

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

ENAJENACION MENTAL INCOMPLETA, EN SU FORMA DE INTENSA ADICCION A LA HEROINA, SOBREVENIDA DESPUES DE LA SENTENCIA: EFECTOS SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA

Consulta núm. 1/1990, de 30 de abril

I

Por hechos acaecidos el 22 de febrero de 1986, una persona fue condenada en sentencia de 3 de diciembre de 1986 por delitos de utilización ilegítima de vehículos de motor y de robo con intimidación en entidad bancaria, a un total de 4 años, 6 meses y 2 días de privación de libertad, sin que se apreciaran circunstancias modificativas de la responsabilidad. Interpuesto recurso de casación por el condenado, el Tribunal Supremo lo desestimó en sentencia de 21 de febrero de 1989.

El penado permaneció en prisión preventiva desde el 21 de febrero de 1986 hasta el 20 de mayo de 1988, fecha en que se cumplió el período de la mitad del tiempo de duración de las penas impuestas.

En las diligencias sumariales no hay referencia alguna a que el imputado tuviera adicción a los estupeficientes; tan sólo manifestó sobre ese punto ante el Juzgado que desde hacía dos meses no consumía tipo alguno de droga y que no sentía necesidad de tomarla. Sin embargo, pocos días después de ser puesto en libertad, concretamente el 1 de junio de 1988, se sometió por iniciativa propia al llamado Programa Terapéutico para toxicodependientes en la Institución «Proyecto Hombre». Un informe de esa Institución emitido el 31 de octubre de 1988 dice que el penado cuando comenzó el tratamiento presentaba una fuerte adicción a los estupeficientes, consumo en el que se había iniciado a los 14 años. Es ésta la primera constancia en la causa de la existencia de tal padecimiento.

Declarada firme la sentencia y llevando el penado 19 meses de tratamiento en régimen abierto con resultados positivos —pero faltándole aún dos fases del denominado Programa Terapéutico, la próxima en régimen de internado—, la Audiencia da traslado de la causa al Fiscal para que informe sobre si es conveniente o no que el condenado continúe cumpliendo el resto de la pena en el Centro de Rehabilitación de toxicómanos «Proyecto Hombre».

II

El asunto se ha estudiado en Junta de Fiscalía en donde se mantuvieron dos posturas contrapuestas y netamente diferenciadas.

A) Una de ellas defendió que el cumplimiento debe continuar en la Institución «Proyecto Hombre» a la que el penado se ha acogido para su rehabilitación, con mayor razón si se tiene en cuenta que la próxima fase del Programa Terapéutico se lleva a cabo en régimen de internado.

Esta tesis, la mayoritaria, adujo en su apoyo los siguientes argumentos:

a) El derecho constitucional a un juicio sin dilaciones indebidas que reconoce el artículo 24.2 de la norma fundamental ha sido vulnerado a causa del tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos hasta la ejecución de la pena, lo que contraviene, además, el artículo 25 de la Constitución al fijar como fin básico de la pena la reinserción y rehabilitación social del sujeto. Como aclaración a este argumento hay que notar que el condenado se halla en un claro proceso de reinserción social tras 19 meses de tratamiento siguiendo el programa del «Proyecto Hombre», tiempo durante el cual ha abandonado la adicción a la heroína y no ha cometido delito alguno; el ingreso en un Establecimiento penitenciario interrumpiría el proceso de rehabilitación.

b) Aunque en la sentencia no se recoge que el penado fuera adicto a las drogas, la adicción parece que existía, pues así fue apreciado en otras sentencias por actos delictivos realizados en fechas próximas a la del que se analiza. Por lo demás, el condenado no fue reconocido por medio alguno, no obstante haberlo solicitado al ser informado de los derechos que como detenido le asistían.

c) El hecho de que la sentencia nada diga sobre la adicción del penado a las drogas no impide que constatada posteriormente su adicción y la modificación obvia de su imputabilidad, se dé a este supuesto un tratamiento similar al de la enfermedad mental sobrevenida, ordenando su ingreso en un Centro adecuado a los enfermos de tal clase, sin perjuicio de que después y a la vista del resultado se pudiera dar por cumplida la pena impuesta, computándole tal periodo de internamiento como dispone el artículo 9.1 del Código penal.

d) Si ya en otra ocasión esta Fiscalía —con la conformidad de la Fiscalía General del Estado— aceptó que la dilación indebida en una causa penal puede dar lugar a que el Tribunal ordene la no ejecución de la pena, debe aceptarse una medida menos radical como es la de sustituir el internamiento en Centro de rehabilitación de toxicómanos.

e) En el supuesto de que se ordenara el cumplimiento en un Establecimiento penitenciario, nada impediría la aplicación del artículo 57.1, inciso último del Reglamento Penitenciario (autorización para la asistencia a drogadictos en instituciones extrapenitenciarias adecuadas, públicas o privadas), pero en este caso sería facultad de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias la aplicación de la medida de internamiento en Centro de tratamiento, lo que implicaría variación de la resolución judicial al respecto.

B) La otra dirección, mantenida por el Fiscal-Jefe y la parte minoritaria de los Fiscales, estimó que en el caso de que se autorizara al penado a continuar el tratamiento indicado hasta concluir el «Programa Terapéutico», ese período de tiempo no debe computarse a efectos del cumplimiento de la pena, pues éstas deben ser cumplidas en Establecimientos penitenciarios, mas ello sin perjuicio de

que el penado pudiera seguir el tratamiento conforme a las previsiones que al respecto contiene el Reglamento Penitenciario. En favor de esta tesis militan estas razones.

a) Los argumentos a) y d) de la precedente postura son ajenos a la cuestión debatida, pues ni la dilación ha existido, ni de apreciarse sería indebida ni habría causado daño alguno acreditado. No hubo dilación porque entre la fecha de los hechos y la de la sentencia de instancia sólo mediaron diez meses. El resto del tiempo transcurrido, aparte no ser importante, se ha debido a la sustanciación del recurso de casación interpuesto por el penado.

