

Circulares, instrucciones y consultas de la Fiscalía General del Estado (2007)

BOLETÍN DE INFORMACIÓN

Año LXII
Suplemento al núm. 2054
De 1 de febrero de 2008



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA



BOLETÍN DE INFORMACIÓN

**CIRCULARES, INSTRUCCIONES Y CONSULTAS
DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
(2007)**

ISSN: 0211-4267

Depósito Legal: M. 883-1958

NIPO: 051-08-001-8

Edita: Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones
San Bernardo, 62 - 28015 Madrid

Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado

ÍNDICE GENERAL

Páginas

CIRCULARES

CIRCULAR NÚM. 1/2007

CRITERIOS INTERPRETATIVOS TRAS LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN PENAL DE MENORES DE 2006

0.	INTRODUCCIÓN	13
I.	DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS Y DE LOS PERJUDICADOS	15
I.1	Cuestiones generales	15
I.2	La nueva posición de la acusación particular	16
II.	NOVEDADES EN LA REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS	19
II.1	Internamiento en régimen semiabierto	19
II.2	Alejamiento	19
II.3	Prestaciones en beneficio de la comunidad	22
III.	REGLAS PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS MEDIDAS	22
III.1	Posibilidad de imponer más de una medida por un mismo hecho	23
III.2	Medidas impondibles por la comisión de faltas	24
III.3	Supuestos en los que cabe imponer la medida de internamiento en centro cerrado	24
III.4	Reglas de determinación de la medida para los supuestos previstos en el artículo 9.2 LORPM	27
III.5	Reglas para supuestos de extrema gravedad	28
III.6	Reglas para supuestos de máxima gravedad	29
III.7	Pluralidad de infracciones	31
III.7.1	Pluralidad de infracciones conexas	31
III.7.2	Pluralidad de infracciones no conexas	32
III.7.3	Refundición	33
III.7.3.1	Competencia para refundir	33
III.7.3.2	Procedimiento de refundición	34

	Páginas
III.7.3.3 Supuestos especiales	35
III.7.3.3.1 Refundiciones sucesivas	35
III.7.3.3.2 Los internamientos con período de libertad vigilada ..	35
III.7.3.3.3 Refundición de medidas de internamiento de distintas clases ..	37
III.7.3.3.4 Refundición de medidas de libertad vigilada	37
IV. MAYORÍA DE EDAD DEL CONDENADO A MEDIDA DE INTERNAMIENTO	38
IV.1 Principio general	38
IV.2 Cumplimiento de 18 años	39
IV.3 Cumplimiento de 21 años	39
IV.4 Efectos del cumplimiento en centro penitenciario sobre el resto de las medidas	40
IV.5 Cumplimiento en centro penitenciario por ingresos anteriores.	41
IV.6 Aspectos procedimentales	41
IV.7 Régimen de las medidas de internamiento semiabierto, abierto y terapéutico	42
V. DETENCIÓN DEL MENOR Y DERECHO A LA ENTREVISTA RESERVADA	42
VI. MEDIDAS CAUTELARES	43
VI.1 Cuestiones generales	43
VI.2 Alejamiento cautelar	44
VI.3 Internamiento cautelar	45
VI.4 Medidas cautelares en caso de inimputabilidad	46
VI.5 Aspectos procedimentales	47
VII. LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS	47
VII.1 Competencia para el control de la ejecución de la medida de internamiento en centro penitenciario	47
VII.2 Concurrencia de penas y medidas	48
VII.3 Cese y sustitución de medidas	49
VII.3.1 Cese y sustitución ordinarios	49
VII.3.2 Regresión al internamiento cerrado	51
VII.3.3 Conversión del internamiento semiabierto en cerrado	51
VII.4 Designación de centros y menores integrados en bandas ...	52
VII.5 Otras cuestiones	53
VIII. CUESTIONES RELATIVAS AL NUEVO TRATAMIENTO PROCESAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	54
VIII.1 Cuestiones generales	54
VIII.2 Legitimación del Fiscal	56
VIII.3 Legitimación del perjudicado y requisitos de postulación ...	56
VIII.4 Inadmisión a trámite de la denuncia	57
VIII.5 Principio de oportunidad	57

VIII.6	Incoación del expediente	58
VIII.7	Escrito de personación	59
VIII.8	Determinación judicial de las partes civiles	60
VIII.9	La instrucción y las diligencias para preparar el ejercicio de la acción civil	60
VIII.10	Escrito de alegaciones y ejercicio de acción civil	60
VIII.11	Conformidad y responsabilidad civil	61
VIII.12	Celebración de la audiencia	62
VIII.13	Sentencia y recursos	62
VIII.14	Ejecución de los pronunciamientos civiles	62
VIII.15	Medidas cautelares	63
VIII.16	Sentencia absolutoria y responsabilidad civil	63
VIII.17	El respeto a la confidencialidad y a la reserva	63
IX.	OTRAS CUESTIONES PROCEDIMENTALES	64
IX.1	Celebración de la audiencia en ausencia del menor imputado	64
IX.2	Designación del letrado defensor en sede de fiscalía	65
IX.3	Protección de testigos menores de edad	66
IX.4	Actuaciones interruptoras de la prescripción	67
IX.5	Preceptividad de la declaración del menor como imputado en la fase de instrucción	67
IX.6	Régimen de la injuria y la calumnia	68
IX.7	Novedades en el tratamiento de las diligencias preliminares	69
IX.8	Recursos contra autos respecto de los que no se prevé expresamente la apelación	69
IX.9	Ámbito del recurso de apelación contra la sentencia del Juez de menores	70
X.	EL RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA.	70
XI.	CUESTIONES DE DERECHO TRANSITORIO	72
XII.	CONCLUSIONES	73

INSTRUCCIONES

INSTRUCCIÓN NÚM. 1/2007

ACTUACIONES JURISDICCIONALES E INTIMIDAD DE MENORES

I.	INTRODUCCIÓN	87
II.	PROCESO CIVIL E INTIMIDAD DE MENORES	88
III.	ACCESO A DOCUMENTACIÓN SOBRE ACTUACIONES JUDICIALES AFECTANTES A MENORES	89
IV.	PUBLICIDAD DE LAS SENTENCIAS E INTIMIDAD DE MENORES	91
V.	EN PARTICULAR, LA PUBLICIDAD DE LAS SENTENCIAS MEDIANTE EDICTOS Y LA INTIMIDAD DE LOS MENORES	93
VI.	CONCLUSIONES	94

INSTRUCCIÓN NÚM. 2/2007

LA ORGANIZACIÓN DE LA SECCIÓN DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL DE LA SECRETARÍA TÉCNICA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO Y EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES QUE ATRIBUYE AL MINISTERIO PÚBLICO LA LEY 16/2006, DE 26 DE MAYO POR LA QUE SE REGULA EL ESTATUTO DEL MIEMBRO NACIONAL DE EUROJUST Y LAS RELACIONES CON ESTE ÓRGANO DE LA UNIÓN EUROPEA

I.	LAS FUNCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN RELACIÓN A LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL	95
I.1	Ámbito de actividad que abarca la cooperación internacional.	97
a)	Sentido estricto	97
b)	Sentido amplio	98
I.2	La función de la Secretaría Técnica	98
I.3	La Sección de Cooperación Internacional de la Secretaría Técnica	99
II.	FUNCIONES OPERATIVAS Y DE COORDINACIÓN DE LAS TAREAS DE AUXILIO JUDICIAL INTERNACIONAL	99
II.1	La Red de Fiscales de Cooperación Judicial Internacional ...	100
II.2	Coordinación de desplazamientos para la ejecución de comisiones rogatorias	101
II.3	Iber-RED	102
III.	EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES ATRIBUIDAS AL MINISTERIO PÚBLICO EN LA LEY 16/2006 POR LA QUE SE REGULA EL ESTATUTO DEL MIEMBRO NACIONAL DE EUROJUST Y LAS RELACIONES CON ESTE ÓRGANO DE LA UNIÓN EUROPEA	103
III.1	Auxilio general al Colegio y Miembro Nacional de Eurojust ..	103
III.2	Funciones atribuidas exclusivamente al Fiscal General del Estado	103
III.3	Remisión por Eurojust de un procedimiento abierto por las autoridades judiciales de otro Estado	105
III.4	Convocatoria y asistencia a reuniones de coordinación en Eurojust	106
III.5	Comunicación por los Fiscales de informaciones relevantes a Eurojust	107
IV.	CONTRIBUCIÓN A LA COOPERACIÓN AL DESARROLLO EN MATERIA DE JUSTICIA	108
IV.1	Introducción	108
IV.2	Funciones de la Sección de Cooperación Internacional de la Secretaría Técnica en relación con la cooperación al desarrollo en materia de Justicia	112

V.	RELACIONES INSTITUCIONALES INTERNACIONALES. PARTICIPACIÓN EN FOROS INTERNACIONALES.....	113
V.1	Presencia y representación de la Fiscalía en Foros internacionales	113
V.2	Recepción de delegaciones extranjeras en la Fiscalía General del Estado	115
VI.	CONCLUSIONES	115

INSTRUCCIÓN NÚM. 3/2007

ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LA PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS DE DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA COMETIDOS POR GRUPOS ORGANIZADOS EN RELACIÓN CON LAS OPERACIONES INTRACOMUNITARIAS DEL IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO

I.	INTRODUCCIÓN	117
II.	LAS DEFRAUDACIONES DEL IVA QUE GRAVA LAS OPERACIONES INTRACOMUNITARIAS	117
II.1	Contexto: las operaciones intracomunitarias	117
II.2	Las modalidades delictivas	118
II.2.A	El fraude básico	118
II.2.B	El fraude carrusel	119
II.2.C	El carrusel documental	119
III.	LA RELEVANCIA DE LAS DEFRAUDACIONES DEL IVA INTRACOMUNITARIO	120
III.1	La magnitud económica	120
III.2	Los efectos sobre los mercados	120
IV.	LAS DIFICULTADES QUE OBSTACULIZAN LA INVESTIGACIÓN DE LAS TRAMAS DE DEFRAUDACIÓN DEL IVA INTRACOMUNITARIO	121
IV.1	El vigente régimen jurídico del IVA	121
IV.2	El carácter organizado de la defraudación	122
V.	CRITERIOS DE ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL CONTRA LAS TRAMAS QUE DEFRAUDAN EL IVA DE LAS OPERACIONES INTRACOMUNITARIAS	123

INSTRUCCIÓN NÚM. 4/2007

EL FISCAL COORDINADOR DE MEDIO AMBIENTE Y URBANISMO Y LAS SECCIONES DE MEDIO AMBIENTE DE LAS FISCALÍAS

I.	INTRODUCCIÓN	127
----	--------------------	-----

II.	EL FISCAL DE SALA COORDINADOR DE MEDIO AMBIENTE Y URBANISMO	129
II.1	Naturaleza del cargo	129
II.2	Funciones	132
	a) Intervención en procesos penales	132
	b) Ejercicio de la acción pública en procesos no penales.	133
	c) Supervisión y coordinación de la actuación en las Secciones	134
	d) Coordinación de los criterios de actuación de las Secciones	135
	e) Elaboración de informes	135
II.3	Otros cometidos	135
III.	LAS SECCIONES DE MEDIO AMBIENTE EN LAS FISCALÍAS TERRITORIALES	136
III.1	Naturaleza de las Secciones de Medio Ambiente.....	137
III.2	Composición de las Secciones de medio ambiente	139
III.3	Marco de funcionamiento de la Sección Medio Ambiente.	143
IV.	LA RED DE FISCALES DE MEDIO AMBIENTE	145
V.	LA SECRETARÍA DE LA SECCIÓN DE MEDIO AMBIENTE	146
V.1	Personal colaborador	146
V.2	Registros de la Sección de Medio Ambiente	147

INSTRUCCIÓN NÚM. 5/2007

LOS FISCALES DE SALA COORDINADORES DE SINIESTRALIDAD LABORAL, SEGURIDAD VIAL Y EXTRANJERÍA Y SOBRE LAS RESPECTIVAS SECCIONES DE LAS FISCALÍAS TERRITORIALES

I.	INTRODUCCIÓN	148
II.	RÉGIMEN COMÚN	149
III.	FUNCIONES DE LOS FISCALES DE SALA COORDINADORES ...	153
IV.	DESIGNACIÓN Y CESE DE LOS DELEGADOS EN LAS SECCIONES.	155
V.	RELACIONES DE LOS DELEGADOS CON EL FISCAL JEFE Y CON LOS FISCALES DE SALA COORDINADORES	156
VI.	FUNCIONAMIENTO Y COMETIDO DE LAS SECCIONES	158
VI.1	Pautas generales sobre el funcionamiento de las secciones	158
VI.2	Funciones de las secciones de siniestralidad laboral	159
VI.3	Funciones de las secciones de extranjería	160
VI.4	Funciones de las secciones de seguridad vial.....	161

CONSULTAS

CONSULTA NÚM. 1/2007

LA DELIMITACIÓN DEL PERÍODO OBJETO DE ENJUICIAMIENTO EN EL DELITO DE IMPAGO DE PENSIONES DEL ARTÍCULO 227 DEL CODIGO PENAL

I. ANTECEDENTES Y REGULACIÓN ACTUAL DEL DELITO DE IMPAGO DE PENSIONES	165
II. PLANTEAMIENTO Y OBJETO DE LA CONSULTA	166
III. EL CRITERIO JURISPRUDENCIAL: DISPERSO Y DIVERSO	168
IV. ELEMENTOS DEL DELITO DE IMPAGO DE PENSIONES	169
V. NATURALEZA JURÍDICA Y ESTRUCTURA TÍPICA	170
VI. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO Y DERECHO DE DEFENSA EN EL DELITO DE IMPAGO DE PENSIONES	172
VII. LA RESPONSABILIDAD CIVIL	173
VIII. CONCLUSIONES	174

CONSULTA NÚM. 2/2007

LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS PROCESOS DE RECTIFICACIÓN DEL CENSO EN PERIODO ELECTORAL DEL ARTÍCULO 40 DE LA LEY ORGÁNICA DE RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL

176

**CIRCULARES DE LA FISCALÍA
GENERAL DEL ESTADO**

Circular número 1/2007, de 23 de noviembre, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006

I. INTRODUCCIÓN

Transcurridos más de cinco años desde la entrada en vigor de la LO 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores* (en adelante, LORPM), se ha producido la primera reforma en profundidad del sistema de justicia juvenil en España, tras la aprobación de la LO 8/2006, de 4 de diciembre.

El gran calado de la referida reforma, unido a la experiencia aplicativa acumulada a lo largo de estos años, exige el dictado de una nueva Circular, que manteniendo en lo no expresamente incompatible los criterios sentados en la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, *relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000* aborde la exégesis de la nueva regulación y, en lo necesario, se introduzcan pautas interpretativas adicionales. La necesidad de una nueva toma de posición de la Fiscalía General del Estado en relación con la responsabilidad penal de los menores deriva, no sólo de la reseñada reforma 8/2006, sino también de la anterior modificación operada por LO 15/2003 así como de la aprobación del Reglamento de desarrollo de la Ley, regulado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio.

Atendiendo las circunstancias expuestas, el Fiscal de Sala Delegado de Menores, tras oír las sugerencias de las Secciones de Menores de las Fiscalías territoriales, y de conformidad con las previsiones de la Instrucción 11/2005, de 10 de noviembre, *sobre instrumentación efectiva*

del principio de unidad de actuación, propuso la elaboración de una Circular que sentase una interpretación uniforme sobre tales novedades.

Algunas cuestiones que la reforma introduce son de tal relevancia que quizás exigirían de un *spatium deliberandi* más prolongado en el tiempo. No obstante, la necesidad de dotar de pautas unificadas de actuación a las Secciones de Menores de las Fiscalías obliga al sacrificio de tales períodos extendidos de reflexión, sin perjuicio de que las experiencias aplicativas que vayan acumulándose a partir del dictado de la presente Circular puedan justificar en el futuro un replanteamiento de los criterios en ella acuñados, y a salvo la siempre enriquecedora facultad de las Fiscalías de elevar consultas que hagan avanzar en el objetivo de lograr pautas exegéticas sólidas y unificadas.

La Fiscalía General del Estado ha considerado prioritario lograr una interpretación uniforme y adecuada de la legislación penal de menores, lo que se refleja en la profusa doctrina emanada de la misma. El protagonismo absoluto del Fiscal en el sistema de Justicia Juvenil y la índole de los intereses en juego exige más que en ninguna otra área un armónico y ordenado cumplimiento del principio de unidad de actuación. En efecto, además de la referida Circular, –y sin necesidad de retrotraernos a fechas anteriores a la publicación de la LORPM– debe reseñarse la Instrucción 2/2000, de 27 de diciembre, *sobre aspectos organizativos de las Secciones de Menores de las Fiscalías ante la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000*, la Instrucción 1/2000,

de 26 de diciembre, *sobre la necesaria acomodación a la LORPM de la situación personal de los menores infractores que se hallen cumpliendo condena en centro penitenciario o sujetos a prisión preventiva*, la Circular 2/2001, de 28 de junio, *sobre incidencia de las Leyes Orgánicas 7 y 9/2000, de 22 de diciembre en el ámbito de la jurisdicción de menores*, la Consulta 1/2002, de 24 de octubre, *sobre ejecución de sentencias firmes recaídas en la pieza separada de responsabilidad civil tramitada conforme a la LO 5/2000*, la Consulta 3/2004, de 26 de noviembre, *sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores*, la Instrucción 3/2004, de 29 de marzo, *sobre las consecuencias de la desaparición del Secretario en las Secciones de Menores de Fiscalía*, la Instrucción 10/2005, de 6 de octubre, *sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil*, la Consulta 2/2005, de 12 de julio *sobre el discutido derecho del menor detenido a entrevistarse reservadamente con su letrado antes de prestar declaración en fases previas a la incoación del expediente*, y la Consulta 4/2005, de 7 de diciembre, *sobre determinadas cuestiones en torno al derecho a la asistencia letrada en el proceso penal de menores*.

Tras la publicación de la LO 8/2006, de 4 de diciembre se dictó la Instrucción 5/2006, de 20 de diciembre, *sobre los efectos de la derogación del artículo 4 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, prevista por la Ley Orgánica 8/2006*, cuyos criterios han sido asumidos por la STS 502/2007, de 4 de junio.

También dedican apartados específicos a aspectos relacionados con la posición del Fiscal ante el proceso penal de menores la Circular 3/2001, de 21 de diciembre, *sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería*, la Instrucción 2/2006, 15 de marzo, *sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores*, la Instrucción 3/2005, de 7 de abril, *sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los*

medios de comunicación y la Instrucción 11/2005, de 10 de noviembre, *sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el artículo 124 de la CE*.

A la hora de abordar los múltiples temas que se plantean, debe partirse de algunos ejes básicos.

Las últimas reformas colocan en un primer plano los intereses de las víctimas, quizás hasta ahora preteridas o eclipsadas por el papel estelar que al superior interés del menor se reconoce en esta jurisdicción especializada.

Por otro lado, se introducen importantes modificaciones en la regulación de las medidas, orientadas hacia un incremento de las posibilidades sancionadoras, si bien matizado por el mantenimiento de un gran margen de decisión en manos del Juez. Se concretan en este punto las pautas contenidas en la disposición adicional sexta introducida en la LORPM por la LO 15/2003.

Finalmente, –y ello va a exigir un esfuerzo interpretativo importante– se modifica radicalmente el tratamiento procesal de la acción civil, inspirado en el sistema de acumulación de acciones bien que combinado con el mantenimiento aunque funcionalmente restringido– de la pieza de responsabilidad civil.

La reforma de la LORPM operada por LO 8/2006, según el sentir mayoritario de las Secciones de Menores de las Fiscalías, expresado en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2007, contiene ciertos logros como son la mayor información y protección a las víctimas y perjudicados (art. 4), el nuevo catálogo de medidas imponibles por faltas (art. 9.1), el nuevo sistema de designación de Letrado en la Fiscalía (art. 22.2), una mejor regulación de las medidas, sus reglas de determinación y duración (en especial, el supuesto de pluralidad de infracciones arts. 7, 9, 10, 11, 12 y 47), el tratamiento de los mayores de edad (art. 14), la ampliación del plazo máximo de duración de las medidas cautelares (art. 28), el

nuevo régimen de responsabilidad civil (art. 64) o la nueva regulación del recurso de casación para unificación de doctrina (art. 42).

I. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS Y DE LOS PERJUDICADOS

I.1 Cuestiones generales

Ya la Exposición de Motivos de la LO 8/2006 destaca que *se refuerza especialmente la atención y reconocimiento de los derechos de las víctimas y los perjudicados, entre los que se encuentra el derecho a ser informado en todo momento, se hayan o no personado en el procedimiento, de aquellas resoluciones que afecten a sus intereses.*

A tales efectos, el artículo 4, de nueva planta, se dedica a concretar esta declaración de intenciones, a lo largo de seis párrafos. Los párrafos tercero, cuarto y sexto abordan el ejercicio de la acción penal y el ejercicio de la acción civil, y serán objeto de análisis en los epígrafes correspondientes.

El párrafo primero dispone que *el Ministerio Fiscal y el Juez de Menores velarán en todo momento por la protección de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por las infracciones cometidas por los menores.*

Claramente quiere realzar el legislador el papel institucional no solo del Fiscal –ya establecido en el artículo 3.10 EOMF– sino también del Juez como valedores de los derechos de la víctima.

El párrafo segundo declara que *de manera inmediata se les instruirá de las medidas de asistencia a las víctimas que prevé la legislación vigente.*

No cabe aquí sino hacer una remisión a la doctrina de la Fiscalía General del Estado sobre protección de víctimas, plenamente aplicable *mutatis mutandis* al proceso penal de menores, en especial a

la Circular 2/1998, de 27 de octubre, *sobre ayudas públicas a las víctimas de delitos dolosos violentos y contra la libertad sexual* y a la Instrucción 8/2005, de 26 de julio, *sobre el deber de información en la Tutela y Protección de las Víctimas en el Proceso Penal.*

El párrafo quinto estipula que *el secretario judicial deberá comunicar a las víctimas y perjudicados, se hayan o no personado, todas aquellas resoluciones que se adopten tanto por el Ministerio Fiscal como por el Juez de Menores, que puedan afectar a sus intereses.*

En todo caso, las resoluciones dictadas en fase de Diligencias Preliminares, básicamente las de archivo de la denuncia (art. 16.2) y las de desistimiento (art. 18) habrán de ser notificadas por el Fiscal, pues el Juzgado no tiene conocimiento de las mismas.

Una vez abierta la instrucción mediante el dictado del Decreto de incoación del expediente, mientras las actuaciones se encuentren en Fiscalía, los Sres. Fiscales habrán de remitir copia de las resoluciones a notificar al secretario judicial, a fin de que por éste se cumplieren las notificaciones previstas en el transcrito párrafo quinto del artículo 4 LORPM. Entre las resoluciones a notificar debe entenderse comprendido el Decreto de incoación del expediente. También habrá de notificarse la decisión sobre admisión o inadmisión de diligencias de investigación y las decisiones que supongan variación sustancial del curso del procedimiento, en ambos casos cuando se estime puedan afectar a los intereses de víctimas y perjudicados.

Remitido el expediente al Juzgado de Menores, habrá de ser éste, a través del secretario, quien dé cumplimiento a la obligación de notificar a las víctimas. Los Sres. Fiscales, en su función de protección de las mismas, deberán procurar que se cumplan efectivamente las previsiones legales sobre notificaciones.

También deben ser notificadas por el Juzgado las resoluciones que aún reca-

yendo durante la instrucción, hayan sido dictadas por el mismo (básicamente las relativas a medidas cautelares).

Las experiencias de las Secciones de Menores reflejadas en las Memorias de la Fiscalía General del Estado imponen una reflexión: deben en todo caso evitarse duplicidades en las notificaciones. Lo que realmente persigue el Legislador es asegurar que las resoluciones a comunicar lleguen a serlo efectivamente, implicando para ello a todos los operadores del sistema.

En este contexto, debe recordarse que en otras dos ocasiones se prevén notificaciones al perjudicado: el artículo 22.3 dispone que el Ministerio Fiscal notificará a quien aparezca como perjudicado, desde el momento en que así conste en la instrucción del expediente, la posibilidad de ejercer las acciones civiles que le puedan corresponder, personándose ante el Juez de menores en la pieza de responsabilidad civil, mientras que por su parte el artículo 64.1 establece que el Juez ordenará abrir pieza separada, notificando el secretario judicial a quienes aparezcan como perjudicados su derecho a ser parte en la pieza separada y estableciendo el plazo límite para el ejercicio de la acción. Para evitar duplicidades, habrá de entenderse que la notificación del artículo 22.3 no será necesaria como tal notificación autónoma, cuando se haya dado cumplimiento al ofrecimiento de acciones a víctimas y perjudicados previsto en el párrafo tercero del artículo 4 LORPM, canalizándose a través del secretario del Juzgado.

Debe también evitarse que al perjudicado no personado (y que por tanto no ha querido hacer uso de la facultad que se le reconoce para ser parte) se le notifiquen resoluciones distintas de aquellas que siendo sustanciales puedan afectarles a la esfera de sus intereses jurídicos, conforme a lo dispuesto en el párrafo quinto del artículo 4 LORPM.

I.2 La nueva posición de la acusación particular

La regulación de la acusación particular ha sufrido escasas modificaciones, al menos en sus aspectos esenciales. De hecho, el artículo 25 LORPM, dedicado íntegramente a esta parte procesal, se mantiene incólume en la redacción dada por LO 15/2003, de 25 de noviembre.

La reforma 8/2006 prácticamente se limita a retocar el articulado para aclarar las facultades que se reconocen a la acusación particular a lo largo del *iter* procedimental, colmando las omisiones en que incurrió la reforma 15/2003, que no tuvo en cuenta que el complejo engranaje de la Ley exigía su reajuste global una vez modificada una de las piezas del sistema. En realidad, las clarificaciones que expresamente introduce la LO 8/2006 podían deducirse sin grandes dificultades por vía interpretativa, a través del texto del artículo 25 LORPM.

En este sentido pueden consignarse las aclaraciones relativas a la habilitación de la acusación particular para tener vista del expediente (art. 23.2), para interesar el secreto de las actuaciones (art. 24), para solicitar en fase de instrucción diligencias (art. 26), para formular escrito de alegaciones (art. 31), para participar en el debate preliminar (art. 37.1), y para informar oralmente tras la práctica de la prueba (art. 37.2).

Por contra el Legislador de 2006 no ha tratado tres cuestiones no abordadas expresamente por la reforma 15/2003 y no susceptibles de integrarse con claridad a través de lo dispuesto en el artículo 25 LORPM: los requisitos de postulación exigibles, el ámbito objetivo en el que se permite ejercer la acusación particular y el acceso a los informes emitidos por el Equipo Técnico.

En cuanto a los requisitos para la personación del ofendido como acusación particular, si bien deberá necesariamente actuar asistido por Letrado, no habrá de entenderse imprescindible que confiera

la representación a un Procurador, teniendo en cuenta la mención expresa al primero y la correlativa omisión de cualquier referencia al segundo en el párrafo tercero del artículo 4 LORPM.

Conviene aquí recordar que conforme a la reseñada Consulta 4/2005 la exigencia de especialización que se impone a los abogados estará en todo caso subordinada al derecho a la libre elección de Letrado, lo que en definitiva supone que ningún obstáculo existirá para que la defensa del menor la asuma por elección de éste, asistido de sus representantes, cualquier abogado colegiado aun cuando no pueda acreditar especialización en menores. Idéntico principio habrá de aplicarse a la elección de Letrado como director de la acusación particular regulada en el artículo 25 LORPM.

Respecto al ámbito objetivo al que se extiende la acusación particular, también debe hacerse una puntualización. En el sistema originario de la Ley las restricciones eran notables: sólo cabía en relación con hechos tipificados como delitos, atribuidos a personas de dieciséis años en adelante y para hechos cometidos con violencia o intimidación, o con grave riesgo para la vida o integridad física de las personas. Tras la reforma 15/2003 caen las restricciones, pudiendo personarse el ofendido como acusación particular en toda clase de delitos y sea cual sea la edad del menor infractor. No obstante la mención del artículo 25 a que *podrán personarse en el procedimiento como acusadores particulares...las personas directamente ofendidas por el delito* llevó a considerar a *contrario sensu*, que no cabía la personación respecto de las faltas.

Pues bien, tras la reforma 8/2006 debe entenderse que tal restricción ya no es defendible, a la vista del nuevo artículo 4, que en su párrafo tercero reconoce el derecho de víctimas y perjudicados a personarse *en el expediente que se incoe al efecto*. Consiguientemente, la referencia al expediente *in genere*, sin distinguir si el mismo se incoa por delito o por falta, debe

llevar a la conclusión de que es admisible la personación del ofendido en todo caso, conforme al brocardo *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

En cuanto a la posibilidad de acceso a los informes del Equipo Técnico, tras la reforma 15/2003 se suscitaron dudas. Las tesis favorables al acceso tenían un poderoso argumento a la vista de la expresa habilitación de la acusación particular para interesar la imposición al menor de medidas en concreto [art. 25 b)] y conforme a la obligación de atender para la elección de la medida o medidas adecuadas especialmente a la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto en los informes de los equipos técnicos (art. 7.3), factores ambos cuya confluencia conducía a la conclusión apuntada. Esta interpretación se refuerza aún mas si cabe por la nueva previsión incorporada tras la reforma 8/2006 al artículo 35 LORPM. En efecto, el nuevo apartado tercero de este precepto dispone que *quienes ejerciten la acción penal en el procedimiento regulado en la presente Ley, habrán de respetar rigurosamente el derecho del menor a la confidencialidad y a la no difusión de sus datos personales o de los datos que obren en el expediente instruido, en los términos que establezca el Juez de Menores. Quien infrinja esta regla será acreedor de las responsabilidades civiles y penales a que haya lugar*. De esta nueva disposición claramente cabe colegir que el Legislador, partiendo de que la acusación particular va a acceder a todo el expediente, incluido el informe del Equipo Técnico, quiere introducir una cautela adicional y un reforzamiento del deber de reserva para evitar lesiones a la intimidad del menor sometido a expediente y de sus familiares, teniendo en cuenta que el informe del Equipo Técnico disecciona estos sensibles ámbitos de la privacidad. Se incorpora pues expresamente el secreto externo de las actuaciones practicadas en el expediente de menores.

