nuestra doctrina, influenciada sin duda por la dominante en Alemania (24), venía admitiendo que, existente la posición de garante, el «no impedir» equivalía, en un sentido amplio, al «causar».

En otras palabras, el juicio de imputación podía darse en el supuesto de inexistencia de la relación de causalidad material, ya que, en los delitos de comisión por omisión, la posición de garante del sujeto era determinante para que, producido el daño que el sujeto estaba obligado a evitar, se *equiparase* la omisión a la causación del daño.

Como es sobradamente conocido, fruto de esta corriente doctrinal, el

(22) «Homicidio y lesiones imprudentes en accidentes de trabajo», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1993

(23) Propone GONZÁLEZ SOLER dos ejemplos: la muerte de un trabajador menor de edad durante una jornada nocturna o por causas no relacionadas con el cansancio físico que produce el trabajo en dichas horas y que es el fin de protección de la norma que prohíbe el trabajo nocturno a los menores de dieciocho años y la muerte de un albañil, que no utiliza el casco, por la explosión fortuita del compresor que sirve para la alimentación de martillos neumáticos.

(24) Como es sabido, la influencia de la doctrina alemana dominante sobre la posición de «garante» fue decisiva para la inclusión, en 1969, en el StGB, de un precepto en la Parte General, que entró en vigor en 1975, el 13, en el que se admite la comisión por omisión si el omitente tiene un específico deber jurídico de que no se produzca el resultado, siempre que la omisión equivalga o corresponda a la realización típica mediante acción.

Este precepto, sin embargo, no es muy afortunado, puesto que en su apartado segundo se faculta para atenuar la pena, con lo que implícitamente no deja de reconocerse que las formas de omisión comisiva no son totalmente equiparables a la comisión.

legislador de 1995 introduce un nuevo precepto en la Parte General del Código Penal, el artículo 11, regulador de la comisión por omisión (25).

Una primera lectura de este poco afortunado precepto nos podría llevar a la conclusión de que, producido el resultado lesivo dentro de la relación laboral, habiendo omitido conscientemente el sujeto activo las medidas que legalmente se le imponen para evitar el riesgo, dicho sujeto respondería siempre como autor del delito de homicidio o lesiones por comisión por omisión, al menos a título de dolo eventual (26).

La más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo parece inclinarse también por una concepción expansiva de la comisión por omisión. Así, la sentencia de 18 de marzo de 1997, en la que se afirma que «el dolo en los delitos de omisión o de comisión por omisión no requiere el consentimiento del hecho que se omite impedir», concluyendo más adelante que «el dolo de los delitos de omisión no requiere otro elemento que el conocimiento de la situación generadora del deber». Por su parte, la Sentencia de 17 de abril de 1997 declara «que el *dolo* en los delitos de omisión está constituido por el *conocimiento* de las circunstancias que condicionan el deber de actuar propio de la posición de garante, así como de su *capacidad* de realizar la acción requerida para impedir el resultado lesivo».

Se apreciará *culpa*, según esta misma sentencia, cuando el omitente por negligencia no tuvo conocimiento de la situación generadora del deber de actuar o de su capacidad para realizar la acción requerida.

Siguiendo, pues, esta línea jurisprudencial se llega a la conclusión, ya apuntada al principio, de que el empresario que no sólo tiene *conocimiento* de las circunstancias que condicionan su deber de actuar, sino que, dolosamente, infringe las normas que legalmente le atribuyen la posición de garante y, teniendo *capacidad* para ello facilitando los medios necesarios, no realiza la acción requerida para impedir el resultado lesivo, debería responder a título de dolo, por comisión por omisión, del resultado lesivo, aun cuando el mismo no hubiera sido previsto como posible ni se hubiera conformado o resignado con él (supuesto de dolo eventual).

(25) Artículo 11: «Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.»

(26) Cualquiera que sea la teoría que se mantenga respecto del dolo eventual: la de la probabilidad, la del sentimiento, la del consentimiento o la mixta (posibilidad del resultado y conformación o resignación con el mismo, aceptada últimamente por la jurisprudencia).

A mi entender, dicha solución resulta inaceptable, puesto que, como dice Gimbernat (27), lo determinante no es la existencia de la posición de garante, sino el hecho de que la omisión *equivalga* a la causación activa del resultado y sea directamente subsumible en el tipo del injusto.

En este mismo sentido afirma Luzón Peña (28) que para admitir la comisión por omisión, si no se quiere infringir el principio de legalidad, es preciso que la realización omisiva del hecho sea estructural y materialmente idéntica a su realización activa, y que, por ello, la omisión sea directamente subsumible en el correspondiente tipo del injusto, es decir, que la subsunción directa de la omisión en el tipo requiere que ésta *equivalga exactamente* a la producción activa del resultado, lo que no se da por el simple hecho de la posición de garante (29).

Resumiendo, para que pueda darse la comisión por omisión, tanto en materia de accidentes de trabajo como en otra cualquiera, se precisará, como ya se afirmaba en la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1986, de los siguientes requisitos:

1. El elemento objetivo u omisión.
2. El elemento normativo, que determina la posición de garante.
3. El elemento subjetivo o voluntad dolosa, bien de causar o cooperar causalmente al resultado (autoría) o de facilitarlo (complicidad).

(27) Introducción a la P.G. del Derecho Penal español, 1979.

(28) La participación por omisión, en la jurisprudencia reciente del T.S. P.J. 2.ª época, núm. 2.

(29) A esta equivalencia parece referirse el artículo 11 al exigir que la no evitación del resultado equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación.

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO, O DE PERMISIÓN DEL RIESGO LABORAL

JAIME GAGO SEVILLA

Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de Pontevedra

SUMARIO: ANTECEDENTES.—CUESTIONES TERMINOLÓGICAS Y DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 316.—CRITERIOS A SEGUIR PARA CALIFICAR LA IMPRUDENCIA DE GRAVE.—DIFERENCIAS ENTRE LA INFRACCIÓN PENAL Y LA ADMINISTRATIVA.

ANTECEDENTES

El antecedente de estos delitos es preciso buscarlo en la propia Constitución Española, que en su artículo 40.2 subraya con carácter programático «que los poderes públicos [...] velarán por la higiene y seguridad en el trabajo».

Bien es verdad que, a su manera, los expresados bienes jurídicos fueron objeto de protección en los artículos 427 y 348 bis *a*), ambos introducidos por la reforma urgente de 25 de junio de 1983, en el primer caso, modificando o reestructurando una norma que ya procedía del Código Penal de 1944.

Ambos preceptos protegían bienes jurídicos diferentes, ya que lo definido en el artículo 427 era una conducta de resultado, en tanto que el artículo 348 bis *a*) constituía y constituye una figura de delito de peligro concreto o, según un sector de la doctrina, abstracto.

El primer precepto, que experimentó un azaroso itinerario legal hasta 1983, siguió siendo considerado innecesario, mal redactado y técnicamente malo; sobre él se llegó a decir que constituía una extraña figura jurídica, un monstruo complejísimo (Quintano), y alguna razón debieron de tener, ya que no se aplicó nunca por los Tribunales. El Código Penal de 1995, acertadamente, lo eliminó de su articulado, conservando el artículo 348 bis *a*), que con alguna modificación ha pasado a ser el artículo 316.

Llama la atención el artículo 316, por ser un ejemplo más, de los muchos que existen en el Código Penal, de normas penales en blanco, cuyos límites, de una manera más o menos completa, se sitúan en una normativa extrapenal, en este caso laboral. El fenómeno parece constituir un claro ejemplo de lo que algún comentarista ha denominado «fuga hacia el Derecho Penal», lo que podría no estar bien avenido con el principio de «intervención mínima», característico del Derecho Penal.

En un similar sentido se manifiesta la exposición de motivos sobre el artículo 316, al subrayar que «la protección penal del trabajo venía planteando la necesidad de introducir un delito de peligro que [...] acentúe la obligación de prevenir el daño». Lo de acentuar parece que nos quiere apuntar la idea de un probable fracaso de la normativa de prevención de riesgos laborales y de una «situación de necesidad» que le empuja a acudir, en demanda de colaboración, al Derecho Penal.

En todo caso, es justo reconocer que la inclusión y redacción de los artículos 316 y 317, precepto este último que admite la modalidad culposa, han contribuido a mejorar el sistema de normas penales protectoras de la seguridad en el trabajo, como bien jurídico, con los reparos y valoraciones que, en su momento, se han de exponer.

CUESTIONES TERMINOLÓGICAS Y DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 316

Llama la atención, aunque no sea más que a efectos de terminología, que el Código Penal y la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, ambos textos de noviembre de 1995, rompan una uniformidad terminológica que hubiera sido deseable; así, para el primero se introduce la expresión «seguridad e higiene» en su articulado, que constituye una técnica típica de la tradicional legislación penal, incluso seguida por la Constitución Española; en cambio la Ley de Prevención de Riesgos Laborales subraya, como bien protegido, la «seguridad y la salud».

Como tema previo a otros que corresponde tratar en la Ponencia, se plantea uno de gran importancia, como es la aplicación práctica del precepto, y es que su aplicación, casi inédita desde 1983, hace temer que pueda repetirse con el 316, fenómeno que no es exclusivo del referido tipo penal, sino que afecta a otros delitos de peligros recogidos en el Código Penal (véanse si no los arts. 348 y 349).

La explicación de esta situación puede estar residenciada en la escasa inclinación demostrada por los Tribunales a condenar a alguien por situaciones de peligro, ya que parece haber llegado a constituir una especie de ley natural que la ausencia de un daño constatable influye psicológicamente a la hora de no apreciar la existencia de un delito de riesgo. Probablemente sea una consecuencia de la adopción de técnicas de peligro concreto, que obligan a aproximar tanto, en valoraciones de probabilidad, el peligro al daño sobre el bien jurídico, que terminan, en la práctica, identificándose el uno y el otro.

A ello, considero, colaboran poderosamente tres factores como son los siguientes:

a) El procedimiento se inicia de oficio, lo que, generalmente, sucede denunciando la existencia de un riesgo; pero es que los afectados por él, y me refiero a los trabajadores, estarán y están más interesados en subsanar la falta de medidas de seguridad, a través de contactos y Convenios con la Empresa, que en conseguir una sentencia condenatoria en vía penal contra su empleador.

b) La propia Administración, a sus diferentes niveles, se sitúa en la misma posición que el trabajador. En efecto, de apreciar en sus inspecciones un riesgo que pudiera ser constitutivo de delito, será más conveniente para ella forzar la aplicación de la Ley, eliminando o atenuando el grave riesgo creado por la carencia de medios de protección, que apreciar la posible existencia de un delito de riesgo laboral. La forma nebulosa en que los artículos 46, 47 y 48 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales han redactado alguna de las infracciones previstas en sus cuadros parece permitirlo, y, en todo caso, siempre será preferible arreglar las cosas «dentro de la casa que no acudiendo a los Tribunales», estrategia que puede dar lugar a conflictos no deseables para las Autoridades Laborales.

Lo que queda apuntado no es fruto sólo de la reflexión, sino también consecuencia de la investigación judicial a que están siendo sometidas dos factorías en la ría de Pontevedra, procedimiento que se inició por un presunto delito continuado contra el medio ambiente y que parece desembocar en otro contra la seguridad en el trabajo, a juzgar por las analíticas que presentaban los trabajadores de una de las factorías, en las que se superaban los límites de exposición al mercurio, y las carencias de protección en los lugares de trabajo. Situaciones no aportadas por la Inspección de Trabajo, pero sí advertidas por resultados de análisis incorporados a la causa.

c) Hipotéticamente, pudiera ser la Empresa la más interesada en denunciar hechos contra la seguridad de los trabajadores, promoviendo directa o indirectamente un procedimiento penal en el que unas penas, considerablemente más leves, desplazarían a otras sanciones mucho más graves, que pueden alcanzar los cien millones de pesetas y la posible suspensión o cierre de las actividades laborales.

No obstante, las consecuencias de la apertura de un procedimiento penal a efectos de imagen no animan al empresario a concentrar la posible responsabilidad penal en cualquier directivo o mando subalterno, aunque los beneficios penitenciarios hicieran la pena carcelaria más teórica que práctica.

De todo lo que aquí se ha hecho constar, se deduce que nos podemos encontrar con un precepto penal con más significado simbólico que práctico, dirigido a mostrar su preocupación por la seguridad de los trabajadores, desarrollando, de paso, la letra y el espíritu del artículo 40.2 de la Constitución Española, aunque carezca de efectiva aplicación.

Dejando al margen otros interesantes aspectos de esta figura delictiva, que forman parte de otra aportación de más amplio contenido, voy a centrarme en temas que, específicamente, quedan enmarcados en la perspectiva propia de esta mesa de ponencias.

Concurso de delitos. Constituye un tema de gran interés analizar las situaciones de concurso que, en la práctica, pueden generar los delitos de riesgo y, en especial, los que suponen un peligro para la vida, salud o integridad física de los trabajadores.

El tema del concurso se encontraba resuelto en el artículo 290 del Proyecto de Código Penal de 1994 y Anteproyecto de 1992, al añadir en su último párrafo «sin perjuicio de las penas correspondientes si el resultado sobreviniera».

La primera fase o escalón en materia de concursos es la que se produce cuando, a consecuencia del riesgo laboral, se genera la muerte o lesiones del trabajador expuesto, envuelto o afectado en la situación de riesgo. Para este supuesto, que pudiera ser catalogado de básico, que constituirá un concurso de normas, el riesgo propio del artículo 316 quedará subsumido, conforme al artículo 8.3, en los artículos 138 ó 147 y siguientes del Código Penal, es decir, en el homicidio o lesiones, si bien en estos casos, salvo cuando pudiere aparecer el dolo eventual, serían de aplicación los artículos 142 ó 152, en sus casos.

Avanzando más en el complicado tema del concurso de delitos, se puede presentar la situación en la que habiéndose materializado la situación de riesgo en algunos trabajadores, en forma de muerte o lesiones, existan otros sujetos pasivos, en los que no se haya concretado el riesgo en la referida forma, pero que han sido afectados o quedado expuestos a la situación de peligro grave, que generó para otros trabajadores un resultado lesivo. Para estos supuestos, no parece existir duda de que, técnicamente, la situación de concurso se produce, y que no será otra que la de concurso ideal de delitos, regulado en el artículo 77 del Código Penal.

Sin embargo, en este segundo caso la solución no aparece clara, habiéndose defendido por la doctrina y jurisprudencia las siguientes posiciones:

a) Plena compatibilidad de ambos delitos, ya que la responsabilidad, derivada de cada grupo de delitos, es técnicamente exigible, es decir, seguridad en el trabajo, homicidio o lesiones generalmente imprudentes, ya que cada persona o grupo de personas ha sido afectado de muy diferente manera. Ésta es la solución propiciada entre otros por Terradillos.

b) Absorción del delito de peligro por el resultado; solución que, como se vio, es impecable para el supuesto en que el peligro siempre se haya materializado en el resultado dañoso, pero que no parece la acertada, en los su-

puestos en los que los que quienes hayan sufrido el daño, sean tan sólo una parte de los expuestos a la situación de peligro, ya que ello daría lugar a olvidar o cancelar el estado de los trabajadores no dañados, pero afectados por el riesgo. Sin embargo parece ser la solución más aceptada por los Tribunales, entre otras en las Sentencias de 31 de enero de 1990, 17 de noviembre de 1992, 115 y 18 de junio de 1992 y 18 de enero de 1995.

La segunda de ellas sanciona a un subcontratista, por lesiones imprudentes de uno de los trabajadores, sin pronunciamiento alguno sobre la situación de peligro en la que tenían que moverse los compañeros del lesionado, a la misma altura del tendido eléctrico, y utilizando soldadura con grave peligro por la proximidad de una línea de alta tensión.

c) Apreciación del concurso ideal de delitos, en base al artículo 77 del Código Penal, por la que se inclina la inmensa mayor parte de la doctrina, como Muñoz Conde, Cusac, Tamarit, Soto, etc., que construyen el concurso con la existencia de un delito de peligro y otro de resultado.

Situación muy diferente puede presentarse en los resultados constitutivos de falta del artículo 621, números 1, 2, y 3, situación que no parece haber sido examinada con profundidad.

Dado que el artículo 316 se refiere a un comportamiento doloso, originador de una situación de grave riesgo, si el mismo se materializa en una muerte o lesiones constitutivas de la falta del artículo 621, siendo la pena del delito de peligro superior a la del delito de lesión, en opinión de R. Mourullo, la solución que se impone será la del concurso de delitos.

Si, por el contrario, la situación de peligro del artículo 316 no llega a los niveles de gravedad que exige el precepto, ante situaciones de esta naturaleza, será preciso acudir a la calificación que merezca el resultado, sin perjuicio del procedimiento sancionador a que dé lugar la situación de peligro creada.

Si los hechos así considerados no desbordan los niveles de una falta, deberán seguirse los sistemas de procedibilidad establecidos en el número 6.º del artículo 621.

Si la situación prevista en el artículo 317, es decir, en una actuación por descuido o por falta de diligencia no querida, se produce un resultado no deseado, pero previsible, es opinión preferentemente de la Jurisprudencia que el resultado consumirá al delito de peligro, salvo en los supuestos en que el resultado, por su menor entidad, no permita la anterior solución, que dará entonces a la absorción del delito de resultado por el de peligro, según el artículo 8.3. del Código Penal, o permitirá la plena compatibilidad de ambos, según Terradillos.

Complicando un punto más la ya compleja situación de concursos a los que puede dar lugar el artículo 316, puede presentarse el caso, en el que

entren en tal situación no un delito de peligro y otro de resultado fáctico, sino dos de peligro o riesgo, como puede suceder en los casos en que uno de ellos genere el factor riesgo debido al incumplimiento de normas de prevención y seguridad en el trabajo (artículo 316), y el otro derive su factor de peligro de una continuada situación de contaminación, por incumplimiento de normas medio-ambientales (art. 325).

El tema que así se presenta no parece haber sido objeto de consideración por la doctrina, ni por la jurisprudencia. Todo cuanto a continuación se desarrolla al respecto constituye un grave problema medio ambiental, con repercusiones en ámbitos laborales, según parecen apuntar las últimas pericias valoradas.

Básicamente, el tema es el siguiente, que no deja de ser sugestivo: se está investigando la actividad industrial de dos factorías que, según lo que hasta ahora consta, generan o han generado contaminación a través de vertidos hídricos o emisiones gaseosas o sólidas. Hasta el momento, la pericia a la que antes se aludió subraya, alarmada, que un colectivo de trabajadores de una de las factorías está expuesto permanentemente al mercurio, metal altamente volátil, en las superficies de trabajo en las que desarrollan su función.

Dicho esto, la pregunta surge de inmediato: ¿podrán generar un concurso de delito tales actividades, entre los artículos 316 y 325 del Código Penal?, o, por el contrario, la actividad contemplada en el artículo 316 ¿constituirá, por así decirlo, la confirmación de un delito contra el medio ambiente, continuado, por supuesto, e incluso progresivo?

Servirá para aclarar la situación el hecho de que, independientemente de la genérica e indiscriminada contaminación de la ría y espacios atmosféricos con mercurio, sus diferentes compuestos orgánicos e inorgánicos, organoclorados, compuestos sulfurosos, etc., existen, además, unas específicas superficies de trabajo, en factoría, en la que los trabajadores, merced a una probable exposición al mercurio, padecen irregularidades manifestadas en la elevada presencia de mercurio en orina y constatadas hematurias.

Así las cosas, presentadas muy básicamente, pudiéramos encontrarnos con una contaminación que afecte a la fauna, cadena de alimentación con su punto de arranque en moluscos, pero con el añadido de mayores dosis de complejidad, con el grave riesgo en el que se ven inmersos los trabajadores de una de las factorías que contribuyen a generar la contaminación, por incumplimiento de normas de prevención y seguridad en el trabajo (véanse los núms. 9 y 16 del art. 47 y el núm. 6 del art. 48 de la Ley de 8 de noviembre de 1995), a cargo de la Dirección de la Empresa, y aún más, con posibles alteraciones en la salud de los trabajadores.

Mi opinión personal, hasta el momento, es la siguiente:

Se trata de dos figuras delictivas distintas, dotadas de diferente estructura y ámbito; protegen bienes jurídicos diferentes, como son la vida y la salud de los trabajadores (sólo a ellos), puestas en peligro por la actividad o pasividad de la dirección empresarial, eso por un lado, y por el otro, la puesta en peligro de los elementos ambientales y salud de las personas, ajenas a las relaciones laborales; asimismo, los sujetos activo y pasivo son diferentes, ya se vio que en cuanto al primero sólo lo pueden ser las personas a las que se refiere el artículo 31 y el delito lo es contra el medio ambiente, en cambio en el delito socio-laboral lo serían las personas designadas en el artículo 318, de ámbito más amplio. Mayor separación entre uno y otro delito se produciría si en este último delito se llegara a causar un resultado dañoso para los trabajadores, no para terceros, lo que complicaría aún más la situación.

Así pues, si las figuras son diferentes, por lo ya consignado, no se infringiría, desde mi punto de vista, el principio *non bis in idem*, castigando ambas conductas por separado, si bien deberán serlo a través del artículo 77, norma reguladora del concurso ideal de delitos.

Soy consciente de que, al pretender establecer un concurso de delitos con dos normas penales reguladoras de dos situaciones generadoras de peligro posiblemente, puede llegar a pensarse que se corre el riesgo de castigar dos veces la misma conducta, con vulneración del principio *non bis in idem*; pero aun consciente de ello, no es menos cierta la fuerza argumental, que incluso procede de normas de la Constitución Española.

En efecto, parece claro que en el delito contra el medio ambiente el sujeto pasivo es la colectividad, de conformidad con lo reconocido en el artículo 45 de la Constitución Española, en el que se dice que «todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado [...]». En cambio, en el artículo 316, que, no se olvide, es un delito socio-laboral, los sujetos pasivos no son la colectividad, es decir todos, sino los trabajadores, sólo ellos, directa o indirectamente sometidos a situaciones de grave riesgo generadas por el empleador o la empresa, sin que puedan ser consideradas como tales, tal y como citaba Conde Pumpido, terceras personas ajenas a la relación laboral.

Si esto es así, pienso que resulta claro que la punición de una «parte alícuota de contaminación», que afecta gravemente a un grupo de trabajadores, no puede ser absorbida por una genérica y variada gama contaminante que afecta a la fauna y a las personas en general. Por lo tanto, es un argumento más para defender la tesis del concurso.

Ya acudiendo al sistema de reenvío de normas que se establecen en diversos preceptos, tenemos que en la figura básica de delitos contra el medio ambiente del artículo 325, si además de ponerse en peligro los elementos que lo configuran, se produce un peligro a otros bienes jurídicos, se aplicarán las reglas de concurso (Conde Pumpido, *ut supra*, pág. 3.228).

Otro argumento que procede de normas de reenvío entiendo es el siguiente: El artículo 350 del Código Penal (que también está estructurado como otro delito de peligro) castiga la situación que contempla incluyendo como cláusula de reenvío «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 316», que estamos estudiando.

Por lo tanto, en el artículo 350 (delito de riesgo colectivo) puede ser cualquiera la persona sobre la que se proyecte el riesgo al que se refiere el precepto, pero si además se produce la situación prevista en el artículo 316, «peligro grave para los trabajadores, por vulneración de normas de prevención y seguridad», existirán dos conductas en concurso, así lo advierte el artículo 350: «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 316». No obstante, las dos son figuras de riesgo.

La conclusión a la que llego, sometida, lógicamente, al contraste, de otras mejor argumentadas, es la siguiente: Si el artículo 350, que castiga las conductas que especifica y que ponen en concreto peligro «la vida, integridad de las personas o el medio ambiente», no impide la aplicación del artículo 316, que contempla el riesgo a que están sometidos los trabajadores que desarrollan las funciones del artículo 350, considero que, del mismo modo, una actividad industrial que ha generado por diferentes procedimientos (líquidos, sólidos, atmosféricos) una variada actividad contaminadora, no puede ser impedimento para que una cuota (en cantidad y composición) de la expresada contaminación pueda ser valorada separadamente, al afectar a unos trabajadores individualizados y concretos, que por infracción de normas laborales están siendo sometidos a grave peligro en su vida o salud, peligro que probablemente se ha materializado en daño físico.

Hasta aquí la exposición de un personal punto de vista, ante lo que es una delicada y compleja situación.

Espigando en los textos a mi alcance, Villacampa, en sus *Comentarios a la Parte Especial* (pág. 939), dice, tras de referirse a la puesta en peligro, a la que se refiere el artículo 316, que «cuando además se haga peligrar la vida o la salud de otras personas, o se produzca un riesgo para el medio ambiente, el peligro inherente a la conducta no queda totalmente absorbido por la inclusión en el citado precepto (art. 316), con lo que habrá de acudir al concurso ideal de delitos».

Asimismo, Rodríguez-Arias puede proporcionar un soporte técnico de gran valor. En su monografía *Derecho Penal y Protección del Medio-ambiente*, en materia de concursos, dice lo siguiente:

«Dentro del delito contra el medio-ambiente, se plantea la posibilidad de que se haya producido un daño o lesión (como pueden serlo los padecidos por los propios trabajadores de la factoría), pero subsista el riesgo para otros aspectos del bien jurídico, de modo que coexistan lesión o daño (o grave

peligro por infracción de normas laborales, podría añadir yo), y persista el peligro concreto. Si esto es así, sigue Arias, nos encontraremos ante un concurso ideal de delitos, debiendo castigarse el resultado dañoso por el precepto del Código Penal en el que esté previsto, y la situación de peligro por contaminación, por el (hoy) artículo 325.

No es necesario añadir, finalmente, que tan sugerente tema constituye una interesante fuente de estudio y reflexión. En el supuesto concreto que ha dado lugar a estas ideas, la finalización de los estudios e informes de toxicología, ya muy avanzados, permitirán confirmar los argumentos expuestos, o bien introducir alguna matización en ellos.

CRITERIOS A SEGUIR PARA CALIFICAR LA IMPRUDENCIA DE GRAVE

Como es de sobra conocido, la imprudencia como fórmula general de culpabilidad, desapareció en el Código Penal actual, siendo necesario que esté específicamente tipificada para que cada diferente conducta sea punible.

Surge así la tipología imprudente en el delito de permisión del riesgo laboral, que no es exclusivamente doloso, según dispone el artículo 317 del Código Penal

Ahora bien, el prelegislador no ha sido nada favorable a introducir la tipología imprudente en el ámbito de estos delitos, y seguramente no lo ha hecho, ante el temor de criminalizar un elevado número de conductas que podrían producirse dentro del ámbito laboral, susceptibles de ser sancionadas en el marco de un procedimiento no judicial.

Así, nos encontramos con que en el Anteproyecto de Código Penal de 1992 no existía referencia alguna parificable a lo que hoy es el artículo 317. En efecto, el artículo 291 del Anteproyecto era similar al actual 316, con dos diferencias, la no mención de la vida como bien jurídico sometido a riesgo, y la penalidad, en la que el mínimo era superior al actual, un año. Sin embargo, y era lo más importante, sí figuraba un párrafo final en el que expresamente se regulaba el concurso de delitos, «sin perjuicio de las penas que correspondieren si el resultado sobreviniera».

Así pues, sí se recogía la solución, que aunque es hoy mayoritaria, no es unánime, según vimos más arriba.

No hubiese estado mal que la expresada mención se hubiese conservado.

Posteriormente, el Proyecto de Código Penal de 1994, en su artículo 290, reprodujo textualmente el del Anteproyecto de 1992, incluida la fórmula de concurso, pero siguió con el firme criterio de excluir la imprudencia del ámbito laboral.

Entiendo que tal exclusión no es fruto de olvido alguno, al ser punible en el anterior, mediante la fórmula general del artículo 565; es probable, como quedó dicho, que se llegara al convencimiento de que un menor desvalor que representaba la conducta imprudente pudiera ser afrontado con eficacia desde posiciones laboristas.

Así, siguió siendo entendido por quienes presentaron el Proyecto de Ley de lo que hoy es el Código Penal de 1995 en el Congreso. No obstante, merced a una enmienda presentada por un Grupo Parlamentario, hizo posible la introducción del tipo imprudente, basándose en dos tipos de razones: una, que habiendo estado tipificados estos hechos en el Código Penal anterior, parecía suponer un retroceso en la persecución de estos hechos, y segunda, que siendo España uno de los países que registraba unos índices de mayor siniestralidad laboral, la específica introducción de la modalidad imprudente posibilitaría el control sobre estadísticas tan negras.

La enmienda, que suscitó la lógica controversia, quedó a mitad de camino, al admitirse la tipología imprudente, pero con restricciones, ya que únicamente sería punible la grave, en evitación del sensible incremento de temas penales que hubiesen suscitado una plena aceptación de la imprudencia.

Pero, como suele ocurrir, las fórmulas intermedias no suelen ser, precisamente, las más adecuadas, ya que crean una dificultad nueva, como es la de determinar los límites de la imprudencia grave.

En opinión de R. Mourullo, serán subsumibles en el artículo 317 tanto aquellos comportamientos dolosos vulneradores de la normativa laboral, aunque imprudentes en la creación de la situación de grave peligro, como aquellos otros en los que la actividad imprudente haya también dado lugar a la infracción de la norma laboral.

Salvado el problema al entender la doctrina que imprudencia grave equivale a la temeraria, o módulo más grave, del antiguo artículo 565, queda sin embargo resolverlo desde un punto de vista práctico. Ya no nos sirve de ayuda, al menos, el viejo criterio de la gravedad de la norma infringida; habrá de acudir al conocido punto de vista de que la omisión de la diligencia exigible a la persona más descuidada haya sido la causa de la no facilitación de medios que la ley exige, originando la situación de riesgo o de peligro grave a que se refiere la básica figura del artículo 316.

No ignoro que lo que parece más sencillo desde un punto de vista teórico puede tener graves dificultades de cara a su aplicación práctica.

En todo caso, pienso que nos podemos encontrar ante situaciones como la siguiente. Si en un centro de trabajo se produce una situación de peligro grave, por no facilitación de medios, vulnerando la ley, me temo que si la situación ha sido producto de un actuar imprudente, existirá una tendencia muy acusada a considerarla como grave, si se produjo algún resultado contra los bienes jurídi-

cos protegidos; por el contrario, será leve, y podrá dar lugar a una sanción laboral, si el peligro no se tradujo en ningún tipo de resultado material.