La cuestión nuclear debatida es otra bien distinta: la de si no apreciada la adicción del penado a las drogas en la sentencia, pero acreditada después de su firmeza, resulta aplicable el régimen de los artículos 8.1 y 9.1 del Código penal previsto para los enfermos mentales.

b) La falta de mención en la sentencia a la adicción del penado a las drogas es una cuestión de hecho que sirve sólo de presupuesto al punto que se debate. Tal silencio no puede suplirse refiriéndose a que en otros casos próximos fue apreciada, pero sin constancia en autos, o a que se violaron sus derechos al ser detenido, pues de haberlo solicitado en cualquier otro momento se le hubiera atendido.

c) Hay que rechazar la equiparación entre la adicción a las drogas constatada después de la sentencia y la enfermedad mental sobrevenida en lo que se refiere tanto al tratamiento que el artículo 8.1 da a los enfermos de tal clase como a la posterior computación del periodo de internamiento para el cumplimiento de la pena, de acuerdo con el artículo 9.1. Para tal rechazo se valoran algunas precisiones, como son:

a') Nada que oponer a la asimilación entre la adicción a las drogas constatada después de la sentencia con la enfermedad mental sobrevenida, por cuando ello sería una cuestión a decidir merced a los oportunos informes periciales y por los trámites de los artículos 991-996 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

b') Acreditada la adicción, como en el caso de la enfermedad mental sobrevenida, el supuesto encajaría en el artículo 82, párrafo primero, del Código penal, que remite al artículo 8.1 a los efectos de acordar ya el internamiento o un tratamiento ambulatorio. Pero no tendría efectos extintivos sobre la pena, por cuanto, de una parte, el artículo 8.1 no los establece, ya que aquellas medidas no son sustitutorias de una pena que no se impone, y de otra parte, porque el artículo 82, párrafos segundo y tercero, obligan a deducir que lo señalado en su párrafo primero sólo tiene efectos suspensivos, pues la sentencia se cumplirá o se seguirá cumpliendo «en cualquier tiempo en que el delincuente recobraré el juicio».

c') La equiparación de la adicción a las drogas —justificada ésta después de la sentencia— con la enfermedad mental sobrevenida que autoriza al Tribunal a aplicar no el tratamiento del artículo 8.1 sino el previsto en el artículo 9.1 y párrafo segundo, no se podría hacer sin violar este mismo artículo, ya que exige que el Juez o Tribunal haga uso en la sentencia de la facultad de imponer además de la pena correspondiente las medidas previstas en dichos números (1.º y 3.º del art. 8). Y no habiéndose hecho uso de esta facultad, sustituir la pena impuesta por una medida de internamiento implicaría un atentado a la santidad formal de la cosa juzgada y una violación del artículo 9.1.

d) Se admite la invocación del artículo 57.1, inciso último del Reglamento Penitenciario, pero en defensa de la tesis opuesta, porque nada impediría que ordenado el cumplimiento en Establecimiento penitenciario, la Dirección General de Instituciones Penitenciarias autorizara que el penado asistiera a una institución extrapenitenciaria —incluso la misma en la que ahora recibe tratamiento— para obtener su total curación, con observancia de las garantías que aquel precepto establece. Esto no sólo no implica variación de la resolución judicial, sino que es el único remedio para que, simultáneamente, no se varíe la resolución judicial y además se dé satisfacción al problema personal de la salud del penado y de su rehabilitación social.

III

Como medida previa se hace necesario determinar con la mayor precisión posible el alcance e intensidad que presentara la adicción a la heroína que sobrevino en el penado bastante tiempo después de la realización del injusto típico. Ello es esencial, dados los distintos efectos que puede producir sobre la imputabilidad del drogodependiente el síndrome de abstinencia según conocida jurisprudencia del Tribunal Supremo. Indiquemos tan sólo que los actos punibles cometidos por sujetos adictos a la droga, en especial los heroinómanos, en estado carencial y con la finalidad de procurarse medios económicos con que adquirirla, han sido valorados, atendiendo a la concreta alteración de las facultades mentales y volitivas, no sólo como una atenuante privilegiada (art. 9.1), sino incluso aunque excepcionalmente, como eximente de enajenación mental (art. 8.1), más lo cierto es que, en la mayor parte de los casos, no se ha pasado de la atenuación genérica del artículo 9.10. De esta triple respuesta posible para la drogadicción, a los efectos en que va a desenvolverse la Consulta, sólo nos interesa la alternativa eximente completa —eximente incompleta, únicas para las que están previstas medidas de internamiento (arts. 8.1 párrafo tercero y 9.1, inciso segundo).

No es fácil precisar la calificación que ha de merecer en el orden penal la adicción a la droga atendiendo a la descripción de los hechos que se recogen como antecedentes. En una ocasión se dice que en las sumariales no hay constancia siquiera de su «adicción a los estupefacientes». Y en otra —atribuida a la institución «Proyecto Hombre», en donde estuvo internado— se expresa que cuando comenzó el tratamiento, el 1 de junio de 1988 poco después de ser excarcelado, presentaba «una fuerte adicción a los estupefacientes».

Tampoco en los argumentos jurídicos esgrimidos en las dos direcciones interpretativas existe la claridad debida.