En todo caso, aunque la acusación particular tiene derecho a acceder al in-

forme del Equipo, a tales efectos habrá de solicitar que se le dé vista, pues la remisión de oficio del mismo por parte del Fiscal una vez elaborado sólo se prevé en relación con el Juzgado de Menores y el Letrado del Menor, conforme al artículo 27.5 LORPM.

En lo que hace a la legitimación de la acusación particular para interesar la adopción de medidas cautelares, tras la reforma 8/2006 la Ley zanja la cuestión en relación con la medida de internamiento al disponerse expresamente en el párrafo segundo del apartado segundo del artículo 28 que *el Juez de Menores resolverá, a instancia del Ministerio Fiscal o de la acusación particular* reconociendo pues, la plena legitimación de ésta a tales efectos.

Más dudas se plantean en cuanto a la legitimación de la acusación particular para promover la adopción de otras medidas cautelares. Los interrogantes traen causa en la previsión general del apartado primero del artículo 28, conforme al que *el Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de quien haya ejercitado la acción penal... podrá solicitar del Juez de Menores, en cualquier momento, la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expedientado o para la debida protección de la víctima.*

De la contraposición de este apartado primero dedicado a las medidas cautelares en general y del apartado segundo, dedicado específicamente a la medida de internamiento, siguiendo una interpretación literal podría llegarse a la conclusión de que la acusación particular con carácter general carece de legitimación para interesar medidas cautelares directamente del Juez, pudiendo únicamente proponer al Fiscal que las solicite, disponiendo de legitimación por excepción para promover el internamiento.

Sin embargo, una interpretación lógica y sistemática ha de llevarnos a superar el tenor literal de este precepto –cuya desarmonía con el apartado segundo trae causa en los avatares parlamentarios– y a propugnar el reconocimiento general de

legitimación a la acusación particular para interesar medidas cautelares. En efecto, si se reconoce expresamente a esta legitimación para promover el internamiento cautelar, que es la medida más intrusiva, sería absurdo negárselo para proponer medidas menos invasivas, representándose aún con mas intensidad la sinrazón de la exégesis literal si se repara en que de seguirse se negaría legitimación al ofendido para impetrar la medida cautelar creada específicamente para su protección, esto es, la medida de alejamiento.

Esta afirmación general debe ser a su vez objeto de una matización: a la vista de los taxativos términos utilizados por el Legislador y teniendo en cuenta que se trata de una facultad excepcional, en tanto derogadora de la regla general, habrá de entenderse que una vez agotados los seis meses ordinarios de duración de la medida cautelar de internamiento sólo cabrá adoptar la prórroga a instancias del Ministerio Fiscal, decayendo a tales efectos la legitimación de la acusación particular. El apartado tercero del artículo 28 claramente refiere que la medida cautelar de internamiento podrá prorrogarse pero *a instancia del Ministerio Fiscal*. Este matiz más restrictivo en la prórroga del internamiento cautelar de menores es por lo demás plenamente ajustado a las directrices sugeridas al respecto por la Recomendación Rec (2003)20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

A fortiori, cabe subrayar cómo expresamente la enmienda 168 presentada en el Congreso durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley trató de que se reconociera legitimación a la acusación particular para interesar la prórroga del internamiento. La no aprobación de dicha enmienda revela inequívocamente que la *voluntas legislatoris* era contraria al reconocimiento de tal legitimación.

Debe por último tenerse presente que tras la reforma 15/2003, con la introducción de una acusación particular con plenos derechos procesales, es técnicamente posible que llegue a convocarse audien-

cia aun contrariando la solicitud de sobreseimiento del Fiscal, si la acusación particular formula alegaciones. Para el caso de ocurrir esta eventualidad, los Sres. Fiscales interesarán del Juzgado que se les de traslado para formular escrito de alegaciones en sentido absolutorio, fundamentando con detalle su posición procesal.

II NOVEDADES EN LA REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS

II.1 Internamiento en régimen semiabierto

En la redacción original de la LORPM el internamiento semiabierto tenía una configuración predeterminada: *las personas sometidas a esta medida residirán en el centro, pero realizarán fuera del mismo actividades formativas, educativas, laborales y de ocio.*

La nueva letra b) del artículo 7.1 LORPM, tras la reforma, configura esta medida de una manera radicalmente distinta. El nuevo precepto dispone que *las personas sometidas a esta medida residirán en el centro, pero podrán realizar fuera del mismo alguna o algunas de las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio establecidas en el programa individualizado de ejecución de la medida. La realización de actividades fuera del centro quedará condicionada a la evolución de la persona y al cumplimiento de los objetivos previstos en las mismas, pudiendo el Juez de Menores suspenderlas por tiempo determinado, acordando que todas las actividades se lleven a cabo dentro del centro.*

Por tanto, ahora, la medida es susceptible de modulaciones profundas en su concreto régimen de ejecución, permitiendo su adaptación a la evolución del menor y posibilitando en cierta medida progresiones y regresiones.

Las regresiones, que supondrían la suspensión de actividades fuera del centro exigirán en todo caso una decisión motivada del Juez de Menores. Previa a la decisión, y pese al silencio del artículo 7.1 b) habrá de entenderse necesaria la audiencia del Fiscal, conforme al artículo 44.1 LORPM y habrá igualmente de oírse al menor afectado, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.1 de la LO 1/1996, de 15 de enero, *de Protección Jurídica del Menor*. La decisión debe además fijar un plazo concreto de vigencia, aunque nada impide que agotado el primer plazo, pueda nuevamente renovarse si la evolución justifica esa ulterior suspensión, que de nuevo exigirá en todo caso la audiencia del Fiscal y del menor. Debe entenderse conforme al argumento *a maiori ad minus* que también cabrá graduar el ámbito de la suspensión.

En todo caso, las cuestiones relativas a permisos y salidas de fines de semana seguirán regulándose por las disposiciones reglamentarias previstas para el internamiento semiabierto.

II.2 Alejamiento

La reforma de 2006 incorpora una nueva medida al catálogo general. En efecto, la letra i regula la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez.

Por lo que respecta a su contenido esta medida impedirá al menor acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como a su domicilio, a su centro docente, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos. *La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impedirá al menor establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.*

La Fiscalía General del Estado en su Consulta 3/2004, de 26 de noviembre,

sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre la aplicabilidad de esta medida por medio de las reglas de conducta de la libertad vigilada.

Deben analizarse varias cuestiones en relación con el ámbito objetivo, el ámbito subjetivo y el contenido de la medida.

En cuanto al ámbito objetivo, la medida puede imponerse tanto frente a hechos constitutivos de delito, como frente a hechos constitutivos de falta, si bien en este último supuesto la duración de la misma no podrá exceder de seis meses, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.1 LORPM.

No existen otros límites objetivos para su imposición, derivados del *nomen* o naturaleza del delito o falta cometido. Habrá no obstante de tenerse en cuenta el listado de delitos a los que conforme al artículo 57 CP es aplicable la pena homónima, de acuerdo con la cláusula de supletoriedad contenida en la disposición final 1.^a LORPM. Recordemos que este precepto se refiere a delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente y que dentro de la parte especial, el artículo 578 prevé también la posibilidad de imponer esta medida para delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación de sus víctimas. Como regla general, pues, la medida solo podrá imponerse frente a estos delitos y frente a las correlativas faltas.

En lo tocante al ámbito subjetivo, la flexibilidad es la nota distintiva: la medida puede imponerse con relación a la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez. Esta gran amplitud debe entenderse acotada en primer lugar por la necesidad de que la propia dinámica comisiva revele un

periculum en relación con la concreta persona que va a ser objeto de protección (sea víctima, familiar o tercero) y en segundo lugar por la necesidad de que las personas protegidas (que pueden ser una o varias) queden en todo caso determinadas en la sentencia.

En cuanto a los contenidos de la medida, conforme al artículo 7.1.i) puede consistir en la prohibición de acercamiento y en la prohibición de comunicación. La primera modalidad implica impedir al menor acercarse a las personas determinadas en la sentencia, en cualquier lugar donde se encuentren, así como a su domicilio, a su centro docente, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos.

La segunda modalidad supone impedir al menor establecer con las personas determinadas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

A la hora de imponer la medida pueden modularse sus contenidos, de manera que cabrá imponer simultáneamente la prohibición de aproximación y de comunicación o solamente una de las dos modalidades.

No se contempla como contenido de esta medida una de las posibilidades de la pena homónima. En efecto, el artículo 48 CP recoge como una de las modalidades de alejamiento la privación del derecho a residir en determinados lugares.

No obstante, si por las concretas circunstancias concurrentes se estima conveniente este contenido, cabrá aplicarlo a través de la imposición de la medida de libertad vigilada, adoptando una regla de conducta que se ajuste a estos perfiles, pues expresamente se prevén como posibles reglas de conducta la prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos [art. 7.1.h) 3.^a], la prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa [art. 7.1.h) 4.^a], la obligación de residir en un lugar determinado [art. 7.1.h)

5.ª], la obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas [art. 7.1.h) 6.ª] y cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona [art. 7.1.h) 7.ª].

En el caso de que se opte por imponer una medida de alejamiento en protección de los familiares del menor, habrá desde el primer momento de conjurarse el riesgo de que la ejecución de la misma genere una situación de desprotección del menor. Para ello habrá de darse debido cumplimiento al inciso previsto tanto para el alejamiento como para la libertad vigilada, conforme al que *si esta medida implicase la imposibilidad del menor de continuar viviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Ministerio Fiscal deberá remitir testimonio de los particulares a la entidad pública de protección del menor, y dicha entidad deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996.*

A este respecto, los Sres. Fiscales deben tener presente que sus obligaciones no se ciñen a la mera remisión del testimonio, sino que conforme al artículo 174 CC incumbirá también al Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda que como consecuencia de la remisión del testimonio pueda constituirse. Esta superior vigilancia se ejercerá, no desde las actuaciones penales sino a través del expediente de protección que se aperture. La remisión del testimonio habrá de realizarse lógicamente antes del inicio de la ejecución de la medida, o, en caso necesario, simultáneamente a su inicio, debiendo hacerse constar expresamente esta circunstancia.

Cuando las circunstancias del caso lo requieran, los Sres. Fiscales ordenarán a la Policía Judicial el traslado del menor respecto del que se ha acordado el aleja-

miento (ya en su modalidad cautelar, ya en su variedad de medida imponible en sentencia) al Centro de Acogida inmediata que proceda, remitiendo simultáneamente el correspondiente testimonio a la Entidad Pública de Protección de Menores para que con arreglo a sus competencias, decida la medida de protección procedente.

Si el alejamiento supone la prohibición de acercarse al centro educativo donde el menor cursa sus estudios, los Sres. Fiscales interesarán que el Juzgado remita el correspondiente testimonio a la Delegación de Educación competente a los efectos de que arbitre las medidas que procedan para escolarizar en su caso al menor.

Por último, cuando además de la dimensión protectora de la víctima sea preciso que la medida tenga un contenido educativo, será preferible optar por articular la petición del alejamiento como regla de conducta en el marco de una medida de libertad vigilada. Su configuración como regla de conducta vinculada a la libertad vigilada permite captar mejor la imprescindible orientación educativa de las medidas en Derecho Penal de Menores, pues como tal regla de conducta gira en torno al programa de intervención elaborado por el profesional encargado de la ejecución, en el que se incluyen las correspondientes pautas socioeducativas y la planificación del seguimiento y control del menor sometido a procedimiento [arts. 7.1.h) LORPM y 18.2 del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley].

También podrá optarse para proyectar esa necesaria dimensión educativa de la respuesta desde el sistema de Justicia Juvenil por aplicar de manera conjunta con el alejamiento otra medida de distinta naturaleza, conforme al nuevo artículo 7.4 LORPM.

De hecho, habrán de considerarse excepcionales los supuestos en que se imponga únicamente una medida de alejamiento como consecuencia de la infracción cometida por el menor, pues si un

principio básico del Derecho Penal de Menores es el de la necesidad de que la respuesta sea educativo-sancionadora, la imposición del alejamiento *sic et simpliciter* supondría su quebrantamiento, pues el alejamiento en sí carece de sustrato educativo.

Aunque separándose del sistema del Código Penal el alejamiento en el proceso penal de menores no se configura como pena accesoria a otra principal (*rectius*, a un determinado grupo de delitos), antológicamente mantiene tal carácter, por lo que como pauta general –al menos cuando se impute al menor un delito– cuando se considere conveniente solicitar un alejamiento, habrá de interesarse siempre desde el respeto al principio de proporcionalidad en sentido positivo, otra medida con contenido educativo.

Desde el punto de vista del control material de la medida, habrá de tenerse en cuenta que si lo acordado es un alejamiento puro, es decir, no integrado como regla de conducta en una libertad vigilada, deberá el Juez oficiar a efectos de su control a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sin que sea necesario –dada la ausencia de contenido educativo de la medida– requerir a la Comunidad Autónoma para que lleve a efecto su ejecución y control.

II.3 Prestaciones en beneficio de la comunidad

La definición de esta medida sufre una significativa modificación. Tras la reforma 8/2006 se mantiene en el artículo 7.1 k que *la persona sometida a esta medida, que no podrá imponerse sin su consentimiento, ha de realizar las actividades no retribuidas que se le indiquen, de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad*. Sin embargo, se suprime el inciso último que aparecía en la redacción original y que disponía que se *buscará relacionar la naturaleza de dichas actividades con la naturaleza del bien jurídico lesionado por los hechos cometidos por el menor*.

Esta modificación no aparecía en el texto del Anteproyecto, no habiéndose por tanto valorado ni por el Consejo Fiscal ni por el CGPJ en sus respectivos informes. Parece que la intención del legislador –como se desprende de la justificación esgrimida por la enmienda número 10 presentada en el Congreso y que propuso la supresión del inciso último– es no cerrar anticipadamente posibilidades ejecutivas de esta medida. No obstante, no está de más recordar que el inciso original apuntaba más a un criterio rector o fuente inspirativa que a un imperativo rígido. Por lo demás, tal disposición fue objeto de loas doctrinales, en tanto podía tener un gran potencial educativo.

De hecho, este inciso ahora suprimido fue fuente de inspiración para la reforma del CP operada por LO 15/2003, de modo que como se consideraba en la Circular 2/2004, *la reforma profundiza en la esencia rehabilitadora de esta pena, al prever que la actividad que realice el penado esté en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por él*.

En todo caso, el cambio no ha de suponer una revisión profunda de los criterios aplicativos, pues el Reglamento de ejecución de la LORPM continúa apuntando hacia esa preferencia por la relación de las actividades con el bien jurídico lesionado.

Por todo ello, los Sres. Fiscales, en la medida en que lo permitan los recursos disponibles, promoverán como regla general que las prestaciones continúen teniendo preferentemente conexión con el bien jurídico lesionado, para de esa forma fomentar durante la ejecución el proceso reflexivo del menor.

III. REGLAS PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS MEDIDAS

El Anteproyecto del que trae causa la reforma 8/2006 proponía una profunda modificación de la regla general de deter-

minación de las medidas, contenida en el artículo 7.3 LORPM. La modificación apuntaba hacia un acercamiento a las reglas de determinación de la pena tradicionales, dando un mayor peso específico al grado de ejecución, circunstancias modificativas y al tipo de delito cometido. El informe del Consejo Fiscal fue crítico con tal orientación, calando en el prelegislador las sugerencias formuladas, de manera que en el Proyecto de Ley y finalmente en la LO 8/2006, se siguió el criterio de mantener básicamente las originarias reglas de determinación de las medidas, por lo que las pautas, conforme a los principios inspiradores de la LORPM, habrán de continuar siendo esencialmente dúctiles, y por tanto, para la elección de la medida o medidas adecuadas y también para la fijación de su quantum *se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos.*

Como decantación del espíritu de la Ley, plasmado a lo largo de su articulado y de su Exposición de Motivos e incorporado a los principales instrumentos internacionales en la materia, podría extraerse un principio general en favor de la flexibilidad a la hora de seleccionar cualitativa y cuantitativamente la respuesta sancionadora educativa en cada caso. A través de ese principio, las dudas interpretativas que pudieran surgir, derivadas de las excepciones puntuales a la regla general que pueden encontrarse en algunos preceptos de la LORPM habrían de solucionarse conforme a la regla que podría formularse como *in dubio pro flexible*.

Como consecuencia de la enorme flexibilidad y discrecionalidad inherente al sistema de Justicia Juvenil, el propio artículo 7.3 subraya la necesidad cualificada de motivar *las razones por las que aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma.* Aunque

la *instructio* va dirigida específicamente al Juzgador, también los Sres. Fiscales habrán de cuidar que en sus alegaciones y en sus informes se explique y razone suficientemente el fundamento de sus peticiones. Debe aquí hacerse un recordatorio sobre la plena vigencia para el ámbito de menores de los criterios sentados en la instrucción 1/2005, de 27 de enero, *sobre la forma de los actos del Ministerio Fiscal.*

III.1 Posibilidad de imponer más de una medida por un mismo hecho

La reforma 8/2006 aborda una materia que por no estar expresamente regulada en la redacción original de la LORPM motivó dudas interpretativas. Se trata de la cuestión de si por un mismo hecho puede imponerse más de una medida y si, a la inversa, en los expedientes en los que se conozcan de varios hechos imputados al menor ha de imponerse una medida por cada uno de ellos.

El nuevo apartado cuarto del artículo 7 dispone que *el Juez podrá imponer al menor una o varias medidas de las previstas en esta Ley con independencia de que se trate de uno o más hechos.*

Por tanto, se opta, coherentemente con la filosofía subyacente en el sistema, por unas reglas de máxima flexibilidad, pudiendo en principio imponerse una sola medida por varios hechos y mas de una medida por un solo hecho. Esto último debe entenderse siempre lógicamente con respeto al principio de proporcionalidad en sentido positivo, conforme al que no pueden anudarse a hechos leves respuestas sancionadoras graves.

Esta nueva posibilidad de imponer más de una medida por un mismo hecho es concorde con el principio 18 de las Reglas de Beijing, que permite imponer varias medidas siempre que sea en interés del menor y sean complementarias entre ellas. Estos dos parámetros –junto al respeto a la proporcionalidad– habrán de ser

los criterios que inspiren a los Sres. Fiscales a la hora de optar por hacer uso de esta habilitación legal.

La aclaración del último inciso de este precepto es una derivación de la lógica del sistema de determinación de las medidas, en tanto presidido por la flexibilidad: *en ningún caso, se impondrá a un menor en una misma resolución más de una medida de la misma clase.*

Por tanto, cabrá imponer varias medidas de distinta clase por un solo hecho y una sola medida por varios hechos, pero no podrán imponerse varias medidas de la misma clase ni cuando se condene por la comisión de un hecho ni cuando se condene por varios.

Consiguientemente los Sres. Fiscales habrán de entender sin efecto las conclusiones que al respecto se contenían en el apartado V.-5 de la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, que consideró –con sólidos asideros a la vista del Derecho entonces vigente– que no cabía imponer mas de una medida por un solo hecho.

III.2 Medidas imponibles por la comisión de faltas

El apartado primero del artículo 9 LORPM incrementa las posibilidades de intervención frente a hechos constitutivos de falta: se amplían las medidas imponibles, incluyendo las de libertad vigilada hasta un máximo de seis meses, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez hasta seis meses, y la realización de tareas socio-educativas hasta seis meses.

Se da respuesta a una denuncia reiteradamente formulada desde las Fiscalías, que hacían notar cómo el catálogo de medidas que inicialmente preveía la LORPM como reacción ante las faltas era notoriamente insuficiente.

Debe plantearse si, a la vista del catálogo de medidas aplicables a hechos

constitutivos de falta – aunque ampliado, cerrado– cabría en estos supuestos aplicar las medidas previstas para casos de inimputabilidad, esto es, el internamiento terapéutico en sus distintas modalidades o el tratamiento terapéutico. La respuesta debe ser distinta para cada caso. En cuanto al internamiento terapéutico, en tanto está sujeto a la limitación prevista en el apartado segundo del artículo 8 LORPM, que prohíbe que la duración de las medidas privativas de libertad pueda superar el tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad imponible por el mismo hecho, debe descartarse de raíz. Las previsiones penológicas que el CP contempla para las faltas, inhabilitan el uso del internamiento terapéutico para menores autores de estas infracciones veniales.

En relación con el tratamiento terapéutico, la respuesta debe ser distinta. Si el menor autor de una falta es declarado inimputable y si su superior interés aconseja la aplicación de esta medida, habrá de entenderse susceptible de ser imputada, pues analizando conjuntamente los artículos 9.1 y 9.5 LORPM otra interpretación llevaría al absurdo de que este supuesto no permite la imposición de ninguna medida. En todo caso, tal medida habrá de someterse a los estrictos márgenes derivados del principio de proporcionalidad, de modo que no parece que pueda imponerse mas allá de los seis meses previstos en caso de falta para las demás medidas principales de tracto temporal.

III.3 Supuestos en los que cabe imponer la medida de internamiento en centro cerrado

Tras la reforma 8/2006 se amplían considerablemente los supuestos en los que cabe imponer la medida mas limitativa de derechos de cuantas se prevén en la LORPM.

En efecto, conforme al artículo 9.2 LORPM cabrá ahora imponer la medida de internamiento en régimen cerrado cuando:

a) *Los hechos estén tipificados como delito grave por el Código Penal o las leyes penales especiales.*

b) *Tratándose de hechos tipificados como delito menos grave, en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas.*

c) *Los hechos tipificados como delito se cometan en grupo o el menor pertenezca o actúe al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedican a la realización de tales actividades.*

Desde luego, no parecía lógico limitar, como hacía la LORPM en su redacción original, la posibilidad de imponer la medida a los supuestos en los que se hubiera empleado *violencia o intimidación en las personas o se hubiera generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas*. Con esta fórmula restrictiva, se impedía a *radice* la imposición de la medida a supuestos de gravedad en los que los medios comisivos eran otros.

Debe, por tanto partirse de la clara *voluntas legislatoris* de ampliar las posibilidades de imposición de la medida de internamiento en régimen cerrado. Dicho esto, no deben los Sres. Fiscales olvidar que el precepto contempla la imposición de esta medida (salvo los supuestos de extrema y máxima gravedad) en principio únicamente como posibilidad, y que el denominado principio de desinstitucionalización, asumido por el artículo 37.b) de la Convención de los Derechos del Niño postula que las privaciones de libertad de menores se utilicen como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.

En cuanto a la interpretación que debe darse a la cláusula que habilita para imponer el internamiento cerrado cuando *los hechos estén tipificados como delito*

grave habrá de hacerse en sentido restrictivo. Tal apoderamiento sólo habrá de entenderse conferido cuando los hechos tipificados como delito grave conforme a las disposiciones del Código Penal tengan asignada pena privativa de libertad, conforme al párrafo segundo del artículo 8 LORPM.

En este punto debe tenerse en cuenta que la extraordinaria amplitud de la letra 9.2.c) (actuaciones en grupo), en una interpretación literal permitiría incluir fenómenos delictivos no susceptibles de reconducirse a fórmulas especialmente criminógenas, por lo que también habrá de ser objeto de una exégesis restrictiva que deje fuera supuestos en los que la actuación colectiva no revista especial lesividad y no sea mas que una manifestación de las tendencias grupales tan frecuentes durante la adolescencia. De hecho, desde una perspectiva criminológica debe tenerse en cuenta que los menores infractores con frecuencia cometen delitos en grupo, en el que cada menor adopta un papel distinto, unos como líderes, otros simplemente siguiéndoles e incluso a veces los menores son llevados a situaciones sin que previamente hubiera habido planificación ni conocimiento, siendo en ocasiones difícil deslindar quienes son autores o cómplices y quienes están fuera del perímetro delictivo.

No obstante, no será necesario para poder aplicar esta circunstancia de actuación en grupo que todos los integrantes del mismo estén sometidos a la jurisdicción de menores. Así podrá apreciarse esta circunstancia a un menor de entre 14 y 18 años en una actuación grupal integrada además de por éste, por adultos y por menores de catorce años.

Debe también tenerse en cuenta como pauta general, que la regla aborda conjuntamente dos fenómenos distintos: 1.º la actuación en grupo y 2.º a pertenencia o actuación al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedi-

que a la realización de actividades delictivas.

Aunque ambos supuestos quedan abarcados por el artículo 9.2 LORPM, los mismos no deben entenderse en todo caso equiparados.

Por lo que respecta a la actuación en grupo, partiendo de su acepción gramatical, –según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, grupo es una pluralidad de seres o cosas que forman un conjunto, material o mentalmente considerado–, podría entenderse que el delito se comete en grupo cuando participan en el mismo varias personas.

Intentando profundizar en cómo interpretar qué deba entenderse por actuar en grupo, arroja luz el análisis de varios artículos del Código Penal que utilizan esta nomenclatura. Así, debe tenerse presente artículo 180 CP, que incorpora subtipos agravados para los delitos contra la libertad sexual. En su redacción original uno de estos subtipos era el de que *los hechos se cometan por tres o más personas actuando en grupo*. Tal subtipo es sustituido tras la LO 11/1999 de 30 abril por *cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas*. El artículo 335 CP castiga determinadas conductas de caza o pesca ilegal, agravando la pena el apartado 4.º *cuando las conductas tipificadas en este artículo se realicen en grupo de tres o más personas*. Parece, pues, claro que el Código Penal parte de la exigencia de al menos tres personas para que pueda apreciarse la actuación en grupo.

También debe tenerse presente que para apreciar la actuación en grupo no se ha venido requiriendo ninguna clase de organización (SSTS de 5 de julio de 1984 y 17 de noviembre de 1986 y 25 de febrero de 1987).

Por su parte, con carácter general, el artículo 22 2.ª configura como agravante el *ejecutar el hecho con auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente*. De la agravante podrían ex-

traerse los supuestos en los que la actuación en grupo supone un *plus* de antijuridicidad y culpabilidad y por ello puede motivar una exasperación de la consecuencia tanto en el proceso de adultos como en el de menores: cuando tal circunstancia debilita la defensa del ofendido o facilite la impunidad de los delincuentes.

Sólo cuando concorra esa mayor reprochabilidad justificadora de la respuesta sancionadora educativa agravada podrá hacerse uso de esta nueva habilitación legal contenida en el artículo 9.2 (posibilidad de aplicar la medida de internamiento en centro cerrado) y 10.1.b) (posibilidad de que las medidas superen los topes de duración generales).

En relación con el concepto de *banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio*, el CP en numerosos preceptos se refiere a bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas (*vid.* artículos 170, 505, 515, 516, 571) cuyas especificidades impiden trasladar los criterios elaborados en torno a las mismas al supuesto contemplado en la regla 2.ª del artículo 9 LORPM. Sí cabrá aplicar los criterios jurisprudenciales decantados en la interpretación del concepto organización o asociación contenido en otros preceptos, como el artículo 318 bis aplicable a organizaciones o asociaciones, incluso de carácter transitorio, dedicadas a actividades de tráfico ilícito de seres humanos, el artículo 369.2 aplicable cuando se dedican al tráfico de drogas; el artículo 187 previsto para las dedicadas a actividades de prostitución de menores o incapaces, el artículo 189.3 e) para las dedicadas a la pornografía infantil, y preceptos equivalentes: artículo 262 (dedicadas a la alteración de precios en subastas y concursos públicos; artículo 271 (para actividades infractoras de la propiedad intelectual); artículo 276 (para actividades infractoras de la propiedad industrial), artículo 386 (dedicadas a falsificación de moneda) y artículo 445 (dedicadas a actividades de corrupción en transacciones internacionales).

Tratando de sintetizar, baste aquí con remitirnos a los criterios y a la abundante jurisprudencia citada en la Circular 2/2005, de 31 de marzo *sobre la reforma del Código Penal en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas*, en relación con los requisitos para apreciar el subtipo de organización o asociación.

La pertenencia o actuación al servicio de una banda, organización o asociación dedicada a la actividad delictiva tiene un matiz distinto: su apreciación obviamente ubica los concretos hechos delictivos en un escenario de mayor gravedad, aunque tampoco deben *a priori* limitarse las posibilidades de flexibilidad que la LORPM atribuye a los operadores del sistema de Justicia Juvenil: habrá que estar a las concretas circunstancias concurrentes a la hora de elegir la específica medida a imponer, partiendo de que se está habilitado tanto para imponer el internamiento en centro cerrado como para ampliar el *quantum* temporal de la concreta medida que se elija.

Una última precisión debe hacerse a esta habilitación para imponer la medida de internamiento y para hacerlo sobrepasando los límites generales de duración de las medidas. La misma está en todo caso subordinada a la prohibición de imponer medidas privativas de libertad que excedan del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal (art. 8, párrafo segundo LORPM).

En definitiva, con carácter general, no debe olvidarse que la apreciación de alguna o algunas de las circunstancias previstas en el artículo 9.2 no implica *per se* ninguna consecuencia agravatoria automática, (salvo que el menor tenga dieciséis o diecisiete años y los hechos sean de extrema gravedad) por lo que aún apreciándolas no habrá por qué exasperar necesariamente la consecuencia jurídica.

La no concurrencia de ninguna de las tres circunstancias previstas en el nuevo apartado segundo del artículo 9 LORPM implica la imposibilidad de aplicar la medida del internamiento en centro cerrado, aunque cabrá no obstante imponer la medida de internamiento semiaabierto siempre, claro es, que la pena asignada al delito para los adultos sea privativa de libertad y siempre además, que ello sea compatible con el superior interés del menor. En estos casos la medida de internamiento semiabierto puede sufrir una importante agravación a través de la suspensión temporal de actividades fuera del centro (art. 7.1.b). Ello no obstante, la misma seguirá manteniendo su naturaleza y, por tanto, todo lo relativo a centro de cumplimiento, y régimen de permisos y salidas se someterá al régimen previsto para el internamiento en centro semiabierto. Además, tal medida no podrá transformarse conforme al artículo 51.2 LORPM en internamiento cerrado, pues no se cumpliría el presupuesto de tal hipótesis sustitutiva (que el hecho delictivo por la que se impuso la medida de internamiento semiabierto sea alguno de los previstos en el artículo 9.2). Tampoco tal medida podría nunca ejecutarse en centro penitenciario, pues no cumpliría los presupuestos del artículo 14 LORPM.