Es decir, los contornos de lo que puede ser imprudencia grave (delito), o leve (infracción laboral), son algo que va a depender, no del peligro que se haya creado, sino del daño producido en la salud del trabajador.

DIFERENCIAS ENTRE LA INFRACCIÓN PENAL Y LA ADMINISTRATIVA

La expresada situación suele hacerse presente en todos aquellos casos en los que una norma penal, en la que se incluye una cláusula de reenvío, necesita ser completada en mayor o menor medida por otra de naturaleza extra-penal.

Dentro de la materia de que se trata, no es situación fácil de resolver, puesto que, sustancialmente, el delito de permisión de riesgo laboral no es algo muy diferente a la infracción laboral que recogen los artículos 146, 147 y 148 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que no son un modelo de claridad, aunque sí puede decirse que los tipos doloso y culposo constituyen una valoración significadamente negativa de una infracción laboral.

Tan difíciles de delimitar son ambos ilícitos, que no falta doctrina, especialmente laboralista (Díaz Moliner), que entiende sería conveniente situar en sede administrativa la función de sancionar cualquier tipo de infracción de normas laborales, solución que parece contar con el apoyo del artículo 47.16 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que tipifica como infracción laboral aquella «que suponga incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, siempre que dicho incumplimiento cree un riesgo grave, para la integridad física, o la salud de los trabajadores afectados», redacción que casi enteramente reproduce la del artículo 316 del Código Penal.

Ante tal situación, a la hora de establecer diferencias entre uno y otro ilícito, será preciso, para que pueda tener una significación penal, lo siguiente:

a) Que no se faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desarrollen su actividad en una situación de seguridad, debiéndose ver interpretados los medios, no en un sentido exclusivamente material o físico, sino en otro más amplio como el de no procurar las condiciones adecuadas, que pueden ser formativas, organizativas o informativas.

b) Es precisa la concurrencia del elemento subjetivo —dolo o imprudencia grave— en el ilícito penal. Por lo tanto, aquellas situaciones de peligro grave en que la conducta activa u omisiva sea producto de un actuar imprudente no grave, deberán ser valoradas como ilícito administrativo.

Finalmente, en aquellos supuestos en que no resulte claro delimitar si la imprudencia es grave o leve, o si el peligro originado es o no grave para la vida, salud, etc., habrá de estarse a lo establecido en el número 4.º del artículo 42 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en el artículo 3 de la Ley de 1988 sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social, es decir, la Administración pasará el tanto de culpa al Órgano Judicial competente o al Ministerio Fiscal, y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador.

El mismo precepto de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales no permite la duplicidad de sanciones en los casos en los que se aprecie la identidad de hechos, sujeto y fundamento.

DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

LUIS NAVAJAS RAMOS

Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de San Sebastián

Dentro de la amplia problemática que envuelve a estas figuras delictivas a las que el Código Penal vigente dedica íntegramente el Título XV de su Libro II, artículos 311 al 318, será objeto de esta breve exposición la realización de un somero análisis de aquellas cuestiones vinculadas al régimen de perseguibilidad de los accidentes de trabajo en función de que la conceptualización de que la eventual imprudencia que los hubiera provocado hubiera sido conceptualizada de *grave* o *leve*, así como al análisis de algunas cuestiones vinculadas a la responsabilidad civil derivada de estas infracciones.

Sabido es cómo el artículo 40.2 de nuestra Constitución impone a los poderes públicos, como uno de los principios rectores de la política social y económica, la obligación de velar *por la seguridad e higiene en el trabajo*, lo que implica la adopción de una serie de medidas de índole nacional, armonizadas dentro de la política común de la Unión Europea, en materia de seguridad y salud laboral.

En el ámbito de campo estrictamente penal dicha política se articula en la adopción de una serie de tipos penales, dirigidos a la protección de la seguridad de la vida, integridad física y salud de los trabajadores, interés de carácter supraindividual, distinto de la integridad física e individual de cada trabajador y que tiene su reflejo en nuestro actual Código Penal, no sólo por la vía de las figuras de los delitos contra los derechos de los trabajadores, sino también a través de los tipos penales de homicidio y lesiones por imprudencia grave, artículos 142 y 152 del Código Penal, y las faltas contra las personas del artículo 621.1.2 y 3 del mismo, vinculadas entre sí a través del régimen del concurso ideal de delitos del artículo 77.

Lo habitual será que tras la producción de un accidente de trabajo, con resultados lesivos para la vida, integridad física o salud del trabajador afectado, lata la existencia de un concurso ideal de delitos entre la figura de los

artículos 316 ó 317 y 142, 152 ó 621 del Código Penal. La generalidad con que está construido el tipo penal del artículo 316 y la minuciosidad de nuestras normas de prevención del riesgo laboral hacen casi impensable que pueda producirse por imprudencia un resultado dañoso para la vida, salud o integridad física del trabajador, sin que resulte implicado aquel artículo. Únicamente podría ello producirse en los supuestos de actividades laborales que, por extraordinariamente novedosas, hubieran quedado insuficientemente reguladas o excluidas de las normas sobre prevención de riesgos laborales a las que se refiere el artículo 316.

Por tanto, y en principio, el *régimen de perseguibilidad* de estas infracciones y de intervención del Ministerio Fiscal con dicha finalidad, no ofrecerá problema alguno cuando el concurso se plantee entre los artículos 316 con el 152 o 142, al tratarse de infracciones perseguibles de oficio.

Cuestión distinta surgirá cuando la imprudencia hubiere de ser calificada dentro de los límites del artículo 621.1.2 ó 3, bien porque, siendo *grave*, el resultado lesivo pudiera encuadrarse dentro del artículo 147.2, bien porque siendo *leve* hubiera producido un resultado constitutivo de delitos de homicidio o lesión de cualquier tipo, supuestos éstos en los que entrará en funcionamiento el presupuesto de perseguibilidad a que se refiere el artículo 621.6 del Código Penal.

Llegados a este punto cabe preguntarse y reflexionar sobre cuál haya de ser la actitud del Ministerio Fiscal en los casos en los que la infracción criminal merezca una conceptualización de mera falta de imprudencia y se carezca del detonante que constituye la previa denuncia de la infracción por parte del agraviado o su representante legal.

Profundizar en esta reflexión fue el contenido del encargo directamente recibido del Fiscal General y el objeto de esta modestísima comunicación.

La cuestión está directamente vinculada al contenido de las Instrucciones de la Fiscalía General 6/92, de 22 de septiembre, que recomendaba la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de las faltas de imprudencia que el entonces vigente Código Penal contemplaba en el artículo 586 bis, rechazando la instauración de un régimen de privatización absoluta de la persecución de las faltas de imprudencia e imponiendo la intervención del Ministerio Fiscal en las imprudencias laborales, cuando los resultados hubieran sido de muerte o lesión grave, y a pesar de que mediara la cobertura de los correspondientes seguros, y 7/91, de 11 de noviembre, que marcaba los criterios de actuación del Ministerio Fiscal frente a las infracciones en el orden social.

Especialmente insatisfactorio ha sido, a mi juicio, el cumplimiento del contenido de la última Instrucción citada, y ello, no por la dejadez u olvido de las Fiscalías, sino más bien porque, acaso, contenía previsiones de muy

difícil cumplimiento, al exigir un nivel de contacto y comunicación entre el Ministerio Fiscal y las Autoridades laborales inexistente hasta ese momento y que la propia Instrucción no contribuyó a instaurar o potenciar.

Efectivamente, la referida Instrucción, en aras a mejorar el conocimiento del Ministerio Fiscal del siempre intrincado mundo de la delincuencia social, en concreto, de la generadora de los accidentes laborales, y potenciar su escasa intervención para la persecución de la misma, diseñó un sistema mediante el que las Autoridades laborales venían obligadas, de acuerdo con Instrucciones internas del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (con núm. 104/1991, y de 8 de noviembre de 1991) y del artículo 3.1 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social, a remitir al Ministerio Fiscal el expediente que correspondiera a los supuestos en los que las infracciones constatadas pudieran ser constitutivas de delito, absteniéndose de continuar con el procedimiento sancionador hasta tanto no hubiera resolución judicial o el Ministerio Fiscal determinara el archivo en las diligencias de investigación correspondientes, previsión que ha sido actualizada por el artículo 42.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y que desde su implantación ha sido sistemáticamente incumplida, al menos en el Territorio Histórico de Guipúzcoa, pues jamás hubo lugar a la incoación de diligencias de investigación por esta causa y, por sólo referirse a datos estadísticos, en los 6 primeros meses de 1998 se produjeron en Guipúzcoa un total de 14.854 accidentes de trabajo, 6.664 de los cuales supusieron baja laboral, 90 de los cuales fueron considerados graves y 14 supusieron el fallecimiento del trabajador, mientras que a lo largo de 1998 se formularon por la Inspección de Trabajo en dicho territorio un total de 222 actas de infracción, con un importe total de 73.044.247 pesetas, afectantes a un total de 595 trabajadores, sin que, en ningún caso, se diera traslado al Ministerio Fiscal de expediente alguno a través del que se pudiera depurar la responsabilidad penal a que hubiera lugar en cada caso.

Estos datos, que imagino coincidentes con los de otras muchas Fiscalías y que únicamente pretenden constatar una realidad, han determinado la escasísima transcendencia que en el volumen de los delitos perseguidos por la Fiscalía han tenido las infracciones en el orden laboral y vinculadas a los tipos penales antes descritos, en contraste con la extraordinaria transcendencia de la siniestrabilidad laboral en nuestro país, cuyas cifras más negras apuntan a más de 1.800 trabajadores fallecidos a lo largo de 1998.

Desde luego parece evidente que el panorama que un notable miembro de la Carrera Fiscal (Miguel Miravet Hombrados) dibujaba allá por el año 1984, cuando afirmaba que «[...] un porcentaje elevado de los accidentes laborales pasan a engrosar las cifras negras de las estadísticas y no llegan a los Juzgados, que aquéllas, que escasamente entran, son defectuosamente

instruidas y suelen concluir en archivo, no recurrido, que el exiguo número que pasa a juicio termina con sentencia absolutoria o con condena por falta, y ciertamente no resulta exagerado afirmar que son raras las sentencias condenatorias por delito en esta materia [...]», ha cambiado escasamente si se observa en los datos facilitados por la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1997, en la que en, si bien es cierto que en el capítulo de diligencias Previas iniciadas por el apartado relativo a los *delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo*, de carácter doloso (art. 316 NCP) figuran 1.182 procedimientos; de éstos, el 66 por 100 los fueron en tan sólo tres provincias (Cuenca, León y Málaga), mientras que si se observa esta misma modalidad delictiva en su carácter culposo (art. 317 NCP) el número de procedimientos crece hasta los 2.110, si bien de éstos el 83 por 100 los fueron en tan sólo tres provincias (Badajoz, La Coruña y Tarragona).

Quizá por ello fuera el momento, bien de reactivar las previsiones de la Instrucción 7/1991, bien de proceder al diseño, de acuerdo con los responsables administrativos de esta materia, de un nuevo marco de colaboración que potencie el conocimiento por el Ministerio Fiscal de todas estas cuestiones y favorezca su intervención en la persecución de estos delitos, si es que se estima que el régimen actual no es el adecuado.

Dicho todo lo anterior y partiendo de la base de que el Ministerio Fiscal únicamente, y salvo excepciones, va a tener conocimiento de la siniestrabilidad laboral generada por eventuales imprudencias, bien a través de los correspondientes atestados, bien a través de los medios de comunicación social, cuando el siniestro alcance, por sus resultados, una notable repercusión, cabe preguntarse cuál ha de ser la actitud de la Fiscalía en los supuestos que conocidos los extremos del accidente, revistiendo el mismo, indiciariamente el carácter de infracción penal, no se dé lugar, por la razón que sea, a la apertura inmediata de procedimiento penal en el Órgano Judicial que resultara competente.

Una solución, quizás la única y más aconsejable, podría ser la inmediata incoación de diligencias de investigación penal, a fin de concretar todos los extremos del siniestro, depurando la eventual existencia de responsabilidad penal, para lo que habrá de contarse, inexcusablemente, con el dictamen pericial y técnico de la Inspección de Trabajo, así como recibiendo declaración testifical al trabajador afectado, o, en su caso, a su representante legal si no pudiera comparecer o a los perjudicados si se tratara de un supuesto de accidente laboral con resultado de muerte, así como a cuantos testigos pudieran aportar elementos que conduzcan a esclarecer las circunstancias del evento.

En el curso de la investigación y si la infracción a perseguir revistiera el carácter de mera falta, se indicará al perjudicado o a su representante legal la posibilidad o necesidad de formular la correspondiente denuncia, con indica-

ción de que la misma constituye el resorte imprescindible para poner en marcha en su caso el correspondiente procedimiento penal, pero sin forzar en absoluto la decisión del afectado, que, por las más variadas razones, pudiera haberse decidido por la abstención de denunciar, teniendo en cuenta la indemnización que hubiera recibido o pudiera recibir en el futuro. Especial hincapié habría de hacerse en aquellos casos en los se tratara de imprudencias con resultado de muerte y existieran menores afectados y perjudicados por dicho fallecimiento. En este marco parece de gran utilidad el contenido del artículo 639, inciso 1.º, del Código Penal (*«En las faltas perseguibles a instancias de la persona agraviada también podrá denunciar el Ministerio Fiscal si aquélla fuere menor de edad, incapaz o una persona desvalida»*), a cuya aplicación podrá recurrir el Ministerio Fiscal para la adecuada protección de los intereses de los menores perjudicados por el delito.

Caso de no contarse con el resorte imprescindible de la previa denuncia del afectado o su representante legal y si por el Fiscal se estima necesario dar curso a la iniciación de un procedimiento penal por la gravedad de la conducta detectada, puede optarse por obviar la figura de la imprudencia leve, que no podría perseguirse por falta del requisito de procedibilidad del artículo 621.6 y concentrarse exclusivamente en la figura del delito contra los derechos de los trabajadores (arts. 316-317), que no precisaría de requisito de perseguibilidad alguno. En otro caso podrá acordarse el archivo de las diligencias, comunicando esta decisión a las Autoridades laborales a los efectos que resultaran procedentes y por si hubiera lugar a la imposición de una sanción administrativa de cualquier tipo.

Si, agotada la investigación, se concretara la existencia de infracción penal constitutiva de delito y que no precisara requisito de perseguibilidad alguno, el Ministerio Fiscal debería considerar la necesidad de trasladar el resultado de su investigación a la Autoridad Judicial, sin perder de vista varios condicionantes que a mi juicio resulta imprescindible valorar antes de judicializar el resultado de la investigación:

— El principio de intervención mínima del Derecho Penal, de forma que se reservaría la intervención del mismo para aquellas infracciones que hubieran supuesto, no sólo la producción de gravísimas consecuencias para el trabajador, sino también los más groseros e intolerables atentados contra las normas de seguridad e higiene en el trabajo.

Téngase para ello en cuenta que la vía penal no es la única, ni la más severa, con la que se cuenta para sancionar y prevenir las infracciones de las normas en materia de seguridad e higiene en el trabajo que hubieran generado resultados dañosos para la vida, salud o integridad física del trabajador, y que en concreto la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales,

contiene un verdadero catálogo de infracciones *leves, graves y muy graves* (arts. 45-48), conectadas a un cuerpo de sanciones con la misma graduación (arts. 49-50), que pueden llegar a suponer la imposición de multas de hasta 100.000.000 de pesetas, acompañadas, en casos excepcionales, del cierre temporal o definitivo del centro de trabajo (art. 53). Algunas de estas sanciones (recargos en las prestaciones de la Seguridad Social por accidentes de trabajo o enfermedades laborales) parecen incluso compatibles con las penas, sin que ello suponga vulneración del principio del *non bis in idem* por tener un fundamento distinto, como claramente ha reconocido el Tribunal Constitucional en Providencias 2263/90, 2025/91 y en Autos 596/89 y 355/91.

— La eventual incidencia en la producción de los hechos de la conducta negligente de la víctima, en definitiva, el examen de los actos del trabajador perjudicado como cocausante de su propio daño corporal, no sólo con eficacia en el aspecto puramente civil y en la forma que prevé el artículo 114 del Código Penal, sino también en la forma que el Tribunal Supremo tiene descrita, entre otras, en Sentencia de 18 de febrero de 1986, esto es, realizando un proceso comparativo abstracto para determinar qué conducta fue la causa eficiente del evento dañoso y cuál la simplemente colaboradora, siendo posibles dos consecuencias: la posibilidad de degradación de la culpa del agente o, incluso, la estimación de su inexistencia cuando, en definitiva, la culpa muy grave de la víctima absorbe o embebe la del sujeto activo, si bien y en la práctica esta última posibilidad casi quepa descartarla por el proceso de objetivación de la responsabilidades de los dueños, técnicos o responsables de las obras o empresas en las que el accidente se ha producido, que queda muy gráficamente expuesto en el contenido de la STS de 21 de febrero de 1979 cuando afirma que *el trabajador debe ser protegido hasta de su propia imprudencia profesional*.

En el mismo sentido se pronuncia la STS de 16 de junio de 1992, en la que, tras admitir la posibilidad de degradar la imprudencia desde la temeridad a la falta al concurrir la culpa de la víctima reduciendo el *quantum* indemnizatorio, recuerda la imposibilidad de la compensación de culpas en materia penal, pero mantiene la vigencia de la incidencia de varios comportamientos a un mismo resultado y recuerda que debe realizarse una adecuada ponderación de las intensidades de las culpas coadyuvantes, de tal modo que se permita reducir el *quantum* indemnizatorio y la intensidad de la culpa, así como las SSTS de 30 de mayo de 1988, 25 de octubre de 1988, 18 de diciembre de 1989, 8 de marzo de 1990, 8 de febrero de 1991 y 22 de febrero de 1992, en las que la imprudencia de la víctima se valora a los efectos de degradar la culpa del agente, moderar la indemnización o incluso llegar a exonerar la responsabilidad del sujeto pasivo.

A este respecto no cabe olvidar que si el artículo 14.1 de la Ley 31/1995, ya mencionada, señala que *los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo* y que el citado derecho supone el *correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales*, el artículo 29.1 de la misma indica cómo *corresponde al trabajador velar, según sus posibilidades, y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos u omisiones en el trabajo*.

En este terreno y a mi juicio resultan muy acertados los criterios facilitados por un ilustre tratadista y estudioso de esta materia (Luis Arroyo Zapater. *Derecho Penal del Trabajo*) cuando afirma la singular frecuencia con que la víctima interviene causalmente en la producción de su propio accidente y la relevancia de la intervención de aquella en un proceso de riesgo originado o elevado en forma contraria al deber de cuidado del empresario, supuestos en los que habría que distinguir tres hipótesis básicas con consecuencias jurídicas muy distintas:

a) La acción arriesgada e imprudente del trabajador es consecuencia directa de la orden del patrón.

En este supuesto resulta evidente que la intervención del trabajador es del todo punto irrelevante para alterar la imputación del hecho (SSTS de 27 de mayo de 1969, 28 de febrero de 1970, 29 de diciembre de 1974, 9 de mayo de 1977 y 23 de junio de 1978).

b) La acción arriesgada del trabajador es consecuencia de su habituación al riesgo, y es favorecida por la abstención del patrón en orden a la modificación de esta conducta del trabajador y su adecuación a las normas de seguridad, abstención-omisión que crea o potencia el riesgo normal de la actividad laboral.

En este supuesto, la intervención del trabajador, si bien no obstaculiza la imputación del hecho, sí que será relevante para graduar la culpabilidad, y, en consecuencia, la responsabilidad criminal y la civil (SSTS de 21 de abril de 1973, 8 de mayo de 1973 y 4 de febrero de 1974).

c) La acción arriesgada del trabajador es consecuencia, en última instancia, de su propia voluntad, de forma que, contrariando la órdenes expresas de seguridad dadas por el empresario o sustrayéndose al poder fáctico de vigilancia, lleva a cabo la actividad laboral en condiciones inadecuadas, con vulneración del *principio de confianza* en el comportamiento cuidadoso de los terceros que intervienen en el proceso de trabajo.

En este supuesto resulta evidente que la actividad del trabajador sería de tal transcendencia que llegaría a producir la ruptura del nexo causal y la

imposibilidad de realizar imputación alguna al empresario (SSTS de 1 de junio de 1970 y 13 de noviembre de 1977).

Descartando por inusual este último supuesto, así como el primero, que no ofrecería problemática alguna, habrá que concentrarse en la siniestralidad laboral producida en el entorno del segundo de los supuestos analizados, sin duda el más frecuente y que posibilitaría, según qué casos, una valoración de la eventual colaboración del trabajador a la generación o potenciación de las causas generadoras del siniestro, con las consecuencias antes indicadas.

En orden al régimen de la responsabilidad civil derivada de estas infracciones no presenta en principio especiales peculiaridades y habrá de acomodarse a las reglas generales de los artículos 116-122 del Código Penal, así como a las establecidas en el artículo 42 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, en cuyo apartado 1 se establece que *el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a las responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a las responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento*. Sin embargo, derivándose la responsabilidad civil, en principio, de la penal, sí conviene realizar algunas precisiones vinculadas a los criterios jurisprudenciales, que con carácter general están impartidos en esta materia.

La evolución jurisprudencial parece irse inclinando por hacer descansar el peso de la responsabilidad de todo orden, no sólo sobre lo que algún autor denomina *responsables en obra o a pie de obra*, sino también sobre los *profesionales de despacho*, llegando incluso a producir una inversión en la carga de la prueba de modo y manera que habrán de ser los responsables (empresario, arquitecto, aparejador, ingeniero técnico, técnico, encargado etc.) de la obra o empresa en la que se produjo el accidente, los que habrán de acreditar la existencia de las medidas de seguridad adecuadas al tiempo de la producción del evento (STS de 15 de mayo de 1989).

Cuando el Tribunal Supremo imputa culpa por falta de previsibilidad a responsables y titulados superiores, alude expresamente, no sólo a su formación técnica, sino también a la cultural y a determinados factores socio-económicos, lo cual cobra especial relevancia en los supuestos de concurrencia de culpas, de forma que si podría deducirse que cualquier obrero pueda ser descuidado por su condición y falta de formación, debe predicarse lo contrario de los técnicos, a los que debe exigírseles, inexcusablemente, ser previosores hasta la exquizez.

Al empresario compete, por su posición de dirección, la observancia y cumplimiento de las normas de seguridad, comprobando la plena eficacia de

dichas reglas, lo que equivale a adoptar las medidas tendentes a cumplir y hacer cumplir al personal a sus órdenes las prevenciones establecidas en las normas de seguridad, instruyéndoles de los riesgos inherentes a su trabajo (STS de 28 de febrero de 1992), instrucciones que en modo alguno pueden ser de carácter general, sino que debe estarse a las necesidades de cada caso o situación (STS de 28 de septiembre de 1987), y sin que un aviso general y a viva voz de un riesgo detectado pueda considerarse como medida suficiente en estos casos (STS de 17 de febrero de 1990).

El Tribunal Supremo, en materia de codelincuencia culposa, lo que se producirá en muchas ocasiones, atiende a la intensidad de las distintas negligencias concurrentes y productoras del resultado contra la vida, salud o integridad física del trabajador, en definitiva, a la diversa situación y posición de garantes del riesgo en el trabajo, de modo que la respuesta penal no tiene por qué ser idéntica, de aquí que, de acuerdo con el contenido del artículo 116.1 del Código Penal (art. 106 del derogado), la STS de 24 de noviembre de 1991 señala que sin perjuicio de la solidaridad entre los condenados, pueden establecerse las cuotas de cada uno, atendiendo a criterios como la incidencia causal de cada hecho delictivo en el resultado a indemnizar, mayor o menor antijuricidad de cada uno de ellos y mayor o menor reprochabilidad de los comportamientos punibles, señalando la de 4 de septiembre de 1991 que cuando hay lesiones o muerte por comisión de varias acciones culposas, la distribución de las cuotas se apoya en la mayor o menor atribuibilidad del resultado en cuanto responsable de un delito o falta.

En los supuestos de contratas y subcontratas, el artículo 42.2 de la Ley 31/1995 establece que *la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas [...] durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por esta Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal*, artículo éste que resulta complementario del 24 del mismo Texto legal, cuando se establece que *cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales [...] El empresario titular del centro de trabajo adoptará las medidas necesarias para que aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo reciban la información y las instrucciones adecuadas en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes [...]*.

En el ámbito de la cuantificación de las indemnizaciones y de acuerdo con el contenido de la Instrucción 7/1991, de la Fiscalía General del Estado, habrá de estarse, a efectos orientativos, al baremo establecido en la Orden del

Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de marzo de 1991, con la peculiaridad, a la que se refiere dicha Instrucción, de que la falta de voluntariedad en la asunción del riesgo, en materia laboral, deberá tenerse en cuenta para procurar criterios más rigurosos en la valoración de la imprudencia causante del daño.

Ningún problema especial ofrece la responsabilidad de las aseguradoras, como responsables civiles directas, a las que se refiere el artículo 117 del Código Penal, y dentro de los márgenes y límites del contrato de seguro.

**REVISTA
DEL
MINISTERIO FISCAL**

**IX. El ADN en la investigación penal
y civil: sus problemas**

EL ADN EN LA INVESTIGACIÓN PENAL Y CIVIL

ANTONIO ALONSO ALONSO

*Facultativo de la Sección de Biología
del Instituto de Toxicología, Madrid*

*Presidente del Grupo Español y Portugués de la Sociedad Internacional
de Hemogenética Forense (GEP-ISFH)*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—ÁMBITOS DE APLICACIÓN Y TRASCENDENCIA DE LA TECNOLOGÍA DEL ADN EN LA IDENTIFICACIÓN HUMANA.—LAS REGIONES HIPERVARIABLES DE ADN NO CODIFICANTE Y LA INFORMACIÓN GENÉTICA QUE APORTAN.—LOS CRITERIOS DE FIABILIDAD Y ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA DEL ADN: HACIA UN SISTEMA NACIONAL DE ACREDITACIÓN EN GENÉTICA FORENSE.—EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA TOMA DE MUESTRAS PARA EL ANÁLISIS DE ADN.—LAS BASES DE DATOS DE ADN CON FINES DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL.

INTRODUCCIÓN

Hace ya casi una década que la tecnología del ADN fue utilizada por primera vez en nuestro país como método de identificación genética en el campo forense. Durante todo este tiempo hemos podido comprobar cómo dicha tecnología se ha convertido en una herramienta imprescindible tanto en el análisis genético de vestigios biológicos de interés forense como en la investigación biológica de la paternidad y en la actualidad se utiliza de forma rutinaria en la mayoría de los laboratorios de genética forense.

La posibilidad de extraer el material genético (ADN) de, teóricamente, cualquier evidencia biológica (restos de semen, manchas de sangre, pelos, restos óseos ...) y de realizar un análisis molecular de determinadas regiones altamente polimórficas de este ADN nos permite obtener en una gran proporción de casos una información muy precisa acerca de la identidad genética del individuo del que proviene el vestigio biológico en estudio.

En un gran número de casos «la prueba del ADN» se ha convertido en una pericia fundamental (y a veces la única) para demostrar la culpabilidad o la inocencia de los imputados. En nuestra opinión una prueba pericial de tal trascendencia hace necesario el desarrollo de un marco legal adecuado que regule algunos aspectos fundamentales sobre el uso de los análisis de ADN en el campo de la identificación humana tanto en el ámbito penal como en el civil con el doble propósito de aprovechar al máximo los avances científico-técnicos que se han producido en esta área del conocimiento científico así como al mismo tiempo garantizar la protección de determinados derechos fundamentales de la persona.

El propósito de esta ponencia es incidir sobre aquellos aspectos que según el criterio de la comunidad científica de genetistas forenses deberían recogerse en esa necesaria regulación legal de esta materia.

ÁMBITOS DE APLICACIÓN Y TRASCENDENCIA DE LA TECNOLOGÍA DEL ADN EN LA IDENTIFICACIÓN HUMANA

Un primer aspecto que es necesario considerar es la trascendencia de los análisis del ADN como herramienta para la identificación genética humana. Es verdad que la tecnología del ADN se ha utilizado y se utiliza sobre todo como una herramienta poderosa en la investigación de un gran número de delitos y de forma relevante para, por ejemplo, la identificación de violadores. Pero los avances científicos y tecnológicos que se han producido en estos diez últimos años nos permiten abordar un gran número de nuevas situaciones que hasta hace poco eran impensables y que ahora son usuales e incluso rutinarias. Por ejemplo, en la actualidad la posibilidad de obtener el material genético de restos óseos antiguos nos ha permitido abordar la investigación biológica de la paternidad incluso cuando el padre ha fallecido así como la identificación genética de restos cadavéricos, lo que en algunos casos, como por ejemplo el de la identificación genética del cadáver del último Zar de Rusia, tiene una proyección histórica y en otros casos como la identificación genética de desaparecidos en Argentina ha cumplido una función humanitaria. No olvidemos tampoco la gran trascendencia social e incluso política que han tenido recientemente determinadas pruebas de identificación tales como la identificación genética de los cadáveres de Lasa y Zabala llevada a cabo en nuestro país por el Instituto de Toxicología o la identificación genética de los restos de semen hallados en el vestido de una becaria de la Casa Blanca llevada a cabo por los laboratorios del FBI y que se convirtió en una prueba fundamental para iniciar un proceso de destitución del presidente de los Estados Unidos.

Sirvan, pues, todos estos ejemplos para ilustrar tanto las distintas áreas de aplicación como la gran proyección social que tiene esta especialidad de la genética humana que hemos dado en llamar genética forense y que nos permite abordar cada vez de manera más precisa tanto la procedencia individual de cualquier vestigio biológico como las relaciones de parentesco genético entre los individuos de la población, siendo en este segundo ámbito de aplicación donde se enclavan de manera más específica las pruebas de paternidad.