Los partidarios de la tesis recogida en el apartado II, A), en un momento dicen que ha abandonado «su adicción a la heroína», y que parece que «la adicción existía» al tiempo de dictarse sentencia. No son más explícitos. Y, al efecto, hay que recordar que según reiterada doctrina jurisprudencial, si lo único probado es la dependencia o adicción sin más especificaciones, ello es irrelevante en trances de graduar la imputabilidad. No obstante la ausencia de hechos justificativos de su actitud, consideran implícitamente la adicción a la heroína como una eximente incompleta, ya que lo propuesto como solución es que tras el ingreso en un Centro adecuado pudiera darse por cumplida la pena impuesta computándole el período de internamiento, como dispone el artículo 9.1, párrafo segundo.

Quienes se adscriben a la tesis extractada en el apartado II, B) insisten en los mismos términos de hecho de «adicción del penado a las drogas», sin más aclaraciones. Y en un plano jurídico, en este planteamiento hallamos referencias conjuntas a la adicción con categoría de eximente y a la adicción con la cualidad de eximente incompleta, pues, de un lado, expresan que si se autorizara a continuar el tratamiento, este periodo de tiempo no debe computarse (es lo que viene a disponer el art. 82, párrafo segundo del Código penal para la enajenación en contra de lo prevenido en el art. 9.1, párrafo segundo para las eximentes incompletas), y luego manifiestan que no hay equiparación entre adicción y enajenación en orden al tratamiento prevenido en los artículos 8.1 y 9.1, y, en fin, después se anota que la equiparación con el tratamiento del artículo 9.1 no se podría hacer sin violar esta norma.

Parece evidente que la Fiscalía consultante debe contar con más datos de hecho que los proporcionados, pues no ofrece duda a sus componentes que la única opción posible para fijar los efectos de la adicción a la heroína es o la eximente o la atenuante privilegiada. En estos dos espacios jurídicos hemos de situarnos con el fin de analizar la situación creada por el eventual síndrome de abstinencia tras la comisión del hecho delictivo.

A) Decíamos antes que, en supuestos singulares, el síndrome de abstinencia originado por la falta de heroína con que subvenir el toxicómano a su estado, puede dar lugar a que se aprecie la eximente de enajenación mental. No ofrecerá particulares dificultades en la práctica la aplicación de la circunstancia 1.ª del artículo 8 cuando la profunda perturbación de la conciencia del autor sea coincidente con la fase de consumación del hecho punible. ¿Pero qué sucederá cuando la situación de drogadicción exculpatoria se presente *ex post*, y, en concreto, durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta? Cualesquiera que sea el modo de manifestarse la enfermedad mental sobrevenida o inimputabilidad *subsequens*, no modificará la responsabilidad criminal declarada, ni tampoco dará lugar a la aplicación de las medidas previstas en el artículo 8.1, párrafo tercero, sino sólo al internamiento conforme al artículo 8.1, párrafo segundo; esto es así, por cuanto el artículo 82, inciso primero, expresa que cuando el delincuente cayere en enajenación mental después de pronunciada sentencia, se suspenderá la ejecución tan solo en cuanto a la pena personal, observándose, en su caso, lo establecido en el párrafo segundo del artículo 8.1. La remisión limitada sólo a uno de los incisos del artículo 8.1 significa, en interpretación estricta, que el Tribunal únicamente puede acordar la medida de internamiento en establecimiento destinado a los enfermos de aquella clase; no puede, por tanto, utilizar la facultad prevenida en el párrafo tercero del artículo 8.1 de sustituir el internamiento por alguna de las otras medidas que se relacionan, entre las que se halla la sumisión a tratamiento ambulatorio. De modo que el tratamiento penal-procesal es distinto según que la inimputabilidad se aprecie al tiempo de la ejecución delictiva o que la enfermedad mental determinante de la irresponsabilidad surja o se acredite después de dictada sentencia. Tanto es así que según el tenor del artículo 82, párrafo segundo, en los casos de enajenación mental sobrevenida sólo cabe el internamiento o el cumplimiento de la sentencia cuando el delincuente recobraré el juicio. Es, pues, absolutamente inimaginable computar el tiempo del internamiento para el cumplimiento de la pena impuesta. El internamiento sólo es causa de suspensión de la condena, no de extinción.

De lo que precede se desprende que la normativa reguladora de la enajenación mental sobrevenida con el carácter de eximente no parece aplicable al caso que se plantea en la Consulta. No lo es para la tesis recogida en el II, A), porque entiende que el internamiento voluntario del penado en un Centro de rehabilitación privado para toxicómanos debe computarse a efectos de extinguir la pena privativa de libertad. Tampoco se ajustan aquellas reglas a la dirección resumida en II, B) en cuanto expresiva de que el internamiento es computable, pero sólo en la forma que previene el artículo 57.1 del Reglamento Penitenciario.

Si en la enajenación propia sobrevenida el tiempo del internamiento no es computable para extinguir la pena (arts. 82, párrafo segundo y 8.1 segundo inciso), la misma solución deberá aceptarse cuando se hayan advertido en fase de cumplimiento intensos estados carenciales derivados de la drogadicción, pues si la jurisprudencia del Tribunal Supremo equipara, en especiales circunstancias, la enajenación mental con la drogadicción manifestadas al tiempo de la perfección de la conducta punible, la similitud de efectos debe permanecer si aquéllas se advirtieren durante la ejecución de sentencias.