III.4 Reglas de determinación de la medida para los supuestos previstos en el artículo 9.2 LORPM

El artículo 10.1 LORPM regula las consecuencias jurídicas aplicables para los supuestos tipificados como delito grave, o en los que concurra violencia o intimidación en las personas o riesgo para la vida o la integridad o que hayan sido cometidos en grupo.

En todo caso debe partirse del principio del interés superior del menor, que puede seguir desplegando todas sus potencialidades a la hora de concretar la

medida imponible y su *quantum*. La flexibilidad mantiene aún en estos supuestos de más entidad todo su vigor.

Lo que el artículo 10.1 hace es –para supuestos que no sean de extrema gravedad– autorizar desde el punto de vista cuantitativo la aplicación de medidas superando los límites generales previstos en el artículo 9.3 LORPM.

Para ello se distingue dos tramos de edades. Para menores que al tiempo de cometer los hechos tuvieren catorce o quince años de edad, la medida podrá alcanzar tres años de duración, o ciento cincuenta horas de prestaciones en beneficio de la comunidad, o 12 fines de semana de permanencia. Para menores con dieciséis o diecisiete años de edad, la medida puede alcanzar los seis años; o doscientas horas de prestaciones en beneficio de la comunidad, o dieciséis fines de semana de permanencia.

Se amplían, pues, los topes máximos imponibles, aunque como ya se advertía en el Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto, de 28 de diciembre de 2005, *esa excepción general a la regla de los dos años de duración máxima del internamiento, que se mantiene (art. 9.3) no da especial motivo para la preocupación, en cuanto únicamente supone una ampliación del margen de maniobra del Fiscal y el Juez, cuya decisión, en los términos expuestos en el anterior apartado, deberá siempre ajustarse al fin último del superior interés del menor.*

Debe ahora repararse en el hecho de que la opinión favorable del Equipo Técnico en su Informe deja de ser *conditio sine qua non* para posibilitar la imposición de medidas por encima de los topes generales (art. 10.1 actual en relación al artículo 9.4.^º anterior). Ello no obstante, los Sres. Fiscales continuarán valorando especialmente las propuestas debidamente fundamentadas de los informes de los Equipos Técnicos respecto de la duración aconsejable de las medidas.

III.5 Reglas para supuestos de extrema gravedad

Cuando los menores de dieciséis o diecisiete años hubieran cometido hechos tipificados como delito grave, o en los que concurra violencia o intimidación en las personas o riesgo para la vida o la integridad o cometidos en grupo, si además cabe calificar la conducta como de extrema gravedad, la consecuencia jurídica se hace mucho más rígida.

El Juez deberá imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a seis años, complementada sucesivamente con otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de cinco años. La rigidez se incrementa con la prohibición en estos casos de hacer uso del principio de flexibilidad en la ejecución (arts. 13 y 51.1 LORPM) hasta transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento.

Esta regla introduce un régimen excepcional respecto del sistema de la LORPM, pues predetermina la medida que necesariamente ha de imponerse, optando por la más restrictiva, e introduce un período de seguridad, impidiendo hacer uso de la cancelación o de la sustitución por un año.

Pese a tales contornos rígidos, siguen existiendo espacios para, a través de la flexibilidad, cuando sea necesario, tratar de ajustar la medida y su ejecución a las necesidades pico-socio-educativas del menor infractor.

Así, en primer lugar, debe tenerse presente que la prohibición temporal de hacer uso del principio de flexibilidad en la ejecución (arts. 13 y 51) no alcanza al instituto de la suspensión de la ejecución del fallo (art. 40 LORPM). Si pese a apreciarse extrema gravedad el análisis global de los hechos y del menor o la evolución de éste desde la fecha de la comisión de los hechos a la fecha de imposición de la medida desaconseja la privación de libertad y aconseja acudir a la suspensión, y

siempre que la extensión del internamiento impuesto no lo impida –este instituto no es aplicable cuando la medida exceda de dos años– podrán los Sres. Fiscales, motivándolo convenientemente, dictaminar en favor de esta opción, que generalmente deberá ser acompañada de una libertad vigilada que permitirá comprobar que el menor evoluciona favorablemente y que habilitará para en caso de incumplimiento, exigir la revocación del beneficio y el cumplimiento de la medida de internamiento. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la eventual aplicación de la suspensión a la ejecución de medidas en supuestos de extrema gravedad habrá de estar sólida y rigurosamente fundamentada, al tratarse de una excepción al régimen general del artículo 10.1 párrafo 4.º LORPM.

En segundo lugar cabe subrayar que la locución *extrema gravedad*, en tanto concepto jurídico indeterminado, introduce amplios márgenes para decidir o no su apreciación.

El párrafo último del apartado primero da una nueva vuelta de tuerca hacia la rigidez: *se entenderán siempre supuestos de extrema gravedad aquellos en los que se apreciara reincidencia*. No obstante, debe recordarse que la interpretación que de la reincidencia hizo la Circular 1/2000, de 18 de diciembre supone una drástica reducción del ámbito de esta disposición. En la reseñada Circular, –que a tales efectos debe estimarse plenamente vigente– se declara que *se impone en este tema la aplicación supletoria del CP teniendo en cuenta que las medidas de la LORPM no son propiamente penas y que el régimen de cancelación más favorable al reo es el de las medidas de seguridad*. Ello lleva a aplicar el artículo 137 CP, según el cual las anotaciones de las medidas de seguridad impuestas conforme a lo dispuesto en este Código o en otras leyes penales serán canceladas una vez cumplida o prescrita la respectiva medida. Por tanto, no procederá considerar reincidente a un menor aun cuando hubiera sido condenado con anterioridad por un delito com-

prendido en el mismo Título y de la misma naturaleza, cuando al tiempo de cometer el nuevo hecho ya hubiera cumplido la medida, sin necesidad de tener en cuenta ningún otro plazo adicional.

III.6 Reglas para supuestos de máxima gravedad

El contenido de la disposición adicional Cuarta de la LORPM, añadida por la reforma operada por LO 7/2000 de 22 diciembre para regular el tratamiento sancionador de los supuestos mas graves de la delincuencia juvenil es trasladado al nuevo artículo 10.2 LORPM. Pero las novedades experimentadas por esta regla no se reducen a una mejor ubicación sistemática.

Establece el artículo 10.2 LORPM que *cuando el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años, el Juez deberá imponer las medidas siguientes:*

a) *si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere catorce o quince años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años.*

b) *si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años de duración, complementada en su caso por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años. En este supuesto sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los artículos 13, 40 y 51.1 de esta Ley Orgánica, cuando haya transcurrido al menos, la*

mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.

En relación con los menores de catorce o quince años, la reforma de 2006 eleva el tope máximo de medida imponible, que pasa de cuatro a cinco años. Para esta franja de edades inferiores también se establece la obligación de imponer la medida de internamiento en régimen cerrado. Pese a tal imperatividad, las posibilidades flexibilizadoras seguirán siendo amplias, pues se mantiene en su integridad la potencial aplicabilidad de la suspensión, sustitución, cancelación o modificación de medidas.

Por lo que se refiere a los de dieciséis o diecisiete años, la rigidez de la respuesta educativo-sancionadora alcanza su tonalidad mas intensa. El período de seguridad de la medida de internamiento en régimen cerrado que imperativamente debe imponerse en principio se amplía, alcanzando la mitad de la duración de la medida impuesta. Decimos en principio se amplía porque tal como está regulada podría darse la paradoja respecto a la regla prevista para supuestos de extrema gravedad de que el período de seguridad fuese inferior. En efecto, al poder imponerse una medida de entre uno y ocho años de duración, cuando en concreto se impongan medidas de menos de dos años, el período de seguridad será inferior al año. En todo caso, tal tramo de máxima rigidez se blindo hasta el punto de que aquí no sólo no cabe la sustitución, cancelación o modificación de medidas, sino que tampoco cabe la suspensión.

La reforma de 2006 ha mantenido el tramo máximo de duración temporal en ocho años, si bien ha ampliado las posibilidades de que en caso de concurso de delitos pueda extenderse el internamiento hasta el tope máximo de diez años. En la regulación anterior el internamiento sólo podía alcanzar los diez años si el menor era responsable de más de un delito, cuando alguno de ellos fuese un delito de terrorismo sancionado con pena de prisión igual o superior a quince años. Tras

la reforma de 2006, conforme al nuevo apartado segundo del artículo 11 la medida de internamiento en régimen cerrado podrá alcanzar una duración máxima de diez años para los mayores de dieciséis años y de seis años para los menores de esa edad cuando alguno o algunos de los hechos a los que se refiere el apartado anterior fueren delitos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años. Por tanto la regla especial de concurso no se circunscribe al terrorismo, sino que abarca en general los delitos de máxima gravedad que vayan acompañados de la comisión de otros delitos.

El nuevo artículo 10.2 mantiene de forma mimética el ámbito objetivo que asumió la disposición adicional cuarta, perpetuando los problemas que ya se planteaban en relación con los delitos a los que son aplicables estas excepcionales reglas para la determinación de la medida. Se habla de delitos previstos en los artículos 138, 139, 179, 180, 571 a 580 «y aquellos otros sancionados en el Código Penal con pena de prisión igual o superior a quince años».

En la redacción original de la LORPM, antes de la Reforma 7/2000 la regla 5.^a del artículo 9 comprendía como uno de los supuestos de extrema gravedad la agresión sexual contemplada en los artículos 179 y 180 del Código Penal. El artículo 179 se refiere al delito de violación y el artículo 180 al delito de agresión sexual y violación cualificadas. Al utilizarse la conjunción «y», era necesario concluir con que el régimen de máxima gravedad debía aplicarse sólo a los supuestos de violación cualificada.

Tanto en la anterior disposición adicional cuarta como en el actual artículo 10.2 se incluyen el delito de violación y, separado por una coma, el delito de agresión sexual y violación cualificados. Con tal redacción habrá de interpretarse ahora,

prescindiendo de los antecedentes, en el sentido de que se integra como supuesto de máxima gravedad tanto la violación simple (art. 179) como la agresión sexual cualificada (art. 180 inciso primero) y la violación cualificada (art. 180 inciso primero). La regla del artículo 10.2 LORPM no abarcará por contra la agresión sexual simple (art. 178). Por consiguiente, será supuesto de máxima gravedad la violación (cualificada o no) y la agresión sexual cualificada y no lo será la agresión sexual sin penetración y sin la concurrencia de las circunstancias del artículo 180 CP.

III.7 Pluralidad de infracciones

III.7.1 PLURALIDAD DE INFRACCIONES CONEXAS

La regla básica se encuentra en el nuevo apartado primero del artículo 11, que dispone que *los límites máximos establecidos en el artículo 9 y en el apartado 1 del artículo 10 serán aplicables, con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 7, apartados 3 y 4, aunque el menor fuere responsable de dos o más infracciones, en el caso de que éstas sean conexas o se trate de una infracción continuada, así como cuando un sólo hecho constituya dos o más infracciones. No obstante, en estos casos, el juez, para determinar la medida o medidas a imponer, así como su duración, deberá tener en cuenta, además del interés del menor, la naturaleza y el número de las infracciones, tomando como referencia la más grave de todas ellas.*

Por tanto, habiéndose condenado al menor por una pluralidad de delitos, siendo éstos conexas, (y consiguientemente –por tratarse de una conexidad máxima– también en supuestos de continuidad o de concurso ideal), los límites máximos de cumplimiento son los genéricos previstos en el artículo 9 y en el 10 LORPM. La comisión de una pluralidad de delitos –en tanto concurra la nota de conexidad– no va a generar ningún tratamiento imperativo basado en la exasperación.

La única consecuencia será la de que a la hora de determinar dentro de los límites referidos la concreta respuesta sancionadora, habrán de ser ponderados los módulos de proporcionalidad, atendidas *la naturaleza y el número de las infracciones* pero siempre teniendo en cuenta el *interés del menor y tomando como referencia la más grave de todas ellas.*

El único supuesto en el que cabe propiamente exasperar la consecuencia sancionadora –pero siempre facultativamente– es el previsto en el apartado segundo del artículo 11: cuando alguno o algunos de los plurales delitos cometidos fuere de máxima gravedad (art. 10.2 LORPM) la medida de internamiento en régimen cerrado podrá alcanzar una duración máxima de diez años para los mayores de dieciséis años y de seis años para los menores de esa edad.

Para que pueda imponerse el internamiento en régimen cerrado por encima de los ocho años (para menores de 16 y 17 años), y por encima de los cinco años (para menores de 14 y 15 años) será necesario que el delito que acompañe al de máxima gravedad sea de los que permiten imponer el internamiento cerrado conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 LORPM. Otra interpretación supondría exasperar injustificadamente el tratamiento de esta modalidad concursal hasta el límite de superar la suma aritmética de las medidas impuestas.

Respecto a cuándo debe entenderse que concurre la nota de conexidad, no existe un concepto propio o autónomo en Derecho Penal de Menores, por lo que habrá de estarse a la depurada y asentada jurisprudencia del Tribunal Supremo, conforme a la que más que la analogía o relación entre sí, lo relevante es la conexidad «temporal», es decir, que los hechos pudiesen haber sido enjuiciados en un solo proceso, atendiendo al momento de su comisión (SSTS 548/2000 de 30 de marzo, 722/2000 de 25 de abril, 1265/2000 de 6 de julio, 860/2004 de 30 de junio, 931/2005 de 14 de julio,

1005/2005 de 21 de julio, 1010/2005 de 12 de septiembre, 1167/2005 de 19 de octubre y AATS 1110/2007, de 14 de junio y 1124/2007, de 7 de junio).

En definitiva, lo que no cabe es constituir a los ya sentenciados en poseedores de un patrimonio punitivo que les provea de inmunidad o de una relevante reducción de penalidad para los delitos futuros (STS 798/2000 de 9 de mayo) y por ello sólo cabe acumular entre sí aquellas condenas penales relativas a hechos de una misma época, entendiendo épocas diferentes aquellas que se encuentran separadas por la existencia de alguna sentencia condenatoria (STS 364/2006, de 31 de marzo).

Por lo demás, conforme al Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 29 de noviembre de 2005, «no es necesaria la firmeza de las sentencias para el límite de la acumulación.»

Cuando la pluralidad de delitos conexos sea enjuiciada en un mismo expediente, la determinación de la medida o medidas aplicables no planteará cuestiones procedimentales, mientras que si el enjuiciamiento se dispersa, la fijación del tope máximo de cumplimiento habrá de realizarse conforme al *iter* procedimental que se abordará en el epígrafe III.-7.3. En estos supuestos de delitos conexos enjuiciados en distintos expedientes, al límite en la duración de las medidas previsto en los artículos 9 y 10 se superpone otro límite: la medida resultante tampoco podrá superar *el límite del doble de la más grave de las refundidas*. Este límite adicional deriva por un lado del hecho de que la previsión del artículo 47.2 LORPM no ciñe su aplicación a los delitos no conexos, y por otro lado a la vista de que otra interpretación podría llevar al absurdo de otorgar un régimen más severo a la acumulación de delitos conexos que a la de los no conexos. Así, si un menor de 17 años es condenado en tres procedimientos distintos por tres homicidios conexos a la medida de cuatro años de internamiento cerrado en cada uno de

ellos, al límite máximo de 10 años de internamiento (art. 10.2 y 11.1 LORPM) habrá de añadirse el límite previsto en el artículo 47.2 LORPM, y en definitiva, la medida acumulada a imponer no podría superar los ocho años de internamiento.

III.7.2 PLURALIDAD DE INFRACCIONES NO CONEXAS

El apartado tercero del artículo 11 dispone que cuando el menor hubiere cometido dos o más infracciones no comprendidas en el apartado 1 de este artículo será de aplicación lo dispuesto en el artículo 47 de la presente Ley.

Refiriéndose el apartado 1 del artículo 11 a los delitos conexos, claro es que esta disposición regirá para los delitos no conexos. En cuanto a su tratamiento, remitiéndose la disposición al artículo 47.2, habrá de estarse a la regla conforme a la que *si se hubieren impuesto al menor en diferentes resoluciones judiciales dos o más medidas de la misma naturaleza, el Juez competente para la ejecución, previa audiencia del letrado del menor, refundirá dichas medidas en una sola, sumando la duración de las mismas, hasta el límite del doble de la más grave de las refundidas*.

Consiguientemente, para infracciones no conexas podrán superarse los topes máximos previstos en los artículos 9 y 10 LORPM, y así por ejemplo, en el supuesto de un menor condenado por homicidio a una medida de internamiento por ocho años que durante un permiso comete un asesinato, y al que por tales hechos se le impone una nueva medida de ocho años, podrá cumplir hasta dieciséis años de internamiento.

Las normas sobre acumulación jurídica tratan de corregir las penas excesivamente largas que derivarían la simple acumulación matemática. Si con carácter general las reglas sobre acumulación deben interpretarse en relación a las normas constitucionales prohibitivas de penas inhumanas y degradantes (art. 15 CE) y que fijan como fines de las penas la ree-

ducación y reinserción social (art. 25.2 CE) y en general, atendiendo al principio de favorecimiento del reo, en Derecho Penal Juvenil tales postulados han de intensificar aún mas sus efectos, en tanto la respuesta es sancionadora-educativa, inspirada por el principio del superior interés del menor e ineludiblemente orientada hacia la resocialización.

Bajo estos postulados se estructura el tratamiento de la acumulación tras la reforma 8/2006. En efecto, a diferencia del Derecho Penal de adultos, en el que los límites a la acumulación material de penas derivada del concurso real de delitos (el triplo de la pena mas grave y los topes de 20, 25, 30 y 40 años previstos en el artículo 76 CP) sólo operan ante delitos conexos, en la LORPM el límite máximo representado por el doble de la medida mas grave impuesta también despliega sus efectos cuando los delitos no son conexos.

La ampliación de los topes de cumplimiento en delitos no conexos es lógica desde la necesidad de evitar los efectos criminógenos que pudieran generarse en otro caso, en el siempre bien entendido de la operatividad –si procede y dentro de los límites legales– del principio de flexibilidad durante la ejecución de las medidas refundidas.

Ni que decir tiene que no procederá la aplicación del tope máximo del doble de la medida más grave impuesta si el resultado de sumar las medidas impuestas es inferior.

III.7.3 REFUNDICIÓN

III.7.3.1 Competencia para refundir

El párrafo segundo del apartado primero del artículo 11 dispone que *si pese a lo dispuesto en el artículo 20.1 de esta Ley dichas infracciones hubiesen sido objeto de diferentes procedimientos, el último Juez sentenciador señalará la medida o medidas que debe cumplir el menor por el conjunto de los hechos, dentro*

de los límites y con arreglo a los criterios expresados en el párrafo anterior.

Esta disposición parece atribuir competencia para refundir al *último Juez sentenciador*.

Sin embargo, la misma entra en abierta contradicción con la norma contenida en el apartado primero del artículo 12, que ordena al Juzgado que hubiera dictado nueva sentencia contra un menor ya condenado que de traslado del testimonio de su sentencia, por el medio más rápido posible, al Juez que haya dictado la primera sentencia firme, *el cual será el competente para la ejecución de todas*, y en el apartado segundo de este mismo precepto, que dispone que *el Juez competente para la ejecución procederá a la refundición y a ordenar la ejecución de todas las medidas impuestas...Desde ese momento, pasará a ser competente a todos los efectos con exclusión de los órganos judiciales que hubieran dictado las posteriores resoluciones.*

Por tanto, este artículo 12 otorga competencia para refundir y para ejecutar la medida o medidas refundidas al Juez que dictó la primera sentencia.

La antinomia que se desprende del tenor de los artículos 11 y 12 LORPM se concreta pues en otorgar competencia para refundir y ejecutar al último Juez sentenciador *versus* otorgar competencia para refundir y ejecutar al primer Juez sentenciador.

Para salvar esta contradicción es particularmente útil analizar el *iter* parlamentario del Proyecto de Ley, análisis que arroja luz sobre la *voluntas legislatoris*. En efecto, en la redacción del Proyecto la competencia se atribuía sin ningún género de dudas al Juez que dictó la última sentencia, en armonía con la distribución competencial que a tales efectos realiza la LECrim en su artículo 988. Fue en trámite de enmiendas cuando se modificó esta regla, que se justificó por la conveniencia de que se produjera un cierto efecto de *perpetuatio jurisdictionis* en fase de ejecución para que el mismo Juz-

gado de Menores que hubiera iniciado el tratamiento sancionador del menor mantuviera su competencia pese a que con posterioridad fuera nuevamente condenado por otros Juzgados de Menores. Para lograr este efecto de congelación de la competencia –*chilling effect*– se optó por atribuir la misma no al último Juez sentenciador –pues ello lleva inexorablemente al cambio sucesivo del Juez de ejecución si el menor es nuevamente condenado– sino al Juez que dictó la primera condena –que lleva anudado el efecto de que las posteriores condenas no modifican la competencia–. Pues bien, habiéndose aprobado tal enmienda respecto del artículo 12, el Legislador olvidó retocar simultáneamente el artículo 11, que también trataba la referida cuestión, aunque claramente se desprende que su intención era la de modificar la distribución competencial en procedimientos de refundición en favor del Juez que dictó la primera sentencia.

Desentrañado así el origen de la anti-nomía, el respeto a la *voluntas legislatoris*, así como los beneficiosos efectos que para la ejecución lleva anudada, debe resolvernos decididamente por la opción de conferir la competencia para fijar el límite máximo, refundir y ejecutar al Juzgado de Menores que dictó la primera sentencia condenatoria. De esta forma, una vez dictada ésta la competencia se fija definitivamente en favor de este Juzgado.

Este criterio será aplicable tanto cuando las sentencias condenatorias hubieran sido dictadas por Jueces de Menores de la misma provincia, de distinta provincia y de la misma o de distinta Comunidad Autónoma.

Los Sres. Fiscales cuidarán de que se respeten escrupulosamente las normas sobre refundición de medidas y sobre competencia para refundir, en tanto se trata de disposiciones que pueden incidir decisivamente en la racionalidad, homogeneidad y coherencia de la respuesta sancionadora-educativa.

III.7.3.2 *Procedimiento de refundición*

El nuevo artículo 47.2 clarifica los pasos a seguir en la refundición. Conforme a este precepto *si se hubieren impuesto al menor en diferentes resoluciones judiciales dos o más medidas de la misma naturaleza, el Juez competente para la ejecución, previa audiencia del letrado del menor, refundirá dichas medidas en una sola, sumando la duración de las mismas, hasta el límite del doble de la más grave de las refundidas.*

El Juez, previa audiencia del letrado del menor, deberá proceder de este modo respecto de cada grupo de medidas de la misma naturaleza que hayan sido impuestas al menor, de modo que una vez practicada la refundición no quedará por ejecutar más de una medida de cada clase de las enumeradas en el artículo 7 de esta Ley.

El incidente de refundición exigirá por tanto el respeto al principio de audiencia. Las refundiciones se producen entre medidas de la misma naturaleza. La acumulación aritmética sufre una importante limitación, pues no podrá exceder del doble de la más grave de las refundidas. Si las sanciones a refundir proceden de delitos conexos, como se adelantó *supra*, a este límite debe añadirse el derivado de los previstos genéricamente en los artículos 9 y 10 LORPM.

Estas pautas deberán aplicarse, pues, a cada grupo de medidas de la misma naturaleza que hayan sido impuestas al menor (art. 47.2).

Una vez refundidas las medidas, si concurren distintas clases se seguirá en principio el orden establecido sucesivamente en el artículo 47.5, a saber: 1) La medida de internamiento terapéutico se ejecutará con preferencia a cualquier otra. 2) La medida de internamiento en régimen cerrado se ejecutará con preferencia al resto de las medidas de internamiento. 3) La medida de internamiento se cumplirá antes que las no privativas de

libertad, y en su caso interrumpirá la ejecución de éstas. 4) Las medidas de libertad vigilada contempladas en el artículo 10 se ejecutarán una vez finalizado el internamiento en régimen cerrado que se prevé en el mismo artículo.

El orden sucesivo de cumplimiento no se somete a una regla rígida, sino que de nuevo emerge el principio del superior interés del menor, que permite fundamentar conforme a la previsión del artículo 47.5 *in fine* una alteración del dicho orden. En efecto, se dispone en el referido precepto que *en atención al interés del menor, el Juez podrá, previo informe del Ministerio Fiscal, de las demás partes y de la entidad pública de reforma o protección de menores, acordar motivadamente la alteración en el orden de cumplimiento previsto en las reglas anteriores.*

Pese a que el artículo 47 no prevé expresamente el traslado al Fiscal para ser oído antes del dictado de la resolución de refundición, el informe previo de Ministerio Público debe entenderse de inexcusable cumplimiento. Ello se deduce sin ninguna duda del papel que se encomienda al Fiscal con carácter general en el artículo 6 LORPM asumiendo *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.* Específicamente puede deducirse también de las funciones que al Fiscal se encomiendan en la fase de ejecución tanto en general (art. 3.9 EOMF) como en particular en el proceso de menores (en el que el artículo 44.1 LORPM dispone que *la ejecución de las medidas... se realizará bajo el control del Juez de Menores...el cual resolverá por auto motivado, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del menor y la representación de la entidad pública que ejecuten aquélla, sobre las incidencias que se puedan producir durante su transcurso*). La importancia capital de la resolución a dictar y la necesidad de asegurar el

acuerdo de la decisión exigen la audiencia del Fiscal.

No está de más recordar aquí que el procedimiento de refundición (*rectius*, acumulación) ha de ser contemplado desde una perspectiva constitucional (STC 130/1996, de 9 de julio) porque puede afectar a un derecho fundamental tan importante como es el de la libertad. En dicho procedimiento el condenado ha de ser oído, antes de dictarse la resolución que ponga fin al procedimiento, para que pueda formular las alegaciones que estime pertinentes para su defensa por medio de Letrado que le asista. Se trata, en definitiva de un derecho que se integra en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (SSTC 11/1987, de 30 de enero, 147/1988, de 14 de julio, 130/1996 de 9 de julio y STS 205/2002, de 7 de febrero, entre otras).

III.7.3.3 *Supuestos especiales*

III.7.3.3.1 Refundiciones sucesivas

Debe analizarse qué tratamiento aplicar a los supuestos en los que tras la práctica de una refundición, aparece un nuevo expediente en el que el menor ha sido condenado a nuevas medidas por hechos distintos.

La respuesta no puede ser unívoca sino que habrá de tenerse en cuenta si por la fecha de los hechos que han motivado la nueva condena los mismos podrían o no haber sido conjuntamente enjuiciados con los que fueron objeto de la anterior refundición.

En el caso de que los hechos hubieran podido ser enjuiciados en un único procedimiento, en la nueva refundición deberá partirse de la imposibilidad de sobrepasar los topes previstos en los artículos 9 y 10 y además el tope del doble de la medida mas grave, computando tanto las que ya fueron objeto de refundición como las que han de ser refundidas *ex novo*. De este modo, si por ejemplo en la primera refundición se operó con dos

medidas de internamiento cerrado impuestas por dos robos con violencia cada una de cuatro años de duración y se fijó el máximo de cumplimiento en seis años (art. 10.1 LORPM), si en el nuevo expediente con medidas a refundir se ha impuesto una nueva medida de dos años de internamiento cerrado, el tope máximo habrá de mantenerse en los seis años predeterminados por el inicial auto de refundición. Cualquier otra solución generaría el efecto indeseable de que el tope máximo podría variar en sentido agravatorio dependiendo del juego en las comunicaciones o del tiempo en la tramitación de los procedimientos.

En el caso de que la refundición global hubiera sido posible (los hechos se cometieron antes del dictado del auto de acumulación), pero simultáneamente no hubieran podido ser enjuiciados en un único procedimiento por no ser conexos (los nuevos hechos se cometieron con posterioridad a la sentencia condenatoria), en la nueva refundición deberá partirse de la imposibilidad de sobrepasar el tope del doble de la medida mas grave, computando tanto las que ya fueron objeto de refundición como las que han de ser refundidas *ex novo*. De este modo, si por ejemplo en la primera refundición se operó con dos medidas de internamiento cerrado impuestas por dos homicidios no conexos y a cada uno de ellos se impuso la medida de seis años de duración y se fijó el máximo de cumplimiento en doce años (tope impuesto por el artículo 47.2 LORPM), si en el nuevo expediente con medidas a refundir se ha impuesto una nueva medida de seis años por un nuevo homicidio no conexo con los anteriores pero que pudo ser objeto de refundición conjunta, el tope máximo habrá de mantenerse en los doce años predeterminados por el inicial auto de refundición. De nuevo, cualquier otra solución generaría el efecto indeseable de que dependiendo del juego en las comunicaciones o del tiempo en la tramitación de los procedimientos, el tope máximo podría variar en sentido agravatorio.

Por contra, si los hechos nuevos que han dado lugar a una nueva condena han ocurrido en fecha en la que ya no hubiera sido posible la refundición global, por haber tenido lugar después de determinarse la medida global en la anterior refundición, para calcular el tope máximo en la nueva refundición habrá de operarse con la medida refundida y con la nueva medida impuesta. En el ejemplo anterior, el tope máximo sería el de veinticuatro años, como duplo de la medida de doce años refundida, por lo que a efectos de la refundición habría de imponerse la resultante de sumar los doce años de internamiento refundidos a los seis años de la nueva medida, esto es, un total de dieciocho años. Cualquier otra solución generaría efectos criminógenos al suponer el libramiento de un cheque en blanco para que el infractor con medidas refundidas pudiera cometer delitos *sine poena*.

Debe por lo demás recordarse que siempre se mantendrían las facultades derivadas del principio de flexibilidad en la ejecución, como mecanismo idóneo para modular medidas que por su extensión pudieran generar consecuencias desocializadoras.