LAS REGIONES HIPERVARIABLES DE ADN NO CODIFICANTE Y LA INFORMACIÓN GENÉTICA QUE APORTAN

Dos han sido los descubrimientos científicos claves para que todo esto haya sido posible.



En primer lugar el descubrimiento de que determinadas regiones de nuestro material genético (de nuestro ADN) presentan una enorme variabilidad entre los individuos de la población y por tanto de su estudio obtenemos una información con un enorme poder de discriminación. Debido a su gran variabilidad estas regiones se han denominado hipervariables.

En segundo lugar hemos de referirnos al descubrimiento de métodos que nos permiten analizar de manera precisa dicha variabilidad genética incluso a partir de pequeños vestigios biológicos como pueden ser un cabello, una minúscula mancha de sangre o los restos de saliva que dejamos en el borde de un vaso cuando bebemos, por poner algunos ejemplos ilustrativos. Me estoy refiriendo a los métodos basados en la reacción en cadena de la polimerasa (PCR: «Polymerase Chain Reaction»).

Es importante resaltar aquí que estas regiones hipervariables que estudiamos en los laboratorios de genética forense son regiones de ADN no codificante, es decir, no son realmente genes y por tanto de su estudio no obtendremos información alguna acerca de características físicas o fenotípicas del individuo (tales como la predisposición individual a padecer enfermedades de base genética, etc.). La única información que nos proporciona el estudio de estas regiones es un código anónimo diferenciador que denominamos perfil genético y que en último término es una colección de fragmentos de ADN ordenados de acuerdo a su tamaño que son característicos de cada individuo. Podemos decir, por tanto, que el perfil genético que se obtiene del estudio de estas regiones hipervariables de ADN no codificante es como el código de barras que se utiliza para clasificar los productos en un supermercado, que nada nos dice de las características del producto pero nos sirve para identificarlo.

En una primera aproximación parece, pues, lógico pensar que los problemas legales y/o éticos derivados del tratamiento informatizado de perfiles de ADN no codificante no deben diferir significativamente de los que se plantean en el tratamiento informatizado de la reseña dactilar en el sentido de que ambas metodologías permiten identificar a individuos sin aportar ninguna información adicional.

Sin embargo esto no es completamente cierto. En primer lugar es necesario considerar una diferencia fundamental, y es que mientras que de una huella dactilar no se pueden obtener más datos que los puramente identificativos, de la muestra biológica obtenida para un análisis de ADN con fines identificativos también se podrían estudiar otras regiones codificantes, es decir, se podría estudiar un número cada vez más amplio de los aproximadamente 100.000 genes que conforman el genoma humano, lo que podría revelar una información genética de gran trascendencia para el individuo. Es este aspecto, es decir, la posibilidad de acceder a todo el genoma de un individuo

a partir, por ejemplo, de una simple toma de saliva, uno de los elementos fundamentales que diferencian la huella dactilar de la huella genética pero no el único. Recordemos que los patrones genéticos obtenidos mediante el estudio de regiones hipervariables nos revelan a veces información, por ejemplo, acerca del origen étnico del individuo. Y recordemos también que la molécula de ADN no sólo contiene información genética de una persona sino también de sus descendientes y ascendientes.

Valgan, pues, todas estas consideraciones para dejar constancia de la necesidad de establecer las suficientes garantías de protección a la información aportada por los perfiles de ADN, protección que para algunos autores debería ser la misma que se suele otorgar a los datos sobre la salud.

LOS CRITERIOS DE FIABILIDAD Y ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA DEL ADN: HACIA UN SISTEMA NACIONAL DE ACREDITACIÓN EN GENÉTICA FORENSE

Un segundo aspecto que me gustaría tratar en esta intervención es el relacionado con los criterios de fiabilidad y admisibilidad o aceptabilidad de la prueba del ADN.

En la actualidad, la tecnología del ADN se ha convertido en una herramienta indispensable, que se solicita de forma rutinaria y que es admitida por la mayoría de los tribunales de justicia, tanto en la investigación genética de vestigios biológicos de interés criminal en el ámbito penal, como en la investigación biológica de la paternidad en el ámbito civil.

Sin embargo, al principio de la aplicación de estas técnicas de identificación genética se planteó, sobre todo en los Estados Unidos, un serio debate entre la comunidad científica y la jurídica sobre la fiabilidad y repetitividad del método. Casos como el de New York *vs* Castro (que fue el primer caso en el que se examinaron con detenimiento las pruebas de ADN, las cuales no fueron admitidas al considerar el tribunal que el perfil de ADN obtenido de la evidencia no era lo suficientemente claro como para permitir una comparación exenta de ambigüedades) pusieron de manifiesto la necesidad de estandarizar los métodos de análisis, de llevar a cabo los pertinentes estudios de validación y que llevaron al establecimiento de una serie de criterios rigurosos sobre aspectos científicos, metodológicos y de evaluación estadística de la prueba del ADN y finalmente desembocaron también en el desarrollo de un estricto sistema de control de calidad para garantizar la fiabilidad de la prueba.

La forma de evaluar si realmente los laboratorios cumplen las medidas de calidad exigidas es a través de programas de acreditación en los que se

realiza una evaluación periódica de los distintos aspectos que pueden influir en la prueba del ADN (gestión, cualificación y entrenamiento del personal, organización de laboratorio, control de muestras, validación, procedimientos analíticos, calibración y mantenimiento, informes, revisiones, pruebas de suficiencia, acciones correctoras, auditorías, seguridad ...), aspectos que los distintos laboratorios deben tener perfectamente documentados por escrito.

El establecimiento de programas nacionales de acreditación es una necesidad reconocida no solamente por todas las sociedades científicas del área, sino también y de forma muy relevante por el Consejo de Europa, que en su Recomendación del año 1992 relativa al uso de la tecnología del ADN en el marco de la jurisdicción penal reconoce de forma expresa que los análisis de ADN son un procedimiento científico sofisticado que sólo debe llevarse a cabo por laboratorios que posean la experiencia y los medios apropiados, e insta a los Estados miembros de la Unión Europea a establecer una lista de laboratorios acreditados.

Sin embargo, de nada sirve que los laboratorios realicen análisis de ADN de alta fiabilidad si no somos capaces de garantizar la autenticidad y la adecuada conservación y custodia de las muestras biológicas sobre las que realizamos los análisis de ADN desde su obtención en el lugar de los hechos hasta su análisis.

Recuérdese, como ejemplo, que en el famoso caso contra O. J. Simpson la defensa intentó invalidar o al menos restar credibilidad a las contundentes pruebas de ADN planteando problemas con respecto a aspectos de la custodia de las muestras.

En este sentido la comunidad de genetistas forenses abogamos por el desarrollo en nuestro país de un sistema unificado de recogida y remisión de muestras con fines de identificación genética que permita garantizar tanto la identidad de las muestras como su integridad y su máxima preservación, para lo cual será necesario el desarrollo de un sistema de recipientes con precintos únicos, de sistemas de identificación informatizables, del desarrollo de kits para la toma de muestras, y del desarrollo de programas de entrenamiento del personal autorizado para la recogida de indicios biológicos con fines de identificación genética.

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA TOMA DE MUESTRAS PARA EL ANÁLISIS DE ADN

Además de estos aspectos científico-técnicos la Recomendación R-92 del Consejo de Europa establece a modo de guía otros aspectos fundamentales

que deberían tener en cuenta las legislaciones que sobre el uso de los análisis de ADN en el proceso penal se desarrollasen en cada país. Uno de esos aspectos fundamentales es la necesidad de desarrollar una normativa que establezca claramente los usos y las limitaciones de los análisis de ADN y de la toma de muestras.

La R-92 fue valorada muy positivamente por nuestros parlamentarios al presentarse en el Congreso de los Diputados en el año 1995 una proposición de ley por el Grupo Parlamentario Popular que tenía por objeto su desarrollo legislativo tanto en el ámbito penal como en el civil. Dicha proposición de ley, sin embargo, fue rechazada por la mayoría parlamentaria ya, que se entendía que la proposición presentada necesitaba una mayor elaboración y que un desarrollo legislativo de la R-92 en nuestro país supondría una reforma legislativa más amplia, y en especial de la LECrim. Este mismo año se retomaba el desarrollo legislativo de la R-92 tras la presentación por el Grupo Parlamentario Popular de una proposición no de ley en el Congreso.

Y a la espera de este desarrollo legislativo se ha producido durante estos años en nuestro país un determinado vacío legal en este campo, lo que ha provocado que los laboratorios de genética forense nos enfrentemos a algunas situaciones conflictivas. Algunas de estas situaciones surgen de la contradicción existente entre la no obligatoriedad a someterse a los análisis de ADN y la facilidad con que en la actualidad puede obtenerse el perfil genético de un individuo sin su participación directa, bien deduciéndolo del análisis de parientes cercanos (hijos, padres...) o bien a través del análisis de muestras biológicas (restos de saliva en boquillas de cigarrillos...) que pueden obtenerse sin el consentimiento informado. Imaginemos, por ejemplo, un caso de agresión sexual y asesinato de la víctima en el que existe un número determinado de sospechosos pero faltan indicios para declararles imputados. Imaginemos que durante un interrogatorio policial se obtienen muestras biológicas de los sospechosos sin su conocimiento (p. ej.: restos de saliva en boquillas de cigarrillos) y se utilizan estas muestras para un análisis genético comparativo con los restos de semen obtenidos de la víctima. De esta manera la prueba del ADN se convertiría (en el caso de que existiera coincidencia entre el perfil genético de alguno de los sospechosos y el perfil genético de los restos de semen) en el primer indicio de culpabilidad. Pero hasta qué punto con estos análisis, que tienen un indudable interés práctico para la investigación policial, no estamos incurriendo en la vulneración de una serie de derechos fundamentales como son el derecho a la intimidad o el derecho a no declarar contra uno mismo.

Y hasta qué punto, si no hay una regulación clara de estos extremos, no existe el riesgo de que en el futuro próximo determinadas agencias privadas utilicen estas muestras biológicas que diariamente abandonamos (cuando al

beber, por ejemplo, dejamos un rastro de nuestras células en un vaso) para investigar algún aspecto del perfil genético de los ciudadanos.

LAS BASES DE DATOS DE ADN CON FINES DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL

Por último, y si queremos aprovechar al máximo las posibilidades que nos ofrece la tecnología del ADN, habrá que regular la posibilidad de desarrollar bases de datos de ADN con fines de investigación criminal. En la actualidad, la mayoría de los laboratorios de genética forense de nuestro país disponen de perfiles de ADN anónimos procedentes de evidencias biológicas (restos de semen, sangre...) que corresponden a casos no resueltos. Sería factible, por tanto, realizar de forma rutinaria, especialmente en delitos de violación en los que hay una gran reincidencia, la comparación sistemática de los perfiles de ADN obtenidos de muestras indubitadas de los sospechosos no solamente con el caso concreto con el que se nos pide relacionarlo, sino con todos aquellos otros casos sin resolver en los que se dispone de un perfil de ADN anónimo.

La experiencia acumulada ya por otros países, algunos de nuestro entorno europeo, revela sin duda la eficacia de este tipo de herramientas en la investigación criminal y nos enseña algunos criterios científicos que debemos tener en cuenta en el desarrollo de este tipo de proyectos tales como:

- La indiscutible necesidad de que los laboratorios que participen cumplan con los más estrictos estándares de calidad para minimizar la posibilidad de un error técnico.

- La necesidad de que la base de datos de perfiles de ADN tenga un carácter nacional y se rija por criterios de colaboración científica

- La necesidad de cumplir estrictos criterios de independencia, confidencialidad y respeto a la intimidad.

El modelo de base de datos que defiende la mayoría de los laboratorios de genética forense de nuestro país es un modelo de base de datos de perfiles de ADN en el que una agencia central independiente recibe, almacena y procesa datos de ADN de laboratorios adscritos a distintos Ministerios y Comunidades Autónomas, e informa a la autoridad judicial y al Ministerio Fiscal del resultado de las comparaciones sistemáticas de los perfiles de ADN contenidos en distintos índices. Los índices que entendemos deben constituirse en esta base de datos nacional serían:

- Índice de perfiles de ADN obtenidos a partir de vestigios biológicos no atribuibles a ninguna persona y procedentes del lugar de los hechos o del cuerpo de la víctima en el curso de una investigación judicial penal.

— Índice de perfiles de ADN obtenidos a partir de restos cadavéricos no identificados.

— Índice de perfiles de ADN obtenidos a partir de muestras biológicas procedentes de individuos condenados por delitos dolosos graves y reincidentes sin necesidad de su consentimiento.

— Índice de perfiles de ADN obtenidos a partir de muestras biológicas de personas (víctimas, familiares de desaparecidos...) siempre que medie su consentimiento.

— Índice de perfiles de ADN anónimos con fines de investigación científica y estadística.

Entendemos que el modelo que aquí se propone es el único modelo viable en nuestro país en el que la pericia es libre y en el que en la actualidad existen 19 laboratorios operativos en el campo de la genética forense [*Guía de Laboratorios del GEP-ISFH* (1998), Ministerio de Justicia]. La mayoría de estos laboratorios son públicos y dependen del Ministerio de Justicia (Institutos de Toxicología) del Ministerio del Interior (Laboratorios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado), del Ministerio de Educación (Cátedras de Medicina legal) y de distintas Consejerías de Comunidades Autónomas (Institutos de Medicina Legal y Laboratorios de Policías Autonómicas).

Entendemos, pues, que la única forma de organizar una base de datos nacional de ADN en la que los distintos laboratorios participen en condiciones de igualdad es mediante la creación de un centro independiente con la coparticipación igualitaria en su funcionamiento de todos los laboratorios que generan datos.

En segundo lugar, entendemos que es el único modelo que garantiza la colaboración científica entre los distintos laboratorios, siendo éste un elemento fundamental para el éxito de este tipo de proyectos. No olvidemos que el gran nivel alcanzado por la genética forense en nuestro país se debe en gran medida a los esfuerzos de colaboración realizados por los distintos laboratorios en el seno del GEP-ISFH. Tanto el desarrollo de un sistema unificado y homologado para la recogida de muestras que asegure la autenticidad y preservación de las mismas, como el desarrollo de un sistema de acreditación de los laboratorios, como el desarrollo de un sistema informático homogéneo entre los distintos laboratorios, como la incorporación ágil de los distintos avances científicos que se producirán en esta área de la ciencia, son tareas que sólo se realizarán con éxito bajo criterios de colaboración científica. Dicha colaboración científica sólo se producirá si desarrollamos un sistema coparticipado e igualitario para todos los laboratorios.

En tercer lugar, nos parece que es el modelo que mayores garantías ofrece con respecto a criterios de confidencialidad y protección de la informa-

ción. Y esto es así ya que permite una disociación completa entre datos de identificación de las muestras y perfil genético. La Agencia de Perfiles de ADN solo recibe y procesa perfiles de ADN disociados (código de muestras, código de laboratorio y perfil de ADN). Dicho modelo de disociación sería difícil de establecer si la base de datos la custodiara un laboratorio operativo.

En cuarto lugar, el modelo de agencia independiente coparticipada permite una monitorización continua de los distintos aspectos del sistema. Permite un control eficaz sobre los controles de calidad de los laboratorios, sobre las medidas de seguridad, sobre sus soportes informáticos... No olvidemos que independientemente del modelo de bases de datos, en todos los laboratorios existirán bases de datos de muestras y de perfiles de ADN. En el modelo que proponemos la Agencia central tendría la potestad de promover determinadas medidas que posibilitarían un mayor control y seguridad en los distintos laboratorios.

En quinto lugar, el modelo coparticipado es el modelo aceptado por la mayoría de los laboratorios de genética forense de nuestro país y, también, es el modelo de mayor aceptación social, ya que ofrece mayores garantías de independencia y, por tanto, servirá tanto a las necesidades de la acusación como de la defensa.

Para terminar, y a modo de síntesis, el mensaje que lanza la comunidad científica es el siguiente: la prueba del ADN es una herramienta muy poderosa que ha sido decisiva incluso para desvelar algún error judicial ocurrido en el pasado, pero si no se hace bajo unos requerimientos mínimos, si no se tiene un control sobre los laboratorios que están realmente capacitados para llevarla a cabo y si no desarrollamos un sistema que garantice la custodia y la integridad de las muestras, puede ser que en la era del ADN sigamos cometiendo errores.

ASPECTOS DEL TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DEL CÓDIGO GENÉTICO

JUAN MARTÍN CASALLO LÓPEZ

Fiscal de Sala de lo Social del Tribunal Supremo

SUMARIO: A) INTRODUCCIÓN AL TEMA: 1. *Consideraciones generales.* 2. *Legislación europea.* 3. *Legislación española.*—B) LOS FICHEROS DEL ADN CREADOS DENTRO DEL MARCO DE INVESTIGACIONES Y DE ACCIONES PENALES: DATOS DE CARÁCTER POLICIAL O DE CARÁCTER MÉDICO.—C) PRINCIPIOS DE LA LORTAD (LO 5/1992) QUE HAN DE TENERSE EN CUENTA EN EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES DE ESTA NATURALEZA.—D) CONSERVACIÓN Y DESTRUCCIÓN DE MUESTRAS Y DE LOS RESULTADOS DE LOS ANÁLISIS.—E) FICHEROS EXISTENTES EN POLICÍA NACIONAL Y GUARDIA CIVIL: SU FUNCIONAMIENTO Y COBERTURA LEGAL.—F) CESIONES Y TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES DE DATOS.—6) CONCLUSIONES.

A) INTRODUCCIÓN AL TEMA

1. Consideraciones generales

El descubrimiento de nuevos chips que permiten la identificación de los genes humanos en horas se juzga decisiva en la lucha frente a cualquier clase de criminalidad que pueda poner en peligro la vida, la integridad física o la libertad sexual de las personas.

La postura que se adopte frente a tal descubrimiento deberá tratar de conjugar la seguridad ciudadana, siempre deseable, con el respeto a la intimidad de la persona física, como derecho fundamental reconocido por nuestra Constitución. Es decir, frente a la postura maximalista, deberá buscarse el equilibrio entre las tesis que anteponen la seguridad por encima de la intimidad y las que preconizan la imposibilidad de creación de ficheros genéticos por entender que siempre se verá atacada la intimidad de las personas.

El presente trabajo no tiene otra finalidad que la de tratar de hacer posible la existencia de los ficheros automatizados que tengan por objeto el tratamiento de datos genéticos dentro de los límites que, para tales actividades, se establecen tanto en la legislación europea como en nuestro ordenamiento jurídico a partir del desarrollo que se viene efectuando del artículo 18.4 de la Constitución Española.

2. Legislación europea

La Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de los datos, contiene una regulación de carácter general en lo relativo a esta materia pero,

salvo en lo relativo a que los datos referentes a la salud o a la sexualidad, que junto con otros, deben ser objeto de un especial tratamiento automatizado, no efectúa referencia correcta al denominado dato genético.

Es, sin embargo, el Comité de Ministros del Consejo de Europa el que, a partir de la aprobación del Convenio 108, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981 y ratificado por España el 27 de enero de 1984 («BOE» de 15 de noviembre de 1985), ha venido adoptando una serie de Recomendaciones en esta materia que deben ser enunciadas con carácter general para, posteriormente, tratar de valorar en concreto alguna de sus disposiciones específicas.

En tal sentido, deberán tenerse en cuenta las Recomendaciones siguientes enunciadas cronológicamente:

— Recomendación R. (81) 1, del Comité de Ministros a los Estados miembros, relativa a la reglamentación aplicable a los bancos de datos médicos automatizados.

— Recomendación R. (87) 15, del Comité de Ministros a los Estados miembros, dirigida a regular la utilización de datos de carácter personal en el sector de la policía.

— Recomendación R. (92) 1, del Comité de Ministros a los Estados miembros, dirigida a regular la utilización de los análisis ADN (ácido desoxirribonucleico) dentro del marco del sistema de justicia penal.

— Recomendación R. (97) 5, del Comité de Ministros a los Estados miembros, relativa a la protección de datos médicos.

3. Legislación española

A los efectos que ahora nos interesan, deberán tenerse en cuenta el mandato contenido en el artículo 18.4 y la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos personales.

B) LOS FICHEROS DEL ADN CREADOS DENTRO DEL MARCO DE INVESTIGACIONES Y DE ACCIONES PENALES: DATOS DE CARÁCTER POLICIAL O DE CARÁCTER MÉDICO

La determinación de si los datos objeto de tratamiento automatizado en un fichero del ADN tienen naturaleza policial o son de carácter médico es el primer problema a resolver en el estudio de la presente materia, toda vez que la solución que se adopta va a condicionar el estudio sobre su tratamiento

jurídico. En efecto, según se adopte una u otra postura es claro que la recogida, el tratamiento e, incluso, la cesión de dichos datos personales corresponderá a los responsables policiales o a miembros del Instituto Nacional de Toxicología, sin perjuicio de las disposiciones que pudieran adoptarse respecto de las relaciones entre ambos grupos.

El tema es de indudable importancia y según noticias periodísticas aparecidas recientemente (véase el diario *El País* de 13 de noviembre de 1998) a la vez que el Gobierno, en base a una proposición no de ley aprobada en junio por el Congreso, se encuentra en trance de elaborar un proyecto de ley que regule este tipo de ficheros, la Guardia Civil (véase el diario *El Mundo* de 14 de noviembre de 1998) tiene intención «de crear un banco de datos con ADN de desaparecidos».

Para la determinación de cuál sea la naturaleza del dato personal objeto de tratamiento, debe partirse de la elección del criterio delimitador. Es decir, si es el de la naturaleza en sí del mismo, con independencia de la finalidad perseguida con su automatización (lo que nos llevaría a predicar el carácter médico sobre el policial) o el contrario (lo que nos conduciría a la solución opuesta).

En esta materia, es cierto que nuestra Ley Orgánica 5/1992 no establece ningún elemento interpretativo porque, como consecuencia de su estructura y contenido, se limita a dar una definición de lo que entiende por dato personal (conforme a su art. 2.º) sin que la regulación específica contenida en su artículo 8 (datos relativos a la salud) o en su artículo 20 (ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad) pueda servir como elemento que solucione la verdadera naturaleza del dato genético.

Tampoco la Directiva 95/46/CE efectúa una regulación específica de este problema, ya que el contenido de los artículos de la misma tampoco posee, en principio, elementos clarificadores, salvo, indirectamente, el contenido del artículo 8.3, en donde, al tratar de una de las excepciones a la prohibición del tratamiento de datos personales que se encuentren incluidos en una categoría especial de datos, entre ellos los de salud, señala que la misma (la prohibición) no se aplicará cuando el tratamiento de datos resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médico, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos... «siempre que dicho tratamiento de datos sea realizado por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional».

Es, sin embargo, en las Recomendaciones del Consejo de Europa, fundamentalmente en las de los años 1992 y 1997 a las que anteriormente se hizo referencia, donde encontramos los criterios interpretativos que nos permiten afirmar la naturaleza médica del dato genético. Así, en la de 1992 se establece que por la expresión «análisis del ADN» se entenderá cualquier procedimiento utilizado para analizar el ácido desoxirribonucleico que constituye el material

genético de base del hombre y del resto de los seres vivos (art. 1.º) y en la de 1997 (sobre datos médicos) se define a éstos como «todos los datos de carácter personal relativos a la salud de una persona», señalando a continuación que dicha definición «afecta igualmente a los datos manifiesta y estrechamente relacionados con la salud, así como con las informaciones genéticas». Igualmente entiende (art. 1.º) que la expresión «datos genéticos» se refiere «a todos los datos, de cualquier tipo, relacionados con los caracteres hereditarios de un individuo o que, vinculados a dichos caracteres, compongan el patrimonio de un grupo de individuos emparentados» y que igualmente se refiere «a todos los datos que afecten a intercambios de información genética (genes) de un individuo o línea genética, con relación a cualquier aspecto de la salud o de una enfermedad, constituya o no un carácter identificable».

Es decir, debe predominar el criterio de la naturaleza del dato personal sobre el de la finalidad de la utilización del mismo, de lo que se desprende que al ser el dato genético un dato médico, que hace referencia a todos los datos de carácter personal relativos a la salud de una persona, su recogida, tratamiento y posibilidades de ulterior cesión deben ser competencia del personal médico vinculado por el secreto médico, y al banco (fichero) que guarde estos datos médicos automatizados deberían aplicársele los principios contenidos en la R. (81) 1, sobre bancos de datos médicos automatizados, con las innovaciones que fueran necesarias, como dispone la Recomendación de 1997, para adecuar los mismos a «los avances contenidos por la Ciencia Médica y los progresos realizados por la tecnología de la información desde 1981».

C) PRINCIPIOS DE LA LORTAD (LO 5/1992) QUE HAN DE TENERSE EN CUENTA EN EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES DE ESTA NATURALEZA

Establecida la verdadera naturaleza del dato genético (dato médico/dato de salud) es claro que, con carácter general, debe señalarse que el respeto de los derechos y libertades fundamentales, especialmente del derecho a la vida privada, deberá garantizarse durante la recogida y tratamiento de tal clase de datos.

La Ley Orgánica 5/1992 considera al dato de salud, juntamente con otras categorías de datos (art. 7.º) como dato especialmente protegido, reforzando las garantías que con carácter ordinario se imponen en la recogida, tratamiento y cesión de los datos personales que no gozan de especial protección. En concreto, con carácter general establece el citado precepto que solamente podían recogerse, tratarse o cederse cuando «por razones de interés general así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente».

Por tanto, se introduce la aplicación del principio del consentimiento que es, conforme a la exposición de motivos de la misma, el que otorga a la persona la posibilidad de determinar el nivel de protección de los datos a ella referentes. La base de dicho principio que, para todo tipo de datos personales, está constituida por la exigencia del consentimiento consciente e informado, se refuerza en el supuesto de los denominados datos sensibles o de especial protección (entre los que se encuentra el de salud) al exigirse la necesidad del consentimiento expreso.

Como regla general debe señalarse que la recogida, tratamiento y cesión del dato ADN debe requerir el consentimiento expreso de la persona concernida o afectada, si bien la falta del mismo no va a determinar la imposibilidad de realización de las operaciones que integran aquellas conductas (de recogida, tratamiento y cesión). Ello porque, como ya se dijo con anterioridad, la falta del consentimiento previo, informado y expreso, se sustituye por una habilitación legal (cuando «así lo disponga una ley», dice el artículo 7 de la LORTAD) que, desde luego, siempre requerirá una fundamentación en razones de interés general.

En este sentido, ha de indicarse que lo señalado en el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 5/1992, en cuanto dispone que «no será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan [...] para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas», no puede considerarse como el título habilitante al que se refiere el artículo 7.º de la Ley Orgánica, ya que dicha disposición está pensada para el dato de carácter personal ordinario y no para el especialmente protegido como lo es el dato genético.

Si, por el contrario, la Directiva 95/46/CE establece en su artículo 8 que la prohibición de tratamiento en él contemplada no será de aplicación, bien cuando sea necesario para el reconocimiento, ejercicio o defensa en un procedimiento judicial [8.2.d)], bien cuando resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médico, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos... siempre que dicho tratamiento de datos sea realizado por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional (8.3).

Es decir, la Directiva en estos dos apartados abarca íntegramente el campo de aplicación del dato genético, ya que puede servir, conforme a lo que se establece en la Recomendación de 1997 [art. 4.3.a)], siempre que la legislación así lo prevea:

- i) para fines de salud pública, o
- ii) para fines consistentes en prevenir un peligro concreto o para reprimir una infracción penal determinada, o
- iii) para otros fines de interés público de importancia.

En todo caso, deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 4.8, que señala que «el tratamiento de datos genéticos debido a necesidades de procedimiento judicial o de investigación penal *debería ser objeto de una ley específica que ofrezca garantías apropiadas*».

El segundo principio fundamental, junto con el del consentimiento, es el de la finalidad. Es decir, el dato recogido para una determinada finalidad diferente de aquella que mostró su recogida. Tal principio, que se halla contenido en el artículo 4.2 de la LORTAD, jugará de diferente manera según que la recogida sea consecuencia del previo consentimiento de la persona concernida o de una autorización legal por razones de interés general. En el primer supuesto, solamente podrá aplicarse a las finalidades consentidas expresamente por el titular del dato; en el segundo, a todas aquellas que se encuentren previstas en la ley que específicamente regula la materia.

En la práctica, la aplicación del principio del consentimiento y de la finalidad del tratamiento no plantearon problemas siempre que se entienda que el fichero que contenga datos ADN funciona dentro de los parámetros de legalidad exigidos por nuestro Derecho interno.

Es cierto que existen otros principios, también importantes, como el de la calidad del dato, es decir, el que exige que el dato sea exacto y esté puesto al día de forma que responda con veracidad a la situación real del afectado (art. 4.3 de la LORTAD), cuyo respeto viene dado por las propias exigencias de buen funcionamiento del fichero, o el principio de la cancelación de los datos (art. 4.4 y 5), que será tratado con posterioridad.

Todas las regulaciones legales en materia de protección de datos (art. 5 de la LORTAD; arts. 10 y 11 de la Directiva o art. 5 de la Recomendación de 1997) exigen que en la recogida del dato se suministren una serie de informaciones previas, cuya falta va a condicionar sin duda la emisión válida del consentimiento. Tal exigencia, aun cuando no alcance la categoría de principio, cobra un papel muy importante en el tratamiento del dato personal.

A diferencia de la LORTAD, que reduce el contenido de la información a extremos tales como el de la existencia de un fichero automatizado, finalidad de la recogida, destinatarios de la información, el carácter obligatorio o no de la respuesta, el de la identidad del fichero y dirección del responsable, el de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso rectificación y cancelación, con lo que sustancialmente en este punto coincide con la Recomendación 1997, la Directiva Europea distingue entre información a suministrar al interesado cuando los datos se recaban del mismo, e información a suministrar cuando los datos se recaban de persona distinta del interesado.

No obstante, es la Recomendación de 1997 la que introduce una serie de novedades que merecerían ser recogidas en la futura legislación que se aprue-

be en esta materia. En concreto, me refiero a los apartados 2.3 y 4 del artículo 5 de la misma que regulan que, cuando los datos médicos no se obtengan de la persona interesada, ésta debería estar informada de tal recogida lo más rápidamente posible, que la información, además de ser apropiada, debería ser suministrada de forma individual y que siempre la persona debería estar informada de los objetivos del mencionado análisis y de la eventualidad de descubrimientos inesperados.