B) Es claro que el internamiento computable o extintivo de la condena ha de predicarse no para las eximentes plenas sino para las incompletas de enajenación mental, y también lo es que el síndrome de abstinencia difícilmente se valora como eximente, siendo más normal equipararlo a la enajenación mental incompleta. Situados en esta última consideración cabe preguntarse ¿cuáles son el tratamiento y los efectos de la eximente incompleta que se construya sobre el artículo 9.1.^a relacionada con el 8.1? Es necesario ponderar dos momentos cronológicos distintos: el de la imputabilidad disminuida concurrente con el delito y el de la semi-imputabilidad posterior a la sentencia.

— Para el primer puesto, la Ley de reforma del Código penal de 25 de junio de 1983 introduce un párrafo en el artículo 9.1 que permite al Juez imponer además de las penas correspondientes las medidas postdelictuales a que da acogida el artículo 8.1. Destaquemos dos cosas: que la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta fuere privativa de libertad y que el período de internamiento sí se computará como tiempo de cumplimiento de la pena, sin perjuicio de que el Tribunal pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración en atención al buen resultado del tratamiento.

— Para la hipótesis de enajenación incompleta sobrevenida no existe solución legal expresa, pues es manifiesto que la disposición concretada en el artículo 82 se refiere a la enajenación mental completa sobrevenida, y tampoco ofrece dudas que las medidas del artículo 9.1, párrafo segundo, están previstas para las eximentes incompletas coetáneas a la comisión delictiva.

Falta, pues, una norma para resolver el caso planteado de las eximentes incompletas sobrevenidas paralela a la que contiene el artículo 82 para la enajenación mental completa. En la Propuesta de anteproyecto del Código penal de 1983 advertida esta falta de regulación se estableció en el artículo 56 que si la enajenación sobrevenida fuere incompleta, el Tribunal podrá sustituir la pena privativa de libertad impuesta por la medida de internamiento, siendo, en su caso, computable para la pena el tiempo que hubiere durado la aplicación de la medida curativa.

En ninguna de las dos direcciones por la Fiscalía que formula la consulta sobre el tema objeto de análisis, se contienen referencias al vacío legislativo en

el tratamiento de la enajenación mental incompleta sobrevenida. Aun así se postulan soluciones específicas.

La tesis II.A) viene a decir que como nada impide sustituir el internamiento en establecimientos penitenciarios por el internamiento en Centros de rehabilitación para toxicómanos, el cumplimiento del resto de la pena impuesta debe computarse y continuar en la institución «Proyecto Hombre»; y agrega que el reingreso en establecimiento penitenciario aún cuando la asistencia se procure en instituciones extrapenitenciarias adecuadas no es procedente, pues ello supondría atribuir a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias la aplicación de la medida de internamiento.

Quienes son partidarios de la solución recogida en el apartado II.B), manifiestan que si se autorizara a proseguir el tratamiento ya iniciado en la institución «Proyecto Hombre», tal internamiento no tendría efectos para la extinción de la pena, dado que éstas deben cumplirse en establecimientos penitenciarios; pero aquel internamiento sería computable para el cumplimiento de la pena si se hace uso de la facultad reconocida en el artículo 57.1 del Reglamento Penitenciario con observancia de las garantías que en él se establecen.

IV

El artículo 118 de la Constitución española establece la obligatoriedad del cumplimiento de las sentencias firmes. Como no expresa la forma en que hayan de cumplirse las sentencias penales, acudiendo al principio de legalidad en la ejecución de las penas, hemos de concluir que no puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto (art. 81 del Código penal), o bien, como dice la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 990), que las penas se ejecutarán en la forma y tiempo previstos en el Código penal y en los reglamentos. Este principio aparece igualmente reconocido en el artículo 2.º de la Ley General Penitenciaria que la «actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por las leyes y los reglamentos», lo que supone la obligación para los Tribunales de no consentir otra forma de cumplimiento que no sea el normalmente establecido.

Pero son posibles supuestos excepcionales en los que falte la prescripción legal respecto a la forma de cumplimiento. Tal acontece con el eventual internamiento sustitutivo de la pena derivado de posibles eximentes incompletas de enajenación mental sobrevenidas. Cómo, dónde y en qué circunstancias ha de cumplirse es algo no expresamente regulado. La Tesis II, A) de la Fiscalía que Consulta, sostiene que nada impide sustituir el internamiento en establecimientos penitenciarios por el internamiento en un Centro privado de rehabilitación para toxicómanos, reanudándose la última fase del tratamiento sin intervención de la Administración penitenciaria. En la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1986 (pág. 181) ya se advertía que uno de los temas de más difícil solución que en la práctica judicial se están planteando es el de la demanda que determinados penados formulan a los Tribunales en el momento ejecutorio de la pena privativa de libertad, alegando hallarse bajo los efectos de la drogodependencia y solicitando que el cumplimiento de la condena tenga lugar en un establecimiento que les permita

seguir un tratamiento adecuado destinado a obtener la deshabituación e interesando un cumplimiento de la pena en establecimientos de carácter privado que aparecen especializados en la ayuda al toxicómano, lo que a la postre puede suponer un cumplimiento extrapenitenciario de la pena. Y algunos órganos jurisdiccionales de diversos territorios han dictado ya resoluciones en las que se admite el cumplimiento de la medida de internamiento sustitutivo en Centros privados de desintoxicación a falta de instituciones públicas adecuadas de tratamiento. (Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1988, pág. 273). Mas la sustitución directa del internamiento carcelario por el internamiento en Centros de rehabilitación privados o sin intervención de los órganos competentes para conocer de la ejecución de las penas, no se conforma con el principio de legalidad en la ejecución. En cualquier caso la referida sustitución directa o sin control jurisdiccional ha de rechazarse.