III.7.3.3.2 Los internamientos con período de libertad vigilada

También cabe plantearse cómo realizar el cómputo y refundir cuando concurren varios internamientos integrados por un tramo final de cumplimiento en libertad vigilada.

En estos casos, para determinar la medida mas grave habrá de estarse a cuál de ellas tiene el tramo de internamiento *strictu sensu* (esto es, sin computar el período de libertad vigilada) más extenso. La medida resultante no podrá superar el doble de dicho período de internamiento ni el doble del período de libertad vigilada de la medida así seleccionada. Respetando ese límite, el internamiento resultante se integrará por la suma de uno y otro tramo de internamiento. Esta misma

operación habrá de realizarse en relación con el tramo de libertad vigilada. La medida refundida global se integrará por los tramos de internamiento y de libertad vigilada así calculado.

III.7.3.3.3 Refundición de medidas de internamiento de distintas clases

El artículo 47.2 LORPM se refiere a la refundición de dos o más medidas de la misma naturaleza. La interpretación de qué deba entenderse por misma naturaleza va a ser determinante en los resultados de la refundición cuando concurren medidas de internamiento en sus distintas modalidades, cerrado, semiabierto, abierto y terapéutico. Si se entiende que todas ellas son de la misma naturaleza, habrá que concluir con que si a un menor se ha impuesto una medida de dos años de internamiento en régimen cerrado, otra de tres años también en régimen cerrado y otra medida de tres años de internamiento en régimen semiabierto, el máximo de cumplimiento será el de seis años de internamiento.

Si por el contrario se entiende que las distintas modalidades de internamiento son de naturaleza diversa, habrá de entenderse que el tope de cumplimiento sería el de seis años de internamiento cerrado (con cumplimiento de cinco años, como suma aritmética) y tres años de internamiento en semiabierto, esto es, un total de ocho años.

En el trance de decantarse por una u otra solución, parece preferible optar por entender que el internamiento en sus distintas modalidades y a efectos de refundición tiene una misma naturaleza, por lo que todos los internamientos impuestos quedarán conjuntamente sometidos a las reglas de fijación del máximo de cumplimiento.

En estos casos, la fijación del tope abstracto común de cumplimiento no empieza al mantenimiento de la autonomía formal de cada medida. En este sentido debe entenderse la previsión del artículo 47.5 referida al orden de cumplimiento de las diferentes clases de medidas de

internamiento. Así en el ejemplo propuesto (menor al que se ha impuesto una medida de dos años de internamiento cerrado, otra de tres años también en régimen cerrado y otra medida de tres años de internamiento en régimen semiabierto), habría de entenderse que el tope máximo de cumplimiento sería el de seis años, que –salvo que el Juez de Menores acordase otra cosa, conforme al artículo 47.5 e–, derivaría en la ejecución en primer lugar del internamiento cerrado, hasta los cinco años, para seguidamente cumplir el año restante necesariamente en semiabierto. Este mismo esquema escalonado sería aplicable en las relaciones de los demás tipos de internamiento.

En principio, cuando la refundición opere sobre distintas modalidades de internamientos, el internamiento así refundido habrá de iniciar su ejecución en el tramo correspondiente al régimen cerrado, pues conforme a las reglas generales es de preferente aplicación. Por excepción, si el internamiento refundido está integrado en una de sus partes por un tramo terapéutico, éste será de aplicación preferente. Si el menor como ser en proceso de maduración tiene necesidades especiales, cuando precisa de medidas terapéuticas, puede decirse que concurren necesidades especialísimas y es a tales necesidades a las que habrá de atenderse en primer lugar. En todo caso, el Juzgador podrá alterar el orden de ejecución de los diferentes tramos incluidos en internamientos refundidos.

En relación con los períodos de seguridad derivados de los casos de máxima gravedad y de extrema gravedad, habrá de entenderse, teniendo en cuenta que se trata de una excepción a la regla general de flexibilidad que preside todo el Derecho de menores, que no se incrementan como consecuencia de la refundición.

III.7.3.3.4 Refundición de medidas de libertad vigilada

Pueden plantearse problemas cuando las medidas a refundir tengan reglas de conducta diferentes.

En estos casos, cuantitativamente, el tope máximo de cumplimiento habrá de calcularse conforme a las normas generales. Las reglas de conducta que integren cualitativamente la medida refundida habrán de concretarse en función del superior interés del menor, teniendo en cuenta que habrá de operarse con criterios de flexibilidad, tal como se ha postulado por la Fiscalía General del Estado desde la Circular 1/2000. Recordemos que en ella se mantenía que una condena genérica a un determinado tiempo de libertad vigilada permite determinar posteriormente, en ejecución de sentencia, la observancia de determinadas reglas de conducta no previstas inicialmente en la sentencia, sobre la base de que *es imprescindible para el correcto y eficaz desarrollo de una medida de libertad vigilada, una cierta agilidad y flexibilidad que permita al Juez acudir a la imposición y levantamiento de estas reglas de conducta, de acuerdo con la respuesta que el menor vaya dando en cada momento a las pautas del programa que progresivamente ha de ir cumpliendo*

Esta flexibilidad en la determinación de las concretas reglas de conducta también ha sido subrayada por la jurisprudencia menor, y así por ejemplo se ha considerado que no queda vulnerado el principio acusatorio en los supuestos en los que habiendo solicitado la acusación la imposición de la medida de libertad vigilada, el Juez la acuerda pero además añade una regla de conducta no solicitada expresamente (SAP Cádiz, sec. 5.ª, de 24 de septiembre de 2003).

IV. MAYORÍA DE EDAD DEL CONDENADO A MEDIDA DE INTERNAMIENTO

IV.1 Principio general

A la hora de determinar los efectos jurídicos de la transición de la minoría a la mayoría de edad del sujeto pasivo del

procedimiento, el apartado primero del artículo 14 establece la regla general sobre la que se asienta nuestro sistema de Justicia Juvenil: *cuando el menor a quien se le hubiere impuesto una medida de las establecidas en esta Ley alcanzase la mayoría de edad, continuará el cumplimiento de la medida hasta alcanzar los objetivos propuestos en la sentencia en que se le impuso conforme a los criterios expresados en los artículos anteriores*. En realidad sería una derivación en fase ejecutiva de la disposición contenida en el apartado 3.º del artículo 5 LORPM, conforme a la que *las edades indicadas en el articulado de esta Ley se han de entender siempre referidas al momento de la comisión de los hechos, sin que el haberse rebasado las mismas antes del comienzo del procedimiento o durante la tramitación del mismo tenga incidencia alguna sobre la competencia atribuida por esta misma Ley a los Jueces y Fiscales de Menores*.

Puede, pues, decirse que como regla general la Ley quiere que la reacción sancionadora que prevé, matizada por las irradiaciones educativas que le son propias, se mantenga hasta el logro de los objetivos propuestos en sentencia, si el infractor era menor en la fecha de la comisión de los hechos, con independencia de vicisitudes temporales sobrevenidas. El fin educativo perseguido *in genere* por la LORPM y depurado *in concreto* en cada sentencia para cada menor debe seguir marcando toda la intervención.

La propia lógica del sistema de Justicia Juvenil, como proceso singularizado que busca una respuesta especial ante el hecho delictivo cometido por el menor, exige que las excepciones a esta regla general sean objeto de una interpretación restrictiva.

Las excepciones a la regla se contienen en los apartados que seguidamente se analizarán, introducidos por la reforma de 2006.

IV.2 Cumplimiento de 18 años

La primera excepción se contiene en el apartado segundo del artículo 14 LORPM, conforme al que *cuando se trate de la medida de internamiento en régimen cerrado y el menor alcance la edad de dieciocho años sin haber finalizado su cumplimiento, el Juez de Menores, oído el Ministerio Fiscal, el letrado del menor, el equipo técnico y la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá ordenar en auto motivado que su cumplimiento se lleve a cabo en un centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria si la conducta de la persona internada no responde a los objetivos propuestos en la sentencia.*

En primer lugar, a diferencia de la regulación contenida en la LORPM en su redacción original (art. 15 LORPM), es claro ahora que esta posibilidad sólo podrá aplicarse ante medidas de internamiento en régimen cerrado, no siendo factible la remisión al Centro Penitenciario cuando quien alcanza 18 o 21 años vaya a cumplir o está cumpliendo otras medidas de internamiento (semiabierto, abierto, terapéutico o permanencias de fines de semana).

En segundo lugar y como requisito procedimental, con carácter previo a la adopción de esta decisión es necesario dar audiencia a las partes (Ministerio Fiscal, letrado del menor) y a los órganos técnicos de asesoramiento (equipo técnico y entidad pública de protección o reforma de menores). La finalidad de esta audiencia ha de ser la de facilitar el pleno acierto en la adopción de tan delicada decisión.

Cabe plantearse si puede el Juez acordar el traslado al Centro Penitenciario de oficio, sin que ninguna parte lo solicite. A la vista de los términos en que está redactado el precepto y del papel asignado al Juez como órgano de ejecución habrá de entenderse que no es precisa la instancia de parte.

La decisión del Juez de Menores será susceptible de reforma y apelación.

El presupuesto de una decisión de traslado ha de ser el de que *la conducta de la persona internada* (que ya no es menor) no responda a *los objetivos propuestos en la sentencia*. Esta falta de ajuste entre la conducta del interno y los objetivos ha de estar a su vez anclada en un comportamiento imputable al ejecutoriado. Por tanto, cuando el desajuste se produzca por otros óbices lo que procederá es que los Sres. Fiscales promuevan la adopción de las medidas oportunas para superarlos.

Deberán en todo caso partir los Sres. Fiscales de que la habilitación para trasladar al mayor de 18 años al Centro Penitenciario es excepcional, y desde esa inteligencia deberá ser entendida, interpretada y aplicada.

También cabrá –dentro del respeto a los períodos de seguridad conforme a los artículos 10.1 y 10.2 LORPM– instar la modificación de medidas.

IV.3 Cumplimiento de 21 años

Conforme al apartado tercero del artículo 14 *cuando las medidas de internamiento en régimen cerrado sean impuestas a quien haya cumplido veintiún años de edad o, habiendo sido impuestas con anterioridad, no hayan finalizado su cumplimiento al alcanzar la persona dicha edad, el Juez de Menores, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del menor, el equipo técnico y la entidad pública de protección o reforma de menores, ordenará su cumplimiento en centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria, salvo que, excepcionalmente, entienda en consideración a las circunstancias concurrentes que procede la utilización de las medidas previstas en los artículos 13 y 51 de la presente Ley o su permanencia en el centro en cumplimiento de tal medida cuando el menor responda a los objetivos propuestos en la sentencia.*

Deben aquí darse por reproducidas las consideraciones realizadas en el epígrafe anterior en cuanto a procedimiento, audiencias, adopción de oficio y recursos.

El Juez de Menores tiene, no obstante, una triple posibilidad: puede ordenar el traslado del joven a un centro penitenciario, puede optar por la sustitución o por la cancelación y finalmente puede optar por mantener al joven en el centro.

Si no procede la sustitución o la cancelación, la regla general debe ser el traslado al Centro Penitenciario para continuar la ejecución del internamiento.

No obstante los Sres. Fiscales habrán de inclinarse por oponerse al traslado al centro penitenciario cuando los informes técnicos pongan de relieve que el joven está respondiendo a *los objetivos propuestos en la sentencia*. Ningún sentido tendría truncar una ejecución que se está desarrollando a plena satisfacción, pues el objetivo de socialización es el *leit motiv* de todo el sistema.

En la redacción original de la LORPM, el cumplimiento de 23 años del interno dejaba al Juez de Menores con dos únicas alternativas: o la remisión a Centro Penitenciario o la modificación de la medida. Desde esta perspectiva, tras la reforma 8/2006 se abre un ámbito de flexibilidad, pues si tras el cumplimiento de 21 años se estima oportuno la continuación de la ejecución en el Centro de menores, tal opción podrá en principio mantenerse mas allá de los 23 años. No obstante esta posibilidad –plenamente ajustada a la LORPM reformada– habrá de entenderse subordinada a una plena adaptación del joven al Centro, de manera que el cambio a Centro Penitenciario fuese perturbadora desde la perspectiva de la finalidad socializadora y educativa de la Ley y subordinada igualmente a que no procediera la cancelación anticipada de la medida (arts. 13 y 51). Por razones evidentes por sí mismas, no deberá ser un supuesto ordinario el de un interno de más de veintitrés años permaneciendo en un Centro destinado a la (re) socialización y educación de menores infractores.

Como en el supuesto anterior, solamente las medidas de internamiento en régimen cerrado serán susceptibles de esta modalidad de cumplimiento. Ello significa que el joven sometido a otros tipos de internamiento podrá mantenerse en el Centro de menores pasados los 18 y los 21 años, no teniendo un tope temporal la permanencia en estos centros. Otra cosa será el que los Sres. Fiscales, cuando el joven alcance ciertas edades, tengan este factor cronológico en cuenta para interesar la sustitución por otras medidas, o para promover la cancelación.

IV.4 Efectos del cumplimiento en centro penitenciario sobre el resto de las medidas

El apartado cuarto del artículo 14 dispone que *cuando el menor pase a cumplir la medida de internamiento en un centro penitenciario, quedarán sin efecto el resto de medidas impuestas por el Juez de Menores que estuvieren pendientes de cumplimiento sucesivo o que estuviera cumpliendo simultáneamente con la de internamiento, si éstas no fueren compatibles con el régimen penitenciario, todo ello sin perjuicio de que excepcionalmente proceda la aplicación de los artículos 13 y 51 de esta Ley*.

La continuación del cumplimiento en Centro Penitenciario habrá de generar como regla general la cancelación del resto de medidas impuestas conforme a la LORPM, que dejan de tener sentido en un contexto penitenciario. Entre estas medidas a cancelar habrán de incluirse las demás modalidades de internamiento que pudiera el joven tener pendientes.

Debe partirse de que la posibilidad de cumplir una medida impuesta conforme a la LORPM en un Centro Penitenciario se configura como excepción a la regla general contenida en el artículo 54.1 LORPM, conforme a la que *las medidas privativas de libertad se ejecutarán en centros específicos para menores infractores, diferentes de los previstos en la legislación penitenciaria para la ejecución*

de las condenas penales. Como excepción que es, la aplicación de la regla debe ceñirse a los casos expresamente previstos. Sistemáticamente, las expresas referencias de los apartados 2.º y 3.º del artículo 14 LORPM al internamiento cerrado como única medida susceptible de cumplirse en Centro Penitenciario debe llevarnos a la conclusión *–inclusio unius exclusio alterius–* de que los demás tipos de internamiento no pueden cumplirse en Centro Penitenciario ni de forma originaria ni de forma sobrevenida.

IV.5 Cumplimiento en centro penitenciario por ingresos anteriores

El apartado quinto del artículo 14 dispone que *la medida de internamiento en régimen cerrado que imponga el Juez de Menores con arreglo a la presente Ley se cumplirá en un centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria siempre que, con anterioridad al inicio de la ejecución de dicha medida, el responsable hubiera cumplido ya, total o parcialmente, bien una pena de prisión impuesta con arreglo al Código Penal, o bien una medida de internamiento ejecutada en un centro penitenciario conforme a los apartados 2 y 3 de este artículo.*

Parte la nueva regla de que habiéndose alcanzado la mayoría de edad y habiendo tenido ya experiencia penitenciaria, el cumplimiento en el centro de menores no es ya una opción viable.

Habrà de entenderse, en una interpretación literal de la norma, que la misma sólo es aplicable cuando la estancia en el centro penitenciario traiga causa en un ingreso como penado (ya en base a una condena impuesta por la jurisdicción de menores o por la de adultos). Un ingreso anterior en concepto de preso preventivo no supondrá la aplicación del artículo 14.5 LORPM, aunque lógicamente habrá de ser valorado a la hora de decidirse por la aplicación de los traslados a Centros Penitenciarios previstos en los apartados

segundo y tercero del artículo 14 LORPM. Como señaló el Consejo Fiscal en su informe al Anteproyecto, la prisión preventiva, especialmente si su duración es prolongada, puede producir en el joven los mismos efectos que el anterior cumplimiento de una pena o una medida en Centro Penitenciario.

IV.6 Aspectos procedimentales:

Cabe plantearse si procede dar intervención en este incidente a la acusación particular. Una primera aproximación podría llevarnos a una respuesta negativa, fundamentada en que el artículo 14 LORPM no menciona a esta parte y en que los aspectos regimentales que se susciten durante la ejecución de las medidas (v.gr. expedientes disciplinarios, expedientes por quejas de menores internados etc.) debe entenderse quedan al margen de la legitimación genérica reconocida a la acusación particular. En este mismo sentido debe tenerse presente que con carácter general no se prevé el traslado de los informes de ejecución a la acusación particular. La reforma 8/2006, parece que conscientemente, no modifica el artículo 49 LORPM para *–como en otros preceptos–* sustituir la mención «al letrado del menor» por «a las partes», como fórmula para abarcar a la acusación particular. Pese a estos poderosos argumentos, la respuesta a la cuestión planteada habrá de ser positiva. Ello deriva en esencia de que este incidente tiene una importancia nuclear en la ejecución de la medida y en que en la misma audiencia puede discutirse si en lugar del traslado al Centro Penitenciario procede *la utilización de las medidas previstas en los artículos 13 y 51 (vid. artículo 14 apartado tercero)*. Si se repara en que conforme a la letra g) del artículo 25 la acusación particular tiene expresamente reconocido el derecho a *ser oído en caso de modificación o de sustitución de medidas impuestas al menor*, la conclusión no puede ser otra que la de que

es necesario dar audiencia también a la acusación particular, si bien sólo a los efectos de que ésta se pronuncie sobre la modificación o sustitución de las medidas impuestas, sin que la acusación particular pueda pronunciarse sobre el traslado al Centro Penitenciario.

El hecho de que se acuerde el mantenimiento en el centro de menores del joven mayor de 18 o de 21 años no debe entenderse generador de una especie de efecto de cosa juzgada. Si tras una primera decisión favorable a la permanencia en el centro se produjera un radical cambio en la actitud del joven internado, de manera que *ex post* se pusiera de manifiesto su incompatibilidad con la continuación en el centro de menores, podrá abrirse un nuevo incidente para evaluar el traslado al Centro Penitenciario a la vista de las circunstancias sobrevenidas. Ni la LORPM configura esta decisión como *res iudicata* ni sería razonable una interpretación que postulara tales efectos, pues no es difícil imaginar las posibilidades de fraude de ley que se abrirían para el ya adulto en el Centro de Menores.

IV.7 Régimen de las medidas de internamiento semiabierto, abierto y terapéutico

El cumplimiento en centro penitenciario solo se prevé para medidas de internamiento en centro cerrado. A las demás modalidades de internamiento no le son aplicables las previsiones de los apartados segundo, tercero y quinto del artículo 14 LORPM. Ello lleva a las siguientes consecuencias:

1. Los menores que cumplen estos internamientos, como se apuntó *supra*, seguirán cumpliendo las medidas aunque alcancen los 18 o los 21 años (régimen general del artículo 14.1 LORPM) sin perjuicio de que puedan modificarse o cancelarse las medidas conforme al régimen general (arts. 13 y 51 LORPM).

2. Cuando pase a cumplir una medida de internamiento cerrado en centro penitenciario una persona que tenga pendientes de cumplimiento internamientos abiertos, semiabiertos o terapéuticos, habrán de dejarse éstos sin efecto (art. 14 apartado cuarto), salvo que se acuerde su modificación por medidas compatibles con el régimen penitenciario, solución esta última que habrá que entender excepcional.

3. Las medidas de internamiento abierto, semiabierto o terapéutico habrán de cumplirse conforme a las previsiones ordinarias de la LORPM, aunque el ejecutoriado con anterioridad hubiera cumplido una pena de prisión impuesta conforme al Código Penal o una medida de internamiento en centro penitenciario. En efecto, de acuerdo con el tenor del artículo 14 apartado quinto, se trata de supuestos no incluidos en el ámbito de esta disposición, solo prevista para medidas de internamiento en centro cerrado. No obstante, parece claro que en muchos de estos supuestos será particularmente aconsejable hacer uso de las posibilidades de cancelación previstas en los artículos 13 y 51, pues poco sentido va a tener la ejecución de la medida prevista para el menor sobre un adulto que ya ha sido interno de un Centro Penitenciario.

V. DETENCIÓN DEL MENOR Y DERECHO A LA ENTREVISTA RESERVADA

La reforma de 2006 incorpora definitivamente la pauta que ya asumió la Fiscalía General del Estado en su Consulta 2/2005, de 12 de julio. Conforme al párrafo segundo del apartado segundo del artículo 17 LORPM *el menor detenido tendrá derecho a la entrevista reservada con su abogado con anterioridad y al término de la práctica de la diligencia de toma de declaración.*

La disposición debe entenderse aplicable tanto en sede policial como Fiscal. En todo caso también ha de tenerse presente que sin perjuicio que se facilite su ejercicio, el derecho corresponde al menor, y es él el que en definitiva ha de decidir si lo utiliza o no.

Los menores detenidos por delitos de terrorismo conforme a las previsiones de los artículos 17.4 LORPM y 520 bis LE-Crim, en caso de que se decrete su incomunicación, no podrán entrevistarse reservadamente con su Letrado, ni antes ni después de la declaración. Esto no obstante, los Sres. Fiscales se opondrán a cualquier solicitud de incomunicación de un menor —especialmente en caso de menores de menos de dieciséis años— salvo que sea estrictamente necesario para el buen éxito de las investigaciones en curso. En todo caso, incluso aunque se decrete la incomunicación del menor, subsiste la autorización para que los titulares la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho asistan al mismo durante la detención. Tal autorización puede ser denegada en la misma resolución judicial que decrete la incomunicación si existen razones fundadas para ello en función de las necesidades de la investigación de los delitos imputados, pero en ese caso el menor detenido incomunicado deberá ser asistido por los profesionales del Equipo Técnico y por el Ministerio Fiscal.

Debe recordarse que el menor incomunicado gozará de los derechos propios de todo menor detenido con las únicas limitaciones (además de la referida exclusión de la entrevista reservada) de que no podrá designar abogado de su elección, por lo que el letrado que le asista será de oficio y de que no podrá comunicar a sus familiares o a otra persona de su elección el hecho de la detención y el lugar de su custodia, aunque subsiste la obligación legal de notificar dichas circunstancias a quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del menor.

VI. MEDIDAS CAUTELARES

VI.1 Cuestiones generales

El nuevo texto del artículo 28 LORPM supera las más graves deficiencias de que adolecía la redacción original de este precepto, en el que, entre otros extremos, ignorando la doctrina del Tribunal Constitucional, se seguía permitiendo fundamentar las medidas en la «alarma social».

La Instrucción 10/2005, de 6 de octubre, *sobre el tratamiento del acoso escolar desde el Sistema de Justicia Juvenil* ya salió al paso de estas incorrecciones perturbadoras, declarando que la medida de internamiento *no podrá fundamentarse en la alarma social, pese al mantenimiento formal del texto del artículo 28 LORPM.*

El artículo 28 dedica su apartado primero a unas disposiciones comunes para todas las medidas cautelares y un apartado segundo que recoge las especialidades aplicables a las medidas de internamiento.

El apartado primero del artículo 28 dispone ahora que *el Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de quien haya ejercitado la acción penal, cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito y el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor o de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima, podrá solicitar del Juez de Menores, en cualquier momento, la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expedientado o para la debida protección de la víctima.*

Habrán por tanto de fundamentarse con carácter general las medidas cautelares en el *fumus boni iuris*, representado por los indicios racionales de comisión de un delito y el *periculum in mora*, que a su vez puede manifestarse bien por el riesgo de fuga, bien por el riesgo de oscurecimiento u obstrucción, bien por el

riesgo de reiteración en el ataque a la víctima.

Una primera observación debe hacerse: para que puedan adoptarse medidas cautelares, los hechos imputados al menor han de alcanzar el rango de delito, no siendo suficiente a tales efectos la imputación de una falta.

Sigue manteniéndose la referencia a la orientación de las medidas cautelares *para la custodia y defensa del menor expedientado*. Esta referencia es continuadora de la fórmula contenida en la LO 4/1992, de 5 de junio. No puede, no obstante, utilizarse esta mención para integrar fines autónomos de la decisión cautelar, pues son absolutamente ajenos a la esencia de este tipo de medidas. Si el menor imputado en el expediente precisa de medidas de protección, habrá de darse traslado a la Entidad Pública de Protección de Menores para que proceda conforme a sus atribuciones legales, pero tal situación no puede ser la base sobre la que se erija una medida cautelar conforme al artículo 28 LORPM. El inciso objeto de análisis, desechado su carácter de fin cautelar debe interpretarse como una llamada de atención hacia la necesidad de que la decisión cautelar no contravenga el interés del menor.

VI.2 Alejamiento cautelar

Como novedad paralela a la introducida en el catálogo de medidas, la reforma 8/2006 incorpora expresamente la posibilidad de tutelar cautelarmente a la víctima a través del alejamiento. La innovación, bien es cierto, no deja de ser relativa, pues ya la Fiscalía General del Estado, por medio de su Consulta 3/2004, de 26 de noviembre, *sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores* dejó meridianamente claro que era posible a través de la medida de libertad vigilada y de sus reglas de conducta, establecer este alejamiento cautelar. Incluso esta modalidad de alejamiento tiene un mejor anclaje con los principios inspiradores de la

LORPM, pues adoptado bajo el paraguas de la libertad vigilada podrá revestirse de unos contenidos educativos de los que carece el puro y simple alejamiento.

El contenido del alejamiento cautelar puede integrarse bien por la prohibición de aproximarse, bien por la prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez, bien por ambas.

Si en el caso concreto se considera que el alejamiento cautelar debiera tener otros contornos (v.gr. prohibición de residencia) habrá de articularse a través de la medida cautelar de libertad vigilada.

La falta de previsión legal hace improcedente que estas prohibiciones (cautelares o no) puedan ser supervisadas mediante mecanismos de control electrónico, salvo que el sometido a la medida voluntariamente accediera a ello.

Desde el punto de vista procedimental habrán de mantenerse los criterios establecidos por la Consulta 3/2004, que partiendo de que en principio no es obligatoria la celebración de comparecencia, consideraba que *como norma general, por las implicaciones de la medida y su complejidad y con la finalidad de valorar adecuadamente el interés del menor, será aconsejable la celebración de comparecencia cuando vaya a solicitarse el alejamiento*.

Reiterando lo resuelto en la Consulta 3/2004, los problemas de protección que pueda generar el alejamiento cautelar en el menor sometido a la medida pueden ser abordados con las previsiones generales de nuestro ordenamiento: bien comunicándolo a la Entidad Pública de Protección de Menores para que adopte las medidas de protección procedentes (arts. 17 y 18 LO 119/1996, de 15 de enero, *de protección jurídica del menor* y arts. 172 y siguientes CC), bien instando una medida de protección ante el propio Juez de Menores conforme a lo previsto en el artículo 158 CC.

VI.3 Internamiento cautelar

El apartado segundo del artículo 28 acoge los parámetros específicos que deben valorarse para optar por la medida cautelar de internamiento. Habrán de tenerse en cuenta la gravedad de los hechos, las circunstancias personales y sociales del menor, la existencia de un peligro cierto de fuga, y, especialmente, el que el menor hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos graves de la misma naturaleza.

Dos observaciones se imponen a *limine*: la primera es la de que pese a la desordenada enumeración de los parámetros fundamentadores del internamiento cautelar, debe partirse de que el riesgo de fuga ha de ser el factor principal a tener en cuenta. En segundo lugar, debe entenderse que a través del parámetro relativo a las circunstancias personales y sociales del menor podrá calibrarse en toda su dimensión operativa el principio del superior interés del menor.

Los Sres. Fiscales habrán de partir de la necesaria limitación de las medidas cautelares de internamiento en centro cerrado a los supuestos en los que los hechos imputados sean potencialmente merecedores de una medida (en su acepción equivalente a pena) de internamiento en régimen cerrado. Con la admisibilidad de esta medida de internamiento cerrado para un mayor número de supuestos tras la reforma 8/2006, cabrá correlativamente aplicarla en su modalidad cautelar en su misma extensión. Así por ejemplo, el supuesto que generó mas problemas, el de delitos contra la salud pública en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud podrá motivar, como delito grave, en caso de que concurren los demás requisitos, la medida cautelar de internamiento en centro cerrado, a diferencia de la situación anterior a la reforma (*vid.* SAP Las Palmas, sec. 1.ª, de 12 de septiembre de 2001).

Cuando el apartado segundo del artículo 28 LORPM se refiere a la valoración de si el menor hubiera cometido o

no con anterioridad otros hechos graves de la misma naturaleza, pese a la defectuosa formulación, ha de entenderse que el Legislador tiene *in mente* el riesgo de reiteración delictiva. Deberá a este respecto tenerse en cuenta que al utilizar el criterio de la reiteración delictiva habrá de operarse con prudencia, pues es sabido que la doctrina del Tribunal Constitucional, aunque admite tal fundamento, lo hace con reservas (esto es, como reiteradamente declara, se admite *en un plano distinto, pero íntimamente relacionado con los otros fines*, *vid.* SSTC 145/01, 217/01 y 23/02 entre otras).

No está de más recordar aquí la Instrucción 10/2005, de 6 de octubre *sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil* cuando afirmaba que «*en todo caso debe exigirse que concurra para la adopción de la medida cautelar de internamiento alguno de los fines legítimos aceptados por la doctrina del Tribunal Constitucional...siempre subordinados al respeto al principio del superior interés del menor.*»

En definitiva, interpretando sistemáticamente los apartados primero y segundo del nuevo artículo 28, y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los fines de las medidas cautelares, puede entenderse que serán fines susceptibles de ser perseguidos con el internamiento cautelar el de evitar el riesgo de fuga, conjurar el riesgo de oscurecimiento del proceso mediante la destrucción de fuentes de prueba, hacer frente al riesgo de reiteración delictiva y evitar nuevos atentados contra bienes jurídicos de la víctima.

Debe también entenderse aplicable al internamiento cautelar la jurisprudencia acuñada por el TC en relación con los principios básicos que deben regir la prisión provisional: excepcionalidad, subsidiariedad, provisionalidad y proporcionalidad (SSTC 41/1982, 40/1987, 13/1994, 71/1994 y 128/1995, entre otras).