Es claro que, en la búsqueda del equilibrio necesario entre el principio de seguridad y el de la vida privada de la persona física, el derecho a la información a la que vengo haciendo referencia tiene en la Recomendación una serie de derogaciones (art. 5.6) que se concretan en que, tratándose de una medida necesaria en una sociedad democrática, vaya dirigida:

- A prevenir un peligro concreto o reprimir una infracción penal.
- A razones de salud pública.
- A proteger a la persona interesada y los derechos y libertades de los demás.

D) CONSERVACIÓN Y DESTRUCCIÓN DE MUESTRAS Y DE LOS RESULTADOS DE LOS ANÁLISIS

Bajo el concepto de conservación y destrucción el presente epígrafe comprende dos conceptos absolutamente diferenciados: las muestras recogidas y los análisis que sobre las mismas se hayan efectuado.

En cuanto a lo que en términos generales pueda entenderse por conservación, la Ley Orgánica 5/1992 impone la obligación de la cancelación/no conservación de los datos de carácter personal cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o recogidos (art. 4.5), señalando a continuación que no podrán ser conservados en forma que permita la identificación del interesado durante un período superior al necesario para los fines en base a los cuales hubieran sido recabados o registrados.

En igual sentido la Directiva 95/45/CE dispone [art. 6.1.e)] que los datos se conservarán en una forma que permita la identificación de los interesados durante un período no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos o para los que se traten ulteriormente.

Es claro que la necesidad de la no conservación impone la obligación de la destrucción de los datos personales de modo que se alcance la desaparición de los mismos en forma que haga imposible su recuperación. Si la desaparición fuera imposible deberán aplicarse técnicas de bloqueo que impidan con

seguridad que puedan volver a manejarse los datos sometidos a dicha operación.

Bajo el epígrafe que estamos tratando relativo a la conservación/destrucción de muestra y a los resultados nos encontramos manejando dos cosas totalmente diferentes: la materia objeto de análisis y los resultados que como consecuencia de ésta pueden obtenerse de aquélla. Es cierto que, en principio, podría mantenerse que lo que interesa desde el punto de vista de la protección de los datos personales, como modo de proteger la intimidad personal, solamente tendría importancia la consideración de los segundos, ya que las muestras médicas como tales no pueden ser objeto de tratamiento automatizado.

Ahora bien, dicha aseveración aparece contradicha por la regulación específica que el Consejo de Europa efectúa a través de sus recomendaciones. Así, la Recomendación 92.1, sobre ADN, regula en su artículo 3.º la utilización de las muestras y de la información derivada de las mismas, prohibiendo que aquéllas y ésta puedan ser utilizadas para fines diferentes a los de investigación y en acciones penales; cuando se trate de muestras obtenidas de personas vivas con fines médicos no podrán utilizarse para las necesidades de investigaciones y en acciones penales, salvo los casos en que el Derecho interno así lo prevea expresamente.

También el artículo 4 de la citada Recomendación regula que la toma de muestras con fines de análisis del ADN deberá realizarse únicamente en las circunstancias que determine el Derecho interno, teniendo en cuenta que, en determinados Estados, dicha toma de muestras está subordinada a la autorización expresa de una autoridad judicial. Igualmente señala que, cuando el Derecho interno admita que se puedan tomar muestras sin el consentimiento del sospechoso, dicha toma de muestras sólo se deberá realizar si las circunstancias del caso exigen una medida de este tipo.

El artículo 8 de la Recomendación sobre ADN (1992) establece que las muestras tomadas en el cuerpo del individuo para fines de análisis del ADN no deberán conservarse una vez que se haya emitido la decisión final en el caso para el cual han sido utilizadas, a menos que dicha conservación se imponga por necesidades directamente ligadas a aquellas para las cuales han sido tomadas.

En cuanto a los datos de los análisis de ADN y la información obtenida por medio de los mismos, cuando ya no sea necesario conservarlos para los fines para los que fueron utilizados, deberán ser borrados. Si el interesado hubiere sido reconocido culpable de infracciones graves que atenten contra la vida, la integridad o la seguridad de las personas, la información a él referida podrá conservarse, si bien la legislación nacional, en este supuesto, debería fijar plazos precisos de conservación.

Igualmente el citado precepto dispone que, tratándose de muestras o tejidos humanos o de la información derivada de los mismos, los datos a ellos relativos podrán conservarse durante períodos más largos. También prevé que, cuando esté en juego la seguridad del Estado, el Derecho interno podrá permitir la conservación de las muestras, de los resultados del análisis de ADN y de las informaciones derivadas de los mismos, aunque la persona en cuestión no haya sido inculpada o condenada por una infracción.

La recomendación de 1997, sobre datos médicos, establece con carácter general (art. 10) que dichos datos sólo deberán conservarse durante el período necesario para alcanzar el objetivo que requiera recogerlos y tratarlos.

Se establece igualmente (art. 10.2) que la conservación de los datos médicos que ya no se utilicen con el objetivo inicial podrá efectuarse cuando resulte necesaria para el interés legítimo de la salud pública, de la ciencia médica, del responsable del tratamiento o del fichero con el fin de permitirle ejercer o defender sus derechos judicialmente.

Los datos médicos (art. 10.3) deberían ser eliminados, a menos que se conviertan en anónimos o que intereses superiores o legítimos u obligaciones de archivo se opongan a ello.

E) FICHEROS EXISTENTES EN POLICÍA NACIONAL Y GUARDIA CIVIL: SU FUNCIONAMIENTO Y COBERTURA LEGAL

Los ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado son denominados de titularidad pública, en contraposición a los llamados de titularidad privada, y se hallan previstos en la Ley Orgánica 5/1992.

Como tales ficheros de titularidad pública, su creación, modificación y supresión solo podrá hacerse (art. 18) por medio de disposición general publicada en el «Boletín Oficial del Estado» o diario oficial correspondiente.

La disposición de creación o modificación de los ficheros deberá indicar:

- La finalidad del fichero y los usos previstos para el mismo.
- Las personas o colectivos sobre los que se pretendan obtener datos de carácter personal o que resulten obligados a suministrarlos.
- El procedimiento de recogida de datos de carácter personal.
- La estructura básica del fichero.
- Las cesiones de datos de carácter personal que en su caso se prevean.
- Los órganos de la Administración responsable del fichero automatizado.

— Los servicios y unidades ante los que pudieren ejercitarse los derechos de acceso, rectificación y cancelación.

Es cierto que los denominados ficheros policiales en sentido amplio han de cumplir con estas previsiones legales que se acaban de exponer, pero también lo es que, como tales ficheros de dicha naturaleza, se establece una regulación específica en cuanto a su funcionamiento así como una serie de excepciones a los derechos de acceso, rectificación y cancelación.

El artículo 20 de la Ley Orgánica 5/1992 regula en concreto el funcionamiento de los Ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, por lo que cualquier regulación futura que pudiera hacerse de los ficheros de ADN adscribiéndolos al sector de ficheros de datos en poder de la policía debería contener las previsiones que en el mismo se efectúan y que se hallan limitadas, cuando el tratamiento se efectúa sin el consentimiento del interesado, a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales, debiendo ser almacenados los datos en ficheros específicos establecidos al efecto, que deberán clasificarse por categorías, en función de su grado de fiabilidad.

Es más, al tratarse de datos de salud, como vengo manteniendo, y por ello incluidos en el número 3 del artículo 7 de la Ley Orgánica, les será de aplicación la limitación específica contenida en el número 3 del citado artículo 20 en cuanto dispone que la recogida y tratamiento de los datos de salud por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado solamente podrá efectuarse en los supuestos en que «sea absolutamente necesario a los fines de una investigación concreta».

El contenido de dicha disposición necesariamente debe suponer que queda prohibida la creación de ficheros de ADN en manos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado con fines genéricos de prevención o de represión delictiva, ya que solamente será posible el manejo individualizado y concreto de una serie de datos personales de salud (genéticos) cuando una concreta investigación así lo precise.

Además, el dato personal en los ficheros denominados policiales deberá ser cancelado (art. 20.4) cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento.

En definitiva, la Ley Orgánica 5/1992 trata de establecer el equilibrio en el tratamiento de datos personales con fines policiales exigiendo, por un lado, que el fichero se estructure de una forma determinada y contenga datos personales especialmente protegidos en condiciones de absoluta necesidad. Por otro lado, estableciendo excepciones en cuanto a la regulación de los derechos de acceso, rectificación y cancelación que nunca pueden suponer su desaparición.

F) CESIONES Y TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES DE DATOS

La titularidad pública de los ficheros (médicos o policiales) en los que se efectúa el tratamiento de los datos personales genéticos a los que se contrae el presente trabajo hace que deba regularse con sumo cuidado todos los aspectos relativos a la cesión de los datos personales.

Es verdad que, en materia de cesión de datos, la Ley Orgánica 5/1992, dispone específicamente la necesidad del consentimiento del interesado para poder efectuar aquélla (art. 11). Igualmente es cierto que, al tratarse de datos de salud, la cesión deberá contar con el consentimiento expreso del afectado o cuando por razones de interés general así lo disponga una ley (art. 7.3). Ahora bien, cuando el fichero es de titularidad pública, como lo sería en el supuesto al que me estoy refiriendo, la situación jurídica puede complicarse en materia de cesiones como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley Orgánica, en cuanto regula la posibilidad de cesiones de datos entre Administraciones Públicas.

Sin cuestionar en el presente trabajo la validez del contenido del citado precepto, máxime cuando aún el Tribunal Constitucional no ha resuelto los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra el mismo, debe establecerse aquí, con absoluta firmeza, la no aplicación de la autorización que contiene el número 1 del citado precepto, en cuanto admite la cesión de datos a otras Administraciones para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias distintas, siempre que la cesión hubiera estado prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición posterior de igual o superior rango que regule su uso.

Si por muchos tratadistas se ha venido manteniendo que la cesión solamente podría llevarse a cabo en virtud de una ley, tal necesidad deberá siempre ser predicada, a falta de pronunciamiento del Tribunal Constitucional, por la específica naturaleza de dato especialmente protegido que tienen los ficheros automatizados dedicados al tratamiento de datos genéticos.

Por el contrario, las transferencias de datos de esta naturaleza no deberán plantear problemas importantes siempre que se respete la especial naturaleza del dato de salud y su tratamiento para fines exclusivamente médicos.

En este sentido la Directiva 95/46/CE, a la que he venido haciendo referencia, establece la posibilidad de las transferencias internacionales de datos siempre que se respeten los principios que ella enumera (art. 25). Fundamentalmente el relativo a que solamente puede llevarse a cabo a la misma cuando el país tercero receptor de los datos personales garantice un nivel de protección adecuado, que deberá evaluarse atendiendo a todas las circunstancias que concurran en una transferencia o en una categoría de transferencia de

datos, debiendo a este respecto tomarse en consideración (25.2) la naturaleza de los datos, la finalidad y la duración del tratamiento, las normas de Derecho, generales o sectoriales, así como las normas profesionales y las medidas de seguridad en vigor en dichos países.

No quiero insistir en el hecho de que la naturaleza del dato genético como dato especialmente protegido va a condicionar el resultado del examen al que se somete al país receptor del dato o destinatario de la transferencia del mismo, pero ha de señalarse que entre las excepciones a ese principio general (art. 26) se contemplan los supuestos necesarios para que el dato pueda ir a países que no ofrezcan ese nivel de protección adecuado.

Me refiero, fundamentalmente, además del supuesto de que el interesado hubiera consentido la transferencia, a los siguientes:

- Cuando la transferencia sea necesaria para la ejecución de un contrato entre el interesado y el responsable del tratamiento.

- Cuando sea necesaria para la celebración o ejecución de un contrato celebrado o por celebrar en interés del interesado, entre el responsable del tratamiento y un tercero.

- Cuando sea necesaria o legalmente exigida para la salvaguardia de un interés público importante o para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un procedimiento judicial.

- Cuando la transferencia sea necesaria para la salvaguardia del interés vital del interesado.

G) CONCLUSIONES

El dato de salud, el dato genético, debe ser recogido, tratado automatizadamente y cedido por personal médico en establecimientos en los que se garantice que los ficheros se encuentran en óptimas condiciones de seguridad respecto de la conservación de los datos.

- Ha de huirse en todo momento de enfrentamientos teóricos o reales entre el principio de seguridad ciudadana y el de intimidad personal y familiar.

- En la medida de lo posible ha de otorgarse prioridad al de intimidad con reconocimiento siempre de la existencia de especiales circunstancias que hagan necesario que determinados datos de salud/genéticos deban ser objeto de tratamiento en ficheros policiales.

- Que ello deberá efectuarse mediante la cesión de los datos precisos para la resolución del caso concreto correspondiente. Es decir, evitando en todo momento la entrega masiva de datos de esta naturaleza.

— Que cuando el dato genético integre parte del contenido del fichero policial deberán extremarse las limitaciones que la Ley Orgánica 5/1992 y la Directiva 95/46/CE imponen para su tratamiento.

LA INVESTIGACIÓN SOBRE EL ADN Y SUS PROBLEMAS. TOMA DE MUESTRAS

JOSÉ MARÍA LUZÓN CUESTA

Fiscal de Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

Entre los temas considerados de interés por el Fiscal General para su examen en estas Jornadas, se encuentra el relativo a la prueba de ADN, a cuya amplia problemática sólo podemos realizar una sintética aproximación, en el caso a mí encomendado con una limitación de tiempo de unos diez a quince minutos. Sin duda el tema, apasionante, ahora esbozado, podrá ser objeto de un más detenido estudio a través de los Cursos de formación que organiza la Fiscalía General en colaboración con el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia.

Las posibilidades de aplicación de estas técnicas pueden afectar a muy diversos campos: en primer lugar al de la medicina, en el que se ha puesto de relieve que unas 4.000 enfermedades revisten carácter hereditario y pueden quedar reflejadas en los análisis realizados; y no digamos en materia de reproducción asistida.

En el campo del Derecho, puede influir en el mundo laboral, en que su aplicación con aparentes fines proteccionistas podría dar lugar a la que se ha denominado «discriminación genética», o en el ámbito mercantil, en relación con los seguros privados.

Pero sin duda lo más frecuente, cuando nos referimos al ADN, es que lo vinculemos al problema de la prueba, en materia civil, en relación con la investigación de la paternidad, que autorizan los artículos 39.2 de la Constitución Española y 127 del Código Civil, y en materia penal como medio de prueba de la autoría de determinados delitos.

A este último aspecto, en cuanto la investigación de la paternidad es tema que tratará otro compañero, me referiré muy brevemente, dado el tiempo que se me ha asignado.

Partiendo de la idea básica de que el derecho a la prueba no tiene carácter ilimitado, hemos de comenzar por examinar la admisibilidad de la prueba

de ADN, bien acordada de oficio por el Juez de Instrucción, o bien a propuesta de las partes, conforme al artículo 311 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, determinando si, con independencia de que en un caso concreto, conforme a los términos utilizados en este artículo, sea rechazada por inútil o perjudicial, entra en colisión con algún derecho fundamental, de modo que pueda ser tachada de inconstitucional.

En principio, los derechos con los que puede confrontarse y que más frecuentemente han sido invocados son el derecho a la intimidad, a la dignidad de la persona, a la integridad física, a no declarar contra sí mismo, a la presunción de inocencia, y a la libertad. Un importante punto de referencia nos lo ofrece la obligación de someterse a las pruebas de alcoholemia y su utilización como prueba a los efectos del artículo 379 del Código Penal.

El Tribunal Constitucional ha declarado, con carácter general (STC 107/1985, de 7 de octubre, con cita de Autos 62/1983, de 16 de diciembre, y 37/1984, de 30 de enero) que «en modo alguno puede considerarse inconstitucional la previsión normativa de una prueba tendente a determinar el grado de alcohol en sangre de los conductores de vehículos de motor», «sin perjuicio de que la forma de realización de dicha prueba pueda presentar aspectos de relevancia constitucional»; y, en particular, ha afirmado que no vulnera el derecho a la integridad del artículo 15 de la Constitución, ya que «ni aun el examen de sangre constituye una injerencia prohibida por el artículo 15, por lo menos la investigación mediante aparatos de detección alcohólica de aire espirado» (STC 103/1985, de 4 de octubre); ni a la libertad, del artículo 17.1 (SSTC 107/1985, de 7 de octubre, y 22/1988, de 18 de febrero). En estos y otros casos, se ha reconocido la legitimidad de tales pruebas, pero exigiendo siempre, para su imposición coactiva, como recuerda la STC 207/1996, una previsión legal. Así, respecto a procesos civiles de investigación de la paternidad, en relación al derecho a la integridad física, con base en los artículos 39.2 de la Constitución Española y 127 del Código Civil, en STC 7/1994; en el ámbito penitenciario, en cuanto a la asistencia médica obligatoria a internos en huelga de hambre, en colisión con el derecho a la integridad física, con apoyo en el artículo 3.4 de la LOGP, en STC 120/1990; y en el mismo ámbito, referido a observaciones radiológicas sobre internos, como medida de vigilancia y seguridad, con fundamento en el artículo 23 de la LOGP, en STC 35/1996.

En definitiva, en esta materia, como se dice en STC 207/1996, de 16 de diciembre, «el interés público propio de la investigación de un delito y, más en concreto, la determinación de los hechos relevantes para el proceso penal son, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de una intervención corporal siempre y cuando dicha medida esté prevista por la Ley». Resultará así que la Ley que autorizara la imposición coactiva, para el

sospechoso de un delito, de facilitar o consentir que se utilice su materia orgánica para tal prueba, no sería inconstitucional, como tampoco tiene tacha de inconstitucionalidad la prueba acordada y practicada con la voluntaria cooperación del interesado.

En relación con la prueba examinada, podemos distinguir cuatro momentos:

1.º *Recogida de vestigios del delito.* Como recuerda la citada STC 207/1996, al amparo del artículo 334 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, «la autoridad judicial podrá acordar, entre muchos otros de distinta índole, el análisis pericial de cualesquiera elementos del cuerpo humano (tales como sangre, semen, uñas, cabellos, piel, etc.) que hayan sido previamente apprehendidos en alguno de los lugares previstos en la norma». Pero, en relación con tal recogida, que, en la práctica, además de a los médicos forenses, se atribuye a la Policía Judicial bajo la supervisión del Juez, conforme autoriza el artículo 32 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, lo esencial es que se realice por personal especializado y de forma que se garantice absolutamente lo que se ha llamado «cadena de custodia de la muestra», es decir, la identidad entre la muestra recogida y la analizada.

2.º *Toma de muestras del individuo sospechoso.* Exige, en todo caso, una resolución judicial motivada y en la que se observe el principio de proporcionalidad. Al no existir una norma, cuya constitucionalidad sería indiscutible, que ampare la imposición coactiva, a diferencia de otros países, ante la negativa del afectado, no podrá efectuarse la prueba. Y llama la atención que una Proposición de Ley Orgánica, del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, que fue rechazada en abril de 1995, «sobre uso y práctica de prueba del análisis del ácido desoxirribonucleico (ADN) dentro de la estructura del sistema de Derecho Penal y en la investigación de la paternidad», estableciera, en su artículo 4.º, que «sólo podrá acordarse la práctica de esta prueba si media el consentimiento del afectado», de modo que el problema quedaba sin resolverse. Pero es más, no es ya que no pueda emplearse la vis física para la obtención de muestras, sino que ni siquiera puede efectuarse aprovechando el resultado del análisis realizado mediante prestación voluntaria de muestras para otros fines, generalmente en beneficio del afectado, como resulta de una Recomendación del Consejo de Europa, emitida en la reunión del Comité de Expertos de Biotécnica, celebrada en Estrasburgo en mayo de 1991, y del artículo 4.2 de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, consecuencia del Convenio 108 del Consejo de Europa. E incluso se ha mantenido (Choclán) que determinado en un proceso penal concreto, por orden de la autoridad judicial competente, el perfil genético del imputado o

procesado, por haberse prestado al reconocimiento hematológico acordado como procedente, no serán utilizables en otro proceso distinto los datos analíticos obtenidos, si no media el consentimiento del afectado. Y, desde luego, será prueba ilícitamente obtenida aquella en se consigan engañosamente las muestras necesarias.

3.º *Análisis.* Generalmente, los vestigios o muestras recogidas en el lugar del delito se remiten, bien a los laboratorios de la Policía Judicial, o a los Institutos de Medicina Legal o al Instituto Nacional de Toxicología. En relación con este análisis hemos de llamar la atención sobre una Recomendación del Consejo de Europa, de 1992, en la que, poniendo de relieve que «el análisis del ADN es un procedimiento científico sofisticado que debería realizarse solamente en laboratorios que posean instalaciones y experiencia adecuadas», dispone que «los Estados miembros garantizarán que se redactará una relación de laboratorios o instituciones acreditados que cumplan los siguientes requisitos» que enumera. Y se hace imprescindible la existencia de tal relación de laboratorios homologados, en cuanto puede actualmente una defensa solicitar una contrapericia a efectuar por un laboratorio privado cuya idoneidad puede resultar más que dudosa.

4.º *Valoración de la prueba practicada o de la negativa del acusado.* En el caso de que la prueba de ADN, a la que suele reconocerse un porcentaje de exactitud superior al 99 por 100, ofrezca un resultado positivo incriminatorio para el acusado de la comisión de un delito, su valoración, en cuanto prueba pericial, corresponde al Tribunal, conforme al artículo 741, pudiendo, en los excepcionales casos en que la Sala Segunda reconoce a los informes periciales el valor de documento, a efectos casacionales, invocarse como tal por la vía del artículo 849.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por último, en el supuesto en que no haya podido practicarse la prueba, porque, al no estar prevista legalmente su imposición coactiva, el acusado se haya negado a su práctica, puede valorarse, no como prueba determinante de su culpabilidad, pero sí como un elemento incriminatorio en el conjunto de los existentes, valorable por el Tribunal, que tendrá en cuenta las razones alegadas para la oposición a tal prueba.

EL ADN EN LA INVESTIGACIÓN PENAL

Breve repaso a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

JUAN CESÁREO ORTIZ ÚRCULO

*Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial para la Prevención
y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—EL ANÁLISIS DE ADN: SUS VENTAJAS Y RESERVAS EN LA INVESTIGACIÓN PENAL.—DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS: *Derecho a no declarar contra sí mismo (a guardar silencio) y a no confesarse culpable. Derecho a la integridad física y a la intimidad.*—REQUISITOS NECESARIOS PARA PODER LIMITAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—OBTENCIÓN DE MUESTRAS: *Células corporales: Cuando no están en el cuerpo del sometido a ellas. Células corporales: Directamente del cuerpo del imputado o de persona distinta.*—CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La investigación de los delitos que realizan tanto la Policía Judicial como después los Jueces de Instrucción precisa de manera esencial llegar a la identificación del sospechoso y también al descubrimiento de las circunstancias y del objeto del delito, y para ello existen técnicas, como las relativas a huellas dactilares o análisis de sangre, que vienen dando indiscutibles resultados positivos. Algunos de estos medios de investigación plantean sin embargo problemas porque su utilización afecta o puede afectar a derechos fundamentales y entonces se hace preciso determinar los requisitos cuyo cumplimiento permita el empleo de tales técnicas, pero de acuerdo con la ley y la Constitución.

A continuación abordaré resumidamente las técnicas de investigación que tienen que ver de alguna manera con el examen del cuerpo humano, y más en concreto las que permiten la identificación del sospechoso u otros extremos de interés procesal mediante el análisis del ADN, prescindiendo de otros medios de indagación o prueba, como las intervenciones telefónicas, de indiscutible interés pero con distinta problemática.

EL ANÁLISIS DE ADN: SUS VENTAJAS Y RESERVAS EN LA INVESTIGACIÓN PENAL

El análisis del ADN se ha revelado como una técnica especialmente importante no sólo para determinar la identificación del partícipe en un hecho delictivo sino también para descubrir aspectos que permitan afirmar su imputabilidad y culpabilidad (lo que para algunos podría llevar casi al llamado

«determinismo penal», enemigo del principio culpabilístico tan arraigado y básico en el Derecho Penal). Y esto es así porque con el análisis del ácido desoxirribonucleico (ADN) pueden llegar a descubrirse dos realidades diferentes aunque íntimamente conectadas: la huella genética y el mapa genético.

El ADN permite obtener un mapa genético singular para cada persona, a través del cual pueden detectarse enfermedades hereditarias o predisposiciones patológicas que constituyen los fundamentos biológicos globales de la personalidad del individuo, caracteres que son propios y distintos a los de los demás (salvo en los gemelos univitelinos) y que configuran lo que se ha dado en llamar mapa genético, es decir, toda la información hereditaria de cada persona.

Por el contrario la llamada huella genética no incluye todas las informaciones incorporadas al mapa genético sino solamente las correspondientes a determinados segmentos del ADN que se toman en cuenta exclusivamente en lo relativo a la longitud de su secuencia repetitiva y a la frecuencia de la misma. Con tales factores es posible configurar la denominada «muestra genética» que es diferente para cada persona. De esta manera la comparación de dos muestras puede llevar a la conclusión, con un altísimo grado de fiabilidad incluso superior al de la huella dactilar, de que corresponden a una misma persona. La «huella genética» como dato de identificación es así muy apreciada y valiosa en el campo de la investigación penal. Es para el Tribunal Supremo «exclusiva y excluyente» [STS de 13 de julio de 1992 (RJA 6394)].

Por todo ello, tanto el «mapa genético» como la llamada «huella genética» tienen una aplicación de alta fiabilidad en la identificación del delincuente y «el mapa genético», por su mayor información (al contener los fundamentos biológicos globales de cada persona), puede servir también a otros fines, como el descubrimiento del autor de un delito (identificación), la determinación de su imputabilidad o culpabilidad, el señalamiento de la causa última de una lesión sufrida por la víctima de un delito (enfermedad genética) o la descalificación de algún testigo (alteración de la percepción genéticamente condicionada).

Además esta clase de análisis encuentra otras ventajas:

Tanto para la elaboración del mapa genético como con la huella genética sirve cualquier célula corporal, dado que el material genético de la persona se encuentra en cualquiera de sus células, por lo que la muestra puede ser pequeña y muy variada (extracción o mancha de sangre, semen, cabellos, piel, saliva, incluso la que porta una colilla, mucosidad, incluso la contenida en un pañuelo, etc.).

El análisis del ADN es posible aunque haya transcurrido un periodo de tiempo prolongado, siempre que la muestra se conserve en condiciones favorables.

Sin embargo, junto a las ventajas también se aducen reservas porque el derecho a la intimidad de las personas (art. 18.1 CE) se ve afectado por el uso de los datos del mapa genético y podría llegar a vulnerarse aquel derecho si la utilización de esos datos no se somete a una normativa rigurosa. De ahí la necesidad de establecer controles en los análisis del ADN con objeto de que siempre se concreten a la huella genética o se sometan a estrictas normas para poder extenderse a la configuración del mapa genético.

Los análisis de ADN producen una triple preocupación desde las garantías de los derechos fundamentales: *a)* la obtención de muestras o células que sirvan como base a la investigación genética; *b)* el modo y alcance con que habrá de realizarse dicha investigación (instituciones o personas encargadas y técnicas y campo permitido); y *c)* la forma en que puedan utilizarse sus resultados (ficheros manuales o informáticos de bases de datos y su custodia y uso).

DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS

Derecho a no declarar contra sí mismo (a guardar silencio) y a no confesarse culpable

La toma de muestras (por ejemplo de sangre) para los análisis posteriores no supone injerencia alguna en el derecho fundamental a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE) porque no entraña declaración autoincriminatoria del afectado, y sí sólo la verificación de una pericia técnica de resultado incierto.

Las pruebas de detección de alcoholemia practicadas con la finalidad de garantizar la seguridad del tráfico —dice la STC 161/1997, FJ 7— «no constituyen en rigor una declaración o testimonio, por lo que no pueden suponer vulneración alguna de los derechos a no declarar, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable». Y añade: «Las pruebas de detección discutidas, ya consistan en la espiración de aire, ya en la extracción de sangre, en el análisis de orina o en un examen médico, no constituyen actuaciones encaminadas a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos o su interpretación o valoración de los mismos, sino simples pericias de resultado incierto que, con independencia de que su mecánica concreta no requiera sólo un comportamiento exclusivamente pasivo, no pueden catalogarse como obligaciones de autoincriminarse, es decir, como aportaciones o contribuciones del sujeto que sostengan o puedan sostener directamente [...] su propia imputación penal o administrativa, ya que, según se dijo en la STC 76/1990 respecto de la obligación de exhibir o aportar determinados docu-

mentos contables, con ello quien se ve sometido a esas pruebas no está haciendo una declaración de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad [...]. De ahí que no exista el derecho a no someterse a estas pruebas y sí, por el contrario, la obligación de soportarlas» (STC 161/1997, FJ 7). En el mismo sentido, la Resolución (73) 7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 22 de marzo de 1973. También la STEDH de 17 de diciembre de 1996 (caso Saunders contra el Reino Unido), que en su parágrafo 69 afirma que el derecho a guardar silencio no se extiende al uso, en un procedimiento penal, de datos que se hayan podido obtener del acusado recurriendo a poderes coercitivos pero que existan (los datos) independientemente de la voluntad del sujeto, por ejemplo los documentos obtenidos en virtud de una orden, las tomas de aliento, de sangre, de orina así como de tejidos corporales con la finalidad de un análisis de ADN. Es evidente, por tanto, que los reconocimientos o intervenciones sobre el cuerpo humano con fines de investigación penal no están protegidos por el derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo o a no confesarse culpable.

DERECHOS A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y A LA INTIMIDAD

Según la STC 207/1996, FJ 2, *dentro de las diligencias practicables en el curso de un proceso penal como actos de investigación o medios de prueba —en su caso anticipada— que puedan recaer sobre el cuerpo del imputado o de terceros, resulta posible* distinguir dos clases, según el derecho fundamental predominantemente afectado al acordar su práctica y en su realización:

En una primera clase incluye las denominadas inspecciones y registros corporales, en las que en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (art. 18. 1 CE) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo (v.g.: examen ginecológico) o inciden en la privacidad (intimidad personal). Consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.) de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.). Al referirse a la intimidad corporal (art. 18.1 CE) dice la CE que «está de principio inmune frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo

quiera imponerse *contra la voluntad de la persona*» (STC 37/1989, FJ 7: «exploración ginecológica»).