El artículo 11 de la Ley General Penitenciaria reconoce la existencia de Establecimientos especiales en los que prevalece el carácter asistencial, hallándose entre ellos los Centros de rehabilitación social para la ejecución de medidas penales. Y el artículo 57 del Reglamento Penitenciario expresa cuál es el régimen de los Establecimientos especiales, señalando su número 1.º, párrafo último, en lo que aquí interesa, que «tratándose de penados clasificados en tercer grado que por presentar problemas de drogadicción necesiten de un tratamiento específico, la Dirección General podrá autorizar su asistencia en instituciones extrapenitenciarias adecuadas, públicas o privadas, dando cuenta al Juez de Vigilancia».

Ello significa que, con ciertas condiciones o garantías, puede ser perfectamente válido tanto el internamiento, como su homologación a efectos de cumplimiento de la pena, en Centros Privativos, siempre que surjan problemas de drogadicción en el interno. En el término «problemas de drogadicción» tienen ajustado encuadre la intensa drogadicción sobrevenida.

En definitiva, para el caso objeto de la Consulta pueden establecerse las siguientes conclusiones:

1.ª Falto de regulación expresa en nuestro ordenamiento jurídico el tratamiento jurídico-penal que deba darse a los afectados por síndrome de abstinencia sobrevenida con intensidad tal que sus efectos sean paralelos a los de la eximente incompleta de enajenación, han de aplicarse las medidas sustitutivas de la pena que se prevén en el artículo 9.1 del Código penal.

2.ª Debe accederse al nuevo internamiento en la institución privada «Proyecto Hombre» a fin de continuar el tratamiento terapéutico a través de las oportunas medidas rehabilitadoras, que tendrán efectos extintivos sobre la pena privativa de libertad impuesta.

3.ª Sin embargo, el ingreso en el Centro referido de rehabilitación de toxicómanos, no debe hacerse a título particular o merced a una relación convenida directamente entre el condenado y la institución «Proyecto Hombre», porque toda ejecución de sentencia debe estar sujeta a control judicial y administrativo.

4.ª Se acordará el reingreso del penado en el correspondiente Centro penitenciario de cumplimiento para su clasificación y seguidamente se procederá a la excarcelación y puesta a disposición del personal acreditado de la institución privada «Proyecto Hombre» para su traslado posterior e internamiento en este Centro, en donde seguirá la cura de desintoxicación.

5.ª El Ministerio Fiscal cuidará, en todo caso, de que se observe lo dispuesto en el artículo 57.1 inciso último, del Reglamento penitenciario, redactado conforme al Real Decreto 787/1984 de 28 de marzo, que contempla el cumplimiento extrapenitenciario en instituciones privadas y desintoxicación para drogodependientes, y en particular de que se interese y se transmita la decisión al Juez de Vigilancia.

Instrucción núm. 1/1990, de 7 de febrero

Se ha recibido en esta Fiscalía General del Estado diferentes quejas transmitidas por el Defensor del Pueblo, en relación con reclamaciones de los justiciables sobre determinadas irregularidades detectadas en los Procedimientos Judiciales en trámite, y concretamente al supuesto de que algún interviniente en los juicios de faltas sea extranjero, lo que repercutía en los derechos fundamentales que recoge el artículo 24 de la Constitución Española.

Concretamente las quejas recibidas, se refieren a dos supuestos:

1. Se pone de manifiesto que en algunos Juicios de faltas, siendo el encartado extranjero y sin domicilio conocido, la citación del mismo para Juicio se efectúa directamente en el «Boletín Oficial del Estado» o de la provincia.

2. En otros casos, siendo el encartado en el Juicio de faltas extranjero, y con domicilio conocido en su país, su citación para comparecencia a Juicio se había efectuado también directamente a través del «Boletín Oficial del Estado» o incluso de la provincia.

En ambos supuestos, dicha sentencia condenatoria del extranjero así citado, y declarada en su caso, la correspondiente responsabilidad civil del mismo, tanto dicha sentencia como la tasación de costas posterior se notificaba igualmente al condenado a través de los Boletines Oficiales antes citados, ordenándose, a continuación y sin más, el archivo de las actuaciones.

Se exceptúa de estos supuestos, el caso que prevé el artículo 785.8, apartado H) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuanto a la designación de Procurador o persona con domicilio fijo en España que reciba las notificaciones, citaciones y emplazamientos que hubieren que hacer al súbdito extranjero.

En lo que se refiere al primero de los supuestos comentados —encartado extranjero sin domicilio conocido—, al omitirse el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 178 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —aplicable por remisión establecida en el art. 9 del Decreto de 21 de noviembre de 1952— con carácter previo a la citación por edicto, se produciría una infracción de las garantías procesales que reconoce el artículo 24.2 de la Constitución con el rango de derechos fundamentales, con la consiguiente repercusión en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, tanto del así condenado, como del favorecido de la responsabilidad civil declarado en la sentencia. En ese sentido conviene recordar la sentencia del Tribunal Constitucional número 118/1984 de 5 de diciembre, en la que expresamente se señalaba que:

«...la falta de citación directa del recurrente que fue citado mediante edictos publicados en el Boletín de la Provincia de Barcelona, una vez que resultó infructuosa la citación en el domicilio que erróneamente figuraba en Autos, y por lo

tanto antes de llevar a cabo la búsqueda previstas en el artículo 178 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como previa a la notificación mediante edictos. La infracción de esta norma procesal ha ocasionado la indefensión del recurrente, impidiendo la efectividad del principio de contradicción del proceso y privándole de sus garantías procesales y de la posibilidad de utilizar los medios de prueba pertinente para su defensa en primera instancia.