Así, conforme al principio de excepcionalidad debe partirse de que el estado

normal en el que menor imputado espera la celebración de la audiencia debe ser el de libertad. De esta nota de la excepcionalidad deriva la necesidad de aplicación del criterio hermenéutico del *favor libertatis*.

Conforme al principio de subsidiariedad los Sres. Fiscales habrán de analizar no solo si concurren los requisitos para adoptar la medida sino que deberán evaluar si los fines que se persiguen pueden ser alcanzados con otras medidas menos gravosas de entre las previstas en la LORPM

De acuerdo con el principio de provisionalidad es necesario hacer una evaluación continua de los presupuestos y fines de la medida, y su consiguiente alzamiento en cuanto dejen de concurrir todos sus presupuestos. La adopción de la medida queda sometida siempre a una implícita cláusula *rebus sic stantibus*, debiendo de oficio promover su cesación el Fiscal y acordar en tal sentido el órgano jurisdiccional en cuanto proceda.

El principio de proporcionalidad debe llevar a descartar la aplicación de la medida cautelar privativa de libertad como regla general ante casos de hechos punibles respecto de los que en una valoración *prima facie* sea probable que culminen en suspensión de condena, en sustitución de la medida privativa de libertad o directamente en condena a medida no privativa de libertad. El principio también impone llevar a cabo antes de la adopción de la medida un juicio de ponderación en el que debe llegarse hasta la valoración de las consecuencias gravosas que la misma pueda eventualmente irradiar en el menor y los fines que puede cumplir para el resultado del proceso en que se aplica.

VI.4 Medidas cautelares en caso de inimputabilidad

Pese a que la reforma 8/2006 ha abordado la reestructuración de las medidas cautelares, sorprendentemente ha mante-

nido incólume el artículo 29 LORPM, precepto que bajo la rúbrica *medidas cautelares en los casos de exención de la responsabilidad* incurre en graves deficiencias conceptuales, propicia interpretaciones erróneas, y, en definitiva traiciona, en su desarrollo, la rúbrica que pretendidamente sintetiza su contenido.

Debe claramente partirse de que el artículo 29 LORPM ni regula propiamente medidas cautelares, ni las medidas a que hace referencia son susceptibles de ser adoptadas por el Juez de Menores en el curso del expediente de reforma del menor. Declara este precepto que en caso de concurrencia de cualesquiera de las circunstancias previstas en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20 CP *se adoptarán las medidas cautelares precisas para la protección y custodia del menor conforme a los preceptos civiles aplicables, instando en su caso las actuaciones para la incapacitación del menor y la constitución de los organismos tutelares conforme a derecho*. Pues bien, tal previsión debe interpretarse en el sentido de que en tales casos, cuando proceda, el Fiscal promoverá en vía civil las medidas de protección previstas en la legislación civil (internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, artículo 763 LEC), o en su caso instará de la Entidad Pública de Protección de Menores la adopción de las medidas previstas en la LO 1/1996 y en los artículos 172 y siguientes CC.

La que sí cabrá impetrar del Juez de Menores en estos casos en el expediente de reforma será la adopción, cuando proceda, de la medida cautelar de internamiento terapéutico, admisible a la vista de la amplia formulación del párrafo segundo del apartado primero del artículo 28, conforme al que las medidas cautelares *podrán consistir en internamiento en centro en el régimen adecuado*, partiendo siempre de las limitaciones que impone el artículo 8 LORPM, que también tendrían efecto sobre el ámbito de la tutela cautelar, de modo que si el delito imputado no lleva aparejada pena privativa de libertad, conforme al CP, no podría impo-

nerse ni medida privativa de libertad en sentencia ni medida cautelar equivalente.

También podrán los Sres. Fiscales en estos supuestos promover en el propio proceso penal de menores las medidas que consideren necesarias al amparo de lo dispuesto en el artículo 158 CC. Entre ellas, reiterando lo establecido en la Circular 1/2000, cabrá adoptar cautelarmente la medida de tratamiento terapéutico.

VI.5 Aspectos procedimentales

El nuevo régimen de las medidas cautelares plantea varias cuestiones. En lo referente a la intervención de la acusación particular nos remitimos a lo expuesto en el epígrafe I.-2.

Cabe plantearse si la prórroga del internamiento cautelar más allá de los seis meses ordinarios exigirá la celebración de comparecencia con asistencia del menor. Del contraste de los términos utilizados por el apartado segundo del artículo 28 (se refiere a la comparecencia para acordar el internamiento) con los utilizados por el apartado tercero del mismo precepto (exige instancia del Ministerio Fiscal y audiencia del Letrado del menor) la conclusión ha de ser la de que el régimen es distinto, flexibilizándose los requisitos procedimentales para acordar la prórroga, que por tanto no precisará de comparecencia y podrá cumplimentarse con la audiencia (que no exige presencia física) del Letrado, aunque también –y con la misma matización– será preciso oír previamente al menor afectado. La flexibilidad en el abordaje procedimental de la prórroga es acorde con la necesidad de preservar el interés superior del menor, que podría quedar empañado con traslados constantes al Juzgado.

Deberán los Sres. Fiscales tener especialmente en cuenta que la solicitud de prórroga y la resolución habrán de recaer con anterioridad al agotamiento del plazo ordinario (vid. AAP Castellón secc. 3.ª,

de 24 de junio de 2002), en aplicación de la doctrina sentada por el TC respecto a la prórroga de la prisión provisional (SSTC 231/2000, 272/2000, 305/2000).

Debe también partirse de que la interposición del recurso de casación en interés de Ley no afecta a la firmeza de la sentencia dictada en apelación por lo que es ajustado a derecho declarar tal firmeza y *acordar el cese de la medida cautelar que pudiese haber sido adoptada durante la tramitación del expediente y ordenar, en su caso, la ejecución de la medida de reforma impuesta en dicha Sentencia* (STS 115/2003, de 3 de febrero).

VII. LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS

VII.1 Competencia para el control de la ejecución de la medida de internamiento en centro penitenciario

Con anterioridad a la reforma de 2006 fue objeto de discusión la distribución de competencias entre el Juez de Menores y el Juez de Vigilancia Penitenciaria cuando una persona condenada en la jurisdicción especializada de menores a medida de internamiento era trasladada a un Centro Penitenciario.

El artículo 8.5 RLORPM dispuso que *si...se ordena el cumplimiento de la medida de internamiento del menor en un centro penitenciario, la competencia para la ejecución de esta será de la Administración penitenciaria, sin perjuicio de las facultades propias del juez de menores competente...*

Tras la reforma, el nuevo apartado tercero del artículo 44 LORPM incorpora una regla de rango legal, estableciendo que *cuando, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 14 de esta Ley, la medida de internamiento se cumpla en un establecimiento penitenciario, el Juez de Menores competente para la ejecución conservará la competencia para de-*

cidir sobre la pervivencia, modificación o sustitución de la medida en los términos previstos en esta Ley, asumiendo el Juez de Vigilancia Penitenciaria el control de las incidencias de la ejecución de la misma en todas las cuestiones y materias a que se refiere la legislación penitenciaria.

El principio básico ha de ser el de que el traslado del ejecutoriado a un Centro Penitenciario por aplicación de las previsiones del artículo 14 LORPM no exime a la Jurisdicción de Menores del riguroso seguimiento de la evolución del joven.

El adecuado cumplimiento de las facultades conectadas con el principio de flexibilidad implicará pues la exigencia de la remisión periódica al Juzgado y a la Fiscalía de informes sobre la evolución del joven, para en su caso modificar, sustituir o cancelar anticipadamente la medida impuesta conforme a la LORPM y ejecutada en Centro Penitenciario.

La confluencia de competencias del Juzgado de Vigilancia y del Juzgado de Menores exigirá, desde el punto de vista de la Fiscalía, la actuación coordinada de las Secciones de Vigilancia Penitenciaria y de Menores. Partiendo del respeto a las facultades autoorganizativas de cada Fiscalía, debe en todo caso garantizarse que la actuación del Fiscal se realice desde la plenitud de conocimiento de las circunstancias concretas y evolución de quien cumple una condena impuesta conforme a la Ley Penal del Menor.

VII.2 Concurrencia de penas y medidas

El artículo 47 apartado séptimo de la LORPM aborda el tratamiento de los supuestos en los que se solape el cumplimiento de una medida impuesta conforme a la LORPM con una condena a una pena o medida de seguridad prevista en el Código Penal

Conforme al artículo 47.7 párrafo primero *cuando una persona que se encuentre cumpliendo una o varias medidas*

impuestas con arreglo a esta Ley sea condenada a una pena o medida de seguridad prevista en el Código Penal o en leyes penales especiales, se ejecutarán simultáneamente aquéllas y éstas si fuere materialmente posible, atendida la naturaleza de ambas, su forma de cumplimiento o la eventual suspensión de la pena impuesta, cuando proceda.

Por tanto, la regla de aplicación prioritaria es la de la simultánea ejecución, siempre que sea posible. En todo caso, esta regla no impide que a la vista de las concretas circunstancias concurrentes en quien habiendo delinquido como menor ha continuado haciéndolo como adulto, si se estima que la medida impuesta conforme a la LORPM va a carecer de virtualidad socializadora pueda optarse por hacer uso de las posibilidades de cancelación previstas en los artículos 13 y 51 LORPM.

Conforme al artículo 47.7 párrafo segundo *no siendo posible la ejecución simultánea, se cumplirá la sanción penal, quedando sin efecto la medida o medidas impuestas en aplicación de la presente Ley, salvo que se trate de una medida de internamiento y la pena impuesta sea de prisión y deba efectivamente ejecutarse. En este último caso, a no ser que el Juez de Menores adopte alguna de las resoluciones previstas en el artículo 13 de esta Ley, la medida de internamiento terminará de cumplirse en el centro penitenciario en los términos previstos en el artículo 14, y una vez cumplida se ejecutará la pena.*

En este segundo escenario (incompatibilidad de la sanción educativa impuesta conforme a la LORPM y de la pena impuesta conforme al CP) el Legislador se decanta por dar preferencia cuasi absoluta a la ejecución de la pena y correlativa extinción de la medida.

Por excepción, si la medida es de internamiento habrá de ejecutarse, pero en el Centro Penitenciario, para a continuación enlazar con la ejecución de la pena. La regla sigue el hilo conductor trazado por el apartado quinto del artículo 14

para regular los supuestos en los que el responsable conforme a la LORPM hubiera cumplido ya, total o parcialmente, bien una pena de prisión impuesta con arreglo al Código Penal, o bien una medida de internamiento ejecutada en un centro penitenciario.

En este punto deben clarificarse algunas cuestiones que en el texto del artículo 47 no reciben un tratamiento expreso.

En primer lugar, aunque el artículo 47 se refiere a una situación de confluencia de medida de internamiento, sin distinguir modalidad y pena de prisión, debe entenderse que para que la solución que se prevé sea aplicable el internamiento debe serlo en su modalidad de cerrado, pues sólo este tipo de medida privativa de libertad es susceptible de cumplirse en Centro Penitenciario, conforme a las previsiones del artículo 14 LORPM.

Por consiguiente, si la confluencia se produce entre medida de internamiento semiabierto, abierto o terapéutico y pena de prisión, la solución habrá de ser la de cancelar las medidas impuestas conforme a la LORPM y ejecutar la pena impuesta conforme a la Legislación penal de adultos.

Si concurren la medida de internamiento en centro cerrado y la pena de prisión devendrá plenamente aplicable la solución del artículo 47.7 en el bien entendido que la acumulación prevista sólo operará inexorablemente cuando la medida impuesta en la LORPM sea de las que conforme a los arts 10.1 y 10.2 (extrema y máxima gravedad para mayores de 16 años) tenga un período de seguridad de necesario cumplimiento.

Cuando la medida de internamiento en centro cerrado no lleve aparejado período de seguridad o cuando aún llevándolo, éste haya sido ya cumplido, cabrá optar por la cancelación de la medida (arts. 13 y 51 LORPM) dejando expedido el cumplimiento de la pena.

En todo caso, la continuación de la ejecución de la medida de internamiento en el Centro Penitenciario solamente de-

vendrá inexorable cuando la pena privativa de libertad impuesta en el proceso de adultos vaya a ser efectivamente ejecutada. Si el órgano de la jurisdicción penal de adultos opta por conceder la suspensión de condena, la medida de internamiento podrá continuar siendo ejecutada en el Centro de menores, conforme a las previsiones generales del artículo 14 LORPM

No se arbitra expresamente una solución para el supuesto de que se acuerde la prisión provisional de un joven, obviamente ya mayor de edad, que está cumpliendo una medida impuesta con arreglo a la LORPM. Los Sres. Fiscales habrán en este caso de interesar el archivo provisional del expediente de ejecución de la medida impuesta conforme a la LORPM, así como su reapertura cuando, no habiendo prescrito tal medida, el sometido a la medida cautelar sea puesto en libertad, resulte absuelto en el proceso penal o sea condenado a una pena que no sea incompatible con la ejecución de la medida. Si es condenado a pena privativa de libertad, el tratamiento a dar será el previsto en el artículo 47.7 LORPM. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad, dentro de los límites legales, de optar por la cancelación anticipada a la vista de las nuevas circunstancias concurrentes.

VII.3 Cese y sustitución de medidas

VII.3.1 CESE Y SUSTITUCIÓN ORDINARIOS

Es el supuesto previsto en el apartado primero del artículo 51, conforme al que *durante la ejecución de las medidas el Juez de Menores competente para la ejecución podrá, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, del letrado del menor o de la Administración competente, y oídas las partes, así como el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, dejar sin efecto aquellas o sustituirlas por otras que se estimen más adecuadas de entre las previstas en esta Ley, por tiempo igual*

o inferior al que reste para su cumplimiento, siempre que la nueva medida pudiera haber sido impuesta inicialmente atendiendo a la infracción cometida. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo anterior y de acuerdo con el artículo 13 de la presente Ley.

Este supuesto se acomoda perfectamente al previsto en el artículo 13.1 LORPM, que establece que *el Juez competente para la ejecución, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, previa audiencia de éstos e informe del equipo técnico y, en su caso, de la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá en cualquier momento dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por su conducta.*

Acoge esta regla el denominado principio de flexibilidad en la ejecución, verdadera seña de identidad del Derecho Penal de Menores, cuya adecuada implementación distingue una ejecución ajustada a los postulados socializadores de esta rama del ordenamiento de un cumplimiento burocrático e irrespetuoso con el principio del superior interés del menor.

La flexibilidad en la ejecución ha de nutrirse de los informes que periódicamente vayan emitiendo los técnicos encargados de la ejecución, que aportarán los fundamentos para postular la cancelación, reducción o sustitución o, por contra, exigirán la continuidad en la ejecución. Lógicamente la flexibilidad se verá atemperada por la necesidad de respetar los tramos de seguridad establecidos para mayores de 16 años condenados por delitos de extrema o máxima gravedad.

Habrán pues los Sres. Fiscales de prestar especialísima atención a los informes que sobre la evolución de los menores vayan siendo emitidos durante la ejecución, de forma que en su caso, promue-

van ante el Juzgado de Menores las modificaciones que mejor se adapten a su superior interés y al éxito del proceso educativo-socializador.

La redacción reformada del artículo 51.1 presenta una alteración esencial respecto de la redacción original. En efecto, la posibilidad de sustituir medidas en la redacción original se subordinaba al requisito cuantitativo de que la medida sustituta se impusiera por tiempo igual o inferior a la sustituida. Nada se decía en cuanto al requisito cualitativo, si bien se asumía que la medida sustituta debía ser de menor gravedad que la sustituida, por exigirle así el principio de legalidad en la ejecución, que impide un cambio de medidas no contemplado en el título ejecutivo, en la sentencia, cuando el cambio suponga una mayor restricción de derechos. Tras la reforma 8/2006, al requisito cuantitativo, que se mantiene, se adiciona un requisito cualitativo, conforme al que cabrá la sustitución *siempre que la nueva medida pudiera haber sido impuesta inicialmente atendiendo a la infracción cometida.*

Esta nueva redacción no debe entenderse en el sentido de que se introduce con carácter general la posibilidad de modificar en sentido agravatorio la medida impuesta en la sentencia. Los Sres. Fiscales, como pauta general, a salvo los supuestos expresamente previstos en la Ley, se abstendrán, pues, de interesar sustituciones *in peius* no contempladas en el título ejecutivo.

Debe en este punto recordarse la STC 36/1991, de 14 de febrero, que sentó claras pautas interpretativas en relación con la posibilidad de modificar las medidas impuestas en reforma de menores. El TC parte de que en principio tal posibilidad no contraría el principio de legalidad penal *pues hay que partir de las especiales características de esta jurisdicción, en donde las medidas a imponer no tienen la consideración de penas retributivas de conductas ilícitas, sino de medidas correctoras, aun cuando restrictivas de los derechos fundamentales del*

menor, siendo impuestas en atención a las condiciones del mismo y susceptibles de adaptación en atención a las circunstancias del caso y a la eventual eficacia de la medida adoptada, primándose así la necesaria flexibilidad que tanto para la adopción de tales medidas como para el mantenimiento de éstas ha de regir la actividad jurisdiccional en la materia. Pero a continuación se establece una importante limitación: es claro, por lo demás, que el mencionado precepto, al indicar que los acuerdos no tienen carácter definitivo y pueden ser modificados e incluso dejados sin efecto, en modo alguno autoriza a agravar, si no es mediante nuevo procedimiento en razón de nuevos hechos, las medidas ya adoptadas.

VII.3.2 REGRESIÓN AL INTERNAMIENTO CERRADO

El inciso primero del apartado segundo del artículo 51 introduce una regla novedosa: *cuando el Juez de Menores haya sustituido la medida de internamiento en régimen cerrado por la de internamiento en régimen semiabierto o abierto, y el menor evolucione desfavorablemente, previa audiencia del letrado del menor, podrá dejar sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida de internamiento en régimen cerrado.*

Esta regla, pese a que habilita para volver a un régimen más estricto de ejecución, no plantea ningún problema desde el punto de vista del principio de legalidad en la ejecución, en tanto opera sobre la base de una medida de internamiento cerrado, cuya ejecución se ha visto *ex post facto* atemperada. Ello no obstante, será conveniente que por los Sres. Fiscales, cuando informen favorablemente la conversión de un internamiento cerrado en semiabierto o abierto, interesen expresamente que la resolución que se dicte, caso de optar por la conversión, haga expresa referencia a

que la misma podrá quedar sin efecto si la evolución no es favorable. Tal indicación, además del *plus* de certeza y seguridad jurídica que añade, supondrá sin duda un reforzamiento en la ejecución y servirá de poderosa advertencia al menor ejecutoriado para que mantenga su buena disposición en el cumplimiento de la medida.

El Fiscal deberá intervenir imperativamente en este incidente. Su formal preterición fácilmente se supera acudiendo a las disposiciones generales definidoras del rol del Fiscal durante la ejecución (art. 44.1 LORPM).

VII.3.3 CONVERSIÓN DEL INTERNAMIENTO SEMIABIERTO EN CERRADO

El inciso segundo del apartado segundo del artículo 51 introduce una habilitación aún más radical, que permite operar *in peius*. Se establece que *si la medida impuesta es la de internamiento en régimen semiabierto y el menor evoluciona desfavorablemente, el Juez de Menores podrá sustituirla por la de internamiento en régimen cerrado, cuando el hecho delictivo por la que se impuso sea alguno de los previstos en el artículo 9.2 de esta Ley.*

Aunque la lectura aislada de esta regla podría hacer despertar escrúpulos desde el prisma del principio de legalidad ejecutiva, del análisis conjunto de este precepto con las nuevas definiciones de la medida de internamiento en régimen cerrado y de internamiento en régimen semiabierto tales objeciones pueden superarse.

En efecto, conforme al artículo 9.1 a) el internamiento en régimen cerrado supone que las personas sometidas a esta medida residirán en el centro y desarrollarán en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio, mientras que conforme al artículo 9.1 b) el internamiento en régimen semiabierto supone que *las personas sometidas a esta medida residirán en el centro, pero po-*

drán realizar fuera del mismo alguna o algunas de las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio establecidas en el programa individualizado de ejecución de la medida.

La línea divisoria entre una y otra medida se desdibuja y difumina a la vista del inciso segundo que se incorpora a la definición del internamiento semiabierto al artículo 9.1 b): *la realización de actividades fuera del centro quedará condicionada a la evolución de la persona y al cumplimiento de los objetivos previstos en las mismas, pudiendo el Juez de Menores suspenderlas por tiempo determinado, acordando que todas las actividades se lleven a cabo dentro del centro.*

Por tanto, la propia medida contiene conceptualmente la simiente que puede generar una ejecución asimilada al núcleo del internamiento en centro cerrado.

También aquí los Sres. Fiscales, cuando interesen la imposición de una medida de internamiento en régimen semiabierto por hechos contemplados en el artículo 9.2 LORPM, interesarán expresamente que en la sentencia, en caso de que la misma sea condenatoria e imponga el internamiento solicitado, se haga expresa referencia a que la medida podrá ser sustituida por internamiento en régimen cerrado, si el menor evoluciona desfavorablemente. De nuevo, tal especificación en sentencia incrementa los niveles de certeza y seguridad jurídica del ejecutoriado al tiempo que supone una clara advertencia al mismo para que cumpla adecuadamente la medida de internamiento semiabierto.

Aunque no se establecen expresamente los cauces procedimentales para operar esta sustitución, será en todo caso necesario abrir un incidente en el que se de audiencia tanto al Fiscal como al ejecutoriado y a su Letrado, debiendo resolverse mediante auto debidamente motivado (art. 44.1 LORPM), y susceptible de recurso tanto de reforma como de apelación (art. 41 LORPM).

VII.4 Designación de centros y menores integrados en bandas

La reforma 8/2006 contiene varias disposiciones a fin de incorporar previsiones específicas para el tratamiento de los menores integrados en bandas.

Por lo que hace a la fase de ejecución, el artículo 46.3 dedicado a la designación de Centros para ejecutar la medida de internamiento, mantiene incólume el régimen originario de la LORPM, conforme al que es la entidad pública la competente para designar el centro más adecuado para la ejecución pero siempre de entre los más cercanos al domicilio del menor en los que existan plazas disponibles para la ejecución por la entidad pública competente en cada caso, previniéndose que el traslado a otro centro distinto de los anteriores sólo se podrá fundamentar en el interés del menor de ser alejado de su entorno familiar y social y requerirá en todo caso la aprobación del Juzgado de Menores competente para la ejecución de la medida.

La reforma de 2006 establece una regla específica: *en todo caso los menores pertenecientes a una banda, organización o asociación no podrán cumplir la medida impuesta en el mismo centro, debiendo designárseles uno distinto aunque la elección del mismo suponga alejamiento del entorno familiar o social.*

En realidad se trata de una concreción *ope legis* de una de las causas que en base al propio interés del menor puede excepcionarse la regla de la designación del centro mas cercano. Considera el Legislador que en caso de integración en banda la regla prioritaria debe ser la de la separación de los menores, aunque ello lleve a designar un centro mas alejado.

Varias cuestiones se plantean. Debe en primer lugar aclararse si para aplicar esta regla del inciso final del apartado tercero del artículo 46.3 es necesario que la sentencia condenatoria haya apreciado la concurrencia de la circunstancia de la regla del artículo 9.2 c) LORPM (los he-

chos tipificados como delito se cometan en grupo o el menor perteneciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades). La respuesta no debe ser sino negativa. La regla de interdicción de las bandas en los centros no trae causa en una sanción adicional por la pertenencia a estas organizaciones, ni supone una ejecución agravada por consecuencia de un *plus* de reproche penal. La filosofía que inspira a esta regla es la de evitar que la banda siga funcionando dentro del centro, con los graves efectos adversos que pueden generarse tanto para el éxito del tratamiento socializador y educativo del menor como para el buen orden regimental y la convivencia en el centro. Por ello, aunque tal circunstancia no se haya apreciado, si se tiene conocimiento de que puede producirse un reagrupamiento en el centro de menores integrados en una banda, podrán activarse las previsiones del artículo 46.3 LORPM.

Desde otra perspectiva, del hecho de que dos o mas menores hayan sido condenados a una medida de internamiento apreciándoseles la regla del artículo 9.2.c) LORPM no necesariamente debe extraerse la consecuencia de que no puedan coincidir en un mismo centro, pues el supuesto de hecho del artículo 9.2.c) LORPM es mucho mas amplio que el del artículo 46.3, que exige pertenecer a bandas, organizaciones o asociaciones. Cuando se trate de un supuesto simple de actuación aislada en grupo, sin existencia de banda o asociación, no habrá de dispersarse necesariamente a los menores condenados.

En cuanto a los aspectos procedimentales, esta nueva disposición, en tanto puede suponer una sobreañadida excepción a la regla general de cumplimiento en un centro *de entre los más cercanos al domicilio del menor* deberá entenderse sometida a los mismos cauces previstos para el traslado a otro centro distinto fundado en la conveniencia de ser alejado

de su entorno familiar y social. Consiguientemente, –cuando el centro que se designe implique tal alejamiento– se requerirá la aprobación del Juzgado de Menores competente para la ejecución de la medida. El Fiscal habrá de ser oído antes del dictado de la correspondiente resolución (art. 41.1 LORPM), debiendo comprobar que efectivamente se dan los presupuestos fundadores de la designación.

VII.5 Otras cuestiones

Tanto de algunos informes del Defensor del Pueblo (informe monográfico de octubre de 2002 e informes de 2003 y 2004) como de algunas Memorias de la Fiscalía General del Estado se desprende que aun no siendo una práctica generalizada, sino antes bien, supuestos aislados, se han detectado casos en los que en centros destinados a protección han sido ingresados menores para el cumplimiento de medidas impuestas conforme a la LORPM.

Tales prácticas, pese a su incidencia puntual, deben ser erradicadas, pues las mismas se oponen tanto a lo dispuesto en el artículo 54.1 LORPM (*las medidas privativas de libertad, la detención y las medidas cautelares de internamiento que se impongan de conformidad con esta Ley se ejecutarán en centros específicos para menores infractores*) como en el artículo 21 LO 1/1996, de 15 de enero, que acoge el principio de especialización en la estructuración y funcionamiento de los centros de protección de menores.

Como antecedente clarificador de la clara voluntad del Legislador de evitar la confluencia de menores procedentes de reforma y de protección en un mismo Centro cabe mencionar que el Proyecto de LORPM aprobado por el Consejo de Ministros de 16 de octubre de 1998 en su artículo 54, autorizaba la ejecución en centros de protección al establecer que «no obstante lo dispuesto en el apartado anterior, las medidas de internamiento también podrán ejecutarse en centros

destinados al acogimiento residencial de menores, que prevé la legislación civil, cuando las circunstancias personales del menor así lo aconsejen, de acuerdo con lo establecido en esta Ley». En su tramitación parlamentaria se dejó sin efecto esta previsión, despejando el principio de separación entre menores protegidos y menores sometidos a medidas impuestas conforme a la LORPM.

A tales efectos, los Sres. Fiscales se opondrán a cualquier decisión que suponga el ingreso de menores infractores en centros de protección de menores y a la vez, a decisiones que supongan el ingreso de menores en régimen de protección en centros de reforma. Únicamente cabrá excepcionar este principio en el supuesto en el que legalmente está expresamente previsto (*vid.* art. 54.2 LORPM, conforme al que *las medidas de internamiento también podrán ejecutarse en centros socio-sanitarios cuando la medida impuesta así lo requiera. En todo caso se requerirá la previa autorización del Juez de Menores*). También será admisible esta concurrencia cuando exista en el centro una completa y total separación de módulos dedicándose éstos al tratamiento de unos y otros menores. Esta última modalidad –que debiera en la medida de lo posible evitarse–, habrá de motivar una especial vigilancia de los Sres. Fiscales, para asegurar que la separación sea total.

VIII. CUESTIONES RELATIVAS AL NUEVO TRATAMIENTO PROCESAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

VIII.1 Cuestiones generales

La LO 8/2006 ha abordado la reforma del título VIII de la Ley dedicado a la responsabilidad civil, pero incidiendo exclusivamente en sus aspectos procesales, no modificando ningún aspecto sustantivo, pese a que ciertamente el sistema que ha sido doctrinalmente denominado

de responsabilidad solidaria en cascada conforme al que responden solidariamente con el menor de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, *por este orden* sigue siendo objeto de controversia, sin que la dispersa jurisprudencia menor haya llegado a una solución uniforme en su alcance e interpretación. El informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto, de fecha 28 de diciembre de 2005 advirtió, sin éxito que «*el sistema de responsabilidad solidaria en cascada del artículo 61, cuya oscuridad ha dado lugar a una jurisprudencia menor absolutamente contradictoria... debería superarse con un criterio de imputación claro para seleccionar cual o cuales de los responsables solidarios (padres, tutores, acogedores, guardadores) debe responder junto con el menor*».

Nos centraremos por ello en los aspectos procesales, en los que ciertamente la modificación es de gran trascendencia.

La clave de bóveda de la reforma descansa en la sustitución de la pieza separada como proceso civil paralelo al penal por el sistema de acumulación de la acción civil a la penal, en términos similares al del proceso de adultos, aunque tampoco se llega a sus últimas consecuencias, pues se mantiene la pieza separada como soporte para la personación de los perjudicados.

Esta opción, que se ensaya tras el fracaso del sistema anterior, aporta sin duda un *plus* de complejidad a la tramitación del expediente principal, porque implica la participación necesaria en el mismo de nuevas partes, teniendo sobre todo en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre en el proceso penal de adultos, en el que lo usual es que el responsable civil y el acusado coincidan, en el proceso de menores habrá normalmente, además del menor, como mínimo, otro responsable civil. Además, la adición de la pretensión civil a la tramitación de la pretensión sancionadora-educativa implica sin duda un riesgo de generar dilaciones procesales.

Ya el informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto, de fecha 28 de diciembre de 2005 advertía del riesgo de que se desplace *«el superior interés del menor infractor, concretado en un proceso lo mas sencillo posible para que la respuesta al hecho cometido sea inmediata, en favor del interés de la víctima, centrado en el reconocimiento de su derecho de indemnización en un procedimiento lo mas cómodo posible»*.