En la segunda clase contempla las denominadas intervenciones corporales, en las que el derecho fundamental que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física (art. 15 CE), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa. Son las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, TAC, resonancias magnéticas, etc.). El derecho a la integridad física (art. 15 CE) el TC lo entiende como «el derecho de la persona a la incolumidad corporal, es decir, como el derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa *sin su consentimiento*». Y el TC aclara: «El hecho de que *la intervención* coactiva en el cuerpo pueda suponer un malestar (esto es, producir sensaciones de dolor o sufrimiento) o un riesgo o daño para la salud supone *un plus* de afectación, mas no es una condición *sine qua non* para entender que existe una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física» (STC 207/1996, FJ 2: corte de pelo). Las intervenciones corporales se clasifican atendiendo al grado de sacrificio que impongan al derecho fundamental (art. 15 CE), en leves o graves: leves, cuando, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada, como por lo general ocurrirá en el caso de la extracción de elementos externos del cuerpo (como el pelo o las uñas) o incluso de algunos internos (como los análisis de sangre), y graves, en caso contrario (por ejemplo, las punciones lumbares, la extracción de líquido cefalorraquídeo, etc.).

Por consiguiente, el derecho a la integridad física tiene una muy amplia protección, pues rige no sólo frente a actos que puedan suponer un malestar (sensaciones de dolor o sufrimiento) o un riesgo o daño para la salud, sino también frente a los que afecten a la apariencia externa del cuerpo; por ejemplo, el corte de algunos cabellos de la cabeza y de todos los de las axilas (STC 207/1996, FJ 2). En esta ocasión, como en otras, las actuaciones investigadoras sobre el cuerpo afectan no sólo el derecho a la integridad física sino también, y al mismo tiempo, pueden afectar el derecho a la intimidad. Ahora bien; la Constitución garantiza la intimidad personal (art. 18.1), de la que forma parte la intimidad corporal (STC 37/1989, FJ 7). Esta última protege, frente a los actos del poder público, «los sentimientos de pudor y de recato, en tanto respondan a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad», y por esa razón «no pueden entenderse

como intromisiones forzadas en la intimidad corporal aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que (se) operan, o por los instrumentos mediante (las) que se realizan, no constituyen, según un sano criterio (criterio dominante en nuestra cultura), violación del pudor o recato de la persona: valga el ejemplo puesto del corte de cabellos para ser analizados por el Médico Forense (STC 207/1996, FJ 3 A). Sin embargo esa misma actuación sí que puede afectar el derecho a la intimidad personal que es más amplio porque implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana» (privacidad) (STC 207/1996, FJ 3 B). La intervención sobre el cuerpo (v.g.: el corte de cabellos) puede alcanzar a ese derecho (intimidad personal), no ya por el hecho en sí de la intervención (que como hemos visto lo que determina es la afectación del derecho a la integridad física), sino por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas (de las intervenciones corporales) se pretenda averiguar (por ejemplo, lo que quiera conocerse a través del «mapa genético» obtenido tras el análisis del ADN, que luego veremos). Es obvio que también la intimidad personal se ve afectada por una diligencia de entrada y registro en domicilio al invadirse la vida privada e íntima de la persona (privacidad) (STC 22/1984).

Requisitos necesarios para poder limitar los derechos fundamentales

Tanto la STC 37/1989 como la 207/1996 establecen los siguientes:

A) *Fin constitucionalmente legítimo:*

La Constitución (STC 207/1996, FJ 4.º), en sus artículos 15 y 18.1, no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo de los derechos a la integridad física y a la intimidad (a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los derechos a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones —art. 18.2 y 3 CE), mas ello no significa que sean derechos absolutos, pues pueden ceder ante razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la Ley, entre las que, sin duda, se encuentra la actuación del *ius puniendi* (STC 37/1989, FJ 7 y 8).

Así pues, el interés público propio de la investigación de un delito y más en concreto la determinación de hechos relevantes para el proceso penal son, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de una intervención corporal, siempre y cuando dicha medida esté prevista por la Ley, lo cual nos remite a la siguiente de las exigencias constitucionales antes indicadas.

B) *Previsión legal:*

Tal como recuerda la STC 207/1996, FJ 4.º B), «la necesidad de previsión legal específica para las medidas que supongan injerencia en los derechos a la intimidad y a la integridad física está establecida expresamente en el artículo 8 del CEDH, en la medida en que la jurisprudencia del TEDH incluye tales derechos dentro del más genérico derecho al respeto de la vida privada y familiar (Sentencias del TEDH «X. E Y./Holanda», de 26 de marzo de 1985, y «Costello Roberts/Reino Unido», de 25 de marzo de 1993, entre otras; y, también, Decisiones de la CEDH números 8239/78 y 8278/78). En efecto, el apartado 2.º del mencionado artículo 8 expresamente señala que «no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley». Y añade: «toda intervención corporal acordada en el curso de un proceso penal, no puede ser autorizada por vía reglamentaria, sino que ha de estar prevista por la ley». Previsión que se define por las notas de accesible y precisa, esto es, comprensible para el ciudadano en el caso aplicable y concreta en su contenido (STEDH 26 de abril de 1979, caso *The Sunday Times*).

El Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto en ocasiones las carencias de nuestra legislación y, en concreto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la hora de regular las intervenciones corporales que estudiamos. Así, en el supuesto de las exploraciones ginecológicas a los fines de un procedimiento penal, y en relación con el derecho a la intimidad corporal, consideró bastante la previsión legislativa contenida en los artículos 399 y 478 (referida a que los exámenes periciales pueden versar, entre otros extremos, sobre la descripción de las personas), pero ya advirtió que tal habilitación legislativa, por su carácter genérico e indeterminado, no habilitaría una actuación policial aunque sí prestaba fundamento a una resolución judicial (STC 37/1989, FJ 8.º). Y en la STC 207/1996 (FJ 6.º) ha estimado que la orden de corte de cabellos y pelo para ser analizado no tiene cobertura legal en los artículos 339 y 311 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En otras ocasiones reconoció la existencia de habilitación legal suficiente en relación con las injerencias en el derecho a la integridad física (intervenciones corporales) en los procesos civiles de investigación de paternidad: en el artículo 127 del Código Civil, en consonancia con el artículo 39.2 CE (STC 7/1994, FJ 3.º). También lo ha hecho en relación con los sacrificios del derecho a la integridad física en el ámbito penitenciario: en la STC 120/1990 (FJ 8.º), en relación con la asistencia médica obligatoria a internos en huelga de hambre, el Tribunal declaró que venía amparada por el deber impuesto a la Administración penitenciaria de velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia (art. 3.4 LOGP) y en la STC 35/1996 (FJ 2.º) que la

práctica de observaciones radiológicas sobre internos como medida de vigilancia y seguridad tenía su fundamento legal en el artículo 23 LOGP. En las STC 161/1997 y 234/1997 se consideró suficiente la habilitación legal que presta a las pruebas de alcoholemia el artículo 12.3 de la Ley de Tráfico aprobada por Decreto Legislativo 330/1990.

Podrían citarse otras. Pero de lo que no cabe duda es de que nuestro ordenamiento jurídico está necesitado de una regulación legal completa que habilite con seguridad las intervenciones corporales cuando supongan una injerencia en derechos fundamentales. El artículo 785.8.^a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pienso que puede servir —de momento— como habilitación legal para ordenar la extracción de sangre (en el mismo sentido, Herrero Tejedor, Fernando, *La intimidad como derecho fundamental*, Colex, 1998, que cita a Antonio Narváez Rodríguez), pero es necesaria mayor generalidad en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues se trata de un precepto inserto en el procedimiento abreviado. No obstante, rememorando y adaptando una frase de Quintano Ripollés a la cuestión que ahora me ocupa, creo que la ley debe evitar que la actividad acelerada de la ciencia (como la actividad calculadora del delincuente) no sobrepase las previsiones del legislador. Y en este sentido la regulación habilitante que se establezca habrá de cuidar que su amparo sea lo más amplio posible, porque de lo contrario pronto quedará obsoleto o limitará perjudicialmente la labor investigadora de la policía y de los jueces. No se debe olvidar, con los autores antes citados, Herrero Tejedor y Narváez Rodríguez, que el Derecho penal está encaminado a la búsqueda de la verdad material del hecho delictivo y que esta labor deberá realizarse sin obstáculos preestablecidos y artificiales, en el ámbito de la libertad de prueba, sólo limitada por el respeto a la ley y a los derechos fundamentales. Por eso, el derecho debe saber encontrar el equilibrio entre la suficiencia de la habilitación y la previsión bastante.

C) *Jurisdiccionalidad:*

A diferencia de lo que ocurre con otras medidas restrictivas de derechos fundamentales que pueden ser adoptadas en el curso del proceso penal (entradas y registros en domicilio —artículo 18.2 CE—, intervenciones de las comunicaciones —artículo 18.3 CE, etc.), no existe en la Constitución en relación con las inspecciones e intervenciones corporales, en cuanto afectantes a los derechos a la intimidad (art. 18.1 CE) y a la integridad física (art. 18.2 CE), reserva absoluta alguna de resolución judicial, con lo que se plantea el problema relativo a si pueden ser autorizadas, al igual que aquellas otras, sólo por los Jueces y Tribunales, esto es, mediante resolución judicial.

En relación con la práctica de diligencias limitativas del ámbito constitucionalmente protegido el derecho a la intimidad, en la STC 37/1989 dijimos

que era «sólo posible por decisión judicial» (FJ 7.º), aunque sin descartar la posibilidad de que, en determinados casos, y con la conveniente habilitación legislativa (que en tal caso no se daba), tales actuaciones pudieran ser dispuestas por la policía judicial (FJ 8.º).

Esta misma exigencia de monopolio jurisdiccional en la limitación de los derechos fundamentales resulta, pues, aplicable a aquellas diligencias que supongan una intervención corporal, sin excluir, ello no obstante (debido precisamente a esa falta de reserva constitucional a favor del Juez), que la Ley pueda autorizar a la policía judicial para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de actos que comporten una simple inspección o reconocimiento o, incluso, una intervención corporal leve, siempre y cuando se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Este requisito pone más aún de relieve si cabe lo apremiante que resulta la regulación legal de estas intervenciones corporales al ser la ley el instrumento que debe clarificar los supuestos en que pueda intervenir la Policía Judicial o deba hacerlo en todo caso el juez.

D) *Proporcionalidad:*

A tal efecto, los requisitos que conforman la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la proporcionalidad son: que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la ley, que sea adoptada por resolución judicial especialmente motivada en relación a la situación concreta, y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo. A todos ellos hay que sumar los que tienen relación con la integridad física, como son que se practique por un médico o sanitario y que no suponga un riesgo para la salud ni ocasione trato inhumano o degradante (STC 207/1996, FJ 4.º).

OBTENCIÓN DE MUESTRAS

Células corporales: cuando no están en el cuerpo del sometido a ellas

Por lo que se refiere a la obtención de muestras, éstas ofrecen menor problema cuando se encuentran separadas del cuerpo del imputado, por recogerse por ejemplo en el lugar de los hechos (muestras de sangre, cabellos, saliva, pañuelos con mucosidad, etc.), así como células humanas que puedan aparecer en el vestido de la víctima o bien en su cuerpo o en el de terceros. Tales muestras se incorporarán por el Juez al procedimiento en los términos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en la inspección ocular, arts. 326 y ss., en el capítulo referido al cuerpo del delito, arts. 334 y ss., o en

la diligencia de entrada y registro, arts. 545 y ss.), a los efectos de los exámenes periciales pertinentes (art. 478 LECrim).

Células corporales: directamente del cuerpo del imputado o de persona distinta

Cuando los vestigios se toman del propio cuerpo del imputado o de otra persona para contrastarlos con los recogidos en el lugar del hecho la cuestión es más difícil sobre todo cuando no se cuenta con el consentimiento del sujeto pasivo.

La obtención consentida de células no afecta a los derechos fundamentales, a la integridad e intimidad. Dice la STC 234/1997, FJ 9.º, que «si la prueba consiste en un análisis de sangre, que es una intervención corporal leve, es evidente que, *cuando se realice de forma voluntaria*, no se lesiona ni el derecho a la integridad física (art. 15.1 CE) ni el derecho a la intimidad corporal (art. 18.1 CE).

Pero la obtención de la muestra puede ser imperativamente ordenada por el Juez *cuando el imputado, o la persona de que se trate, se oponga*. En tales casos, al afectar a derechos fundamentales, la medida ha de tener una justificación constitucional objetiva y razonable.

Ahora bien; si el sujeto pasivo de la medida acordada se niega a permitir el cumplimiento de la orden del Juez, en nuestro ordenamiento jurídico no parece posible imponerla por la fuerza física: la STC 107/1985, FJ 3.º, al referirse a un análisis de sangre, dice que «*nadie puede ser coercitivamente compelido, con vis física*, a la verificación de este tipo de análisis» (lo que estimo aplicable a todas las diligencias corporales a practicar.

Lo único que podrá hacer el Juez contra la voluntad del sospechoso, cuando aparezca afectado un derecho fundamental, es compeler a la práctica de la diligencia «mediante la advertencia de las consecuencias sancionadoras que pueden seguirse de su negativa» —delito de desobediencia— «o de la valoración que de ésta (negativa) quepa hacer en relación con los indicios ya existentes» —prueba indiciaria— (STC 37/1989, FJ 8.º y STC 161/1997, FJ 6.º).

En relación con la posible valoración de la negativa, baste reiterar las citas anotadas por Jaime Goyena Huerta (*Actualidad Aranzadi*, año 1998, núm. 367) entre las que destaco: la valoración que hace el Tribunal Constitucional sobre la negativa a someterse la inculpada a una inspección vaginal (STC 37/1989), o sobre la negativa a cortarse los cabellos para ser analizados (STS de 2 de diciembre de 1986), o la negativa del acusado a someterse a una prueba de ADN (STS de 4 de octubre de 1994); o la valoración en contra suya del silencio del inculcado cuando existen otras eviden-

cias objetivas contra él (STS de 29 de noviembre de 1997 y las que cita, y la STEDH, de 8 de febrero de 97, caso Murray contra el Reino Unido).

También la negativa del sospechoso a intervenir en alguna diligencia puede ser obviada obteniendo las muestras «*sin su consentimiento*» [lo que quizá sea posible en casos como los estudiados en la STS de 21 de junio de 1993 (RJA 5276) sobre empleo subrepticio de una sustancia para lograr las huellas dactilares del autor del delito, pero será más difícil de imaginar si se trata de obtener células directamente del cuerpo del sospechoso].

CONCLUSIONES

1.^a Es necesaria una urgente regulación legal de la toma de muestras en el cuerpo humano para la investigación penal.

2.^a Debe abordarse con respeto a la libertad de prueba, pero con rigurosa previsión de los requisitos exigidos y de quienes estarán autorizados a ordenarla.

3.^a Debería aprovecharse la reforma para regular ordenadamente toda la materia relativa a las inspecciones e intervenciones corporales afectantes a derechos fundamentales.

4.^a Dada la amplitud de información del mapa genético, es urgente la regulación del alcance de los análisis, la custodia de datos y la forma de utilización de los mismos.

BIBLIOGRAFÍA

Aparte de la Jurisprudencia citada del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para elaborar este trabajo se han manejado los ya mencionados de Fernando Herrero Tejedor y Jaime Goyena Huerta, así como los siguientes:

BUJAR VARELA, María Julia: «Introducción a la biología Criminal», en *Estudios del Ministerio Fiscal*, I, 1994.

GÖSSEL, Karl Heinz: «Investigaciones genéticas como objeto de prueba en el proceso penal», en *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 3, 1996.

ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco: «La protección de los datos de carácter personal en el ámbito de la investigación penal», en *Agencia de Protección de Datos*, 1998.

EL ADN Y LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

FEDERICO BELLO LANDROVE

Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de Salamanca

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PRINCIPIOS, PREJUICIOS, TÓPICOS Y FALACIAS: 1. *Lo penal y lo civil: ¿Qué merece mayor protección y severidad en la investigación?* 2. *El reino de las presunciones: Facilidades e insatisfacciones.* 3. *Acción y reacción: Reclamación e impugnación de la paternidad.* 4. *Verdad material «versus favor filii». ¿La verdad nos hace libres?* 5. *El «principio de prueba»: Sí, no y ni sí ni no.*—III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN. EL TEMA ESTELAR: OBLIGATORIEDAD: *La evolución en España. Breve ojeada en la situación fuera de España. Obligatoriedad de las pruebas biológicas de paternidad.*—IV. ALGUNOS TEMAS CONCRETOS, MÁS O MENOS POLÉMICOS: *Pruebas biológicas sobre cadáveres. Pruebas sobre menores e incapacitados. Obtenciones irregulares de muestras. Utilización del ADN conseguido para otros fines. El requerimiento a terceros: El caso del «pluriconcubio». Negativa justificada a someterse a las pruebas biológicas. El puente entre lo civil y lo penal: Artículo 193 del Código Penal.*—V. DEL PRESENTE, AL INMEDIATO FUTURO: *Necesidad de una regulación por Ley Orgánica. Valor, hasta cierto punto, de los mecanismos presuntivos e indiciarios. La libertad como criterio: Flexibilización de su valor. El futuro del ADN: La «huella digital» del siglo XXI.*—V. NOTA BIBLIOGRÁFICA.



I. INTRODUCCIÓN

Las pruebas de ADN se están generalizando en los Tribunales españoles, tanto del orden civil como del penal. Ante la jurisdicción civil, su utilización es ya frecuente en materia de investigación de la paternidad, donde en los últimos cinco años aproximadamente han sustituido a las prueba de grupos sanguíneos, que ostentaron la primacía entre las biológicas durante más de una década. Las características de sencillez, exactitud y relativa baratura de las pruebas de ADN han ido convenciendo de su uso a Jueces y partes, hasta el punto de ser un episodio casi inevitable de los procesos de reconocimiento e impugnación de la paternidad/maternidad, bien la realización del pertinente análisis, bien la negativa a someterse a él del requerido para ello.

La necesaria intervención de los Fiscales en los procesos sobre filiación nos pone en contacto frecuente con las pruebas de ADN. Esta familiaridad nos impulsa a solicitar su práctica en muchos casos, al tiempo que nos pone en contacto con hechos y circunstancias relativos a las mismas que impulsan nuestra reflexión. Las páginas que siguen no tienen otro objetivo que el de llevar al papel, para compartirlas, algunas de esas reflexiones y experiencias, procurando un equilibrio entre el tono crítico y la pura constatación de la realidad.

II. PRINCIPIOS, PREJUICIOS, TÓPICOS Y FALACIAS

Dedico este apartado a reflexionar o sugerir, con un punto de provocación, ideas o valoraciones generales, que suelen ser utilizadas al abordar las pruebas biológicas en sede de investigación de la paternidad.

1. Lo penal y lo civil: ¿qué merece mayor protección y severidad en la investigación?

Es frecuente apoyar con más énfasis la amplitud y obligatoriedad de las pruebas en la materia penal que en la civil (1). En tal sentido, puede discutirse si los criterios a que se llegue por los penalistas en cuanto al uso de las pruebas biológicas en la investigación de los delitos pueden ser aplicados analógicamente al campo civil de la filiación.

Creo que no debe sostenerse a este respecto una postura rígida, por más que, desde nuestras naturales tendencias de Fiscales sureuropeos, mostremos una cierta predilección general hacia el mayor rigor de las pruebas en el campo penal:

Numerosos delitos presentan un nivel modesto de reprochabilidad social, por más que limitemos las pruebas-límite a las infracciones más graves (por ejemplo, los delitos reputados *graves* por el Código Penal).

Por el contrario, los valores e intereses en juego en muchos sectores del Derecho privado (cual es el de la paternidad) impulsan tendencias inquisitivas y rigoristas en orden a la prueba.

La experiencia y los valores de ciertas sociedades llevan a no ver con buenos ojos la exacerbación probatoria en el campo penal, mientras desconfían mucho menos de las pruebas-límite, cuando se debaten derechos privados en un plano de igualdad entre las partes (2).

Hay países (como España) en que se ejercitan en un mismo proceso acciones penales y civiles (ver especialmente art. 193 CP). Este *punteo* procesal aconseja no regular la prueba de manera francamente diversa en cada uno de los dos sectores de la misma causa.

Por todas esas razones, entre otras, me parece oportuno no alejar el tratamiento de las pruebas biológicas para la investigación de la paternidad, del que se haga en materia penal.

2. El reino de las presunciones: facilidades e insatisfacciones

Cuando apareció la STC 7/1994 (3), muchos pensamos que había creado un falso problema en un terreno pacíficamente regulado por el juego de las

(1) (HERRERO); (OCAÑA, 2).

(2) (LLEDÓ y ROMEO), para los Estados Unidos.

(3) STC 7/1994, de 17 de enero (Ponente, Rodríguez-Piñero); en lo sucesivo, en notas (sentencia).

presunciones (4). A fin de cuentas, se dijo, la paternidad puede establecerse sobre la base de presunciones, una de las cuales bien puede ser la de negarse a las pruebas biológicas. En cambio, el proceso penal sí que necesita apoyarse en la obligatoriedad de las pruebas, dado que no caben en él las presunciones.

Con haber en esas reflexiones mucho de verdad, no puede negarse que suponen una visión exagerada y poco profunda de la realidad que subyace a todas estas estructuras procesales:

Por una parte, ninguna rama del Derecho (ni siquiera el penal) puede sustraerse a una cierta relevancia de las presunciones, llámense inferencias, indicios, presunciones *facti*, principio *pro reo* o como se quiera. Me parece que no es cuestión de sí o no, sino de cuánto y de matiz garantista.

De otro lado, ninguna parcela jurídica puede vivir de espaldas a los principios generales de carga de la prueba y de búsqueda rigurosa de la verdad objetiva; tampoco el Derecho civil, y menos aún en materia tan esencial y preñada de consecuencias como es la relación paterno-filial.

En esto estriba, precisamente, el fracaso de un sistema probatorio basado en presunciones. Los demandantes (madres, hijos) más dignos de respeto no quieren salir del proceso *con un padre o una madre*, sino *con su padre o su madre*. No se trata, sin más, de anudar una relación de filiación con sus oportunas consecuencias económico-sociales: se trata, también y quizá básicamente, de deducir los efectos afectivos y hasta médicos, que nunca podrán satisfacerse con una paternidad o maternidad lograda «por presunciones».

3. Acción y reacción: reclamación e impugnación de la paternidad

La utilización de las pruebas biológicas para investigar la paternidad ha contado con la fervorosa adhesión de muchos, no tanto por razones de modernidad o veracidad, sino porque suponía un arma formidable en la lucha por conseguir que los padres (en mucha menor medida las madres) cumplieran con sus deberes jurídicos. Se trataba de reducir la superioridad de los fuertes (padres), frente a los débiles (madres, hijos), en una línea de pensamiento fundamentalmente justa, pero que recordaba demasiado a planteamientos extremistas de lucha de clases o de sexos.

Como era de suponer, la admisión de las pruebas biológicas se ha producido de forma perfectamente igualitaria y simétrica, tanto para las acciones

(4) Comentarios de esta STC e ideas interesantes para este apartado, en (RIVERO, 2), (OCAÑA, 1) y (OCAÑA, 2).

de reclamación o reconocimiento de la paternidad (y la maternidad), como para las impugnatorias de la misma (5). Y así, su generalización ha producido efectos (aunque *cuantitativamente* muy desiguales), no sólo *contra* los padres desaprensivos, sino *a favor* de los padres burlados o de pantalla. En consecuencia, este formidable instrumento de la lucha por la igualdad y la justicia se ha constituido, antes que nada, en un arma en pro de la verdad.

4. Verdad material versus *favor filii*. ¿La verdad nos hace libres?

Cuando se ha producido la implantación del sistema de libertad de prueba en materia de filiación en España, no se ha pasado de la falta de regulación a la juridicidad, sino de un sistema de determinación de la filiación a otro; de un sistema de prueba tasada y de presunciones, a otro que admite las pruebas biológicas. Así, éstas se constituyen en la clave de unas formulaciones que se consideran más justas y científicamente válidas para nuestro tiempo y nuestra sociedad. «La clave», pero no todo el arco de la filiación, pues siguen perviviendo presunciones, limitaciones probatorias y, por supuesto, otras pruebas no biológicas. A fin de cuentas —como casi siempre— se robustecen unos principios y sistemas y se debilitan o periclitán otros. El sistema denominado del *favor filii* (construido, principalmente, sobre la presunción *pater is est, quem iustae nuptiae demonstrant*) va cediendo en favor del de *prueba directa*, a cargo, preferentemente, de las pruebas biológicas (6).

La mayor superioridad de un sistema sobre otro se da en términos de verdad material. La pregunta es, por supuesto, si la verdad *biológica* es generalmente preferible a la nacida de presunciones *ratione familiae*. Parafraseando la frase bíblica, podríamos inquirir si los padres y los hijos adquirirán mayores cotas de seguridad y felicidad con el sistema de la verdad material o, incluso, si lograrán esos objetivos llevando la investigación de la paternidad hasta los últimos extremos. Me parece que nadie puede dar una respuesta firme y plenamente válida. Seguramente, basta con que el Derecho ofrezca medios para conseguir resultados generalmente satisfactorios. De cómo,

(5) (OCAÑA, 2).

(6) (CARRACEDO y GUILLÉN), sobre la exactitud; (ÁLVAREZ), sobre historia, exactitud y tests; (VEIGA), para principios y exactitud; (GIL), sobre exactitud y ventajas del ADN; (OCAÑA, 2), para límites morales y jurídicos, en Derecho común y catalán; SSTs de 29 de noviembre de 1995 (99,99 por 100 de probabilidad) y 3 de diciembre de 1996 (99,998 por 100); STS 30 de enero de 1993, sobre primacía de las pruebas biológicas concluyentes sobre las presunciones *pro filio*. La prioridad de la verdad biológica sobre la ficción matrimonial, aunque la impugnación corra a cargo de la madre, ha sido reconocida también por el TEDH (S de 27 de octubre de 1994, caso Kroon y otros vs. Países Bajos).

cuándo y por qué los utilicemos, seremos los usuarios del Derecho los verdaderos responsables.

5. El «principio de prueba»: Sí, no y ni sí ni no

La necesidad de acompañar las demandas de reclamación de filiación de un «principio de prueba» (art. 127.2 CC) puede haber sido una pudorosa norma transitoria, para hacer más digerible la *revolución copernicana* de la reforma de filiación de 1981 (7). De hecho, supone una exigencia un tanto insólita en nuestro Derecho procesal, desde luego, no homologable a la de que con la demanda se acompañen aquellos documentos en que la parte funde su derecho. Parece abonar esta interpretación *pro cautela* el que Derechos históricamente más proclives a la investigación libre de la paternidad (como el catalán) no hayan sentido la necesidad de exigir un «principio de prueba» con la demanda.

Lo que resulta menos de recibo es que el Tribunal Supremo se haya *metido a redentor* de hijos sin padre, reduciendo prácticamente a la nada la susodicha exigencia legal. Entre otras cosas, porque puede haber logrado en ocasiones efectos totalmente contraproducentes. Hay quien piensa que buena parte de las reticencias a consagrar una verdadera obligatoriedad de las pruebas biológicas, o —cuando menos— a dar a la negativa injustificada un efecto prácticamente decisivo en contra del reticente, se deriva de la facilidad con que se admiten las demandas en materia de reconocimiento de la filiación.

Yo me inclino por suprimir, a estas alturas, el requisito del «principio de prueba», pero entiendo que la modificación debe venir por vía legislativa y previa valoración de los efectos indeseados que la reforma pudiere ocasionar.

De valores y de disculpas: Intimidad, integridad, salud, libertad

Aunque ya es materia en parte superada, debemos recordar que la práctica de las pruebas biológicas fue objeto de acerbos críticas, como presuntamente contrarias a valores constitucionales. Se dijo que contrariaban el derecho a no declarar contra sí mismo o declararse culpable; que eran opuestas a la intimidad, la integridad o la salud; que suponían un trato degradante; en

(7) Sobre el *principio de prueba*, (sentencia), que también cita STC de 15 de marzo de 1989; (IBÁÑEZ): conveniencia de potenciarla hasta una «especie de antejuicio»; (O'CALLAGHAN, 2): importancia y jurisprudencia; para Cataluña, STSJ Cat. de 19 de junio de 1998.

suma, que sólo debían utilizarse en caso de libre consentimiento del afectado por ser, en otro caso, un atentado intolerable a la libertad (8).

Es frecuente que la Constitución se invoque de forma ambigua, dispersa, fuera de espíritu y de contexto y, por supuesto, por quienes menos pretenden la ley y la justicia. En este caso, me parece que los progresos en la toma de muestras de ADN ha reducido a la nada (o al ridículo) las invocaciones de la integridad, la salud o el trato degradante. No sé si debiera correr la misma suerte la referencia a la *intimidad*, pese a las reticencias del Tribunal Constitucional al respecto, con discutible semántica. En cambio, el propio Tribunal Constitucional ha sido menos puntilloso, a la hora de entender inaplicable a supuestos análogos el principio de no declarar contra uno mismo. ¿Qué queda, pues, como base para oponerse a la obligatoriedad *manu militari* de las pruebas biológicas?

Entiendo que la respuesta (con todo lo ambigua y discutible que ella sea) es: El valor de la libertad. Libertad para no aportar al proceso lo que perjudique, lo que tenga que ver con el propio cuerpo. Libertad con responsabilidad: por eso, no hay estricta obligatoriedad, pero sí *carga* o consecuencia legal de la negativa. Libertad, en fin, que parece tolerarse, mientras una ley no disponga otra cosa, y en la medida en que los indicios y las presunciones vengán en ayuda de una prueba que pudiera convertirse en diabólica.