Por lo que hace referencia al segundo de los supuestos enumerados —encartado extranjero con domicilio conocido en su país— la infracción del artículo 24 de la Constitución en sus apartados 1 y 2 vendrá dada por la no utilización de la técnica de auxilio judicial internacional prevista en los artículos 276 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 177 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en material penal. En este caso, como en el anterior, la infracción expuesta también genera una doble repercusión, de un lado la indefensión del condenado sin haberle dado la posibilidad de ser oído por la no utilización de los cauces previstos para su citación, y de otro la del que obtuvo el reconocimiento de una indemnización en concepto de responsabilidad civil, al no poder obtener la ejecución de este pronunciamiento por haber sido archivada la causa, quedando, por tanto, frustrada la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos. Así llegados a este punto conviene recordar la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de emplazamientos personales en los procesales penales, de la que es claro exponente la anteriormente citada sentencia número 118/1984 que manifiesta:

«El Tribunal Constitucional ha señalado que las garantías procesales a que alude el artículo 24.2 deben respetarse no sólo en el conjunto del procedimiento, sino también en cada una de sus fases (sentencia 12/1981 de 21 de abril) y concretamente, de manera reiterada se ha manifestado sobre la necesidad de que todo el proceso está presidido por una efectiva contradicción para que se entienda cumplimentado el derecho a la defensa lo que, forzosamente implica, que siempre que ello sea posible, debe verificarse el emplazamiento personal de quienes hayan de comparecer en juicio como partes, a fin de que puedan defender sus derechos. Y si ello es exigible en otros órganos jurisdiccionales con superior razón ha de serlo en lo penal, habida cuenta de los bienes jurídicos que pueden resultar afectados, con lo cual no es sorprendente la rigurosidad de las normas procesales en esta materia, que requiere la plena constancia de que el acusado ha sido citado con arreglo a las formalidades prescritas en la Ley, como requisito indispensable para que el juicio pueda celebrarse sin su asistencia.

Así, en virtud de esta Doctrina, se recuerda a los señores Fiscales, que en los juicios de faltas en los que intervenga una persona extranjera en cualquiera de los supuestos enumerados anteriormente, se deberán cumplir las normas establecidas para ambos casos en la calendada sentencia del Tribunal Constitucional y en concreto respecto de los preceptos enunciados.

INTERVENCION DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS JUICIOS DE FALTAS QUE SE PERSIGUEN PREVIA DENUNCIA DEL OFENDIDO O PERJUDICADO

Instrucción núm. 2/1990, de 8 de marzo

I

El Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ha resuelto una Consulta formulada por el Fiscal de Huelva sobre la intervención del Ministerio Fiscal en determinados juicios de faltas. La causa de la Consulta deriva de que por algún Juzgado de esta última capital se ha decidido no citar al Fiscal en juicios de faltas tramitados con ocasión de la circulación de vehículos de motor, en particular cuando se trata de las faltas contempladas en los artículos 586 bis y 600 del Código penal conforme a la redacción dada por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio y ello porque, se dice, tales faltas al ser perseguibles sólo previa denuncia del ofendido o perjudicado no encajan en las perseguibles de oficio, únicas legitimadoras de la intervención del Ministerio Fiscal. En esta misma situación se hallan las faltas definidas en los artículos 585, 589, 590 y 594, si bien en todos estos casos el Ministerio Fiscal podrá denunciar en defensa de la persona agraviada si ésta fuere de todo punto desvalida (art. 602 del Código penal).

La razonada solución que se ha dado a la Consulta estimamos que es válida al ajustarse al ordenamiento jurídico y, como trasciende de lo particular, se da acogida a su contenido esencial en esta Instrucción a fin de que pueda ser tenida en cuenta por el Ministerio Fiscal cuando puedan plantearse casos análogos.

II

Las razones de la no intervención del Ministerio Fiscal en los aludidos juicios de faltas están basadas, primordialmente, en una interpretación en exceso literal de los artículos 962 y 963 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/1989, de actualización del Código Penal.

En efecto, hasta la reforma de 21 de junio de 1989 y continuando la tradición de nuestros Cuerpos legales precedentes, el Código penal sólo contemplaba como falta perseguible a instancia de parte las injurias livianas del artículo 586.1, cuya persecución se condiciona a que reclame al ofendido, cuyo perdón extinguirá la pena.

Sin embargo, el artículo 104, párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal extiende la necesidad de persecución por los ofendidos o sus legítimos representantes, además de a las faltas que llama injurias leves, las de imprenta, malos «tratamientos» de maridos a sus mujeres, desobediencia o malos tratos de éstas a aquéllos, faltas de respeto y sumisión de los hijos o pupilos respecto de sus padres o tutores. De estas faltas, además de la de injurias livianas, sólo permanecen vigentes en la actualidad las de malos tratos de obra entre cónyuges, tipificada en el artículo 582.2 del Código penal, cuya similitud con los tratamientos o tratos a que alude el artículo 104.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal resulta ya de por sí problemática. Ello, en primer lugar, porque el Código penal sólo se refiere a golpear o maltratar de obra, sin causar lesión, y extiende la protección tanto al cónyuge como a los ascendientes, hijos menores o personas ligadas por relación de afectividad análoga al cónyuge, quedando fuera los malos tratos de palabra, salvo que llegaran a considerarse injuria liviana. En segundo lugar, porque parece discriminatorio someter a instancia de parte los malos tratos de obra entre cónyuges y no los demás casos; pero, sobre todo, porque la Ley Orgánica 3/1989 no ha sometido expresamente el párrafo 2 del artículo 582 a la denuncia previa, que silencia, a diferencia de los demás casos en que así se ha establecido en la reforma. Los textos penales, por lo demás, siempre han considerado el delito y la falta de lesiones como perseguibles de oficio, lo que conduce a la conclusión de que los malos tratamientos o tratos entre cónyuges a que alude el artículo 104.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal hoy quedan reducidos al mal trato de palabra, subsumible en la injuria liviana del artículo 586.1 como única falta perseguible a instancia de parte, de todas las que aludía la Ley procesal en su artículo 104.2.