La celeridad es vital en la Justicia de Menores, hasta el punto de que ha sido especialmente incorporada a los principales instrumentos internacionales sobre la materia. Conforme al artículo 40.2 de la Convención de los Derechos del Niño, es obligación de los Estados parte el garantizar en el proceso de menores *«que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente.»* En el mismo sentido, el Consejo de Europa, en el punto cuarto de su recomendación núm. R (87) 20, postula el *«asegurar una justicia de menores más rápida, evitando retrasos excesivos, para que ella pueda tener una acción educativa eficaz»*. Por su parte, la regla 20 de las Reglas de Beijing dispone que *«todos los casos se tramitarán desde el comienzo de manera expedita y sin demoras innecesarias»*. La importancia de este principio es tal que se recoge por un texto general como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 diciembre 1966 cuyo artículo 10.2.b) dispone que *los menores procesados... deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento*.

La cualificada importancia de este principio en la justicia de menores radica en la necesidad de conectar temporalmente la consecuencia jurídica (medida) con el hecho cometido (delito o falta). Si la respuesta se dilata en el tiempo los objetivos perseguidos pueden quedar incumplidos o puede incluso incurrirse en intervenciones inútiles o contraproducentes. La psicología pone de manifiesto cómo el menor vive el transcurso del

tiempo de forma radicalmente distinta al adulto. Las dilaciones en este proceso especial son mucho mas perturbadoras que en el proceso de adultos.

La reciente STC 153/2005, de 6 de junio resalta la especial relevancia que tiene la celeridad en el proceso penal de menores al declarar que *la tardanza excesiva en la finalización de los procesos puede tener sobre el afectado unas consecuencias especialmente perjudiciales cuando se trata de un supuesto en el que se depura la eventual responsabilidad penal de un menor. La dimensión temporal merece una consideración diferente en la llamada justicia de menores. Y ello es así por cuanto que, si la respuesta de los órganos jurisdiccionales se demora en el tiempo, un postulado básico que ha de observarse en estos procedimientos, el superior interés del menor, queda violentado, así como distorsionada la finalidad educativa que los procesos de menores han de perseguir, además de verse frustrado también el interés global de la sociedad a la hora de sancionar las infracciones perseguidas. Por ello las medidas que se adoptan en el seno de estos procesos, que no pueden poseer un mero carácter represivo, sino que han de dictarse teniendo presente el interés del menor y estar orientadas hacia la efectiva reinserción de éste, pierden por el retraso del órgano judicial su pretendida eficacia, pudiendo llegar a ser, incluso, contrarias a la finalidad que están llamadas a perseguir.*

El principio de celeridad ha sido santo y seña para las Secciones de Menores de las Fiscalías, que año tras año en sus Memorias plasmaban los esfuerzos realizados para reducir los tiempos de respuesta.

Por todo ello, la nueva regulación de la tramitación de la acción civil habrá de ser interpretada de forma que el principio de celeridad sufra lo menos posible. Habrán los Sres. Fiscales de evitar que la irrupción de la acción civil en el proceso principal de menores se transmute en un caballo de Troya que introduzca elemen-

tos distorsionantes en la filosofía que debe presidir la Justicia Juvenil. Como pauta general los Sres. Fiscales tratarán de evitar que el superior interés del menor infractor, concretado en un proceso lo mas sencillo posible para que la respuesta al hecho cometido sea inmediata, se vea perturbado por la acumulación de acciones.

VIII.2 Legitimación del Fiscal

La dimensión del rol del Fiscal como protector de la víctima y en concreto, como promotor de acciones para resarcirlas civilmente, en particular en el proceso de menores ha sido recientemente subrayada por el ATC 275/2005, de 22 de junio al declarar que *la reparación de los daños causados por un hecho que podría ser constitutivo de infracción penal puede perfectamente calificarse de interés público, pues se trata de restablecer la situación fáctica alterada mediante la infracción del Ordenamiento, y, constituye una forma más de defender los derechos de los ciudadanos aunque de la configuración del ejercicio de la acción civil por el Fiscal en los artículos 61 y 64 LORPM en absoluto deriva que el Fiscal actúe sujeto a las instrucciones de los perjudicados, con pérdida de su independencia e imparcialidad.*

La legitimación del Fiscal no sufre variación: como regla general habrá de ejercitar la acción civil y como excepción no la ejercitará cuando el perjudicado renuncie a ella, cuando la ejercite por sí mismo en el plazo de un mes desde que se le notifique la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil y cuando se la reserve para ejercitarla ante el orden jurisdiccional civil. La reforma 8/2006 ratifica esta norma al establecer en el párrafo 3.º inciso último del artículo 4 LORPM que se les informará (a las víctimas y perjudicados) de que de no personarse en el expediente y no hacer renuncia ni reserva de acciones civiles, el Ministerio Fiscal las ejercitará si correspondiere.

A la vista del nuevo modelo acumulado de ejercicio de acciones, habrá de entenderse sin efecto la autorización que para desistir del ejercicio de la acción civil se contenía en la Circular 1/2000, de 18 de diciembre para casos de *manifiesto desinterés expreso o tácito del perjudicado por la reclamación, o en supuestos de manifiesta insolvencia del menor y ausencia de cualquier otra persona que pueda responder solidariamente con él, o incluso de ínfima cuantía de los daños causados.*

Por tanto, salvo renuncia, reserva o ejercicio por el perjudicado, los Sres. Fiscales habrán de ejercitar junto con la pretensión sancionadora, la acción civil derivada de los hechos delictivos por los que se siga el procedimiento.

VIII.3 Legitimación del perjudicado y requisitos de postulación

Cuando las cualidades de ofendido y de perjudicado concurren –como es habitual– en una misma persona, podrá ésta personarse como acusador particular o como actor civil o en ambos conceptos. Cuando se persone un ofendido como acusación particular expresando –explícita o implícitamente– al mismo tiempo su voluntad de personarse también para ejercitar las acciones civiles que le correspondan, habrá de tenersele por personado para ambas funciones, dejando testimonio de la resolución admitiéndolo como parte en la pieza separada de responsabilidad civil.

Los Sres. Fiscales habrán de procurar que el ofrecimiento de acciones a ofendidos y perjudicados se realice lo antes posible, debiendo tenerse presente que la práctica tardía de esta diligencia puede generar una lesión al derecho a la tutela efectiva. También habrán de procurar los Sres. Fiscales de evitar, mediante una efectiva coordinación con el Juzgado de Menores que el trámite no se duplique,

conforme a las pautas ya señaladas en el epígrafe I.

En lo que hace a los requisitos de postulación ha de partirse de que se suprime la regla 11 del original artículo 64 que disponía que *«en la pieza de responsabilidad civil no se precisa letrado ni procurador, pero si fuera solicitado, se designará letrado de oficio al presunto responsable. Los representantes legales del menor podrán ser defendidos por el letrado designado al menor en el procedimiento principal, si así se aceptare por aquel.»*

Será por tanto necesario que actor y responsable civil actúen por medio de Letrado. Teniendo en cuenta que en el proceso de menores ni el menor infractor ni la acusación particular necesitan actuar representados por medio de procurador, con más razón habrá de exonerarse de tal requisito a quien exclusivamente actúe como actor civil o como responsable civil.

VIII.4 Inadmisión a trámite de la denuncia

El Fiscal como órgano encargado de la instrucción puede, motivadamente, decretar el archivo conforme al apartado segundo del artículo 16, cuando entienda que los hechos no tienen trascendencia penal, cuando no exista autor conocido o cuando, por aplicación supletoria de la LECrim, los mismos sean manifiestamente falsos. En estos casos no cabrá la tramitación de acciones civiles en el ámbito de la jurisdicción de menores. Ello no obstante, los Sres. Fiscales tendrán especial cuidado en notificar la resolución recaída a quien aparezca como denunciante (arts. 16.2 *in fine*, art. 4 párrafo 5.º LORPM, artículo 270 LOPJ y art. 779.1.1.ª LECrim), a fin de posibilitar al mismo tener un conocimiento cabal del destino de su denuncia y, eventualmente, promover el ejercicio de acciones ante la jurisdicción civil.

VIII.5 Principio de oportunidad

El desistimiento previsto en el artículo 18 LORPM presupone la puesta en conocimiento al Fiscal de hechos con trascendencia penal, y se fundamenta en el interés superior del menor. El desistimiento precisamente se distingue porque parte de la inexistencia de óbices para tramitar el proceso penal. Estas bases configuradoras explican la peculiaridad del sistema original de la LORPM, que preveía para estos casos la continuación de la tramitación de la acción civil, siendo entonces además técnicamente posible en tanto el procedimiento para el resarcimiento encontraba un cauce autónomo en la pieza separada. Tras la reforma de 2006, desaparecido ese cauce autónomo, el tratamiento procesal de la acción civil en caso de desistimiento ha de ser radicalmente distinto. Así, el nuevo artículo 18 suprime la referencia que contenía el texto original a que *lo dispuesto en este apartado se entenderá sin perjuicio de la tramitación de la correspondiente pieza de responsabilidad civil.*

En tanto el desistimiento trunca la posibilidad de la víctima de ser indemnizada en el curso del proceso de menores deberá venir acompañado por un escrupuloso cumplimiento de la obligación de poner tal finalización en su conocimiento.

La preocupación por evitar todo atisbo de indefensión y revictimización de los perjudicados se refleja en la duplicidad en que incurre el Legislador de 2006 al exigir en dos preceptos distintos la notificación. El inciso segundo del párrafo primero del artículo 18 LORPM establece que *el Ministerio Fiscal comunicará a los ofendidos o perjudicados conocidos el desistimiento acordado.* A su vez el nuevo artículo 4 LORPM en su párrafo sexto declara que *en especial, cuando el Ministerio Fiscal, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18 desista de la incoación del expediente, deberá inmediatamente ponerlo en conocimiento de las víctimas y perjudicados, haciéndoles saber su de-*

recho a ejercitar las acciones civiles que les asisten ante la jurisdicción civil.

El artículo 19.2 al regular las soluciones extrajudiciales es modificado por la Reforma 8/2006. En la redacción original de la LORPM se establecía que estas soluciones lo eran en todo caso *sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación al ejercicio de la acción por responsabilidad civil derivada del delito o falta, regulada en esta Ley*. Conforme a la nueva redacción la solución extrajudicial lo es *sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil*.

No es precisamente clara la disposición, pero una interpretación sistemática de la misma necesariamente lleva a la conclusión de que archivado el expediente conforme a las previsiones del artículo 19 LORPM cualquier cuestión relacionada con la responsabilidad civil habrá de ser planteada ante la jurisdicción civil, incluso si la *quaestio litis* se refiere a la trascendencia civil de la reparación extrajudicial realizada en el seno del expediente de menores.

Idéntico tratamiento habrá de darse cuando el expediente finalice por un archivo fundamentado en las demás habilitaciones para la utilización de criterios de oportunidad contenidas en el artículo 27.4 LORPM.

De nuevo habrá de cuidarse de que –en este caso el Juzgado, que es el que adopta el acuerdo de sobreseimiento– se notifique al perjudicado la resolución y se le advierta de la posibilidad de reclamar por sí en vía civil.

En cuanto a la posibilidad de que desde Fiscalía se expidan copias de las actuaciones para que los perjudicados que se reserven las acciones civiles puedan preparar su demanda civil, habrán de mantenerse los criterios establecidos en el epígrafe III de la Instrucción 3/2004 *sobre las consecuencias de la desaparición del Secretario en las Secciones de Menores de Fiscalía*. Este régimen habrá de entenderse aplicable tanto en los su-

puestos en los que el Fiscal desista (art. 18 LORPM) como cuando archive en fase de diligencias preliminares (art. 16 LORPM). Si los sobreseimientos y archivos son acordados por el Juzgado, a dicho órgano jurisdiccional competará en su caso la expedición de testimonios.

VIII.6 Incoación del expediente

La incoación del expediente marca el inicio del procedimiento a efectos civiles. La regla 1.^a del artículo 64 LORPM dispone que *tan pronto como el Juez de Menores reciba el parte de la incoación del expediente por el Ministerio Fiscal, ordenará abrir de forma simultánea con el proceso principal una pieza separada de responsabilidad civil, notificando el secretario judicial a quienes aparezcan como perjudicados su derecho a ser parte en la misma, y estableciendo el plazo límite para el ejercicio de la acción*.

Una primera salvedad debe hacerse: en tanto no todos los hechos con trascendencia penal generan responsabilidad civil, para evitar actuaciones inútiles no procederá tal apertura cuando claramente pueda inferirse esa inexistencia de daños y perjuicios reclamables. A tales efectos deberá el Fiscal hacer constar esta circunstancia en el parte de incoación, interesando expresamente que no se proceda a la apertura de la pieza.

En segundo lugar y retomando la necesidad de evitar la duplicidad de notificaciones, dentro de esa necesaria coordinación a tales efectos entre Fiscalía y Juzgados, se tenderá preferentemente a que la notificación al perjudicado para que pueda personarse se realice exclusivamente por el secretario judicial. A tales efectos, también el parte de incoación deberá expresar la identidad de quienes hasta ese momento aparezcan como tales de lo instruido, interesando que por el secretario judicial se proceda a la notificación.

En tercer lugar, en cuanto al plazo de personación, una lectura combinada del

artículo 64.2 con el artículo 61.1 LORPM parece llevar a la conclusión de que el plazo límite es el de un mes. Sin embargo, tal determinación del plazo límite que tenía su sentido cuando el procedimiento de responsabilidad civil se tramitaba autónoma y paralelamente al penal, pierde su significación en el nuevo sistema de acumulación. La Circular 1/2000 flexibilizaba la exégesis del plazo, entendiendo que *nada obsta a que en atención a las circunstancias concurrentes el Juez pueda establecer un plazo de duración superior. Pero debe negarse, en virtud del principio pro actione, la posibilidad de que se señalen plazos inferiores al del mes que preconiza el artículo 61*. En el nuevo sistema tal flexibilización debe incrementarse, no existiendo técnicamente obstáculos –y siendo desde el punto de vista de protección de la víctima preferible– para hacer coincidir la finalización del plazo de personación con el momento inmediatamente anterior a la formulación de los escritos de alegaciones. Esta interpretación también permitirá ubicar el dictado del auto por el que el Juez determina las partes civiles en un momento procesal en el que habiéndose determinado los hechos objeto de enjuiciamiento, puedan fácilmente salvarse escollos que de otro modo generarán problemas con relativa frecuencia (preferencia de partes, inclusión de personas que finalmente no van a tener tal carácter por haberse sobrepasado los posibles hechos delictivos inicialmente imputados, etc.).

Debe también mantenerse la pauta de la Circular 1/2000 conforme a la que los perjudicados que no hayan sido notificados de la apertura de la pieza podrán personarse en cualquier momento hasta la fase de audiencia inclusive, transcurrida la cual y pendiente únicamente la sentencia solo les quedará –como regla general– el derecho de acudir a la vía civil ordinaria.

Debe por último tenerse presente que aunque se mantiene la regla del artículo 61 apartado segundo conforme a la que *se tramitará una pieza separada de res-*

ponsabilidad civil por cada uno de los hechos imputados, la misma podrá entenderse, desactivada la configuración de la pieza como procedimiento autónomo, en el sentido de que si en el mismo expediente penal se conoce de varios hechos conexos, la pieza separada para posibilitar la personación habrá de ser única. Esta solución, que ya se sugirió en la Circular 1/2000 se ve ahora sólidamente cimentada con la nueva dimensión funcional de la pieza.

VIII.7 Escrito de personación

Se mantiene la regla contenida en la versión original de la LORPM conforme a la que *en el escrito de personación, indicarán las personas que consideren responsables de los hechos cometidos y contra las cuales pretendan reclamar, bastando con la indicación genérica de su identidad*.

Deben también hacerse algunas precisiones: en primer lugar, como ya se ha expuesto el ofendido no precisará de dos actos autónomos de personación, por lo que deberá entenderse que bastará con que en el escrito en el que se persona como acusación particular exprese su voluntad de ejercitar también la acción civil. El Fiscal por su parte, tampoco precisará de un escrito específico. El ejercicio de la acción civil, concurriendo los requisitos legales es imperativo *ope legis*, por lo que en principio la propia remisión del parte de incoación implica su personación. En todo caso, no está de más que en dicho parte se exprese el propósito del Fiscal de ejercitar la acción civil para el caso de que el perjudicado no se persone, no renuncie o no se la reserve. A la inversa, si de lo actuado el Fiscal ya tiene decidido no ejercitar la acción civil (porque ya le conste la personación, renuncia o reserva del perjudicado, porque no se desprendan de los hechos responsabilidad civil o porque considere en las condiciones expuestas *supra* que es improcedente tal ejercicio) también deberá hacerlo constar en el parte de incoación.

En segundo lugar, la exigencia de que se haga constar la indicación de las personas contra las que se pretende reclamar habrá de interpretarse, por razones obvias –puede no conocerse en las fases iniciales del expediente– y por permitirlo el propio precepto –habla de indicación genérica– con la máxima elasticidad.

VIII.8 Determinación judicial de las partes civiles

La regla 4.^a del artículo 64 dispone que *una vez personados los presuntos perjudicados y responsables civiles, el Juez de Menores resolverá sobre su condición de partes, continuándose el procedimiento por las reglas generales.*

Por las razones apuntadas *supra*, teniendo en cuenta que no se establece un plazo cerrado para el dictado de este auto y a la vista de que la propia esencia de la actividad instructora implica que pueden aparecer nuevos perjudicados y nuevos responsables civiles mientras se estén practicando diligencias, podrá deferirse tal decisión a la propia fase intermedia, con la instrucción ya concluida. De esta forma podrán evitarse un buen número de pretericiones y errores. En realidad, este es el momento natural para tal decisión, pese a que el Legislador, quizás por mera inercia, ha mantenido la regla prevista originariamente para la pieza configurada como procedimiento separado.

VIII.9 La instrucción y las diligencias para preparar el ejercicio de la acción civil

La fase de instrucción ha de servir también para determinar los presupuestos subjetivos (identificación de perjudicados y responsables) y objetivos (preexistencia de objetos sustraídos o dañados, extensión de los daños, informes de sanidad, incorporación de pólizas de seguro etc.) para el ejercicio de la acción civil.

Esta conclusión puede fundarse en la cláusula genérica del artículo 4 LORPM,

en tanto establece que los que se personaren *podrán desde entonces tomar conocimiento de lo actuado e instar la práctica de diligencias y cuanto a su derecho convenga.* Nótese que el precepto no distingue entre acusador particular o actor civil, pues se refiere a víctimas y perjudicados, y tampoco hace distinciones entre fase de instrucción o fase de audiencia, por lo que ha de entenderse que tanto el acusador particular (si ejercita simultáneamente la acción civil) como el actor civil pueden interesar durante la fase de instrucción la práctica de diligencias tendientes a posibilitar el ejercicio exitoso de la acción civil. Ni que decir tiene que también podrá el Fiscal instructor (en tanto no se haya producido renuncia, reserva o personación de todos los perjudicados) practicar de oficio diligencias de este tipo. También *a fortiori*, por aplicación supletoria de los artículos 776.3 y 320 LECrim cabrá alcanzar la misma conclusión. Por ello, si la víctima se persona ejercitando exclusivamente la acción civil habrá de limitarse a solicitar la práctica de aquellas diligencias que puedan conducir al mejor éxito de la pretensión resarcitoria.

VIII.10 Escrito de alegaciones y ejercicio de acción civil

El Fiscal, conforme a lo dispuesto en el artículo 30 en la nueva redacción dada por LO 8/2006 ha de incluir dentro del escrito de alegaciones la exigencia de responsabilidad civil. Tal inclusión operará cuando además de haberse generado responsabilidad civil, no se haya producido reserva, renuncia o ejercicio por el propio perjudicado. A tales efectos el Fiscal habrá de proceder antes de redactar sus alegaciones a tomar conocimiento de las vicisitudes de la pieza separada de responsabilidad civil.

También serán aplicables para determinar el contenido de los escritos de alegaciones de las partes civiles, el artículo 650.2 *in fine* así como el artículo 781.1 LECrim, conforme al que...*se expresarán*

la cuantía de las indemnizaciones o se fijarán las bases para su determinación y las personas civilmente responsables, así como los demás pronunciamientos sobre entrega y destino de cosas y efectos e imposición de costas procesales.

El artículo 31 reformado prevé que una vez recibido el escrito de alegaciones con el expediente, se dé traslado a las partes civiles para que formulen sus escritos de alegaciones. El secretario judicial dará traslado simultáneamente a quienes ejerciten la acción penal y la civil para que en un plazo común de cinco días hábiles formulen sus respectivos escritos de alegaciones y propongan las pruebas que consideren pertinentes y evacuado este trámite, el secretario judicial dará traslado de todo lo actuado al letrado del menor y, en su caso, a los responsables civiles, para que en un plazo de cinco días hábiles formule a su vez escrito de alegaciones y proponga la prueba que considere pertinente.

Conforme a los artículos 651 en relación con el artículo 650 LECrim las conclusiones del actor civil deben extenderse únicamente a 1.º la cantidad en que aprecien los daños y perjuicios causados por el delito, o la cosa que haya de ser restituida y 2.º la persona o personas que aparezcan responsables de los daños y perjuicios o de la restitución de la cosa, y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esta responsabilidad. Una eventual falta de contestación por parte de las personas contra las que se dirija la acción civil no tendrá mas trascendencia que la de motivar la continuación de la tramitación del procedimiento, sin necesidad de una expresa declaración de rebeldía.

Los Sres. Fiscales, valorando el material acumulado en la instrucción y el auto del Juzgado de Menores determinando los perjudicados y responsables, decidirá en favor de quien, en qué cuantía y contra qué personas ejercerá las acciones civiles, en el bien entendido que lo resuelto en el auto provisional del Juzgado no puede vincularle, de manera que

inexorablemente tenga ejercer acciones a favor y contra las personas determinadas en el auto, pues la decisión del Fiscal de ejercitar acciones (sean penales o civiles) tiene su propio ámbito autónomo. No obstante, si en el auto se han omitido perjudicados o potenciales responsables civiles, habrán de interponerse los correspondientes recursos para evitar eventuales nulidades.

El apartado tercero del artículo 30 LORPM dispone que *en todo caso serán llamadas al acto de audiencia las personas o instituciones perjudicadas civilmente por el delito, así como los responsables civiles*. El precepto no aclara a qué efectos son llamadas estas personas. Desde luego, es improcedente atribuirles automáticamente la cualidad de testigos a éstos. Tampoco puede aceptarse una interpretación que suponga la atribución sin más al perjudicado la cualidad de parte personada, pues el mismo puede ejercitar la acción civil y puede, por el mero hecho de no reservarse la acción ni renunciar, conferir automáticamente tal función al Ministerio Fiscal. Por ello, si no es necesario el testimonio del perjudicado, al hacer este llamamiento deberá interesarse que se comunique al mismo su carácter voluntario, a fin de evitar –de nuevo– efectos revictimizantes.

Realmente, interpretada esta regla de acuerdo con la finalidad que claramente persigue, lo que se busca es que el perjudicado tenga en todo caso cabal conocimiento del día y hora de celebración del acto de audiencia, para que, si lo desea, –aunque no se haya constituido como parte ni sea necesario su testimonio– pueda asistir a la audiencia, como acto central del proceso.

VIII.11 Conformidad y responsabilidad civil

Las Memorias de la Fiscalía General del Estado han puesto reiteradamente de manifiesto los efectos positivos de llegar, siempre que sea posible y con pleno respeto a la legalidad y a los derechos del

menor imputado, a la conformidad, con el fin de garantizar un más rápido inicio de la ejecución, teniendo presentes los efectos positivos de una ejecución pacífica, así como la eficacia educativa de una responsabilidad asumida. Habrá, pues, de procurarse en la medida de lo posible que la acción civil acumulada no suponga una perturbación grave a la consecución de conformidades.

Los artículos 32 y 36 LORPM al regular la conformidad prevén la posibilidad de alcanza un pacto en lo referente al aspecto penal aunque no se llegue a acuerdo en los aspectos civiles, limitando el objeto de la audiencia a estos últimos extremos.

En estos casos habrá de entenderse que los aspectos penales pueden comenzar su ejecución aun cuando los aspectos civiles no hayan podido enjuiciarse o los pronunciamientos de la sentencia hayan sido objeto de recurso.

VIII.12 Celebración de la audiencia

Las partes civiles tienen reconocida legitimación en relación exclusiva a su ámbito funcional tanto para participar en las cuestiones previas (art. 37.1 LORPM), práctica de la prueba e informes finales (art. 37.2 LORPM).

VIII.13 Sentencia y recursos

Las partes civiles sólo podrán recurrir la sentencia en cuanto pueda afectar a las restituciones, reparaciones e indemnizaciones que hayan reclamado o que les hayan sido reclamadas, conforme resulta de la aplicación supletoria del artículo 854 LECrim.

Cuando el recurso que se interponga afecte sólo a los pronunciamientos civiles de la sentencia, procederá –como se apuntó *supra*– declarar la firmeza de los pronunciamientos penales, con el fin de que la ejecución de las medidas no se demore más de lo estrictamente necesari-

o. La STC 4/1982, de 8 de febrero admite por lo demás esta firmeza parcial de la sentencia.

Por último ha de señalarse que los pronunciamientos civiles no pueden ser atacados por medio del recurso de casación para unificación de doctrina (art. 42 LORPM).

VIII.14 Ejecución de los pronunciamientos civiles

La ejecución habrá de llevarla a cabo de oficio el Juzgado, debiendo entenderse sin efecto las disposiciones de la Consulta 1/2002, de 24 de septiembre en cuanto consideraba que era necesario instar la ejecución de sentencias firmes recaídas en la pieza separada de responsabilidad civil y de que no era posible la ejecución de oficio por el Juzgado de Menores. En efecto, la reforma de 2006 incide directamente en los fundamentos que motivaron la solución aportada por la referida Consulta. La Consulta declaraba que...*la remisión a las disposiciones de la LEC no puede tener otra interpretación, dada la claridad de los términos empleados por el legislador, que la de entender aplicables en materia de ejecución las normas contenidas en el Libro III, Título III de dicha LEC, de naturaleza, obviamente, procesal. hay que considerar que la sentencia definitiva recaída en la Pieza Separada de Responsabilidad Civil constituye un auténtico título ejecutivo (art. 517 LEC). Con base en él, sólo se despachará ejecución a petición de parte, tal y como señala el artículo 549 LEC.* En tanto se suprime tal referencia a la LEC, decae la necesidad de petición de parte para iniciar la ejecución.

Esta opción es por lo demás mucho más favorable para los intereses de la víctima, a cuya protección se consagra la reforma 8/2006. Debe en este punto destacarse la afirmación contenida en la STC 230/1991, de 10 de diciembre, conforme a la que *no puede pasarse por alto que la ejecución de la sentencia en este tipo de condenas penales en que existe una de-*

claración de responsabilidad civil, está presidida por el interés en la protección de la tutela judicial de la víctima, lo que en sí mismo constituye un objetivo de política criminal perfectamente atendible y un valor constitucional que el Legislador ha ponderado de manera prioritaria.

En caso de recurso será admisible también, aplicando supletoriamente el artículo 989 LECrim, ejecutar provisionalmente los pronunciamientos sobre responsabilidad civil.

VIII.15 Medidas cautelares

La LORPM se limita a regular las medidas cautelares penales, no dedicando ninguna disposición a las medidas cautelares civiles. Habrán de entenderse aplicables, conforme a la disposición final primera, las normas sobre fianzas y embargos contenidas en los artículos 589 a 614 y 764 LECrim. Las pretensiones cautelares deberán encauzarse a través de una pieza separada [art. 590 y 785.8.^a b) LECrim)] a tramitar por el Juez de Menores.

La competencia, por tanto, para adoptar medidas cautelares civiles corresponderá al propio Juez de Menores, siendo la atribución del Fiscal en este punto la de impetrar su adopción cuando proceda y siempre que no se hubiera personado como actor civil el perjudicado, pues desde ese mismo momento dejaría de tener el Fiscal legitimación para promover tanto la tutela declarativa como consiguientemente, la ejecutiva y la cautelar en relación con cuestiones relativas a la responsabilidad civil.

Será admisible adoptar como medida cautelar la anotación preventiva de demanda en el Registro de la Propiedad en relación con inmuebles de los progenitores del menor responsable (AAP Valencia 30 de octubre de 2002).

En ningún caso podrá exigirse caución al Ministerio Fiscal, que *no pierde su carácter público por razón de la acción que ejercita, pues que de oficio tiene enco-*

mendado el ejercicio de ambas ante la jurisdicción penal ordinaria y la de menores (AAP Valencia sec. 5.^a de 5 de abril de 2004).

VIII.16 Sentencia absolutoria y responsabilidad civil

Si el procedimiento finaliza con sentencia penal absolutoria por no haber quedado acreditados los hechos, o la participación del menor o por no haber quedado acreditados hechos con trascendencia penal, no podrá dictarse condena civil, salvo que la absolución se fundamente en la concurrencia de alguna de las causas de exención de la responsabilidad previstas en los 1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 20 CP, supuesto en el que al igual que ocurre en el proceso penal de adultos cabrá condena civil, conforme al artículo 119 CP

Tampoco cabrá el dictado de una condena civil en los supuestos de sobreseimiento provisional o libre (art. 641 y 637 LECrim), archivo por prescripción o sobreseimiento por ilocalización del imputado.