El efecto de las cerezas: Sexualidad, familia, paternidad legal

El robustecimiento de la investigación de la paternidad (cuya llave científica han sido las pruebas biológicas) debe incardinarse en un determinado modelo de sexualidad y de familia. Quienes piensan que el Derecho y la justicia empezaron en 1981 en la filiación española olvidan que, con todo el anacronismo que se quiera, el modelo de paternidad basada en presunciones y relativamente alejada de la investigación respondía a un cierto tipo de sexualidad y, sobre todo, a un cierto tipo de familia, basada en el matrimonio y construida en torno a la patria potestad y la disparidad jurídica de los sexos.

Cuanto potencie la investigación de la paternidad tenderá a configurar la sexualidad en términos de responsabilidad (o de métodos anticonceptivos) y a robustecer un modelo de familia (mejor, de relaciones parentales) inspiradas en el hecho, no en el matrimonio (9). No creo que sea casualidad la coincidencia

(8) (Sentencia): enfoque de colisión entre derechos; (DÍAZ CABIALE): poca entidad; (RIVERO, 2): mínima repercusión; STS de 28 de abril de 1994: no hay atentado a la intimidad, pues la discreción y la reserva se respetan con estas pruebas; (instrucción), con un ponderado, aunque algo tímido, estudio de muchos de estos valores.

(9) Aproximación y sugerencias, en (OCAÑA, 1), 576 y s.

cronológica de la investigación de la paternidad, el desarrollo de la Biología, la decadencia del matrimonio y la generalización de técnicas anticonceptivas. Sin duda que la equiparación jurídica de los sexos y la quiebra del modelo patriarcal de familia completan la superestructura axiológica del cuadro.

III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN. EL TEMA ESTELAR: OBLIGATORIEDAD

Evolución de la situación en España

El Derecho civil común español acoge las pruebas biológicas con la reforma de la filiación operada por la Ley de Reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981, que es considerada, a su vez, consecuencia de la postura constitucional ante el tema (art. 39.2 CE). El artículo 127 del Código Civil rompe con una tradición secular y consagra la libre investigación de la paternidad mediante toda clase de pruebas, *incluso las biológicas*. Ello no quiere decir que se descarten las pruebas indirectas, como la tradicional de la *posesión de estado* (art. 135 CC), ni que se excluya en la materia el uso y valor generales de la prueba de presunciones (arts. 1.255 y concordantes CC) (10).

A partir de la nueva regulación del Código Civil, la Sala 1.^a del Tribunal Supremo elabora una jurisprudencia que puede llegar a sorprender por su fijeza, pese al número creciente y amplio de sentencias emitidas sobre el tema (11). En esta doctrina legal (que, a partir de mediados de los ochenta, se integra con no menos de doscientas Sentencias) va adquiriendo papel protagonista la cuestión de qué valor conceder a la negativa del presunto progenitor a someterse a las pruebas biológicas (primero, de grupos sanguíneos; después, de ADN). Los principios rectores de la jurisprudencia al respecto pueden sintetizarse de la siguiente forma:

Se reconoce a las pruebas biológicas el valor de principal (si no única) prueba directa de la paternidad, con rasgos de certeza que llegan a rozar la exactitud científica.

(10) (LLEDÓ y ROMEO), OCAÑA, 1); (ÁLVAREZ), especialmente, para el Derecho catalán. *Código de Familia de Cataluña* (Ley catalana 9/1998, de 15 de julio), exposición de motivos y arts. 87 y ss., recopilando sustancialmente la Ley catalana de Filiaciones de 1991.

(11) (LLEDÓ y ROMEO); (ÁLVAREZ; (RIVERO, 1); (O'CALLAGHAN, 1); (GIL); especialmente, (O'CALLAGHAN, 2), págs. 99 a 302. No suele ser citado —y es interesante— el ATC de 27 de enero de 1992.

Ese valor, sin embargo, no altera los principios generales en materia de prueba, como son la admisión de cualquiera otra útil y pertinente, la libertad de apreciación y la valoración conjunta.

La imposibilidad de que el Tribunal pueda obligar a nadie a someterse a pruebas biológicas, si no se cuenta con su expreso consentimiento.

La valoración de la negativa injustificada a dicho sometimiento como un indicio significativo y vehemente de la paternidad discutida, aunque no a título de presunción *iuris*, ni de *ficta confessio*, hasta el punto de necesitar de otras pruebas o indicios coincidentes y adicionales.

Las pruebas biológicas pueden ser solicitadas por cualquiera de las partes (incluido el Fiscal), o acordadas de oficio por el Tribunal, como diligencias para mejor proveer.

Caso de colisión de las pruebas biológicas (verdad material) con las indirectas y de presunciones (*favor filii*), ceden éstas en beneficio de aquéllas, por ser las más seguras para la exactitud del resultado.

Finalmente, y en cuanto al *principio de prueba* (art. 127.2 CC), se reduce a una cierta coherencia, verosimilitud o mínima racionalidad del *factum* de la demanda, que será objeto posteriormente de acreditación durante el periodo probatorio.

La situación parece experimentar un giro al entrar decididamente en escena el Tribunal Constitucional (12). Este Tribunal había tenido ocasión de pronunciarse de manera relevante en cuestiones de utilidad analógica para la que estudiamos, como la de las pruebas de alcoimetría de conductores (SSTC 100, 103, 145 y 148 de 1985), y de reconocer la validez de las pruebas biológicas de investigación de la paternidad y el obstruccionismo que solía evidenciar la negativa a someterse a ellas (AATC 103 y 221/1990 y de 27 de enero de 1992). Pero su irrupción resultó espectacular en su STC 7/1994, de 17 de enero, que supuso un cuerpo de doctrina cuyas bases pueden esquematizarse como sigue:

Constitucionalidad de las pruebas biológicas de investigación de la paternidad (en aquel caso, todavía, la de grupos sanguíneos), con base en los artículos 39.2 de la Constitución Española y 127 del Código Civil, entendiendo completamente proporcionado y necesario el sacrificio que sufren algunos bienes jurídicos como la intimidad.

Consiguiente obligación de las partes de someterse a las citadas pruebas, cuando se acuerden judicialmente, conforme a los principios de motivación, proporcionalidad y necesidad.

(12) (Sentencia), incluido el voto particular de Cruz Villalón.

Posibilidad de negarse a la prueba, sin consecuencias negativas, cuando haya algún motivo justificado, por ejemplo, de salud o de falta de otros indicios razonables de paternidad.

Finalmente, valoración de la negativa injustificada como dato sustancial para inferir de él la paternidad, evitando la indefensión de la parte contraria, forzada en otro caso a una auténtica *probatio diabolica*.

En cualquier caso —y ésta es la clave de la poca relevancia práctica de la sentencia—, no se atrevió a forzar el sometimiento a la prueba, *manu militari*, del demandado, frente a la postura más decidida del voto particular que se formuló a la postura mayoritaria del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional no ha tenido ocasión de perfilar o endurecer más su postura en materia de prueba de filiación, pero sí ha realizado algunos pronunciamientos en temas próximos, entre los que merecen destacarse los siguientes:

Las pruebas biológicas en sede de investigación penal (STC 207/1996), donde ha resaltado exigencias tales como la gravedad del delito investigado, la necesidad y proporcionalidad de la prueba, la precisión de una Ley (Orgánica) que expresamente prevea y regule su práctica, y la relativa operatividad del consentimiento del inculcado (que no puede, por sí solo, integrar la falta de los demás requisitos *ad validitatem*).

Al aceptar la constitucionalidad del artículo 380 del Código Penal (SSTC 161 y 234/1997), admite la posibilidad de sancionar penalmente la negativa injustificada a las pruebas de intimidad corporal, haciendo realidad, cuando la Ley penal expresamente lo establezca, la posibilidad de punición por desobediencia que, con cierta precipitación, apoyó en 1988 la FGE (Instrucción 6/1988, de 12 de diciembre).

La falta de «decisión» del Tribunal Constitucional y de los Tribunales ordinarios ha determinado que las aguas volvieran a su cauce, y la jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo (13) no ha sufrido significativas modificaciones respecto de lo establecido hasta 1994. Si acaso, pisa más firme en materia de constitucionalidad y fortalece la transcendencia de la

(13) (HERRERO), a propósito de la STC 207/1996; (GOYENA); (DÍAZ CABIALE); (ÁLVAREZ); (RIVERO, 2), (VEIGA), (O'CALLAGHAN, 1); (GIL); especialmente, (OCAÑA, 2); (O'CALLAGHAN, 2). Las SSTS esenciales acerca del tema análogo de las alcoholometrías a conductores son la 100, 103, 145 y 148/1985, sobre la constitucionalidad de las pruebas, y las 161 y 234/1997 sobre la constitucionalidad del artículo 380 del Código Penal. En cuanto a las pruebas biológicas sobre paternidad y los efectos de la negativa a someterse a ellas, podemos cifrar en más de un centenar el número de SSTS sobre la materia en la última década.

negativa injustificada a las pruebas biológicas. En esto también se ve ayudada por la paulatina generalización de las pruebas de ADN, cuya sencillez, exactitud y relativa baratura las hacen cada vez más convenientes y menos rehuibles, si no es por razones de ocultación de la verdad.

Lamentablemente, todo el periodo que examinamos, y que ya va camino de durar dos décadas, no ha alumbrado la conveniente, por no decir necesaria, Ley que regule con la debida precisión (quizá no haga falta mucha) los supuestos, el procedimiento y la obligatoriedad de las pruebas biológicas. En 1995, el Grupo Popular presentó en el Congreso de los Diputados una Proposición de Ley al respecto, que no logró el respaldo mayoritario de la Cámara. Desde luego, poco hubiera resuelto en materia civil, ya que la investigación de la paternidad sólo figuraba en el título de la Proposición, que luego se olvidaba de ella en su articulado. Y, por si fuera poco, presentaba las pruebas biológicas en materia penal y de filiación como no obligatorias, ya que era requisito necesario de su práctica el consentimiento del afectado (14).

Así, la referencia a otras disposiciones legales tiene un carácter meramente puntual y no siempre muy útil (15). Podemos aludir al interés de la Ley Orgánica 1/1982, en cuanto al concepto y alcance de la intimidad personal; la Ley Orgánica 5/1992, en materia de consentimiento *ad hoc*; o la Ley Orgánica 1/1996, en orden al valor de la audiencia del menor con suficiente discernimiento. A nivel de Cataluña, y con bastante interés como modelo, debemos recordar la Ley de Filiaciones de 1991, incorporada al Código de Familia de Cataluña (Ley 9/1998, de 15 de julio), con su amplia regulación de las presunciones de filiación y la limitación de las pruebas biológicas en materia de reproducción asistida.

Tampoco parece que la normativa internacional suponga en esta materia para España obligaciones de aplicación directa o de transposición. En el apartado que sigue pasaré revista a algunos textos de interés, sobre la base de los materiales amablemente proporcionados para este trabajo por la Secretaría Técnica de la FGE (16).

Breve ojeada a la situación fuera de España

En *Francia*, una Ley de 29 de julio de 1994 sanciona que, en materia civil, el estudio genético de las características de una persona sólo podrá efectuarse a efectos identificativos, por mandato del Juez competente, previo

(14) (Proposición).

(15) (ÁLVAREZ); (GIL); *Código de Familia de Cataluña*.

(16) Además: (CARRACEDO), (LLEDÓ y ROMEO); sobre todo (GIL).

expreso consentimiento de la persona, y para aclarar una relación de filiación litigiosa o para establecer y retirar pensiones.

El Consejo de la *Unión Europea* (9 de junio de 1997) ha recomendado pasar al sistema de ADN para establecer unas bases de datos nacionales, con control público, que afectaría a los sospechosos y condenados por los delitos más graves, con posibilidad de intercambio con los demás países de la Unión Europea. Se exigirá que los datos que figuren sean los indispensables para la identificación de la persona.

El *Informe Rothley* para las *Comunidades Europeas* (1989), alegando riesgos genéticos, reduce estas pruebas a casos excepcionales y por orden judicial. Entre los casos posibles incluye los ámbitos penal y de paternidad a efectos puramente identificativos («huellas dactilares genéticas», no un análisis a fondo del genoma). Fuera de esos casos, debe exigirse consentimiento del afectado. En todo caso, debe existir la garantía de análisis de las pruebas en Institutos de Medicina Legal.

En los *Estados Unidos* la mayoría de los Estados admiten la prueba de ADN identificativo en materia de investigación de la paternidad, en tanto que bastantes menos la admiten, también, como técnica de investigación penal. Por supuesto, en estos casos se prescinde del consentimiento del afectado.

En países como *Alemania*, *Austria* o *Dinamarca*, así como otros americanos, se admite la obligatoriedad de la prueba genética *manu militari*, incluso en investigación de la paternidad. En *Suiza* la obligatoriedad se limita a sancionar con multa coercitiva o como autor de delito de desobediencia a quien se niega injustificadamente a la prueba.

El *Consejo de Europa* (reunión de Estrasburgo, 1991) consagró la regla general de que los datos genéticos no se usen para otros propósitos que los autorizados por el interesado, salvo que esté en juego la salud del mismo individuo.

El Consejo de Ministros del *Consejo de Europa* [Recomendación (81) 1, de 23 de enero de 1981] reguló por vez primera los bancos de datos médicos automatizados, exigiendo, entre otras cosas, el consentimiento expreso y consciente del afectado para que dichos datos se comuniquen a otros efectos, no perdiendo su confidencialidad, a no ser que una disposición legal exprese lo autorice.

Recomendación (97) 5, de 13 de febrero de 1997, del Consejo de Ministros del *Consejo de Europa*, que amplía y reforma la anterior, en materia de bancos de datos de finalidad médica. Es muy valiosa por lo extensa, y entre otras declaraciones de interés contiene las siguientes: a) La recogida y tratamiento de datos tiene siempre fines determinados, entre los que pueden estar los penales y los judiciales, siempre que lo autorice una ley *ad hoc* y no pasen de lo meramente identificativo. b) El consentimiento del afectado debe ser

informado a aquél o a su representante legal. c) El consentimiento debe ser libre, expreso y fundado, a cargo del afectado o su representante legal. d) La confidencialidad no puede quebrantarse sin consentimiento del afectado, más que en casos legales, como por razones penales o de protección de derechos y libertades de terceros.

Puede también recordarse la relevancia justificativa de la Convención de Derechos del Niño de las *Naciones Unidas*, de 20 de noviembre de 1989; así como la jurisprudencia del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* sobre prioridad de la verdad biológica sobre las presunciones en materia de paternidad (S de 27 de octubre de 1994, *caso Kroon y otros* contra los Países Bajos).

Obligatoriedad de las pruebas biológicas de paternidad

En los dos apartados anteriores ha quedado ya dicho bastante sobre la cuestión de la obligatoriedad de estas pruebas, que se ha constituido en la cuestión estelar del tema en España (no menos de un centenar de Sentencias de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo lo han abordado en los últimos diez años). Probablemente haya contribuido a ello la frustrante STC 7/1994, ya citada, con su ambigüedad calculada, y la postura un tanto pacata de los Tribunales ordinarios, facilitada por el juego de las presunciones (17).

En cualquier caso, es llano para la jurisprudencia y doctrina españolas la conveniencia de no llevar la obligatoriedad hasta el empleo de la fuerza con los recalcitrantes. Es una postura que no parece ajustarse al Derecho comparado ni a la doctrina del Tribunal Constitucional, y que, entre otras cosas, parece estar esperando a que una Ley Orgánica permita expresamente la violencia compulsiva. A fin de cuentas, el empleo de la fuerza pudo haber sido excesivo y poco eficaz en la práctica cuando las pruebas biológicas suponían una manipulación corporal de cierto calado (por ejemplo, extracción de sangre). Pero ahora que el ADN puede obtenerse de muestras tan «superficiales» como unos pelos, un poco de saliva o unas escamaciones de la piel, no parece que la *intimidad* corporal deba tener mayor protección ni alcance que la que suponen las cartas o documentos que los ciudadanos deben aportar obligatoriamente a los Tribunales a requerimiento de éstos.

(17) Sobre la actuación *manu militari*: (sentencia), incluido su voto particular; especialmente, (RIVERO, 2); (VEIGA); (O'CALLAGHAN); (OCAÑA, 1); interesante (GIL); importante (instrucción). La postura del Tribunal Supremo es unánimemente contraria a cualquier tipo de actuación violenta.

En cuanto a repercusiones penales (o de multas coercitivas, etc.) del requerimiento judicial desatendido, tampoco parece que hubiera dificultades insalvables, una vez que se reconoce la obligatoriedad de la prueba. No obstante, se ha señalado la poca utilidad de estas medidas cuando está en juego un riesgo bastante más ominoso, como pudiera ser el de *cargar con un hijo* no deseado. Por otra parte, el ejemplo del artículo 380 del Código Penal de 1995 (o el menos próximo del delito de «impago de pensiones») parece apuntar a que, en estos casos dudosos, vale más excederse en el respeto al principio de legalidad que quedarse corto. Sea como fuere, es lo cierto que tampoco los Tribunales españoles parecen inclinados a sancionar penal o disciplinariamente la negativa injustificada a someterse a pruebas biológicas.

Consecuentemente, la supuesta obligatoriedad de estas pruebas es, más bien, una *carga*, cuyo efecto es el de generar presunciones o indicios en contra de quien no acepta someterse a ella. Y así parece que seguirá la situación, hasta que rompa por alguna de estas vías: o su regulación expresa por Ley Orgánica, o el establecimiento de la identificación general de los ciudadanos, no por huellas dactilares, sino mediante el ADN.

IV. ALGUNOS TEMAS CONCRETOS MÁS O MENOS POLÉMICOS

Para no desviarme de mi propósito de brevedad y practicismo, aludiré solamente a cuestiones que he encontrado abordadas en los textos, Sentencias y autores consultados para confeccionar esta ponencia.

Pruebas biológicas sobre cadáveres

Una de las posibilidades abiertas por el ADN es la de determinar la paternidad de personas fallecidas mediante la toma de muestras sobre cadáveres, y el consiguiente análisis de las mismas, que resulta válido aunque los restos sean muy antiguos (18).

Creo que la práctica de los Tribunales españoles no suele encontrar obstáculo jurídico para acordar la práctica de esta prueba, sin recabar el consentimiento de persona alguna. A fin de cuentas, los difuntos carecen de voluntad, y ésta no puede transferirse a estos efectos a familiares o herederos, entre otras cosas, porque suelen ser parte interesada en los procesos de filiación.

(18) (SANCHO y ALONSO); (OCAÑA, 2).

Pruebas sobre menores e incapacitados (19)

Algunos textos internacionales apuntan la posibilidad de que los menores e incapacitados puedan dar válidamente su consentimiento en estas materias, si gozan del debido juicio o discernimiento. No creo que sea ello aplicable a la realidad jurídica española, salvo el supuesto de incapacidades parciales que no comprendan materias familiares y personales del tipo de las implicadas en estas pruebas y sus eventuales repercusiones. En cuanto a los menores, entiendo que las tesis del *desarrollo evolutivo* que inspiran nuestra Ley de Protección Jurídica del Menor no pueden ir más allá de su audiencia, si tuvieran suficiente juicio, sin que tal audiencia pueda ser tomada como consentimiento, en una materia tan transcendental y compleja como la filiación.

En consecuencia, suele entenderse que el sometimiento de menores e incapacitados a pruebas biológicas para la impugnación o reconocimiento de la filiación debe ir precedido de algún tipo de autorización o consentimiento habilitante, que sustituya el que dichas personas no pueden, por Ley (y, en su caso, Sentencia) válidamente prestar. Ahora bien, ¿qué línea sustitutiva seguiremos, la pública o la de la representación legal?

Al no haber regulación específica, resulta más seguro utilizar la línea ordinaria: consentimiento de los representantes legales (si hay discrepancia entre los padres, habrá de decidir el Juez) y, caso —frecuente en estos procesos— de intereses contrapuestos con los del menor o incapaz, se nombrará un defensor judicial. Por otra parte, esta solución es coherente con la facultad de iniciativa y representación que en estos procesos tienen los representantes legales, cuando están interesados menores o incapacitados.

Dado el carácter de los intereses en juego y la más que frecuente tensión entre los representantes legales, y de alguno de éstos con el incapaz o menor, se ha considerado la conveniencia de sustituir en estos casos el consentimiento del afectado por la autorización o aprobación judicial, previo dictamen del Fiscal. Éste sería el encargado de representar al menor o incapacitado, cuando menos, en caso de inexistencia o colisión de intereses del representante legal.

La aplicación a la resolución de este tema de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, introduce importantes matices en los casos en que el Juez considere que aquél tiene suficiente juicio para ser oído, por sí o a través del portavoz o representante *ad casum* que designe. En tales casos,

(19) (OCAÑA, 2); importante, (recomendación); STS (1.ª) de 5 de junio de 1997; Ley Orgánica 1/1996, especialmente exposición de motivos y artículo 9; (jornadas), especialmente punto I.A.1.

la discrepancia del menor con su representante obliga al Juez a tomar la decisión final, teniendo siempre como norte el interés del menor. Por supuesto, si éste se niega a someterse a la prueba, gozará del mismo derecho de no ser forzado a ella que los adultos, pero también su negativa «injustificada» podrá ser negativamente valorada, como indicio muy cualificado *pro paternitate*.

Obtenciones irregulares de muestras

Es rumor muy extendido que, para tener un buen conocimiento previo del asunto, se están empleando detectives privados para obtener muestras de ADN analizables, sin que el afectado se percate de ello (mediante colillas, tazas, cubiertos, etc.). La falta de autenticidad de tales tomas de muestras impide generalmente aportarlas como prueba al proceso civil. Por el contrario, en materia penal, la recogida de huellas y cuerpo del delito, cuando no la actitud «perspicaz» de la Policía o los Instructores, ha motivado la aportación de muestras de identificación biológica, cuya licitud ha sido discutida incluso por la Sala 2.^a del Tribunal Supremo (20).

En mi opinión (y a los solos efectos de probar la filiación), hay que distinguir claramente los casos de muestras obtenidas de manera casual o subrepticia, de los de empleo de violencia o intimidación. Estos últimos deben ser totalmente descartados, en atención no sólo a lo discutible de la *manu militari* en estos temas, sino al hecho de que las muestras civilmente utilizables serían obtenidas por particulares, con la evidente caracterización de su conducta como delictiva (amenazas, coacciones).

Por el contrario, y habida cuenta de que no padece directamente la libertad ni la intimidad parece concernida, sugiero que no se rechacen las muestras obtenidas *sin* el consentimiento del afectado, aunque haya mediado algún tipo de malicia o fraude del recolector. Opinar lo contrario es perfectamente plausible en términos de moralidad acrisolada, pero no creo presente la misma solidez en términos jurídicos, y más, de obtención de pruebas tan difíciles y valiosas.

Utilización del ADN conseguido para otros fines

Los bancos de datos genéticos actualmente existentes suelen responder (cuando menos en España) a un doble condicionamiento: persiguen fines estrictamente limitados, y el consentimiento del cedente se basa en eso y en

(20) (HERRERO); (GOYENA).

la confidencialidad legal de los contenidos. Naturalmente, la situación sería muy diferente si se llegara a establecer bancos de datos de aportación obligatoria o de finalidad identificativa genérica.

En España, la Ley Orgánica 5/1992, reguladora del tratamiento automatizado de datos de carácter personal, condiciona la retirada de la confidencialidad al consentimiento del afectado o a la expresa previsión de la ley por razones de interés general. Evidentemente, el hallazgo de la verdad material en un pleito de filiación no es un supuesto de interés general, ni hay previsión legal de levantamiento de la reserva. En consecuencia, opino que el ADN obtenido para otros fines no puede ser divulgado sin consentimiento, aunque lo reclamara la Autoridad judicial a efectos de servir de prueba en un pleito de filiación (21).

Si, con el tiempo, los datos genéticos llegan a figurar en archivos de identificación general (equivalentes a los de huellas para el DNI), o a obtenerse en ciertos casos de manera no consentida (por ejemplo, de ciertos delincuentes), no veo inconveniente en transmitirlos por orden judicial debidamente fundada, salvo que las leyes pusieran limitaciones a la violación del secreto o la reserva.

El requerimiento a terceros. El caso del *pluriconcubio*

No es infrecuente que las pruebas biológicas interesantes para el pleito conciernan a personas que no son, en principio, parte en el mismo. Ello puede suceder con los parientes próximos de un presunto progenitor ya fallecido y sin restos cadavéricos aprovechables. También, y sobre todo, en los casos de paternidad dubitada entre varias personas, es decir, en el supuesto de *plurium concubentium* (22).

Parece opinión dominante la de que los terceros pueden, con junta causa, ser llamados a aportar al proceso su carga genética identificativa. Si dan su consentimiento para ello, no habrá problema ninguno. Ahora bien, si se niegan, se entiende, incluso en países que llevan la obligatoriedad a las últimas consecuencias, que no pueden ser forzados, dado que no son parte en el proceso. El distingo no es formalista: a fin de cuentas sólo las partes tienen garantizado su status y defensa en un proceso. De aceptar la obliga-

(21) (Proposición); (Resolución); especialmente, (Recomendación).

(22) Especialmente, ver (ÁLVAREZ) y (OCAÑA, 2); también (RIVERO, 2), (OCAÑA, 1) y (O'CALLAGHAN, 2). La *exceptio* cede ante la negativa injustificada a someterse a las pruebas: SSTSJ Cat. de 22 de julio de 1991 y 19 de junio de 1998, y STS de 14 de junio de 1996.

ción para terceros, se estaría propiciando el ardid de preconstituir pruebas y, cosa juzgada, que luego se alegaran en un juicio posterior, en que el ahora demandado tendría ya prejuzgado el pleito en su contra.

En este sentido, pueden buscarse mecanismos procesales (aunque resulten rebuscados y poco «aparentes») para traer al pleito a todos los presuntos padres: demanda alternativa; acumulación de autos; demandas sucesivas. En el caso de que el *pluriconcubio* fuera alegado como excepción, podría llegarse a una ampliación de la demanda. Otras fórmulas, como la de coadyuvante o la llamada a la causa por decisión judicial, parecen estar vedadas con nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil.

Negativa justificada a someterse a las pruebas biológicas

También las partes en el pleito de filiación tienen en ocasiones la posibilidad de negarse a la práctica de las pruebas biológicas, sin que ello sea tenido en su contra, ni siquiera a efectos de *carga* probatoria. Son los casos en que la negativa se considera *justificada* (23). Ahora bien, ¿en qué casos puede el Juez atribuir ese calificativo?

La STC 7/1994 sentó las bases de dos tipos de supuestos, en mi opinión, bastante discutibles en la práctica: *a)* cuando exista peligro de cierta importancia para la salud o la integridad física; *b)* cuando no haya indicios racionales de la presunta paternidad.

El primero de los casos resulta inaplicable a las pruebas de ADN, pues son tan sencillas y superficiales, que el peligro para la salud o la integridad corporal es inexistente.

El segundo obliga a hacer valoraciones discutibles, y puede llevar a un razonamiento al absurdo: estas pruebas sólo se acuerdan judicialmente cuando los indicios no son suficientes; si fueran suficientes, no habría que acudir a las pruebas biológicas, a no ser que se trivialicen y lleguen a ser generalizadas. La verdad es que, si se exigiera en forma el *principio de prueba*, ya no habría duda de la existencia de indicios racionales. Como no es ése el caso en nuestra jurisprudencia, algunos piensan que habrá que demorar las pruebas biológicas hasta el trámite de diligencias para mejor proveer, a fin de constatar el valor de las pruebas existentes y la verdadera necesidad de las pruebas biológicas en el supuesto concreto.

A estos casos de posible negativa justificada, el Tribunal Supremo ha añadido, con una ternura digna de mejor causa, el supuesto de los presuntos progenitores de edad provecita (octogenarios), unida generalmente a la

(23) (RIVERO, 2). SSTs de 25 de octubre de 1996 y 28 de febrero de 1998.

existencia de enfermedad grave. La verdad es que no entiendo qué tiene que ver todo eso con la existencia de la *carga* de la prueba, sobre todo de la prueba de ADN. Otra cosa sería que la vejez originara una evidente y significativa pérdida de facultades mentales, que impidiera al requerido reaccionar de manera sensata e informada; supuestos bastante frecuentes en los ancianos y que no siempre son reducibles a términos de una probable incapacidad.

El puente entre lo civil y lo penal: Artículo 193 del Código Penal

Como he dejado dicho al comienzo de la ponencia, el ejercicio simultáneo de acciones penales y civiles *ex delicto* origina en el Derecho español el probable planteamiento de acciones de filiación en un proceso penal (24). El caso más notable está previsto en el artículo 193 del vigente Código Penal (art. 444 del CP de 1973).

En este supuesto, la *carga* de la prueba para el acusado recalcitrante podrá tener efectos, tanto para apoyar la condena penal, como para que sea condenado al reconocimiento de la prole. Asimismo, en caso de varios autores del delito contra la libertad sexual, se puede producir un caso de *plurium concubentium*, que tendrá muy mala solución: probablemente lleve el reconocimiento de la paternidad a un callejón sin salida, si todos se niegan a las pruebas biológicas (no cabe pensar en una condena de todos los acusados al reconocimiento de la criatura). En cambio, hay quien acepta en este caso la condena solidaria a la prestación alimenticia.

V. DEL PRESENTE AL INMEDIATO FUTURO

Para cerrar el contenido de mi ponencia, quiero insistir en algunas ideas, ya esbozadas a lo largo del trabajo, pero que quiero queden como una especie de recapitulación del mismo.

Necesidad de una regulación por Ley Orgánica

Conviene retomar la idea de regular las pruebas biológicas, dentro de un marco que podría comprender todos los casos de actuación pública sobre el cuerpo de los ciudadanos. Me preocupa que la regulación entre muy a fondo

(24) (GIL), págs. 898/900; (OCAÑA, 2); STS (2.^a) de 1 de diciembre de 1992.

en sectores multidisciplinarios y que están en constante evolución. Pero, cuando menos, deberían fijarse los principios rectores: en qué casos deben practicarse estas actuaciones; qué procedimiento y qué garantías médicas y jurídicas deben adoptarse; hasta dónde debe llevarse la obligatoriedad del sometimiento a las mismas; titularidad y requisitos de la autorización o del consentimiento.