La injuria, tanto en su dimensión delictiva como de falta, es una infracción de carácter *privado*, que excluye la intervención del Ministerio Fiscal por afectar a intereses meramente particulares, salvo cuando fuere proferida por escrito y con publicidad (art. 4 de la Ley 62/78 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, de 26 de diciembre de 1978), en cuyo caso, tanto para la persecución del delito como de la falta con publicidad, *bastará* denuncia de la persona agraviada o, en su caso, de su representante legal.

Así pues, si la injuria no reviste este último carácter, es una infracción privada que exige para su persecución querrela, pues en tal caso *no bastará* la denuncia. Los artículos 962 y 969 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contemplan esta posibilidad, que en el caso de injuria en juicio de faltas implica necesidad de instar la querrela en el juicio verbal.

Es este el único caso, tanto para delitos como para faltas contra el honor en que, por ser infracciones privadas y exigirse querrela del ofendido o su representante legal, no es parte en el proceso el Ministerio Fiscal (arts. 467 y 586, núm. 1 del Código penal y art. 104 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Pero en todos los demás supuestos en que para la persecución del delito o de la falta se exige *denuncia* del ofendido o de quien supla su incapacidad procesal (por ejemplo, arts. 443, 563.2, 585, 586, número 2, 586 bis, 589, 590, 594 y 600 del Código penal), la infracción no es privada, no afecta sólo a intereses particulares, sino *semipública*, donde tal denuncia opera como condición de procedibilidad.

Los artículos 962 y 963 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, redactados

conforme a la legislación penal precedente a la actual y en los términos de la Ley de Bases de la Justicia Municipal de 19 de julio de 1944 y Decretos de 24 de enero de 1947 y 21 de noviembre de 1952, al disponer que es necesaria la citación para juicio verbal del «Fiscal Municipal» cuando se tenga noticia de la comisión de alguna de las faltas previstas en el Libro III del Código penal que puedan *seguirse* de oficio y su no convocatoria si la falta sólo puede perseguirse a instancia de parte legítima, venían entonces a referirse a la falta privada condicionada a querrela de injuria liviana, ya que no existían faltas sujetas al requisito de procedibilidad de denuncia previa introducidas en la Ley Orgánica 3/1989 de actualización del Código penal. Su significado actual es que no puede extenderse, hasta excluir de los juicios al Fiscal, para las nuevas faltas semipúblicas, ya que el juicio verbal *puede y debe seguirse* con aquél si existe denuncia previa del ofendido.

Por lo demás, *principios constitucionales* operan en el sentido de no excluir al órgano oficial. El artículo 24 de la Constitución, junto al derecho a la tutela judicial efectiva, introduce en su plenitud toda suerte de garantías enlazadas con el principio acusatorio y con la prohibición de indefensión. Sin acusación clara y precisa no puede haber juicio ni sentencia y, desde luego, a lo que no se puede obligar al denunciante de la falta perseguible a instancia de parte es a personarse con dirección letrada, sino que basta con su denuncia para que pueda perseguirse la falta, y resultaría insólito que incumbiera al denunciante en exclusiva arbitrar la acusación, los medios de prueba, intervenir como parte procesal y fundamentar jurídicamente su acusación. Mientras que en la injuria liviana el querellante ha de disponer de dirección letrada, al denunciante la ley no le exige otro tanto y alguien, el Estado, ha de sostener, en su caso, la acusación, pudiendo acudir a los remedios legales en el caso de que el Fiscal interesase absolución (Consulta 6/1987, de la Fiscalía General del Estado).

III

Por consiguiente el Ministerio Fiscal no debe consentir que se elimine su intervención en los juicios verbales que se celebren por faltas perseguibles a instancia de parte conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 3/1989 de actualización del Código penal, y una vez tenga conocimiento de que ha sido omitida su citación, debe ejercitar cuantos medios legales por vía de recurso le ofrece la Ley para subsanar tal vicio esencial de procedimiento, acudiendo en su caso al recurso de nulidad con arreglo a lo dispuesto en los artículos 238, número 3 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

REGIMEN JURIDICO QUE DEBE DE REGIR PARA EL INGRESO DE PERSONAS EN RESIDENCIAS DE LA TERCERA EDAD

Instrucción núm. 3/1990, de 7 de mayo

La Fiscalía General del Estado ha conocido a través de diferentes fuentes, de hechos, algunos de ellos luctuosos, acaecidos en Residencias y Centros para personas de la tercera edad situados en distintos lugares del territorio nacional. Y en informes de algunos Fiscales recogidos en Memorias anteriores, se advertía de la precaria situación en la que se hallaban buena parte de estas llamadas Residencias, así como de la falta de cobertura legal, en no pocos casos, al tratarse de una materia transferida a las Comunidades Autónomas, sin que en algunas de ellas se haya legislado hasta la fecha sobre el tema en cuestión, lo que sin duda ha generado una situación de desamparo que se presta a las más diversas actividades fraudulentas, que deberán ser perseguidas por los Fiscales con el más absoluto rigor.