VIII.17 El respeto a la confidencialidad y a la reserva

La regla 5.^a del artículo 64, de nueva planta, establece que *la intervención en el proceso a los efectos de exigencia de responsabilidad civil se realizará en las condiciones que el Juez de Menores señale con el fin de preservar la intimidad del menor y que el conocimiento de los documentos obrantes en los autos se refiera exclusivamente a aquellos que tengan una conexión directa con la acción ejercitada por los mismos.*

La lectura del precepto revela la preocupación del Legislador por el reforzamiento de la reserva con que debe manejarse el informe del Equipo Técnico. Ello no obstante, habrá de tenerse presente que algunos de los datos obrantes en el mismo sí son relevantes para el ejercicio

de la acción civil, especialmente los relativos a identidad de progenitores y a si han existido con anterioridad a los hechos intervenciones por parte de la Entidad Pública de Protección de Menores, por lo que en ningún caso podrá privarse a las partes de la consulta de tales extremos, con las cautelas que cada caso requiera. Por lo demás debe recordarse, como se analizó *supra*, que la acusación particular debe también tener acceso a tal informe. Todo ello debe entenderse sin perjuicio del riguroso respeto del principio de confidencialidad y reserva, en protección de la intimidad del menor infractor, de su familia y también de los demás menores que como víctimas o simples testigos pudieran tener intervención en el expediente.

IX. OTRAS CUESTIONES PROCEDIMENTALES

IX.1 Celebración de la audiencia en ausencia del menor imputado

Pese a que el Informe del Consejo Fiscal advirtió de la imperiosa necesidad de abordar legislativamente esta cuestión atendiendo a la división de criterios generada por una disposición legal poco clara y a la inexistencia de jurisprudencia uniforme, el Legislador no ha considerado oportuno regular este supuesto.

El silencio del Legislador hace aún más necesario al menos desde la perspectiva del Órgano de prosecución penal disponer de unos criterios unificados de actuación.

A tales efectos y actualizando las pautas diseñadas por la Circular 1/2000 –que admitía la celebración en ausencia con carácter excepcional–, los Sres. Fiscales deberán partir de que precisamente en orden a proteger el superior interés del menor debe ser admisible la celebración del juicio en ausencia para evitar dilaciones indebidas y retrasos en el inicio del

tratamiento educativo y socializador del infractor, para prescindir en algunos casos de la adopción de medidas cautelares, para neutralizar la revictimización de los ofendidos generada por continuas suspensiones, y para eludir el posible daño a la Justicia derivado de un decaimiento de las fuentes de prueba.

Los fundamentos de la admisibilidad del enjuiciamiento *in absentia* se encuentran en primer lugar en que la LORPM ni la prohíbe ni la regula, por lo que serían aplicables supletoriamente las disposiciones contenidas al respecto en la LE-Crim, que por lo demás no contrarían ningún principio estructural de la jurisdicción de menores. En el seminario de Jueces de Menores celebrado en Madrid en octubre de 2002, se consideró admisible esta posibilidad declarándose en la conclusión V.28 que *«es posible que, en los casos de incomparecencia reiteradas del menor a la audiencia con pluralidad de testigos, se le pueda advertir en la citación de que, en caso de no comparecer, se podría celebrar en su ausencia, siempre que la medida solicitada para él por el Ministerio Fiscal no exceda de un año de privación de libertad, por aplicación supletoria del artículo 793.1 LECrim»*.

El precedente jurisprudencial de mayor entidad en esta materia viene constituido por el Auto del Tribunal Constitucional de 14 de junio de 1999, rec 2865/97, que vino a establecer que la ausencia del menor no vulnera por sí sola su derecho a la tutela judicial efectiva. En el fundamento de derecho séptimo declara el Alto tribunal que *«...resulta claro que, desde la perspectiva constitucional, no se produjo en este caso la indefensión denunciada. En efecto, los recurrentes ni siquiera discutieron que los menores no hubieran sido convocados al acto de la audiencia, sino que lo aceptan expresamente. Luego, su incomparecencia se debió al desinterés o a la falta de diligencia de ellos o de sus padres como representantes. En consecuencia, no procede imputar al juzgado lo que sin duda corresponde asumir a los propios recurrentes de amparo. Por lo*

demás, los intereses de los menores estuvieron defendidos debidamente en los diferentes momentos del proceso: en la instancia, el Letrado que asumía su defensa y que era el padre de uno de ellos estuvo presente y pudo formular protestas y toda clase de alegaciones; y también quedó garantizado un juicio de segunda instancia, puesto que se interpuso un recurso de apelación, que fue tramitado y resuelto, sin que ni siquiera los recurrentes le achaquen algún defecto que produjera indefensión. Se han cumplido así las exigencias requeridas para los juicios de faltas y que mutatis mutandis son aplicables al proceso reformador de menores; es decir, se ha garantizado suficientemente el derecho del acusado a defenderse en un juicio contradictorio mediante la oportuna citación previa, así como en cualquier caso la posibilidad de instar un procedimiento rescisorio frente a la condena penal o, en este supuesto, frente a la imposición de una medida de seguridad».

Aun sin desconocerse el posible efecto pedagógico derivado de la presencia del menor infractor en el acto del enjuiciamiento, no puede olvidarse que el contenido educativo por excelencia se contiene en la medida a imponer, mucho más que en cualquier acto procesal, ontológicamente instrumental.

Para poder instar la celebración del juicio en ausencia será en todo caso necesario que el menor sea advertido personalmente de la posibilidad de su enjuiciamiento en ausencia si no comparece, que el Fiscal lo solicite expresamente y que existan, a criterio del Juez, elementos suficientes para el enjuiciamiento, debiendo en todo caso ser oída la defensa. La medida que se solicita no deberá sobrepasar en ningún caso los dos años cuando sea privativa de libertad o los seis años, cuando sea de distinta naturaleza, según la nueva redacción del artículo 786.1 LECrim.

A tales efectos, el Fiscal instructor advertirá al menor de la posibilidad de su enjuiciamiento en ausencia si no com-

rece, conforme al artículo 786 LECrim, requiriéndole para que designe un domicilio en España, a efectos de notificaciones o una persona que las reciba en su nombre, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 775 LECrim.

También habrá de exigirse, como hace la SAP Vizcaya, sec. 1.^a, 47/2005, de 8 de septiembre que el menor haya sido oído durante la instrucción.

Igualmente habrán de entenderse aplicables las disposiciones sobre el recurso de anulación del artículo 793.2 LECrim, complemento indispensable de una regulación garantista de los juicios *in absentia*.

Los Sres. Fiscales serán especialmente prudentes a la hora de interesar tal enjuiciamiento en ausencia cuando la medida que se interese sea privativa de libertad.

IX.2 Designación del letrado defensor en sede de Fiscalía.

Tras insistentes peticiones de las Secciones de Menores de las Fiscalías, la LO 8/2006 ha enmendado el sistema de designación del Letrado defensor a través del Juzgado de Menores establecido en la original redacción de la LORPM. Así, el nuevo párrafo 2.º del artículo 22 determina que este letrado defensor se designará en sede de Fiscalía.

Deben en este punto recordarse los criterios establecidos en la Consulta 4/2005, *sobre determinadas cuestiones en torno al derecho a la asistencia letrada en el proceso de menores*, de forma que el menor al que se impute una falta y sea llamado a declarar por la Policía o por el Fiscal de Menores sin estar detenido y sin que se haya incoado formalmente aún expediente de menores puede, asistido de sus representantes legales, renunciar al derecho a designar abogado que le defienda, o a que le sea designado de oficio. Una vez incoado expediente de menores, la asistencia Letrada es imperativa, aunque los hechos sean constitutivos de mera falta. El menor al que se impute

un delito y sea llamado a declarar por la Policía o por el Fiscal de Menores ha de estar necesariamente asistido por Letrado, aunque no esté detenido y aunque no se haya incoado aún expediente de menores.

Por ello, en caso de Diligencias preliminares por hechos constitutivos de faltas, los Sres. Fiscales informarán previamente al menor y a sus representantes legales del carácter facultativo de la asistencia letrada en la exploración y sus consecuencias, así como las características de la designación de letrado por turno de oficio y los beneficios de justicia gratuita, de manera que los justiciables conozcan que si no reúnen los requisitos reguladores de la obtención de la justicia gratuita deberán abonar los honorarios de los letrados de oficio.

En los demás casos de exploración de menores, si el menor no viene acompañado de Letrado particular y está conforme con el Letrado de oficio que le asiste en esa primera declaración, se procederá, de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 22 de la LORPM, a requerir al mismo y a sus representantes legales para que quede designado en ese momento, advirtiéndoles que, de no hacerlo en el plazo de tres días, se le nombrará de oficio de entre los integrantes del turno de especialistas del correspondiente Colegio de Abogados, pudiendo indicarse por parte de la Fiscalía a este último la conveniencia al interés del menor de que sea designado el mismo letrado que asistió inicialmente al menor.

IX.3 Protección de testigos menores de edad

La reforma 8/2006 modifica también la LECrim para introducir cláusulas en salvaguarda de los derechos de los testigos menores. Aunque tales previsiones están en principio preordenadas al procedimiento penal de adultos, ninguna duda plantea su aplicabilidad al proceso penal de menores, a la vista de la cláusula de supletoriedad de la disposición final pri-

mera de la LORPM y teniendo en cuenta que su aplicación está en perfecta armonía con los principios que inspiran el Derecho Penal Juvenil. De hecho, la práctica diaria pone de manifiesto que en el proceso penal de menores también las víctimas y los testigos en un alto porcentaje son menores de edad. Los Sres. Fiscales cuidarán de garantizar que tales disposiciones preordenadas a minimizar los perturbadores efectos de los procesos de victimización secundaria tengan plena aplicación, pues su función genérica de protector de los derechos de los menores también debe proyectarse sobre los testigos menores, sean o no víctimas de los delitos.

En particular habrá de velarse por el cumplimiento *–mutatis mutandis–* de lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 433 LECrim, conforme al que *toda declaración de un menor podrá realizarse ante expertos y siempre en presencia del Ministerio Fiscal. Quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor podrán estar presentes, salvo que sean imputados o el juez, excepcionalmente y de forma motivada, acuerde lo contrario. El juez podrá acordar la grabación de la declaración* y el último párrafo del artículo 448 LECrim que en relación con la preconstitución probatoria dispone que *la declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba.*

También serán de aplicación, en relación con el modo de practicar las pruebas en el acto del juicio oral el novedoso último párrafo del artículo 707 LECrim que establece que *la declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba* y el artículo 731 bis LECrim en cuanto dispone que *el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, se-*

guridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente, cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, y de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Debe en este punto también recordarse la aplicabilidad de la Ley de Protección de Testigos y la legitimación del Fiscal para adoptar por sí las previsiones legales durante la fase de instrucción, tal como admitió la Instrucción 10/2005.

IX.4 Actuaciones interruptoras de la prescripción

Otra cuestión que ha generado dudas es la de si a las actuaciones de la Fiscalía durante la fase de instrucción deben reconocérseles efectos interruptivos de la prescripción. Los Sres. Fiscales habrán de partir de que efectivamente cabe atribuir tales efectos a sus actos instructorios, siempre que cumplan con los requisitos que en general la jurisprudencia exige a los actos del Juez de Instrucción.

En efecto, en tanto en cuanto el artículo 16 LORPM les encomienda la instrucción, y teniendo presente que el artículo 132 CP, de aplicación supletoria conforme a la disposición final primera LORPM establece que «la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable...», la respuesta no puede ser sino positiva. Tal interpretación ya ha sido asumida por algunas Audiencias Provinciales (SSAP Madrid, sec. 4.^a, 94/2003, de 7 de octubre, Sevilla, sec. 3.^a, 91/2003, de 16 de abril, AAP Castellón, sec. 3.^a, 137/2003, de 7 de mayo).

También habrán de entenderse que si el expediente se sigue por delito, tal calificación habrá de ser la relevante a efectos de determinar el plazo de prescripción, sin que una ulterior declaración de falta genere la aplicabilidad de los plazos de prescripción de las faltas desde el inicio del expediente (SAP Madrid, sec. 4.^a, 144/2004, de 6 de julio, Madrid, sec. 4.^a, 97/2003, de 14 de octubre y 44/2004, de 24 de febrero, Vizcaya, sec. 1.^a, de 28 de abril de 2004 y Zaragoza, sec. 1.^a, 66/2003, de 27 de febrero).

IX.5 Preceptividad de la declaración del menor como imputado en la fase de instrucción

Se ha planteado durante la vigencia de la LORPM si existe una obligación incondicionada para el Fiscal de oír al menor como imputado durante la fase de instrucción como *conditio sine qua non* para poder formular escrito de alegaciones acusatorio.

Ha de partirse de que la regla general debe ser la de que el Fiscal debe tomar declaración al menor imputado como paso previo para poder formular alegaciones acusatorias.

Desde luego, no tendría justificación el que no se hiciera en los supuestos de delitos graves, o que sin serlo vayan a motivar la petición de medidas privativas de libertad ni –lógicamente– cuando sea preciso para esclarecer aspectos relevantes de los hechos investigados.

La práctica, sin embargo, ha puesto de relieve que con relativa frecuencia se plantean supuestos en los que contándose con un informe reciente del Equipo Técnico del menor incurso en el expediente y no siendo por tanto imprescindible esta diligencia, con el fin de evitar la detención del menor al no comparecer éste voluntariamente en Fiscalía y para evitar dilaciones en la tramitación del expediente, se hace aconsejable formular alegaciones prescindiendo de este trámite.

Pues bien, para estos supuestos, y como excepción a la regla general, que en todo caso deberá interpretarse restrictivamente, cabrá entender que no es imprescindible oír al menor como requisito previo para formular alegaciones acusatorias.

Tal flexibilización de la regla general, precisamente en interés del menor puede defenderse teniendo en cuenta que el fundamento del trámite de la imputación en el proceso penal de adultos, esto es, la necesidad de evitar acusaciones sorpresivas, queda en todo caso salvaguardado por el sistema de instrucción seguido por la LORPM sin necesidad de imponer como obligatorio este trámite. Así, desde el mismo momento de la incoación del expediente, el menor tiene derecho a ser informado por el Juez, el Ministerio Fiscal, o agente de policía de los derechos que le asisten [art. 22.1.a)]. También desde la incoación del expediente el menor está obligatoriamente asistido por un abogado, sin que a este respecto la ley distinga si se trata de causa seguida por delito o falta. El riesgo de sufrimiento de acusaciones sorpresivas queda definitivamente neutralizado a la vista de la previsión del artículo 26 LORPM que obliga al Fiscal a recibir declaración al menor cuando el letrado lo proponga salvo que ya hubiese concluido la instrucción y el expediente hubiese sido remitido al Juzgado de Menores.

El análisis de los antecedentes legislativos también da cobertura a esta válvula flexibilizadora: el Legislador de 2000 suprimió la comparecencia establecida en el artículo 15.6 de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, *sobre Reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores*, en la que el Juez de Menores hacía una expresa imputación de hechos al menor y le instruía de sus derechos. Por otro lado, el Legislador, al aprobar la LORPM de sobra conocía la jurisprudencia constitucional sobre la imputación, asumida desde la STC 186/1990, de 15 de noviembre y pese a ello, no la trasladó al

texto de la Ley. Tampoco lo hace en la LO 8/2006, de 4 de diciembre, pese al gran número de artículos que retoca.

Por otra parte, el principio de celeridad, vital en la Justicia Juvenil y generador de la obligación de reducir la fase de instrucción al mínimo imprescindible, suprimiendo declaraciones reiterativas impone también evitar interpretaciones rígidas. Por lo demás, configurar tal diligencia como de obligada práctica en todo caso derivaría en ocasiones en la necesidad de practicar detenciones de menores perfectamente evitables.

Esta posibilidad, por lo demás, ha sido asumida por la Audiencia Provincial de Sevilla sec. 3.ª en autos, entre otros, de 13 de junio de 2002 y de 5 y 11 de diciembre de 2006 y por la Audiencia Provincial de Jaén sec. 1.ª en Auto 126/2001, de 10 de octubre.

IX.6 Régimen de la injuria y la calumnia

La Circular 1/2000, partiendo de la imposibilidad de ejercicio de acciones por parte del ofendido, consideraba que correspondía al Fiscal ejercitar la acción penal por delitos de injurias y calumnias cometidos por menores.

Con la entrada de la acusación particular con plenitud de derechos, debe necesariamente revisarse tal conclusión, y partirse de que será necesaria la personación de ésta para que el proceso por tales delitos pueda seguir su curso.

No obstante, teniendo en cuenta tanto la estructura del proceso, en la que el Fiscal asume la instrucción, como las funciones que dentro del mismo se le encomiendan, hacen que el mismo no pueda permanecer al margen de las vicisitudes de estas causas, que dirigiéndose contra menores en ningún caso pueden serles ajenas. De esta forma el Fiscal desplegará su actividad instructora con el fin de salvaguardar los derechos del menor y garantizar que la respuesta al mismo se adecúe al principio del superior interés

del menor. El Fiscal no interesará medidas por estos hechos, si bien podrá hacer uso del artículo 18 LORPM y podrá proponer el sobreseimiento por conciliación o reparación extrajudicial y el sobreseimiento conforme al artículo 27.4 LORPM.

El ofendido habrá de poner en conocimiento del Fiscal la *notitia criminis* para que puedan iniciarse las Diligencias Preliminares. Si no es procedente acordar el desistimiento, incoarán los Sres. Fiscales el expediente, y una vez conste la personación del ofendido como acusador particular ante el Juzgado de Menores, practicarán las diligencias que las partes promuevan y que puedan considerarse pertinentes.

Teniendo en cuenta el resultado traumático de la aplicación de las facultades de desistimiento previstas en el artículo 18 LORPM, en tanto genera el efecto de impedir al ofendido por el delito privado promover la acción penal, cuando pese a ello se estime procedente su utilización, extremarán los Sres. Fiscales la obligación de motivar cumplida y cabalmente el Decreto así como asegurar su efectiva notificación, haciéndole saber al ofendido su derecho a ejercitar las acciones civiles que les asisten ante la jurisdicción civil.

Claro es que este régimen no será de aplicación cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos, pues en estos casos, conforme al artículo 215 CP tras la reforma operada por LO 15/2003, se trataría de delitos públicos.

IX.7 Novedades en el tratamiento de las diligencias preliminares

Como ponía ya de manifiesto la Circular 1/2000, *los Fiscales deberán hacer un uso tan ponderado como excepcional y restringido de las diligencias de investigación en fase preliminar pues la nueva Ley busca el robustecimiento de los principios de defensa y de equilibrio de partes*

en la fase de instrucción, lo que obliga a no demorar su incoación con una actividad preliminar que en modo alguno debe convertirse en sustitutivo o anticipo del Expediente de reforma.

Aunque desde luego es difícil concebir que tales Diligencias puedan extenderse mas allá de un breve lapso temporal, habrán los Sres. Fiscales de tener presente la necesidad de que en ningún caso tales diligencias excedan de seis meses, debiendo, si excepcionalmente se prevé la necesidad de una prórroga, interesarse su autorización de la Fiscalía General del Estado, por analogía con lo dispuesto en el artículo 5 EOMF.

IX.8 Recursos contra autos respecto de los que no se prevé expresamente la apelación

El apartado segundo del artículo 41 LORPM indica que estos autos serán objeto de reforma. Podría entenderse *contrario sensu*, que están excluidos de la apelación.

La Circular 1/2000 admitía que frente a estos autos cabía el recurso de queja. Las razones favorables a esta interpretación eran básicamente las de que era *la única vía interpretativa que permite dar cierta coherencia al régimen de recursos establecido en la LORPM, pues resultaría inexplicable que contra los autos excluidos de la apelación únicamente cupiera reforma y, sin embargo, contra las providencias pudiera interponerse en todo caso reforma y apelación.*

Suprimido el recurso de queja tras la reforma, y en el trance de superar interpretaciones ciertamente absurdas, habrá de entenderse también en estos casos admisibles el recurso de apelación frente al auto que resuelva la reforma, por aplicación de las disposiciones sobre recursos contenidas en la regulación del procedimiento abreviado, conforme a la disposición final primera de la LORPM.

También el auto por el que el Juez resuelva sobre la personación de la acusa-

ción particular habrá de entenderse susceptible de ser atacado en reforma y apelación.

IX.9 Ámbito del recurso de apelación contra la sentencia del juez de menores

Pese a que en este punto no hay tras la reforma 8/2006 novedades reseñables, los Sres. Fiscales habrán de tener muy presente, a la hora de recurrir pronunciamientos absolutorios de los Juzgados de Menores, la doctrina sentada por el TC en sus –entre otras– SSTC 167/2002, 75/2004, 94/2004, 128/2004, 14/2005, 105/2005, 272/2005, 74/2006, 347/2006 y 29/2007, en cuanto a la necesidad de respetar los principios de intermediación y contradicción en la valoración de las pruebas personales, con la consiguiente limitación en la interposición de recursos por fallos absolutorios.

En aras de clarificar el alcance de la doctrina del Tribunal Constitucional y para aportar pautas a la hora de decidir si es factible o no interponer un recurso de apelación frente a una sentencia del Juez de Menores para que la Audiencia valore nuevamente la prueba y revoque la absolución o agrave la condena es especialmente interesante la STC 338/2005, de 20 de diciembre, que establece que *no cabrá efectuar reproche constitucional alguno cuando la condena pronunciada en apelación no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia del órgano a quo, o cuando, a pesar de darse tal alteración, ésta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del Juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la Sentencia de instancia y no alterados en la de apelación, pero a partir de los cuales el órgano ad quem deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso*

deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la intermediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales.

X. EL RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

La sentencia de la Audiencia Provincial o, en su caso, de la Audiencia Nacional que resuelva la apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Menores o Juzgado Central de Menores, será recurrible en casación para unificación de doctrina ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en los términos establecidos en el artículo 42 LORPM. Este precepto ha sido modificado por el artículo único, apartado treinta y cinco, de la LO 8/2006.

Debe en primer lugar partirse de que la casación para unificación de doctrina sólo se concibe frente a sentencias condenatorias, no siendo posible articularlo frente a sentencias absolutorias.

Las principales innovaciones de la reforma de 2006 pueden esquematizarse de la siguiente manera:

En cuanto a las resoluciones recurribles, se concreta el ámbito de la casación para sentencias, excluyendo autos, que impongan medidas en virtud de hechos recogidos en el nuevo apartado 2.º del artículo 9, al que se remite el apartado 1.º del artículo 10, o en virtud de hechos a los que se refiere el nuevo apartado 2.º del artículo 10 LORPM.

Así, el escenario de la casación para la unificación de doctrina sólo examinará delitos y nunca faltas. Entre los delitos se comprenderán los de máxima gravedad especificados en el artículo 10.2.º LORPM, y los que sin alcanzar tal calificación se refieran a delitos graves en todo caso o a delitos menos graves, siempre que en su ejecución se haya empleado

violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas, o hayan sido cometidos en grupo o si el menor perteneciere a una banda o asociación dedicada a actividades delictivas.

En cuanto al objeto del recurso, el artículo 42.2 LORPM, modificado por el artículo único, apartado treinta y cinco, de la LO 8/2006, dispone que *el recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en apelación que fueran contradictorias entre sí, o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de hechos y valoraciones de las circunstancias del menor que, siendo sustancialmente iguales, hayan dado lugar, sin embargo, a pronunciamientos distintos.*

En todo caso, hay que subrayar que el legislador se está refiriendo más que a supuestos de igualdad sustancial de las personas, que es imposible encontrarla en su literalidad, a similitud de valoraciones de las circunstancias del menor.

En lo relativo a la tramitación del recurso, como todo recurso de casación, hay que distinguir una fase de preparación ante la Audiencia Provincial o Audiencia Nacional, una fase de interposición ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo y, por último, la fase de sustanciación del recurso en la Sala.

En la fase de preparación, el artículo 42.3 LORPM, modificado por el artículo único, apartado treinta y cinco, de la LO 8/2006, indica que *el recurso podrá prepararlo el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes que pretenda la indicada unificación de doctrina dentro de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia de la Audiencia Nacional o Provincial, en escrito dirigido a la misma. El escrito de preparación deberá contener una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, con designación de las sentencias aludidas y de los informes en que se funde el interés del menor valorado en sentencia.*

Con la reforma de 2006 se han paliado algunos de los defectos de regulación anteriores, ya que el nuevo apartado 3.º del artículo 42 además de mantener el plazo de presentación del escrito de preparación detalla con mayor precisión su contenido.

Previa consulta con la Fiscalía del Tribunal Supremo, cuidarán los Sres. Fiscales que preparen el recurso de sujetarse estrictamente en su escrito al contenido establecido en el apartado 3.º del artículo 42 citado, ya que la interposición no puede apartarse del escrito de preparación, bajo apercibimiento de inadmisión (vid. art. 884.4 LECrim y STS de 4 de marzo de 1988). Hay que tener en cuenta la dicción del artículo 879 LECrim según la cual *el Ministerio Fiscal se ajustará, para la preparación e interposición del recurso, a los términos y formas prescritos en los artículos 855, 873 y 874, en cuanto les sean aplicables*, todo ello adaptado a la regulación específica de esta casación para unificación de doctrina que se cita.

Además, ante una eventual denegación del testimonio pedido para interponer el de casación, valorarán los Sres. Fiscales la posibilidad de interponer el recurso de queja, regulado en los artículos 862 y siguientes. LECrim, también previa consulta con la Fiscalía del Tribunal Supremo.

Por otra parte, en el nuevo apartado 4.º del precepto, se indica la actividad de la Audiencia Nacional o Provincial en esta fase preparatoria, en los siguientes términos *si la Audiencia Nacional o Provincial ante quien se haya preparado el recurso estimara acreditados los requisitos a los que se refiere el apartado anterior, el secretario judicial requerirá testimonio de las sentencias citadas a los Tribunales que las dictaron, y en un plazo de diez días remitirá la documentación a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, emplazando al recurrente y al Ministerio Fiscal, si no lo fuera, ante dicha Sala.*

Una vez recibido el emplazamiento, comunicarán los Sres. Fiscales el mismo a la Fiscalía del Tribunal Supremo para su

conocimiento con envío de todos los antecedentes del caso.

En la fase de interposición, el nuevo artículo 42.5 de la LORPM, según redacción dada por el artículo único, apartado treinta y cinco, de la LO 8/2006, señala que *el recurso de casación se interpondrá ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, siendo de aplicación en la interposición, sustanciación y resolución del recurso lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuanto resulte aplicable.*

Tras la reforma de 2006, en la que se suprime el anterior apartado 6.º del artículo 42, relativo al trámite de inadmisión, se establece un nuevo apartado 5.º del artículo 42 que declara de aplicación la regulación ordinaria de la casación expresada *supra*, que por lo que respecta a la interposición se recoge en los artículos 873 a 879 de la LECrim. En consecuencia, será ya la Fiscalía del Tribunal Supremo la que decidirá sobre la interposición o no del recurso.

En cuanto a la sustanciación del recurso, tras la reforma se ha suprimido el apartado 7.º del artículo 42, que la regulaba, resultando de aplicación la normativa de la casación ordinaria de la LECrim establecida en los artículos 880 a 893 de la LECrim, en lo que le resultare aplicable a esta modalidad específica de recurso de casación.

Por último, en cuanto al modo y efectos de la sentencia casacional, la LORPM se remite genéricamente a la LECrim, por lo que habrá de entenderse de aplicación lo dispuesto en los artículos 900 a 906 de dicha Ley, *mutatis mutandis*, con la especialidad consistente en que esa sentencia tendrá efectos normativos de unificación de doctrina, dada la naturaleza unificadora del recurso, sin que sea necesaria una segunda sentencia en el mismo sentido para apreciar la existencia de jurisprudencia, a pesar de lo dispuesto en el artículo 1.6 del Código Civil en cuanto a la necesidad de reiteración de la doctrina del Tribunal Supremo para considerar la

jurisprudencia como complemento del ordenamiento jurídico.

XI. CUESTIONES DE DERECHO TRANSITORIO

XI.1 Aplicación de los nuevos preceptos sustantivos a causas en tramitación

Conforme al apartado primero de la disposición transitoria única los hechos delictivos cometidos por menores hasta el día de la entrada en vigor de esta Ley se juzgarán conforme a la legislación vigente en el momento de su comisión y las medidas impuestas se ejecutarán conforme a la legislación vigente en el momento de la comisión de los hechos. No obstante lo anterior, se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el menor, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor.

El apartado segundo de la disposición transitoria única establece el criterio general para la determinación de cuál sea la ley más favorable: se tendrá en cuenta la medida que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores y de la reforma contenida en esta Ley.

Será necesario siempre respetar con carácter previo a la decisión el principio de audiencia, y así el apartado tercero declara que en todo caso, será oído el menor y su representante legal.

Consiguientemente no podrá aplicarse el internamiento en centro cerrado basado en la actuación en bandas sino a hechos cometidos con posterioridad a la entrada en vigor de la LO 8/2006. Tampoco podrá aplicarse esta medida a delitos graves en los que no concurra violencia o intimidación ni grave riesgo para la

integridad cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley.

XI.2 Revisión de sentencias

Conforme al apartado cuarto de la disposición transitoria única *en relación con las sentencias firmes que estuvieren ejecutándose o pendientes de ejecución, el Ministerio Fiscal, tras recabar los informes correspondientes, instará, si procede, al Juez de Menores a revisar la sentencia y, en tal caso, le informará sobre los términos de la revisión. A continuación, el Juez de Menores oírá al menor sancionado y a su letrado en relación con la revisión propuesta por el Ministerio Fiscal. Una vez practicada la audiencia, el Juez de Menores revisará la sentencia aplicando la ley más favorable.*

El Juez de Menores también revisará la sentencia a instancias del letrado del menor, oído el Ministerio Fiscal.

Debe en este punto advertirse de lo insólito –a la vista del amplio arbitrio judicial propio del Derecho de menores– que una condena impuesta conforme a la legislación derogada no sea imponible conforme a la nueva. Además teniendo en cuenta que la nueva legislación amplía las posibilidades sancionatorias, difícilmente podrá considerarse la nueva mas beneficiosa y por tanto rara vez procederá revisar una causa penal.

XI.3 Ejecución y derecho transitorio

Conforme al apartado quinto de la disposición transitoria única *lo previsto por el apartado 2 del artículo 14 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en su redacción dada por la presente Ley Orgánica, no se aplicará a quienes cumplan medidas impuestas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley.*

Una primera aproximación al precepto podría hacer pensar que la mención al

artículo 14.2 y la omisión de cualquier referencia al apartado tercero del mismo precepto habría de llevarnos a la conclusión de que cabe aplicar esta última disposición a menores condenados por hechos anteriores a la entrada en vigor de la reforma. Esta interpretación debe rechazarse, pues contraría el principio general sentado en el apartado primero de la disposición transitoria única. Por ello tampoco podrán aplicarse las habilitaciones del artículo 14.3 a menores que cometieron los hechos antes de la entrada en vigor de tal precepto. En estos casos el traslado, conforme al Derecho en que se basó la condena, no podrá operar el traslado a Centro Penitenciario antes de que el ejecutoriado alcance los 23 años.