La falta de dicha Ley nos somete al capricho, más o menos fundado y juicio, de los Tribunales (comenzando, evidentemente, por los más altos) y crea una inseguridad nociva para casi todos y beneficiosa, al parecer, para los menos merecedores de protección.

Valor, hasta cierto punto, de los mecanismos presuntivos e indiciarios

No podemos escudarnos en pruebas de indicios o presunciones para prescindir o no regular las pruebas biológicas, que con toda razón están llamadas a convertirse en las más generalizadas y fiables de todas (si es que no lo son ya). Pero, por otra parte, debemos aprovechar la tradición y sabiduría de tales pruebas indirectas o *menores*, para no llevar hasta extremos exasperantes la exigencia y obligatoriedad de las pruebas biológicas. Una buena armonía y equilibrio entre unas pruebas y otras puede lograr que generalmente resplandezca la verdad, pero sin hacer de ésta una pretensión absoluta y, a veces, insoportable.

La libertad como criterio: Flexibilización de su valor

A estas alturas de las pruebas biológicas, en especial de ADN, creo que no existe otro valor defendible en el implicado que el de la libertad: hasta qué punto estamos dispuestos a aceptar que se niegue a someterse a ellas, sencillamente porque no quiere dar facilidades en su contra o correr riesgos procesales. Es cierto que, en lo que respecta a temas de filiación, la libertad de negarse corre pareja con ciertos resabios de intimidad del cuerpo humano y sus funciones, y con un principio de autodefensa, para evitar graves consecuencias indeseadas.

Todo ello es muy respetable, pero no podemos exagerar la valoración de *esta clase* de libertad. A fin de cuentas, siempre hubo pruebas que tuvo que aportar al juicio aquel a quien perjudicaban. Una cosa es no incurrir en teóricas vaguedades del tipo del respeto a la buena fe procesal o de no practicar obstruccionismo judicial, y otra conectar una sencilla toma de ADN con una especie de tortura. Como casi siempre, en el término medio estará la virtud.

El futuro del ADN: La «huella digital» del siglo XXI

Es posible que, a la vuelta de unos pocos años, la temática de esta ponencia no tenga sentido en muchos de sus contenidos. Los progresos de la técnica identificativa por medio del ADN (exactitud, facilidad de toma y análisis, relativa baratura, fácil difusión internacional, habitual exclusión de riesgos genéticos...) permiten colegir que pronto será utilizada en multitud de instancias públicas y privadas (empezando, probablemente, con la penal y la de seguridad), para concluir reemplazando a la huella dactiloscópica en la documentación personal. Bien puede decirse que lo que han sido las huellas dactilares para el siglo XX, será el ADN identificativo para el XXI. Y con ello acabarán muchos de los problemas y cuestiones que aquí hemos planteado. Y, tal vez, surjan otros, pues, como las acciones de filiación enseñan, generalmente no puede ganarse mucho sin perder nada. O, como dice el refrán, nunca llueve a gusto de todos.

V. NOTA BIBLIOGRÁFICA

Las referencias nominales que constan en el texto y notas de esta ponencia remiten a los siguientes trabajos:

- (ÁLVAREZ): Manuel Damián ÁLVAREZ GARCÍA, «Determinación judicial de la filiación: aspectos procesales», en *Cuadernos de Derecho Judicial del CGPJ*, vol. III (1994), págs. 95 y ss.
- (CARRACEDO): Ángel CARRACEDO y Margarita GUILLÉN, «La prueba del ADN: Bases de datos de ADN con fines de investigación criminal. Necesidad de una regulación», documento mecanografiado facilitado por la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado.
- (DÍAZ CABIALE): José Antonio DÍAZ CABIALE, «Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales», en *Cuadernos de Derecho Judicial del CGPJ* (1996), facilitado por fotocopia por la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado.
- (DÍAZ-MAROTO): Julio DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, «La detención policial: garantías constitucionales», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 374, págs. 1 y ss.
- (GIL): Ángel GIL HERNÁNDEZ, «La investigación genética como medio de prueba en el proceso penal», en *Actualidad Penal*, núm. 44 (1996), págs. 865 y ss.
- (GOYENA): Jaime GOYENA HUERTA, «La negativa del imputado a intervenir en las diligencias procesales de identificación: consecuencias procesales», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 367, págs. 1 y ss.
- (HERRERO): Fernando HERRERO-TEJEDOR, «El tiempo no perdona. Notas acerca de la STC 207/1996, de 16 de diciembre», en *Tribunales de Justicia*, núm. 4 (1998), págs. 411 y ss.

- (IBÁÑEZ): Ramón IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE, «La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos civiles de declaración-reclamación-impugnación de la paternidad», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. III (1994), cit., págs. 559 y ss.
- (INSTRUCCIÓN): Instrucción 6/1998, de 12 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado.
- (JORNADAS): IV Jornadas sobre Protección de Menores para Fiscales, Jueces y Entidades Públicas, Madrid, noviembre de 1998 (comunicación de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado, referencia, DM 1/99).
- (LEDÓ Y ROMEO): FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE y CARLOS M. ROMEO CASABONA, «La identificación de la persona: ética y genoma. Problemas relacionados. La investigación de la paternidad y las pruebas genéticas. El ADN como factor de identificación. El Derecho ante el proyecto Genoma Humano», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, III (1994), cit., págs. 381 y ss.
- (O'CALLAGHAN, 1): XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ, «La acción de investigación de la paternidad en la jurisprudencia», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, III (1994), cit., págs. 525 y ss.
- (O'CALLAGHAN, 2): XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ, «Investigación de la paternidad. Acciones de filiación. Investigación de la paternidad. Prueba biológica», *Actualidad Editorial*, colección Doctrina y Jurisprudencia, Madrid, 1994.
- (OCAÑA, 1): ANTONIO OCAÑA RODRÍGUEZ, «Filiación, su régimen jurídico e incidencias de la Genética en la determinación de la filiación», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, III (1994), cit., págs. 569 y ss.
- (OCAÑA, 2): ANTONIO OCAÑA RODRÍGUEZ, «Intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de filiación y prueba de la filiación», en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, vol. IV (1998), págs. 165 y ss.
- (PROPOSICIÓN): Proposición de Ley presentada por el Grupo Popular en el Congreso de los Diputados, en febrero de 1995, sobre la prueba de ADN en la investigación penal y de la paternidad.
- (RESOLUCIÓN): Resolución núm. R (81) 1, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 23 de enero de 1981.
- (RECOMENDACIÓN): Recomendación núm. R (97) 5, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 13 de febrero de 1997.
- (RIVERO, 1): FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, «Las acciones de filiación y las técnicas de reproducción asistida», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, III (1994), cit., págs. 279 y ss.
- (RIVERO, 2): FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, «Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica en los procesos de filiación», en *Poder Judicial*, núm. 33, págs. 349 y ss.
- (SANCHO Y ALONSO): MANUEL SANCHO y ANTONIO ALONSO, «Documento preliminar sobre algunos aspectos científico-técnicos para el desarrollo de una Ley sobre la utilización de la tecnología del ADN en la identificación genética humana», Madrid, 1998, ejemplar mecanografiado ofrecido por la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado.
- (SENTENCIA): Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero, Ponente, Rodríguez-Piñero (voto particular de Cruz Villalón).

(VEIGA): Elisa VEIGA NICOLE, «La reforma del régimen jurídico de la filiación en nuestro Derecho. La verdad biológica como principio rector de la investigación de la paternidad y la maternidad», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, III (1994), cit., págs. 13 y ss.

Con carácter general, puede consultarse con provecho la siguiente obra general y colectiva: *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, edit. Fundación BBV, Madrid, 1994, cuatro volúmenes. Interesan, a nuestros efectos, los volúmenes I (cuestiones y principios generales) y IV (temas relacionados con la finalidad identificativa de las personas)

**REVISTA
DEL
MINISTERIO FISCAL**

**X. Cooperación jurídica en el marco
de la Unión Europea**

COOPERACIÓN JURÍDICA EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

JOSÉ APARICIO CALVO-RUBIO

Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

A pesar del considerable progreso de los últimos años en el camino de la unificación jurídica no se puede decir, con rigor, que exista todavía un auténtico espacio judicial europeo.

La Europa del Derecho es más compleja que la del comercio y la economía. Construir un *corpus juris* es más difícil que alcanzar la moneda única. No existe un Derecho Penal comunitario, que sigue siendo competencia exclusiva de los Estados, que no han conseguido, salvo en ciertas áreas, una aproximación de sus políticas nacionales y el desarrollo homogéneo de sus ordenamientos positivos. Hay dos velocidades diferentes en este gran proceso histórico por numerosas razones que tienen su reflejo en el déficit de los Tratados, incluido el famoso tercer pilar de Maastricht. Los analistas más críticos hablan incluso de un cierto laberinto normativo intrincado y disfuncional, aunque en el de Amsterdam, por fortuna, todavía pendiente de ratificación, se contienen avances significativos como el objetivo de crear «un espacio de libertad, de seguridad y de justicia».

Mientras tanto se van perfeccionando, por una parte, los instrumentos clásicos de cooperación, como la extradición y las comisiones rogatorias, y, por otra, la implantación y puesta en juego de organismos de nuevo cuño como la Europol, la Red Judicial Europea y los Magistrados de enlace.

En la extradición se han producido nuevos impulsos con la aplicación del Acuerdo de Schengen de 1985, en el espacio limitado de los Estados que lo integran, entre ellos España, y están pendientes de ratificación dos nuevos Convenios como el de Bruselas de 1995, relativo al procedimiento simplificado, y el de Dublín de 1996, que supera alguno de los obstáculos tradicionales y que, por cierto, sólo ha sido ratificado, en este momento, por España y Dinamarca.

En lo que se refiere a las comisiones rogatorias como la forma más ge-

nuina de auxilio judicial en materia penal, es importante recordar que una Resolución del Parlamento Europeo, de marzo de 1998, propugnaba la «vía directa» sin necesidad de acudir a la diplomática.

De todo ello nos va a hablar, como ponente, el Sr. François Badie, Magistrado francés de enlace en nuestro Ministerio de Justicia desde julio de 1997; une a su gran experiencia una rigurosa preparación profesional. Ingresó en 1975 en la Escuela Nacional de la Magistratura y desde 1977 a 1989 fue Juez de Instrucción de Lille, Grasse y Marsella. En 1990, y hasta que en 1997 vino a España para desempeñar su actual y novedoso destino, pasó a ser miembro, por unificación de las carreras judicial y fiscal, de la Fiscalía General de Apelación de Aix-en-Provence, en cuya Universidad fue profesor. Es doctor en Derecho y Diplomado del Instituto de Ciencias Políticas en Toulouse.

LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA PENAL EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

FRANÇOIS BADIE,
Magistrado de enlace francés en España

Excmo Señor Fiscal General del Estado,
Excmos e Ilmos. Sres. Fiscales Jefes y queridos colegas:

Ante todo, deseo agradecerles el que me hayan invitado a participar en su Reunión. Es para mí un honor, un signo de confianza al que soy sensible, así como la prueba de que la cooperación judicial dentro de la Unión Europea es ya una realidad, realidad que, por supuesto, tenemos que profundizar y mejorar pero que existe en una dimensión que ya es algo más que una simple cooperación internacional, aunque sea el inicio de la creación de un verdadero espacio judicial europeo.

Hace un mes, el 25 de enero de 1999, los Ministros de Justicia de España, Italia y Francia se reunieron aquí, en Madrid, a invitación de su Ministra, en el marco de las «Reuniones trilaterales» que, desde 1996, permiten a los Ministros de Justicia de los tres países mediterráneos de la Unión Europea tratar temas de interés común y, tras acercar sus puntos de vista, poder presentar iniciativas comunes ante las instancias europeas. Los tres, la Sra. Mariscal de Gante, el Sr. Diliberto y la Sra. Guigou, estuvieron de acuerdo en considerar que, tras la creación de la moneda única, este euro que hasta hace poco se consideraba una utopía, la siguiente etapa de la construcción europea debería ser la de la creación de un espacio judicial europeo en el marco del «espacio de libertad, de seguridad y de justicia» que se recoge como objetivo en el Tratado de Amsterdam.

Libertad, seguridad, justicia, estas tres nociones constituyen un todo: la libertad, valor fundamental de nuestras sociedades democráticas, corre el riesgo, si no se asocia a otros valores, de terminar en un desequilibrio económico o social y no ser más que la «ley de la jungla», la ley del más fuerte. En el ámbito que nos incumbe, es evidente que la seguridad de los ciudadanos es una de

las condiciones del disfrute de su libertad; ¿de qué sirve ser formalmente libre si no se puede estar en su propio país sin temer ser atacado en la calle o su casa ser robada por ladrones en su ausencia? Garantizar la seguridad es, en cada uno de nuestros Estados, el papel concedido a la policía, pero ésta debe estar controlada y tanto en Francia como en España es la Autoridad (o el Poder) Judicial quien es constitucionalmente el garante de las libertades individuales (art. 66 de la Constitución francesa de 4 de octubre de 1958, art. 53.2 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978). Por lo tanto, la Justicia es el instrumento de regulación del ejercicio de la libertad y la forma en que se hace efectiva la seguridad de los ciudadanos en cada país.

A nivel europeo, la situación es la misma; en el momento de la libre circulación de bienes y personas, la criminalidad es «transfronteriza»: sea en materia de bandas organizadas o criminalidad organizada, en materia de delincuencia financiera que con frecuencia la utiliza para blanqueo del producto del delito o en materia de corrupción, los circuitos superan ampliamente las fronteras estatales y los jueces chocan en sus investigaciones con problemas complejos, por ejemplo los movimientos giratorios de fondos de un paraíso bancario a otro, incluso dentro o en la frontera de la Unión Europea (Islas Normandas, Luxemburgo, Andorra, Mónaco, etc), problemas que intentan resolver con medios aún hoy inadaptados.

En este ámbito penal, la cooperación judicial pasa por la aplicación de determinados instrumentos, en primer lugar el de la extradición y las comisiones rogatorias internacionales; también se desarrolla gracias a la institución de nuevos organismos destinados a acelerar y mejorar la utilización de estos instrumentos, como la Europol, la Red Judicial Europea o los Magistrados de enlace.

I. LOS INSTRUMENTOS DE LA COOPERACIÓN

1.º La extradición.

El Derecho general de la extradición es el del Convenio Europeo de Extradición del 13 de diciembre de 1957 del Consejo de Europa. El Convenio del 19 de julio de 1990 de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, del que Francia y España son parte, ha permitido incrementar la eficacia y el campo de relaciones de extradición entre los países miembros, en particular determinadas infracciones fiscales, en materia de impuesto sobre el valor añadido, por ejemplo, y las infracciones aduaneras están expresamente mencionadas como bases para la extradición (arts. 50.1 y 63 del Convenio). La creación de un sistema de información especializado, el SIS (Sistema de

Información Schengen) permite disponer inmediatamente de descripciones de personas y objetos buscados en un Estado parte en el Convenio y a las fuerzas de policía y gendarmería (o Guardia Civil) saber inmediatamente cómo deben proceder con ocasión de los controles. En materia de extradición, el descriptivo de una persona en el SIS, con vistas a su extradición, vale solicitud de detención provisional (art. 95 del Convenio). La gestión de la parte nacional del SIS se hace a través de un organismo, el SIRENE, compuesto esencialmente de policías y gendarmes, pero en el cual, en Francia, la Justicia está representada por dos magistrados que forman lo que se llama «la Misión Justicia». En efecto, aunque el control de datos integrados en el SIS se confía a una autoridad independiente encargada de verificar que su utilización no atenta contra los derechos de la personas (la Comisión Nacional Informática y Libertades en Francia, la Agencia de Protección de Datos en España), los magistrados de la «Misión Justicia», por su parte, están encargados de examinar, previamente a su inscripción en el fichero, las solicitudes que proceden del SIRENE-Francia y verificar la conformidad de las informaciones producidas con el Derecho nacional y el del resto de los Estados firmantes del Convenio. Pueden completar el documento o intervenir en este sentido ante la autoridad judicial emisora. Después de este examen, hacen que se proceda a la inscripción en el SIS de la descripción, que es entonces transmitida al sistema central.

Esta intervención judicial en el Sistema de Información Schengen entra en el papel de la Justicia; es normal que un magistrado (en su sentido francés, es decir, un juez o un fiscal) sea la autoridad que, en última instancia, controle las indicaciones que van a llevar a la detención y al encarcelamiento de una persona en el marco de un procedimiento judicial. Sé que España no dispone por el momento de una institución similar, aunque se ha estudiado la idea especialmente en la Fiscalía General del Estado y parece que está actualmente pendiente de crear una «Misión Justicia».

Por otra parte, los Estados miembros de la UE han elaborado o adoptado otros textos, pero a falta de suficientes ratificaciones aún están muy inutilizados:

— Acuerdo de San Sebastián, firmado el 19 de abril de 1989, que permite las transmisiones por fax de las solicitudes de extradición.

— Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición, firmado en Bruselas el 10 de marzo de 1995 (y ratificado ese mismo día por Dinamarca, Suecia y Portugal), que permite la entrega de una persona en el marco extradicional en el plazo más breve en caso de consentimiento de ésta (consentimiento recibido por una autoridad judicial y posibilidad de asistencia de un abogado).

— Convenio de extradición, firmado en Dublín el 27 de septiembre de 1996, que rebaja a un año en el Estado requiriente y a seis meses en el Estado requerido el umbral de pena cumplida para permitir la extradición (en la actualidad este umbral es, en Francia, de dos años de prisión —Convenio de 1957— y de un año en el marco Schengen cuando Francia es el Estado requerido). Este Convenio, ratificado únicamente por el momento por Dinamarca y España, soluciona algunos problemas ligados a la exigencia de la doble incriminación en lo que se refiere al delito de asociación de malhechores; sobre todo, abandona toda posibilidad de rechazo de extradición por razones de carácter político de la infracción dentro de la UE, sobre todo en materia de terrorismo, y plantea el principio de extradición por un Estado miembro de sus propios nacionales.

Estos convenios constituyen uno de los pilares del espacio judicial europeo, limitando el control de las solicitudes de extradición por el Estado requerido y, a la espera de la creación de una verdadera orden de detención europea de aplicación inmediata dentro de la Unión, es deseable que los Estados ratifiquen en gran número estos Convenios con declaración de aplicación anticipada, como ha hecho España para el Convenio de Dublín de 1996.

Francia ha preparado un proyecto de ley que reforma nuestros textos e integra los Convenios de 1995 y 1996 que acabo de citar, texto que, por el momento, no está previsto en nuestro calendario legislativo pero que podría ser depositado en el Parlamento a lo largo de 1999.

Francia dirige a España casi cincuenta solicitudes de extradición al año, frente a las veinte que le solicita España.

2.º Las Comisiones Rogatorias Internacionales (CRI).

Como saben, están dirigidas a hacer cumplir en otro Estado (Estado requerido) actos de instrucción o para obtener comunicación de documentos y objetos probatorios, dosieres o piezas de convicción.

En la actualidad coexisten tres modos de transmisión:

— La vía tradicional del artículo 15 del Convenio Europeo de Ayuda Judicial en materia penal, firmado en Estrasburgo el 20 de abril de 1959, que prevé la transmisión de las CRI por la vía diplomática con paso, tanto a la ida como a la vuelta, por el Ministerio de Justicia de cada uno de los dos países. Este largo recorrido es fuente de grandes retrasos que pueden superar el plazo de un año antes que la CRI española esté en manos de la autoridad judicial francesa encargada de hacer que se ejecute, o en sentido inverso. Esta vía, por lo tanto, es desaconsejable, sobre todo en caso de urgencia.

— La vía de urgencia prevista por el artículo 15.2 del mismo Convenio de 1959 que permite el envío directo de la CRI de la Autoridad requiriente (por ejemplo el Juez de instrucción español) a la Autoridad requerida (por ejemplo el Juez de instrucción francés). Esta vía es perfecta cuando el Juez requiriente sabe ya cuál es su homólogo del país requerido competente para ejecutar la CRI y cuando se sabe con seguridad que éste aceptará hacerlo. En resumen, esta transmisión directa de Juez a Juez está recomendada, sobre todo, para el envío de una segunda CRI, en un mismo asunto, a un Juez que ya ha realizado las primeras investigaciones y del que se sabe, por un contacto previo (por teléfono, la policía o el Magistrado de enlace) que acepta recibir una nueva solicitud. Sin embargo, en principio, los documentos de ejecución deben ser reenviados por vía de los Ministerios de Justicia, lo cual puede retrasar un poco las cosas aunque, en la práctica, nada impide el envío paralelo directo al Juez requiriente de una copia de los documentos de ejecución.

— La vía prevista por el artículo 53.1 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, del 19 de junio de 1990, según el cual las solicitudes de ayuda pueden dirigirse, tanto a la ida como a la vuelta, de Autoridad judicial a Autoridad judicial, sin pasar por los Ministerios de Justicia ni de Asuntos Exteriores.

La Autoridad judicial nombrada por Francia a título de este artículo 53.1 son las Fiscalías Generales, es decir, las Fiscalías de los Tribunales de Apelación (en Francia hay 35 Tribunales de Apelación); dentro de cada Fiscalía General, el Fiscal General del Tribunal de Apelación correspondiente habrá nombrado a uno de sus colaboradores como «corresponsal Schengen» que está encargado, entre otras cosas, de enviar directamente a las Autoridades judiciales requeridas las CRI procedentes de los varios juzgados de Instrucción de competencia de su Tribunal de Apelación, y en sentido inverso enviar a esos Juzgados las CRI extranjeras que recibe para que sean ejecutadas.

España nombró en un primer momento a los Tribunales superiores de Justicia como corresponsales Schengen; sin embargo, parece que, finalmente, tras concertación con el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio español de Justicia ha elegido a las Audiencias Provinciales, porque este Ministerio ha dirigido a otros países, y entre ellos al Ministerio francés de Justicia, que lo difundió a todas las Fiscalías Generales, una «Lista Judicial Penal de municipios de España» que incluye la lista de municipios españoles y para cada uno de ellos los juzgados de instrucción y la Audiencia Provincial territorialmente competente, con su dirección, número de teléfono y de fax. Esto permite al corresponsal Schengen de cualquiera de las Fiscalías Gene-

rales francesas saber, tras la lectura de una CRI procedente de un Juez de instrucción de su competencia a qué Audiencia Provincial enviarla, encargándose ésta a la recepción de dirigirla al juzgado de instrucción lo mas idóneo.

Esta vía, mucho más rápida y que suprime casi todos los intermediarios, debería ser privilegiada y utilizada casi sistemáticamente. Aunque no parece todavía que hoy se haga siempre así.

En concreto, muchos Jueces españoles tienen la costumbre de utilizar el canal Interpol previsto subsidiariamente en el artículo 53.2 del Convenio de aplicación, lo cual supone problemas en Francia, donde esta transmisión está considerada como oficiosa y, por lo tanto, el Juez de instrucción espera un sometimiento oficial que a veces llega tarde por vía diplomática. Del mismo modo, la mayoría de las jurisdicciones españolas que reciben directamente una solicitud francesa la devuelven tras ejecución por la vía de los Ministerios de Justicia, lo cual hace que vuelva a caerse en los inconvenientes y lentitudes de la primera vía que indicaba antes.

3.º El resto de instrumentos.

Junto a la extradición que se dirige a obtener de otro Estado la entrega de una persona para juzgarla o para que cumpla su pena, y las CRI que intentan llevar a buen fin las investigaciones en el extranjero, existen otras técnicas de cooperación penal internacional. Se trata, bien de técnicas clásicas de cooperación, bien de nuevas formas de cooperación creadas por el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen para intentar responder a los nuevos riesgos engendrados por la ausencia de control en las fronteras internas de los Estados que forman el «espacio Schengen».

A) Las técnicas clásicas de cooperación penal.

A1. Técnicas que permiten el perseguimiento de un proceso o la ejecución de decisiones de justicia:

— Denuncia oficial que permite a un Estado dirigir un procedimiento penal a otro Estado con el fin de que éste pueda efectuar las persecuciones penales (no hay obligación de diligencia por parte del Estado destinatario que aprecie soberanamente si ha lugar o no de dar continuación a la solicitud de persecución); esta técnica, prevista en el Acuerdo entre Estados miembros de las Comunidades Europeas relativo a la transmisión de procedimientos represivos (penales y administrativos), firmado entre otros países por Francia y España el 6 de noviembre de 1990) también se utiliza para paliar la extradición de sus nacionales por un Estado (art. 6.2 Convenio Europeo de Extradición del 13 de diciembre de 1957). Hay que destacar

que Francia no ha firmado el Convenio Europeo sobre la transmisión de procedimiento en materia penal del 15 de mayo de 1972, que España ratificó en 1988, y que, por lo tanto, este texto no puede ser invocado entre nuestros dos países.

— Entrega temporal de un preso de un Estado a otro por un determinado período (art. 11 del Convenio de Ayuda Judicial en materia penal del 20 de abril de 1959) que permite no bloquear indefinidamente la instrucción o el juicio de una causa cuando una de las personas inculpadas está detenida por otra causa en el extranjero.

— Transmisión espontánea de informaciones (art. 10 del Convenio del 8 de noviembre de 1990 sobre blanqueo, aprehensión y confiscación de productos del crimen).

— Ejecución en el extranjero de una decisión de confiscación (en aplicación del Convenio de Viena sobre tráfico de estupefacientes y el Convenio del Consejo de Europa del 8 de noviembre de 1990, ya citado).

Hay que destacar que todas estas técnicas (aparte de las denuncias oficiales) siguen siendo poco utilizadas, sin duda por desconocimiento.

A2. Técnicas utilizadas posteriormente a una condena:

— Traslado de una persona condenada a su país de origen (Convenio del Consejo de Europa, firmado en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983) que supone el acuerdo o incluso en general la solicitud del condenado (en 1988 dos detenidos fueron así trasladados de España a Francia y cuatro de Francia a España; a título comparativo, en 1998 fueron 68 los detenidos condenados que fueron trasladados de España a los Países Bajos, frente a uno solo a la inversa).

— Vigilancia en el extranjero de condenados en situación de libertad condicional.

B) Las nuevas técnicas específicas de los Estados pertenecientes al «espacio Schengen».

Estas nuevas formas de cooperación se desprenden del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen que une a 10 de los 15 Estados de la Unión Europea. Figuran en el Título III del Convenio dedicado a la cooperación policial, pero el artículo 39.2 del Convenio indica que las informaciones escritas proporcionadas sólo pueden ser utilizadas con fines de prueba de los hechos perseguidos por la parte requiriente con el acuerdo de las Autoridades judiciales competentes.

Se trata esencialmente:

— Del derecho de observación transfronteriza permitido a los servicios de policía en el marco de una investigación judicial por el artículo 40 del Convenio que exige la presentación previa (o en caso de urgencia la transmisión sin retraso) de una solicitud motivada de ayuda judicial y, por lo tanto, de un control de la Autoridades judiciales, lo cual no es siempre el caso en la práctica, cuando desde 1995 este derecho de observación es bastante ampliamente practicado por la policía.

— De la posibilidad de transmitir la ejecución de una pena definitiva privativa o restrictiva de libertad cuando el condenado al que se aplica se ha evadido del país que ha pronunciado la condena para regresar a su país de origen. Esta técnica es mucho mas sencilla que la denuncia oficial.

II. LOS ORGANISMOS DE LA COOPERACIÓN

1. Europol.

La creación de una oficina europea de policía por el Tratado de Maastricht, firmado el 7 de febrero de 1992 (en el Título VI que versa sobre la cooperación en los ámbitos de Justicia y Asuntos Internos), estaba en su origen concebida como una unidad policial de análisis e intercambio de información a escala de la Unión Europea, para luchar contra el tráfico de estupefacientes, sin posibilidad de acción o de inicio de investigaciones, dejadas a los Estados miembros. No se trata por tanto en su origen de una oficina federal del tipo del FBI norteamericano.

Tras la creación de una «unidad Droga» en 1994, se firmó, el 26 de julio de 1995, un Convenio Europol que organiza el funcionamiento de la Europol, cuyas atribuciones fueron ampliadas a la gran criminalidad (según una lista limitativa de 18 delitos, entre ellos el terrorismo o la criminalidad vinculada a la inmigración clandestina) en torno a una «Unidad Central Europol», situada en La Haya, y «Unidades Nacionales Europol» en cada país. El funcionamiento de la Europol descansa en la construcción de ficheros: un fichero «sistema de informaciones generales» que incluye los nombres de las personas sospechosas de haber cometido o de preparar delitos, y un fichero de «análisis» que contiene datos más confidenciales sobre algunos asuntos particulares.

Francia ratificó el Convenio Europol el 27 de noviembre de 1997 y España el 17 de septiembre de 1998 («BOE» núm. 232, de 28 de septiembre de 1998).

En principio, Europol es por lo tanto un organismo de cooperación policial en el que la Justicia no tiene su lugar de manera evidente. Sin embargo,

el Tratado de Amsterdam fija entre sus objetivos prioritarios determinar la naturaleza y el alcance de las competencias operativas de la Europol en el respeto de las leyes nacionales de procedimiento.

Esta evolución hacia lo operativo ha llevado al Ministerio de Justicia francés, a pesar, hay que reconocerlo, de una fuerte reticencia del Ministerio de Interior, a obtener recientemente, en octubre de 1998, del Primer Ministro que la Justicia esté representada en la Unidad Nacional Europol por un magistrado que trabaja con ella y cuyas funciones, en proceso de definición, podrán ser velar por el respeto del Derecho en los intercambios de información entre Europol y la Unidad Nacional (en efecto, la transmisión de informaciones relativas a las investigaciones en curso sólo puede realizarse si esta transmisión no compromete el éxito de la misma que, con frecuencia, son procedimientos judiciales), facilitar el enlace con las autoridades judiciales y garantizar un rápido acceso a la información sobre la criminalidad transnacional; también podrá participar en la coordinación de la acción de las autoridades judiciales nacionales para la explotación de las informaciones procedentes de la Europol. Esta decisión debe mucho al éxito del precedente que constituyó la «Misión Justicia» en el SIRENE Francia, del que he hablado antes.