El pasado año el Senado constituyó una Comisión de investigación y en sus conclusiones, publicadas con posterioridad, se proponen medidas legislativas futuras; igualmente el Defensor del Pueblo elaboró un amplio Informe, formulando varias recomendaciones, unas de carácter general y otras particulares, referidas a cada una de las distintas Comunidades Autónomas. Entre las primeras cabe destacar la necesidad de un desarrollo legislativo armónico y la creación de los correspondientes servicios de inspección. Se hace necesario ahora apuntar unas directrices sobre el régimen jurídico de los ingresos, a fin de que los señores Fiscales, en el ejercicio de sus funciones propias, acomoden a ellas sus actuaciones en lo sucesivo para que en materia delicada como es la protección de los intereses de los ancianos se lleve a cabo sin menoscabar lo más mínimo su intimidad personal, lo que exige sin duda actuar con cautela y prudencia, para no perturbar la calidad de vida de los internados.

De las investigaciones llevadas a cabo, y que esta Fiscalía General ha tenido conocimiento, se vienen observando graves y generalizadas irregularidades en los ingresos, especialmente en los Centros en régimen de internado.

Concretamente, viene siendo usual que los ingresos sean convenidos entre los familiares del interno y el Centro, llegando incluso a pactarse el régimen del internamiento, restringiendo o excluyendo la libertad personal al convenirse el régimen de visitas, salidas al exterior e incluso comunicaciones telefónicas o postales, lo que puede resultar gravemente atentatorio a derechos fundamentales básicos y a la dignidad de las personas.

Esta práctica se viene amparando muchas veces en la imposibilidad en que se halla el anciano para prestar su consentimiento en condiciones de validez jurídica, por encontrarse afectado de enfermedad física o psíquica.

Debe estarse al consentimiento del titular del bien jurídico que, en consecuencia, debe primar sobre cualquier condición, siempre, claro es, que se manifieste como expresión de una voluntad libre y consciente; en este supuesto, es el propio anciano quien contrata con el Centro las condiciones y servicios a prestar por este último durante el tiempo que dure el internamiento, sin que puedan imponerse al internado más restricciones que las derivadas del reglamento de régimen interno, que deberá estar aprobado por la Autoridad administrativa correspondiente, y las derivadas del respeto mutuo que exige la convivencia con otras personas.

En caso de enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico, que impidan prestar tal consentimiento, a tenor de lo establecido en el artículo 211 del Código civil, deberá recabarse preceptivamente la autorización judicial con carácter previo al ingreso, o comunicarlo a la autoridad judicial en el plazo de 24 horas en los supuestos de urgencia. Será en estos casos la Autoridad judicial la que debe examinar si las condiciones del ingreso son o no ajustadas a la legalidad y, en su caso, autorizar las restricciones que sean imprescindibles para la protección de la salud, integridad física o vida del internado.

En el caso de que el deterioro físico o mental, como consecuencia del avance de la vida, sea producido con posterioridad al momento en que se produjo el internamiento, deberá en este caso el Centro comunicarlo a la autoridad judicial para que ésta, al igual y previos los trámites previstos en el artículo 211 del Código civil dicte la correspondiente autorización judicial.

En el supuesto de que se trate de persona incapacitada y por consiguiente sometida a tutela, se puede cuestionar si el tutor debe solicitar la autorización judicial. Si bien el Código civil en su artículo 271, número 1 sólo se refiere a la necesidad de tal autorización para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental, o de educación o formación especial, parece que dicha enumeración no es exhaustiva y que, en realidad, por los propios ejemplos que recoge, se está refiriendo a los Centros de internamiento de cualquier clase, pues el fundamento del precepto no es otro más que impedir que el tutor pueda disponer de la libertad individual del tutelado, aún cuando resulte aconsejable por criterio médico. De otra parte, al haberse dado los requisitos del artículo 200 del Código civil, es presumible que el tutelado requiera en dicho Centro, aunque no sea especializado, la asistencia médico-psiquiátrica adecuada para atender a su salud mental.

De cuanto antecede se desprende que la práctica de efectuar el ingreso sin el consentimiento del titular del bien jurídico que se dispone o sin que éste sea suplido por la autoridad judicial, en los casos y por las causas legalmente previstas en los artículos 200 y 211 del Código civil, debe ser totalmente proscrita.

Para ello los señores Fiscales, en cumplimiento de sus obligaciones, encomendadas específicamente en el artículo 3.7 de su Estatuto Orgánico y al amparo de lo establecido en el artículo 4, especialmente los números 2,4 y párrafo último, deberán:

- 1.º Visitar cuando lo estimen oportuno y con la natural prudencia las Residencias de sus respectivos territorios, así como examinar los expedientes de los internados.

2.º Requerir información periódica a las autoridades administrativas en relación a las diferencias observadas por sus propios servicios de inspección, por si de ellas pudiera derivarse responsabilidad penal.

3.º Si fuere preciso, no dudarán en dar a cuantos funcionarios componen la Policía Judicial las órdenes e instrucciones necesarias tendentes a la investigación de aquellos hechos que se consideren oportunos.

4.º Poner en conocimiento de la Autoridad administrativa cuantas irregularidades lleguen a su conocimiento, a fin de que se corrijan administrativamente cuando no sean constitutivas de infracción penal.

5.º De forma especial velarán para que el interés patrimonial de los internados no sufra menoscabo alguno, debiendo a tal fin promover la constitución de los organismos tutelares oportunos, en los casos en que el deterioro psicológico o físico de los ancianos les impida o imposibilite la prestación de su consentimiento en actividades de disposición patrimonial.