Sobre estos puntos, España está, como ya he dicho, saliendo de una fase de reflexión sobre la posibilidad de una intervención judicial en el marco del control de datos del SIS y a punto de decidirlo; en lo referente a la instauración de un control judicial apropiado sobre las operaciones realizadas por la Europol, la Ministra de Justicia española ha apoyado, junto con sus colegas italiano y belga, una reciente intervención realizada en Berlín el pasado 12 de febrero en un Consejo de Ministros JAI (Justicia y Asuntos Internos) por la Ministra francesa y cuyas grandes líneas fueron definidas en la reunión trilateral de Madrid de enero de 1999 de la que les hablaba en la introducción. Se trata, en efecto, de un reto importante para la justicia de cada país de la Unión Europea que exige una posición común de los Ministros de Justicia, teniendo como objetivo el control de los magistrados sobre la Europol garantizar las libertades individuales, como para el SIS, pero también permitir el incremento de la eficacia de la acción pública en la lucha contra la criminalidad internacional.

2. La Red Judicial Europea.

El programa de acción relativo a la criminalidad organizada aprobado por el Consejo Europeo de Amsterdam el 17 de junio de 1997 defendía (Recomendación 21) la creación de una red judicial europea destinada a facilitar y mejorar la cooperación judicial. Es una «acción común» del Consejo con

fecha de 29 de junio de 1998 la que creó una red de puntos de contacto judiciales entre los 15 Estados miembros de la Unión Europea.

En septiembre de 1998 y enero de 1999 se celebraron dos reuniones en Bruselas que lanzaron las bases de esta Red.

Su objetivo es permitir mejorar la cooperación judicial para las formas graves de criminalidad, en caso de urgencia cuando los canales habituales de cooperación se muestren insuficientes y de una especial complejidad el asunto.

Se trata, por una parte, de poner en marcha puntos de contactos nacionales que podrán coordinar y facilitar las solicitudes de ayuda y poner en relación mediante reuniones periódicas estos puntos de contacto de los diferentes países de la Unión Europea y, por otra parte, poner en marcha un sistema de información a través de una red de telecomunicaciones accesible utilizado por los puntos de contacto nacionales para comunicar e intercambiar informaciones.

En particular, uno de los medios de la mejora que se busca en la cooperación internacional es un conocimiento suficiente de los sistemas procesales de otros países de la Unión Europea para que el punto de contacto nacional pueda informar de manera útil y aconsejar a sus colegas que deseen proceder a investigaciones en el extranjero en estos temas de criminalidad transfronteriza. Para ello, 32 medidas de investigación, tales como interceptación de las comunicaciones telefónicas, el examen psiquiátrico, la comparecencia de testigos o sospechosos, los registros o las entregas vigiladas, el bloqueo de cuentas bancarias, etc., han sido objeto en cada país de la redacción de otras tantas fichas técnicas que, traducidas en los 11 idiomas de la Unión Europea, permitieran a cada punto de contacto nacional saber si una medida contemplada por un colega que se dirige a él es ejecutable en un tercer país y de qué forma. Este trabajo debería concluir en el presente año bajo forma de CD Rom distribuido a cada país. También está prevista la redacción de un léxico jurídico acompañado de una definición de términos y conceptos jurídicos, los cuales son muy variables de un país a otro.

Se ha establecido una lista provisional de puntos de contactos:

España ha nombrado dos Magistrados del Consejo General del Poder Judicial, el Subdirector General de la Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia, y miembros del Ministerio público pertenecientes a la Fiscalía General del Estado, la Fiscalía de la Audiencia Nacional, la Fiscalía Antidroga y la Fiscalía Anticorrupción.

Francia ha nombrado, además de un Magistrado encargado de misión para promover la creación de la Red, dos Magistrados Jefes de Servicio en el Ministerio de Justicia, y 35 puntos de contacto regionales que son, en cada Tribunal de Apelación, los miembros de la Fiscalía General ya nombrados



como corresponsales Schengen para recibir directamente las comisiones rogatorias internacionales de las que he hablado antes.

La Red Judicial Europea, cuyas grandes líneas acabo de establecer, está dando sus primeros pasos y aún no ha empezado a funcionar realmente pero debería contribuir en el futuro al acercamiento de los magistrados de la Unión Europea en su lucha común contra la criminalidad organizada y, por lo tanto, servir concretamente a la construcción del espacio judicial europeo.

3. Los Magistrados de enlace.

Esta institución del Magistrado de enlace, que he guardado para el final de mi intervención, es, en realidad, anterior a la Red Judicial Europea y la Acción Común del 29 de junio de 1998 sobre esta Red indica en su artículo 2.4 que los Magistrados de enlace pueden ser asociados a la Red Judicial Europea por los Estados miembros.

La figura del Magistrado de enlace nació en 1993 de una iniciativa franco-italiana, pronto seguida de una iniciativa franco-holandesa. Al principio existía la constatación de una falta de cooperación internacional penal entre estos países que llevaba a disfunciones, malentendidos, e incluso a veces a tensiones bilaterales, en materia de lucha contra la mafia o su implantación en el sureste de Francia en cuanto a las relaciones franco-italianas, en materia de lucha contra la toxicomanía y al tráfico de estupefacientes en cuanto a las relaciones franco-holandesas.

Rápidamente resultó que la utilidad del Magistrado de enlace y su actividad superaban con creces los simples sectores de cooperación y se ampliaban a todas las formas de cooperación penal o civil, y una acción común del 22 de abril de 1996, adoptada por el Consejo de la Unión Europea, creó un marco para el envío o el intercambio de magistrados o funcionarios expertos en materia de cooperación judicial entre los Estados miembros sobre la base de acuerdos bilaterales o multilaterales.

Pionera en este ámbito, Francia dispone de Magistrados de enlace en Italia, Países Bajos, España, Alemania, Gran Bretaña y Estados Unidos. Recibe en el Ministerio de Justicia a los Magistrados de enlace italiano, holandés, americano, espera dentro de poco al Magistrado de enlace español, y pronto debería acoger a los Magistrados británico y alemán.

Puesto a disposición del Ministerio de Asuntos Exteriores, situado bajo la autoridad directa del Embajador de su país acreditante, el Magistrado de enlace se instala en los locales del Ministerio de Justicia de su país anfitrión, situación única, lo cual permite una correcta y rápida familiarización con las especificidades de la organización judicial del país y un acceso facilitado a la información.

La actividad del Magistrado de enlace puede dividirse en cuatro sectores de importancia distinta:

A) La ayuda judicial.

La Red Judicial Europea, cuando esté operativa, se aplicará, como hemos visto, a las cuestiones penales urgentes y complejas. El Magistrado de enlace, que está evidentemente destinado a intervenir en este marco, es además diariamente requerido por teléfono, correo o fax por sus colegas de su país (e incluso, cuando no existe reciprocidad en el envío de un Magistrado de enlace, como es el caso de España, por colegas de su país de acogida), que le piden consejos para el envío de una CRI o el desplazamiento de un juez o policía, solicitudes de intervenciones para la correcta ejecución de una solicitud de ayuda o informaciones sobre su estado, todo ello tanto en materia civil como penal.

En España, a menudo, estoy en contacto con el Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional para solucionar problemas de extradición, por ejemplo, así como con los juzgados de instrucción de todo el país para problemas de CRI. He redactado una nota sobre las comisiones rogatorias penales destinadas a España que ha sido difundida en todas las jurisdicciones francesas y que contiene determinadas indicaciones y consejos con el fin de evitar los errores más comunes.

B) El Derecho comparado.

El Ministerio francés de Justicia tiene costumbre de abordar cualquier reflexión sobre un problema judicial concreto o una posible reforma legislativa, mediante un estudio previo de la situación en los países vecinos de la Unión, con el fin de ver si se plantean los mismos problemas y cómo se les da respuesta. Los Magistrados de enlace son solicitados con mucha frecuencia para redactar notas sobre temas muy diversos; entre las notas realizadas en 1998 para el Ministerio francés de Justicia, algunas fueron relativas al procedimiento penal (papel del abogado durante la detención preventiva, por ejemplo, o reglas particulares aplicables a la lucha contra la gran criminalidad o el terrorismo), otras versaban sobre temas generales como la responsabilidad de los Magistrados, la Justicia militar, la corrupción, la presunción de inocencia en Derecho español, etc. A menudo se nos solicitan indicaciones sobre las reformas legislativas previstas en nuestro país de acogida, por ejemplo en el caso de la transposición en Derecho interno de directivas europeas.

C) El acercamiento entre Magistrados europeos.

La participación del Magistrado de enlace en encuentros, seminarios o coloquios, tanto en Francia (sobre todo en el marco de la formación continua

impartida por la Escuela Nacional de la Magistratura) como en el país en el que estamos destinados, como en mi caso la Reunión de hoy, permite conocer mejor esta función y exponer a nuestros colegas en qué podemos serles útiles.

Nos corresponde organizar encuentros bilaterales o multilaterales sobre temas particulares, como estos «Primeros Encuentros de Magistrados de Europa del sur especializados en la lucha contra el tráfico de estupefacientes» que se desarrollaron en Lyon en noviembre de 1998 y que permitieron a Jueces y fiscales franceses, españoles, italianos y portugueses reunirse y debatir durante dos días, como recordará, espero que con agrado, el Fiscal Jefe antidroga español.

También tengo intención de organizar en 1999 con los colegas de Perpignan un Encuentro transfronterizo de Magistrados de Cataluña y el Tribunal de Apelación de Montpellier para tratar problemas prácticos encontrados a diario en sus relaciones transfronterizas, un poco sobre el modelo de las «Jornadas del Bidasoa» que, en la frontera atlántica, reúnen desde hace varios años a abogados, jueces y fiscales franceses y españoles con un éxito y un interés creciente.

D) La participación en la reuniones bilaterales o multilaterales.

El Magistrado de enlace sirve de corresponsal de su Ministerio en la preparación de la redacción de notas sobre los diferentes temas abordados y en la participación en encuentros o conferencias, encuentros de Ministros de Justicia, como el Encuentro Trilateral italo-hispano-francés de enero de 1999 celebrado en Madrid y al que me refería en la introducción, o reuniones más especializadas sobre temas diversos: delincuencia de menores, corrupción, etcétera.

El conjunto de estas actividades llevadas a cabo «de manera artesanal» por el Magistrado de enlace, que no dispone hasta ahora más que de sí mismo como estructura, es, como pueden imaginar, tan denso como apasionante y se desarrolla cada vez más en la medida en que el Magistrado de enlace se enraiza en su país de acogida y su existencia surge de la confidencialidad para que el recurso de su intermediario sea un reflejo natural entre sus colegas.

Es tranquilizador ver que esta experiencia ha tenido cierto éxito en todos los países donde se ha llevado a cabo, hasta tal punto, por ejemplo, que en julio de 1998, cuando el Magistrado de enlace francés en los Países Bajos volvió a Francia y no fue inmediatamente sustituido por razones simplemente administrativas de difusión de vacante de puesto y búsqueda del candidato idóneo, llegó rápidamente una solicitud insistente por vía diplomática al Ministerio de Justicia para destacar la urgencia de cubrir el puesto. Del mis-

mo modo, cuando los Magistrados de enlace extranjeros acogidos en París dejan sus funciones, siempre son rápidamente reemplazados por colegas de gran valía, prueba de que su actividad ha convencido plenamente a sus Ministerios en la utilidad de su función.

CONCLUSION

Antes de darles las gracias por haber escuchado esta exposición, quizás demasiado larga, pero el tema era muy amplio, y de cederles la palabra por si desean plantear una pregunta y solicitar una precisión sobre un punto concreto, desearía decirles que, a la espera de la llegada, espero que pronta, de un Magistrado de enlace español a París, estoy a su disposición para cualquier ayuda que pueda aportarles y que necesiten en sus relaciones con la Justicia francesa, como en su caso, para visitar sus Comunidades Autónomas con el fin de contribuir a un mejor conocimiento de parte de vuestros colegas de estas nuevas funciones que acabo de exponer, así como para lograr una mejor cooperación internacional, que es nuestro interés y nuestro objetivo común.

Muchas gracias.

**REVISTA
DEL
MINISTERIO FISCAL**

XI. Transferencias autonómicas

TRANSFERENCIAS AUTONÓMICAS

JOSÉ APARICIO CALVO-RUBIO

Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

El objeto de esta Mesa de Trabajo tiene una gran trascendencia práctica y se enmarca en un debate de hondo calado doctrinal, jurídico y político que tiene muchos años y ha pasado por distintas etapas —1980, 1985, 1994— al compás de las sucesivas reformas del Poder Judicial y otras circunstancias de índole política. Sigue vivo y actual, como se demostró hace sólo diez días en el Pleno del Congreso de los Diputados al debatirse una proposición no de ley de «Convergència i Unió», y guarda relación, en el fondo, con la división territorial del poder y las tensiones que se producen a la hora de deslindar las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas, en los términos que ya se sustanciaron en varios recursos de inconstitucionalidad resueltos por el Tribunal Constitucional en las Sentencias de 29 y 30 de marzo de 1990, con la nítida distinción entre el núcleo irreductible, que corresponde al Estado por imperativo del artículo 149.1.5 de la Constitución Española, y la que gráficamente se llamó en los recursos —y en las Sentencias— Administración de la Administración de Justicia, que abarca todo lo relacionado con los medios personales y materiales que son necesarios e imprescindibles para el ejercicio de la función jurisdiccional y que al no formar parte de aquel núcleo irreductible han podido ser asumidos por los Estatutos de Autonomía en virtud de la cláusula residual del artículo 149.3 de la Constitución Española y otras técnicas.

La particularidad, en estos casos, estriba en que el bloque constitucional, integrado normalmente por la Constitución y una Ley Orgánica, aquí lo está por dos: los Estatutos de Autonomía y la Ley Orgánica del Poder Judicial. No han faltado voces críticas en alguna Comunidad Autónoma por entender que el Tribunal Constitucional ha primado en exceso la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El debate hasta cierto punto sigue abierto. A finales de 1998 había pendientes ante el Tribunal Constitucional quince conflictos entre el Estado y las

Comunidades Autónomas sobre el reparto competencial en el ámbito concreto de actuación del Ministerio de Justicia, según un estudio publicado en el Boletín de Información del mismo. Doce son recursos de inconstitucionalidad y los otros tres conflictos positivos de competencia *stricto sensu*; diez fueron promovidos por el Estado y cinco por las Comunidades Autónomas.

No faltan quienes lo plantean con un proyecto de progresivo desapoderamiento del Ministerio de Justicia, aunque discrepen en atribuir las competencias, que todavía tiene, al Consejo General del Poder Judicial o a las Comunidades Autónomas. Casi nadie menciona al Ministerio Fiscal, órgano del Estado, pero indudablemente concernido por las transferencias, y que ha de tener su sitio y su protagonismo en lo que le afecta para no ser marginado en los escenarios en donde se toman decisiones con el riesgo de desconocerse, en esos ámbitos, sus necesidades materiales y personales, al borde muchas veces de lo indispensable.

Son cuestiones de extraordinaria importancia, como decía al principio, sobre las que vamos a oír la opinión de dos ponentes importantes, con gran autoridad en la materia, como son el Fiscal Inspector de la Fiscalía General del Estado y el Director General de Relaciones con la Administración de Justicia.

TRANSFERENCIAS AUTONÓMICAS

JUAN JOSÉ MARTÍNEZ ZATO

Fiscal Inspector de la Fiscalía General del Estado

En el tiempo que se me ha asignado, voy a exponer una breve reflexión sobre las transferencias que se han producido, por lo que al Ministerio Fiscal afecta, en algunas Comunidades Autónomas sobre medios personales y materiales.

Será ello completado, sin duda con más brillantez y, por supuesto, con mayor conocimiento de causa, por el Director General de Relaciones con la Administración de Justicia. Y me limitaré a todo aquello que, una vez producidas las transferencias, preocupa a la Fiscalía General del Estado y dentro de ella a la Inspección Fiscal.

Con las peculiaridades propias de cada una de las Comunidades Autónomas, la inmensa mayoría de sus respectivos Estatutos contemplan a lo largo de su articulado disposiciones sobre el Poder Judicial, las competencias de los respectivos Tribunales Superiores de Justicia, el ejercicio de todas las facultades que las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y del Consejo General del Poder Judicial reconozcan o atribuyan al Gobierno del Estado e, igualmente, que «corresponde íntegramente al Estado, de conformidad con las leyes generales, la organización y el funcionamiento del ministerio fiscal».

Podría en principio pensarse de este último precepto que, de producirse transferencias en materia de Justicia por lo que a la provisión de medios materiales y económicos se refiere, no tendrían las mismas lugar por lo que al Ministerio Fiscal atañe.

Al producirse en efecto las transferencias en materia de medios materiales, vemos por ejemplo en algunos de los primeros Reales Decretos cómo en los mismos se establecía que «no obstante la provisión por el Estado de los medios materiales y económicos para el desempeño de las funciones del Ministerio Fiscal, la Comunidad asegurará que en las sedes de los Tribunales y Juzgados en el territorio de la Comunidad Autónoma se reservarán las instalaciones ade-

cuadas para las Fiscalías», de acuerdo con el artículo 72 de su Estatuto Orgánico, al prescribir: «Las Fiscalías tendrán una instalación adecuada en las sedes de los Tribunales y Juzgados correspondientes y se hallarán dotadas de los medios precisos que se consignent en las Leyes de Presupuestos».

En principio, por tanto, la transferencia afectaba a los órganos judiciales, con el único compromiso por parte de la Comunidad de reservar una instalación digna para las Fiscalías y correspondiendo al Ministerio de Justicia la dotación de los medios.

No tenía ello mucho sentido, pues si obligación existía, tras un fuerte desembolso económico, de reservar en los edificios instalaciones para las Fiscalías, lógico era que ello fuera completado por el suministro de los medios materiales necesarios, como posteriormente se acordó.

En otras Comunidades como la andaluza, en el propio Real Decreto de traspaso de funciones, de 31 de enero de 1997, se incluye ya directamente, la obligación por su parte de la provisión de los medios materiales y económicos al servicio de las Fiscalías. Lo propio había sucedido con la canaria el 2 de diciembre de 1996.

Menos dudas se planteaban por lo que se refiere a la transferencia relativa al Cuerpo de Oficiales, Auxiliares y Agentes al servicio de la Administración de Justicia, al tratarse de un Cuerpo Nacional único y que desempeña sus funciones indistintamente en órganos judiciales o en las Fiscalías. Producida por tanto esa transferencia para los órganos judiciales, lógico era que aconteciera lo propio respecto a las Fiscalías.

Claramente están recogidas las competencias del Gobierno Central y de las Comunidades que hayan recibido el traspaso de medios personales para el funcionamiento de la Administración de Justicia en el Real Decreto de 16 de febrero de 1996 por el que se regula el Reglamento Orgánico de esos Cuerpos. El ingreso en ellos, sus funciones, situaciones administrativas, plantillas y provisión de vacantes, derechos y obligaciones, la responsabilidad disciplinaria y, como he indicado, las competencias de cada una de las Administraciones.

Pues bien. Seis son, hasta el presente, las Comunidades que han recibido el traspaso en una y otra materia: Galicia, País Vasco, Cataluña, Andalucía, Valencia y Canarias. En estudio está la correspondiente a Madrid, prevista para la próxima legislatura, y a la que sin duda seguirán otras, como es previsible, hasta completar todo el mapa autonómico. No es imaginable que, con el transcurso del tiempo, quedaran esas competencias en el Ministerio de Justicia para un pequeño número de Comunidades. Si bien todo ello, con mayor rigor, será precisado, eso espero, por el Director General.

Una vez producidas las primeras transferencias, hubo ciertas reticencias por parte del personal auxiliar y cierta expectación por comprobar su resul-

tado por parte de las Fiscalías. Explicable todo ello si se tiene en cuenta la tradición de más de un siglo, tiempo durante el cual la atención de brindar todos esos medios, personales y materiales a las Fiscalías correspondió al Ministerio de Justicia, de forma satisfactoria en ocasiones y no tanto en otras, aunque sin duda con un cambio profundo de mentalidad a raíz de la conquista de la democracia en 1978, en el que el Poder Judicial y el Ministerio Fiscal comienzan a tener el protagonismo que les corresponde en una sociedad democrática avanzada, como no de otra forma puede acaecer en un Estado que se proclama social y democrático de Derecho.

Creo, en fin, que a pesar de las suspicacias entonces existentes y tras el rodaje producido, si bien todavía no concluido, la experiencia ha de calificarse de esperanzadora, no obstante los fallos y errores que se hayan producido.

Esas transferencias han sin duda alguna tenido lugar porque voluntariamente, que no por imposición, se han reivindicado desde las diferentes Comunidades Autónomas. Y todo ello, no ha de plantearse lo contrario, con el deseo de contribuir a que la Justicia se administre debidamente y de forma lo más ágil y eficaz posible en sus respectivos territorios. En este sentido, no faltará el apoyo decidido de la Fiscalía General del Estado, dentro del ámbito de sus competencias y en la medida de todo lo que a su alcance esté.

No parece necesario aclarar que las transferencias se limitan exclusivamente a los medios materiales y económicos y al personal auxiliar, no por lo que se refiere a la Institución en sí del Ministerio Fiscal, cuya organización y funcionamiento al Estado corresponde exclusivamente, es decir, a las Cortes Generales y al Gobierno de la Nación, como no de otra manera podía ser. No se puede, pues, legislar por las Asambleas o Parlamentos autonómicos y menos aún por normas de rango inferior a la de Ley, sobre el Ministerio Fiscal. Como acertadamente apunta la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de noviembre de 1982, cuando una disposición autonómica regula una materia que está reservada al Estado, la misma no es inconstitucional si no introduce un *novum* en la regulación estatal y se limita a reproducir aquélla. *A sensu contrario*, se desprende por tanto la postura jurisprudencial que comentamos.

Los Fiscales Jefes, si en algún momento tuvieran conocimiento de la existencia de algún proyecto que pretenda legislar sobre el Ministerio Fiscal, deberán ponerlo en conocimiento de la Fiscalía General del Estado, con el fin de valorar si lo que se pretende supone una invasión de competencias, con el fin de ponerlo en conocimiento del Ministerio de Justicia.

Volviendo al tema central de la ponencia, ha de decirse que, tras las transferencias producidas, la relación institucional entre la Fiscalía General del Estado y las Comunidades Autónomas no está transcurriendo con la intensidad debida.

Siendo autocríticos, puede afirmarse que tal vez desde la Fiscalía General no existió la sensibilidad debida desde el mismo instante que las mismas se produjeron, como tampoco por parte de las Comunidades existió gran interés en contactar con la Fiscalía General, salvo en los casos en que obligatorio es el ser oída. Falta, pues, la relación debida que ha de existir desde el punto de vista institucional, a diferencia de lo que siempre ha acontecido, con mayor o menor éxito, con el Ministerio de Justicia. Para tal finalidad ha de contarse, en primer término, con la colaboración de los Fiscales Jefes.

Ello, por tanto, debe ser corregido, sobre todo si se tiene en cuenta que el deseo de la Fiscalía General es prestar toda la colaboración que de ella ha de esperarse con las Comunidades Autónomas, en la seguridad de que el interés es recíproco por parte de estas últimas. No en vano a todos nos ha de unir la finalidad perseguida, objetivo común, cual es la de brindar a nuestro Ministerio los medios personales y materiales para mejor desempeñar la función que constitucional y estatutariamente le corresponde. El diálogo entre una y otras ha de ser constante, pues no cosa peor existe que la de vivir dándose la espalda.

Si hubiera que poner una rúbrica a la materia que nos ocupa, bien podría la misma ser la de «Ha cambiado la Administración, pero no el Ministerio Fiscal».

Hasta el presente, los Fiscales Jefes han siempre expuesto sus necesidades a la Fiscalía General, tanto las materiales como las relativas al personal auxiliar. Tras la valoración pertinente, las mismas se han remitido al Ministerio de Justicia, donde se han defendido, con las gestiones pertinentes propias del caso, a través de la Inspección Fiscal en unos supuestos, y en otros con propuestas del Fiscal General, oído el Consejo Fiscal.

Nada debe variar por el hecho de haber cambiado la Administración. Las Fiscalías de los territorios donde hayan tenido lugar las transferencias deben seguir haciendo lo propio por lo que a la Fiscalía General del Estado se refiere, con el fin de que ésta pueda defender la satisfacción de esas necesidades ante las Comunidades correspondientes. Cosa diferente será el éxito que pueda alcanzarse.

Ello debe ser así por varios motivos. En primer lugar porque, en una Institución como la nuestra, obligado es que la Fiscalía del Estado tenga pleno conocimiento no sólo de las necesidades de aquéllas, sino también de los logros que puedan obtenerse o de aquello que ha de quedar pendiente para los próximos ejercicios.

Pero existe otra razón importante. La Fiscalía General ha de velar en todo instante para evitar las desigualdades que, con relación a las Fiscalías, puedan en un determinado momento producirse y ser factor determinante para restablecer en su caso el equilibrio deseable. No sería admisible la desigualdad entre ellas o entre ellas y las del resto del territorio nacional. Sea en instalaciones y dignidad de los locales, en provisión de plazas del personal auxi-

liar, diferente tratamiento por lo que a las Comisiones de asistencia gratuita se refiere, materia relativa a la informatización, bibliotecas, etc. Por su parte, las Comunidades han de estar al corriente y ser previamente informadas del aumento de plazas de fiscales por si tuviera que llevar consigo el aumento de plazas entre el personal auxiliar.

Si bien ello no sucede en la actualidad y ha de desearse que la misma armonía se observará en el futuro, si en un momento dado, a efectos materiales o personales, ello no fuera así y existieran intereses contrapuestos entre dos o más Fiscalías dentro del mismo territorio, no cabe duda que la cuestión tendría que ser resuelta por el Fiscal General del Estado, órgano adecuado para ello, con intervención de la Inspección Fiscal y en su caso del Consejo Fiscal. Todo ello sin perjuicio de las delegaciones que puedan efectuarse a los Fiscales Jefes de los Tribunales Superiores de Justicia.

Será por tanto necesario que las diferentes Fiscalías informen a la Fiscalía General de todo cuanto de interés acontezca en esta materia. Lo que no significa que no hayan de mantenerse en los diferentes territorios las relaciones deseables entre los Jefes y las autoridades competentes en todas ellas, como ha venido sucediendo con el Ministerio de Justicia, pero obvio es que la Fiscalía General ha de estar al corriente de todo ello por las razones ya apuntadas con anterioridad.

Citaré algunas disfunciones observadas. Se ha detectado por ejemplo que, en alguna Comunidad, ha existido confusión a la hora de distribuir al personal auxiliar, al considerar a las Fiscalías como un órgano judicial, disminuyendo el personal auxiliar de alguna Fiscalía para incrementar la de un órgano judicial; o, como en otra, apenas se tienen en cuenta, por lo que a locales se refiere, las indicaciones del Jefe, entendiéndose directamente la Comunidad con la Presidencia del Tribunal Superior; o, como en otra, se está experimentando un gran retraso en la dotación de plazas de auxiliares, pese a haberse reivindicado desde hace casi un año. Pero a fuer de ser justos, diré también que se observa en algunas Comunidades el esfuerzo realizado, sobre todo por lo que a locales y dotación de medios se refiere, y ha de partirse de la base de su buena voluntad para resolver los que puedan existir.

Otros problemas podrían citarse con ocasión de las transferencias, como los relativos a la financiación, quejándose las Comunidades de las cantidades que para ello perciben, escasas a su juicio, pero es éste un tema que será seguramente abordado por el Director de Relaciones con la Justicia, pues escapa ello a la Fiscalía General.

En la Moción aprobada por el Congreso de los Diputados el día 27 de mayo de 1997 y que recientemente ha informado la Junta de Fiscales de Sala, se insta al Gobierno, entre otras cosas, a que «los Presupuestos del Estado contemplen partidas específicas para atender las necesidades funcionales del

Ministerio Fiscal, previamente evaluadas por el Fiscal General del Estado, oído el Consejo Fiscal».

Si al final ello cristaliza en una reforma de nuestro Estatuto, necesariamente tendrán que conocerse esas necesidades, que comprenderán las de todas las Fiscalías, háyanse o no producido las transferencias. Necesidades que han de tener reflejo igualmente en la Memoria Anual. De ahí la necesidad de cuanto vengo exponiendo.

Voy a concluir. Ante la imposibilidad de que todos los Jefes puedan intervenir, por imposición del tiempo concedido, diré que es deseo de la Fiscalía General del Estado, intensificar las relaciones con las diferentes Comunidades, que ahora están en su inicio, así como elaborar una Instrucción sobre la materia, que se pondrá igualmente en conocimiento de las Comunidades. Pero antes de que ello se produzca, será necesario conocer los puntos de vista de todos los Fiscales Jefes de los territorios en que se han producido las transferencias, sin perjuicio de que puedan hacerse cuantas aportaciones se deseen por parte de los restantes, con el fin de conseguir el objetivo reseñado y, en concreto, sobre los siguientes extremos:

Aspectos positivos de las transferencias, que sin duda los hay.

Disfunciones que se hayan detectado.

Si se observa el mismo tratamiento o diferencias en su caso respecto a los órganos judiciales.

Relaciones personales e institucionales con las respectivas Comunidades Autónomas.

Grado de información que poseen los Jefes de los Tribunales Superiores de todo lo que en las transferencias referidas afecta a las Fiscalías de su territorio.

Y todo aquello, en fin, que se estime de interés para su mejor funcionamiento.

Ello, como digo, con el fin de procurar siempre el deseable equilibrio entre todas las Fiscalías.

Por último, dos ruegos al Director General. Uno: Insistir en la conveniencia de que a las habituales reuniones que se mantienen en el Ministerio con los responsables de las Comunidades que han recibido las transferencias, asistan miembros de la Inspección Fiscal. Así estaba acordado desde hace tiempo, si bien por diversas circunstancias ello no ha podido tener lugar hasta el presente.

Dos: Que de producirse nuevas transferencias, se tenga en cuenta a la Fiscalía General en las reuniones previas que se tengan con la Comunidad de que se trate. Es ello competencia del Ministerio. No se cuestiona. Pero bueno será que eso se produzca para conseguir el objetivo perseguido.

Muchas gracias por la atención prestada.