Aunque la trascrita disposición se refiera a que el artículo 14 *no se aplicará a quienes cumplan medidas impuestas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley*, una recta interpretación del precepto, conforme a los principios de Derecho Transitorio, debe llevar a entender que en realidad no cabrá aplicar las nuevas disposiciones mas gravosas a quienes cumplan medidas por hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley.

Tras la entrada en vigor de la reforma, en ningún caso cabrá acordar el cumplimiento en Centro Penitenciario de medidas de internamiento en régimen semiaabierto o abierto.

Por último, tampoco cabrá aplicar la conversión de la medida de internamiento semiabierto en cerrado a medidas impuestas por hechos cometidos durante la vigencia de la legislación anterior.

XII. CONCLUSIONES

XII. Derechos de las víctimas y de los perjudicados

1.º En cuanto a las notificaciones a víctimas y perjudicados no personados,

los Sres. Fiscales cuidarán de que las mismas efectivamente se practican, evitando en todo caso que una misma resolución pueda llegar a ser notificada por dos órganos distintos y ciñendo tales notificaciones a las resoluciones que afecten a los intereses jurídicos de los perjudicados.

2.º El ofendido, para personarse como acusación particular, debe actuar asistido por Letrado, no siéndole necesario apoderar a un Procurador.

3.º El ofendido puede personarse como acusación particular tanto cuando el expediente se siga por delito como cuando lo sea por una simple falta.

4.º La acusación particular tiene derecho a acceder al informe del Equipo Técnico, si bien a tales efectos habrá de solicitar que se le dé vista, pues la remisión de oficio del mismo por parte del Fiscal una vez elaborado sólo se prevé en relación con el Juzgado de Menores y el Letrado del Menor, conforme al artículo 27.5 LORPM. Además, la acusación particular estará sometida a un estricto deber de reserva, al igual que el resto de las partes.

5.º Una interpretación lógica y sistemática ha de llevarnos a superar el tenor literal del apartado primero del artículo 28 y a propugnar el reconocimiento general de legitimación a la acusación particular para interesar medidas cautelares.

6.º No obstante, para interesar la prórroga de la medida cautelar de internamiento mas allá de los seis meses habrá de entenderse que solamente está legitimado el Ministerio Fiscal.

7.º En los supuestos en los que estando personada una acusación particular llegue a convocarse audiencia contrariando la solicitud de sobreseimiento del Ministerio Público, los Sres. Fiscales interesarán del Juzgado que se les de traslado para formular escrito de alegaciones en sentido absolutorio, fundamentando con detalle su posición procesal.

XII.2 Novedades en la regulación de las medidas

XII.2.1 INTERNAMIENTO EN RÉGIMEN SEMIABIERTO

Las suspensiones de actividades fuera del centro exigirán una decisión motivada del Juez de Menores. Previa a la decisión, y pese al silencio del artículo 7.1.b) habrá de entenderse necesaria la audiencia del Fiscal y habrá igualmente de oírse al menor afectado. La decisión debe además fijar un plazo concreto de vigencia, aunque nada impide que agotado el primer plazo, pueda nuevamente renovarse la suspensión si la evolución lo justifica, decisión que exigirá en todo caso de nuevo la audiencia del Fiscal y del menor. Debe entenderse que también cabrá graduar el ámbito de la suspensión. El régimen de permisos y salidas habrá de seguir rigiéndose conforme a las previsiones del internamiento semiabierto.

XII.2.2 ALEJAMIENTO

1.º Desde el punto de vista subjetivo, la medida puede adoptarse en protección de la víctima o de aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez. Esta gran amplitud debe entenderse delimitada en primer lugar por la necesidad de que la propia dinámica comisiva revele un *periculum* en relación con la concreta persona que va a ser objeto de protección (sea víctima, familiar o tercero) y en segundo lugar por la necesidad de que las personas protegidas (que pueden ser una o varias) queden en todo caso determinadas en la sentencia.

2.º Podrá modularse el concreto contenido del alejamiento, de manera que cabrá imponer simultáneamente la prohibición de aproximación y de comunicación o solamente una de las dos modalidades.

3.º La medida de alejamiento no permite imponer alguno de los contenidos previstos para la pena homónima. Pese a esta falta de previsión, si por las concretas

circunstancias concurrentes se estima conveniente este contenido, cabrá aplicarlo a través de la imposición de la medida de libertad vigilada, mediante una regla de conducta que se ajuste a estos perfiles, conforme a las previsiones del artículo 7.1.h) 3.ª, 4.ª, 5.ª y 6.ª.

4.º En el caso de que se opte por imponer una medida de alejamiento en protección de los familiares del menor, habrá desde el primer momento de conjurarse el riesgo de que la ejecución de la misma genere una situación de desprotección del menor. Para ello deberán los Sres. Fiscales de dar debido cumplimiento a la obligación de comunicar la situación –sin demoras y de manera que se eviten tiempos muertos– a la Entidad Pública de Protección de Menores.

A este respecto, los Sres. Fiscales deben tener presente que sus obligaciones no se ciñen a la mera remisión del testimonio, sino que conforme al artículo 174 CC incumbirá también al Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda que como consecuencia de la remisión del testimonio pueda constituirse. Esta superior vigilancia se ejercerá, no desde las actuaciones penales, sino a través del expediente de protección que habrá de aperturarse. La remisión del testimonio habrá de realizarse lógicamente antes del inicio de la ejecución de la medida, o, en caso necesario, simultáneamente a su inicio, debiendo hacerse constar expresamente esta circunstancia.

Cuando las circunstancias del caso lo requieran, los Sres. Fiscales ordenarán a la Policía Judicial el traslado del menor respecto del que se ha acordado el alejamiento (ya en su modalidad cautelar, ya en su variedad de medida imponible en sentencia) al Centro de Acogida inmediata que proceda, remitiendo simultáneamente el correspondiente testimonio a la Entidad Pública de Protección de Menores para que formalice la medida de protección procedente.

5.º Para proyectar la necesaria dimensión educativa de la respuesta al me-

nor infractor desde el sistema de Justicia Juvenil podrá optarse bien por aplicar de manera conjunta con el alejamiento alguna otra medida de distinta naturaleza, conforme al nuevo artículo 7.4 LORPM, bien por integrar el alejamiento como regla de conducta de una medida de libertad vigilada.

XII.2.3 PRESTACIONES EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

Los Sres. Fiscales, en la medida en que lo permitan los recursos disponibles, promoverán la conexión de las prestaciones con el bien jurídico lesionado, para de esa forma fomentar el proceso reflexivo del menor durante la ejecución.

XII.3 Reglas para la determinación de las medidas

Como consecuencia de la enorme flexibilidad y discrecionalidad inherente al sistema de Justicia Juvenil, el artículo 7.3 subraya la necesidad cualificada de motivar *las razones por las que aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma*. Aunque la norma va dirigida específicamente al Juzgador, habrán los Sres. Fiscales de cuidar también que en sus alegaciones y en sus informes se explique y razone suficientemente el fundamento de sus peticiones.

XII.3.1 POSIBILIDAD DE IMPONER MÁS DE UNA MEDIDA POR UN MISMO HECHO

Los Sres. Fiscales habrán de entender sin efecto las conclusiones que al respecto se contenían en el apartado V.-5 de la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, pues tras la reforma se opta por unas reglas de máxima flexibilidad, pudiendo en principio imponerse más de una medida –de distinta clase– por un mismo hecho y una sola medida por varios hechos.

XII.3.2 MEDIDAS IMPONIBLES POR LA COMISIÓN DE FALTAS

En ningún caso podrán los Sres. Fiscales interesar la imposición de una medida de internamiento terapéutico cuando los hechos no rebasen la mera falta. Por contra, cabra interesar la imposición de la medida de tratamiento terapéutico si el menor autor de una falta es declarado inimputable, cuando además su superior interés aconseje la imposición de esta medida.

XII.3.3 SUPUESTOS EN LOS QUE CABE IMPONER LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO EN CENTRO CERRADO

1.º No deberán los Sres. Fiscales olvidar que el nuevo artículo 9.2 LORPM contempla la imposición del internamiento en centro cerrado únicamente como una posibilidad, y que el denominado principio de desinstitucionalización, asumido por el artículo 37.b) de la Convención de los Derechos del Niño postula que las privaciones de libertad de menores se utilicen como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.

2.º La extraordinaria amplitud de la letra 9.2 c) (actuaciones en grupo), en una interpretación literal permitiría incluir fenómenos delictivos no susceptibles de reconducirse a fórmulas estables o especialmente criminógenas, por lo que habrá de ser objeto de una exégesis restrictiva que deje fuera supuestos en los que la actuación grupal no revista especial lesividad.

3.º Para que conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2.c) LORPM pueda apreciarse que los hechos se han cometido en grupo, es necesario que en los mismos hayan participado al menos tres personas.

4.º No será necesario para poder aplicar esta circunstancia de actuación en grupo que todos los integrantes del mismo estén sometidos a la jurisdicción

de menores. Así podrá apreciarse esta circunstancia a un menor de entre 14 y 18 años en una actuación grupal integrada además de por éste, por adultos y/o por menores de catorce años.

XII.3.4 REGLAS DE DETERMINACIÓN DE LA MEDIDA PARA LOS SUPUESTOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 9.2 LORPM

El artículo 10.1 LORPM se limita a ampliar los topes máximos imponibles. Tal excepción general a la regla de los dos años de duración máxima de las medidas, que se mantiene (art. 9.3), únicamente supone una ampliación del margen de maniobra del Fiscal y el Juez, cuya decisión deberá siempre ajustarse al fin último del superior interés del menor.

XII.3.5 REGLAS PARA SUPUESTOS DE EXTREMA GRAVEDAD

La prohibición temporal de utilizar los artículos 13 y 51 LORPM no alcanza al instituto de la suspensión de la ejecución del fallo (art. 40 LORPM). Si pese a apreciarse extrema gravedad el análisis global de los hechos y del menor o la evolución de éste desde la fecha de la comisión de los hechos a la fecha de imposición de la medida desaconseja la privación de libertad y aconseja acudir a la suspensión, y siempre que la extensión del internamiento impuesto no lo impida –este instituto no es aplicable cuando la medida exceda de dos años– podrán los Sres. Fiscales, motivándolo convenientemente, dictaminar en favor de esta opción, que generalmente deberá ser acompañada de una libertad vigilada que permitirá comprobar que el menor evoluciona favorablemente y que habilitará para en caso de incumplimiento, exigir la revocación del beneficio y el cumplimiento de la medida de internamiento.

XII.3.6 REGLAS PARA SUPUESTOS DE MÁXIMA GRAVEDAD

La regla del artículo 10.2 LORPM integra como supuesto de máxima gravedad tanto la violación simple (art. 179) como la agresión sexual cualificada (art. 180 inciso primero) y la violación cualificada (art. 180 inciso primero), no abarcando la agresión sexual sin penetración sin la concurrencia de las circunstancias del artículo 180 CP.

XII.3.7 PLURALIDAD DE INFRACCIONES

XII.3.7.1 *Pluralidad de infracciones conexas*

1.º Si se condena a un menor por una pluralidad de delitos conexos, sea en la misma o en distinta causa, los límites máximos de cumplimiento serán los genéricos previstos en los artículos 9 y 10 LORPM. Cuando los plurales delitos conexos hubieran sido seguidos en distintas causas, a los límites genéricos anteriores se añaden los límites del artículo 47.2 LORPM, esto es, los del doble de la medida más grave.

2.º Respecto a cuándo debe entenderse que concurre la nota de conexidad, no existe un concepto propio o autónomo en Derecho Penal de Menores, por lo que habrá de estarse a la depurada y asentada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el artículo 76 CP.

XII.3.7.2 *Pluralidad de infracciones no conexas*

Para infracciones no conexas podrán superarse los topes máximos previstos en los artículos 9 y 10 LORPM, con respeto siempre al límite del doble de la medida más grave.

XII.3.7.3 *Procedimiento de refundición*

1.º Los Sres. Fiscales defenderán la competencia del Juzgado de Menores

que dictó la primera sentencia condenatoria para fijar el límite máximo, refundir y ejecutar. De esta forma, una vez dictada la primera sentencia, la competencia ejecutiva se fija definitivamente en favor de este Juzgado.

2.º Pese a que el artículo 47 LORPM no prevé expresamente el traslado al Fiscal para ser oído antes del dictado de la resolución de refundición, el informe previo de Ministerio Público debe entenderse de inexcusable cumplimiento.

3.º En cuanto a los límites a aplicar a los supuestos en los que tras la práctica de una refundición aparece un nuevo expediente en el que el menor ha sido condenado por hechos distintos a nuevas medidas, la respuesta dependerá de si por la fecha de los hechos que han motivado la nueva condena los mismos podrían o no haber sido conjuntamente enjuiciados con los que fueron objeto de la anterior refundición y si por la fecha de los hechos que han motivado la nueva condena los mismos podrían o no haber sido refundidos conjuntamente con los anteriores.

4.º Para realizar el cómputo y refundir cuando concurren varios internamientos integrados por un tramo final de cumplimiento en libertad vigilada en delitos no conexos, para determinar la medida más grave habrá de estarse a cuál de ellas tiene el tramo más extenso de internamiento *strictu sensu*.

5.º El internamiento en sus distintas modalidades y a efectos de refundición ha de entenderse de la misma naturaleza, por lo que todos los impuestos quedarán conjuntamente sometidos a las regla de fijación del tope máximo de cumplimiento.

6.º Para refundir medidas de libertad vigilada, el tope máximo de cumplimiento habrá de calcularse conforme a las reglas generales. Las reglas de conducta que integren la medida refundida habrán de concretarse en función del superior interés del menor, debiendo operarse con criterios de flexibilidad.

XII.4 Mayoría de edad del condenado a medida de internamiento

1.º El cumplimiento en Centro Penitenciario sólo podrá aplicarse ante medidas de internamiento en régimen cerrado, no siendo factible la remisión al Centro Penitenciario cuando quien alcanza 18 o 21 años cumpla otras medidas de internamiento (semiaabierto, abierto, terapéutico o permanencias de fines de semana)

2.º Con carácter previo a la adopción de esta decisión es necesario dar audiencia a las partes (Ministerio Fiscal, letrado del menor) y a los órganos técnicos de asesoramiento (equipo técnico y entidad pública de protección o reforma de menores).

3.º La falta de ajuste entre la conducta del interno y los objetivos, como fundamento de la decisión de traslado, ha de estar basada en un comportamiento imputable al ejecutoriado. Por tanto, cuando el desajuste se produzca por otros óbices lo que procederá es que los Sres. Fiscales promuevan la adopción de las medidas oportunas para superarlos.

4.º Deberán en todo caso partir los Sres. Fiscales de que la habilitación para trasladar al mayor de 18 años al Centro Penitenciario es una excepción a la regla general, y desde esa excepcionalidad deberá ser entendida, interpretada y aplicada.

5.º Los Sres. Fiscales habrán de inclinarse por oponerse al traslado al centro penitenciario cuando los informes técnicos pongan de relieve que el joven está respondiendo a *los objetivos propuestos en la sentencia*.

6.º La continuación del cumplimiento en Centro Penitenciario habrá de generar como regla general la cancelación del resto de medidas impuestas conforme a la LORPM, que dejan de tener sentido en un contexto penitenciario. Entre estas medidas a cancelar habrán de

incluirse las demás modalidades de internamiento que pudiera tener el joven pendientes

7.º Un ingreso anterior en concepto de preso preventivo no supondrá la aplicación del artículo 14.5 LORPM aunque lógicamente habrá de ser valorado a la hora de decidirse por la aplicación de los traslados a Centros Penitenciarios previstos en los apartados segundo y tercero del artículo 14 LORPM .

8.º En los incidentes del artículo 14 LORPM debe darse intervención a la acusación particular, si bien sólo a los efectos de que ésta se pronuncie sobre la modificación o sustitución de las medidas impuestas, sin que pueda pronunciarse sobre el traslado al Centro Penitenciario.

9.º El hecho de que se acuerde el mantenimiento en el centro de menores del joven mayor de 18 o de 21 años no debe genera efectos de cosa juzgada. Se trata de una decisión *rebus sic stantibus*, por lo que si se produjera tras una primera resolución un radical cambio en la actitud del joven dentro del centro, de manera que *ex post* se pusiera de manifiesto una conducta incompatible con la permanencia en el centro de menores, podrá abrirse un nuevo incidente para evaluar el traslado al Centro Penitenciario a la vista de las circunstancias sobrevenidas.

XII.5 Detención del menor y derecho a la entrevista reservada

El derecho a la entrevista reservada previo a la declaración debe entenderse aplicable tanto en sede policial como Fiscal. En todo caso también ha de tenerse presente que sin perjuicio que se facilite su ejercicio, el derecho corresponde al menor, y es él el que en definitiva ha de decidir si lo utiliza o no.

XII.6 Medidas cautelares

1.º Los Sres. Fiscales habrán de partir de la necesaria limitación de las medidas cautelares de internamiento en centro cerrado a los supuestos en los que los hechos imputados sean potencialmente merecedores de una medida (en su acepción equivalente a pena) de internamiento en centro cerrado.

2.º Puede entenderse que serán fines susceptibles de ser perseguidos con el internamiento cautelar el de evitar el riesgo de fuga, conjurar el riesgo de oscurecimiento del proceso mediante la destrucción de fuentes de prueba, hacer frente al riesgo de reiteración delictiva y evitar nuevos atentados contra bienes jurídicos de la víctima.

3.º Debe también entenderse aplicable al internamiento cautelar la jurisprudencia acuñada por el TC en relación con los principios básicos que deben regir la prisión provisional: excepcionalidad, subsidiariedad, provisionalidad y proporcionalidad.

4.º El contenido del alejamiento cautelar puede integrarse bien por la prohibición de aproximarse, bien por la prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez, bien por ambas.

5.º Si en el caso concreto se considera que el alejamiento cautelar debiera tener otros contornos no expresamente previstos (v.gr. prohibición de residencia) habrá de articularse a través de la medida cautelar de libertad vigilada.

6.º La falta de previsión legal hace improcedente que estas prohibiciones (cautelares o no) puedan ser supervisadas mediante mecanismos de control electrónico, salvo que el sometido a la medida voluntariamente accediera a ello.

7.º Como criterios generales que deben ser ponderados para la adopción de medidas cautelares –y a cuyo través el superior interés del menor recobra prota-

gonismo– están las circunstancias personales y sociales del menor.

8.º En casos de concurrencia de eximente de los números 1, 2 y 3 del artículo 20 CP cabrá impetrar del Juez de Menores la adopción, cuando proceda, de la medida cautelar de internamiento terapéutico, admisible a la vista de la amplia formulación del párrafo segundo del apartado primero del artículo 28, conforme al que las medidas cautelares *podrán consistir en internamiento en centro en el régimen adecuado*. También podrán los Sres. Fiscales en estos supuestos promover en el propio proceso penal de menores las medidas que consideren necesarias al amparo de lo dispuesto en el artículo 158 CC. Entre ellas, cabrá adoptar cautelarmente la medida de tratamiento terapéutico.

9.º La prórroga del internamiento cautelar no precisará de comparecencia y podrá cumplimentarse con la audiencia (que no exige presencia física) del Letrado. También será preciso oír previamente al menor afectado, pero sin necesidad de trasladarlo al Juzgado. Deberán los Sres. Fiscales tener especialmente en cuenta que la solicitud de prórroga y la resolución habrán de recaer con anterioridad al agotamiento del plazo ordinario.

XII.7 La ejecución de las medidas

XII.7. COMPETENCIA PARA EL CONTROL DE LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO EJECUTADA EN CENTRO PENITENCIARIO

El traslado del ejecutoriado a un Centro Penitenciario por aplicación de las previsiones del artículo 14 LORPM no exime a la Jurisdicción de Menores del riguroso seguimiento de la evolución del joven. El adecuado cumplimiento de las facultades conectadas con el principio de flexibilidad implicará la exigencia de la remisión periódica al Juzgado de Menores y a la Fiscalía de informes sobre la evolución del joven, para en su caso mo-

dificar, sustituir o cancelar anticipadamente la medida impuesta conforme a la LORPM y ejecutada en Centro Penitenciario. La confluencia de competencias del Juzgado de Vigilancia y del Juzgado de Menores exigirá, desde el punto de vista de la Fiscalía, la actuación coordinada de las Secciones de Vigilancia Penitenciaria y de Menores.

XII.7.2 CONCURRENCIA DE PENAS Y MEDIDAS

1.º En caso de concurrencia de pena y de medidas la regla de aplicación prioritaria es la de la simultánea ejecución, siempre que sea posible. En todo caso, esta regla no impide que a la vista de las concretas circunstancias concurrentes en quien fue menor y fue condenado como tal y que ya ha dejado de serlo y ha continuado delinquiendo, si se estima que la medida impuesta conforme a la LORPM va a carecer de virtualidad socializadora pueda optarse por hacer uso de las posibilidades de cancelación previstas en los artículos 13 y 51 LORPM.

2.º Aunque el artículo 47 LORPM se refiere a una situación de confluencia de medida de internamiento *in genere* y pena de prisión, debe entenderse que para que la solución que se prevé sea aplicable, el internamiento debe serlo en su modalidad de cerrado. Si la confluencia se produce entre medida de internamiento semiabierto, abierto o terapéutico y pena de prisión, la solución habrá de ser la de cancelar las medidas impuestas conforme a la LORPM y ejecutar la pena impuesta conforme a la Legislación penal de adultos.

3.º Si concurre la medida de internamiento en centro cerrado y la pena de prisión devendrá plenamente operativa la solución del artículo 47.7 (cumplimiento en centro penitenciario) en el bien entendido que la acumulación prevista sólo operará inexorablemente cuando la medida impuesta en la LORPM sea de internamiento en centro cerrado y que con-

forme a los arts 10.1 y 10.2 (extrema y máxima gravedad para mayores de 16 años) tenga un período de seguridad.

4.º En los casos de concurrencia de medida de internamiento en centro cerrado y pena de prisión, cuando el internamiento no lleve aparejado período de seguridad o cuando aún llevándolo, éste haya sido ya cumplido, cabrá atendiendo a las circunstancias del caso, optar por la cancelación de la medida, dejando expedito el cumplimiento de la pena.

5.º En todo caso, la continuación de la ejecución de la medida de internamiento en el Centro Penitenciario solamente devendrá inexorable cuando la pena privativa de libertad impuesta en el proceso de adultos vaya a ser efectivamente ejecutada. Si el órgano de la jurisdicción penal de adultos opta por conceder la suspensión de condena, la medida de internamiento podrá continuar siendo ejecutada en el Centro de menores, conforme a las previsiones generales del artículo 14 LORPM

6.º En el supuesto de que se acuerde la prisión provisional de un joven que está cumpliendo una medida impuesta con arreglo a la LORPM, los Sres. Fiscales habrán en este caso de interesar el archivo provisional del expediente de ejecución de la medida impuesta conforme a la LORPM, así como su reapertura cuando, no habiendo prescrito tal medida, el sometido a la medida cautelar sea puesto en libertad, resulte absuelto en el proceso penal o sea condenado a una pena que no sea incompatible con la ejecución de la medida. Si es condenado a pena privativa de libertad, el tratamiento a dar será el previsto en el artículo 47.7 LORPM.

XII.7.3 CESE Y SUSTITUCIÓN DE MEDIDAS

1.º Los Sres. Fiscales, cuando informen favorablemente la conversión de un internamiento cerrado en semiabierto o

abierto, interesarán expresamente que en la resolución que se dicte, caso de optar por la conversión, se haga referencia a que la conversión podrá quedar sin efecto si la evolución no es favorable.

2.º Aunque no se establecen expresamente los cauces procedimentales para operar la sustitución de internamiento en régimen semiabierto a cerrado, será en todo caso necesario abrir un incidente en el que se de audiencia tanto al Fiscal como al ejecutoriado y a su Letrado, debiendo resolverse mediante auto debidamente motivado (art. 44.1 LORPM), y susceptible de recurso tanto de reforma como de apelación (art. 41 LORPM).

XII.7.4 DESIGNACIÓN DE CENTROS

1.º Para aplicar la regla del inciso final del apartado tercero del artículo 46.3 (imposibilidad de que menores pertenecientes a una banda, organización o asociación cumplan la medida impuesta en el mismo centro) no es necesario que la sentencia condenatoria haya apreciado la concurrencia de la circunstancia del artículo 9.2.c) LORPM.

2.º Del hecho de que dos o más menores hayan sido condenados a una medida de internamiento apreciándoseles la circunstancia del artículo 9.2.c) LORPM no necesariamente debe extraerse la consecuencia de que no puedan coincidir en un mismo centro. Así, la regla del inciso final del apartado tercero del artículo 46.3 no abarca los supuestos de actuación en grupo, sin existencia de banda, organización o asociación, por lo que en estos casos no habrá de dispersarse ineludiblemente a los menores condenados.

3.º Los Sres. Fiscales se opondrán a cualquier decisión que suponga el ingreso de menores infractores en centros de protección de menores y a la vez, a decisiones que supongan el ingreso de menores en régimen de protección en centros de reforma.

XII.8 Cuestiones relativas al nuevo tratamiento procesal de la responsabilidad civil

1.º La nueva regulación de la tramitación de la acción civil habrá de ser interpretada de forma que el principio de celeridad sufra lo menos posible. Como pauta general los Sres. Fiscales tratarán de evitar que el superior interés del menor infractor, concretado en un proceso lo más sencillo posible para que la respuesta al hecho cometido sea inmediata, quede postergado por efecto de la acumulación de acciones.

2.º Quedan sin efecto las posibilidades de desistimiento del Fiscal respecto de la acción civil introducidas por la Circular 1/2000.

3.º Cuando se persone un ofendido como acusación particular expresando –explícita o implícitamente– al mismo tiempo su voluntad de personarse también para ejercitar las acciones civiles que le correspondan, habrá de tenerse por personado para ambas funciones, dejando testimonio de la resolución admitiéndolo como parte en la pieza separada de responsabilidad civil.

4.º Será necesario que actor y responsable civil se personen por medio de Letrado. Teniendo en cuenta que en el proceso de menores ni el menor infractor ni la acusación particular necesitan actuar representados por medio de procurador, con más razón habrá de exonerarse de tal requisito a quien exclusivamente actúe como actor civil o como responsable civil.

5.º No procederá tramitar la acción civil en los supuestos de inadmisión de denuncias (art. 16), archivo por desistimiento (art. 18) y sobreseimiento, cualquiera que sea su fundamento

6.º Tanto el acusador particular (si ejercita simultáneamente la acción civil) como el actor civil pueden interesar durante la fase de instrucción la práctica de diligencias tendentes a posibilitar el ejercicio de la acción civil. También podrá el

Fiscal instructor (en tanto no se haya producido renuncia, reserva o personación de todos los perjudicados) practicar de oficio diligencias de este tipo. Si la víctima se persona ejercitando exclusivamente la acción civil su actuación procesal se limitará a solicitar la práctica de aquellas diligencias que puedan conducir al mejor éxito de su acción.

7.º Una eventual falta de contestación por parte de las personas contra las que se dirija la acción civil no tendrá más trascendencia que la de motivar la continuación de la tramitación del procedimiento, sin necesidad de una expresa declaración de rebeldía.

8.º Los Sres. Fiscales, valorando el material acumulado en la instrucción y el auto del Juzgado de Menores determinando los perjudicados y responsables (si tal auto se ha dictado antes de formular alegaciones), decidirán en favor de quién, en qué cuantía y contra qué personas ejercerá las acciones civiles, en el bien entendido que lo resuelto en el auto provisional del Juzgado no puede vincularle, de manera que inexorablemente tenga que seguir sus determinaciones, pues la decisión del Fiscal de ejercitar acciones (sean penales o civiles) tiene su propio ámbito autónomo. No obstante, si en el auto se han omitido perjudicados o potenciales responsables civiles, habrán de interponerse los correspondientes recursos para evitar eventuales nulidades.

9.º Cuando el recurso que se interponga afecte sólo a los pronunciamientos civiles de la sentencia, procederá declarar la firmeza de los pronunciamientos penales, con el fin de que la ejecución de las medidas no se demore más de lo estrictamente necesario.

10.º La ejecución habrá de llevarla a cabo de oficio el Juzgado, debiendo entenderse sin efecto las disposiciones de la Consulta 1/2002, de 24 de septiembre en cuanto consideraba que era necesario instar la ejecución de sentencias firmes recaídas en la pieza separada de responsabilidad civil.

11.º Habrán de entenderse aplicables, conforme a la disposición final primera LORPM las normas sobre fianzas y embargos contenidas en los artículos 589 a 614 y 764 LECrim. Las pretensiones cautelares deberán encauzarse a través de una pieza separada (art. 590 y 785.8.ª b) LECrim) a tramitar por el Juez de Menores.

12.º Si el procedimiento finaliza con sentencia penal absolutoria por no haber quedado acreditados los hechos, o la participación del menor o por no haber quedado acreditados hechos con trascendencia penal, no podrá dictarse condena civil, salvo que la absolución se fundamente en la concurrencia de alguna de las causas de exención de la responsabilidad previstas en los núms. 1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 20 CP, supuesto en el que al igual que ocurre en el proceso penal de adultos cabrá condena civil (arts. 118 y 119 CP).

13.º En tanto algunos de los datos obrantes en el informe del Equipo Técnico, especialmente los relativos a identidad de progenitores y posibles medidas de protección adoptadas por parte de la Entidad Pública son relevantes para el ejercicio de la acción civil, no podrá privarse a las partes de la consulta de tales extremos, con las cautelas que se estimen oportunas en cada caso.

XII.9 Otras cuestiones procedimentales

1.º Los Sres. Fiscales deberán partir de que en orden a proteger el superior interés del menor, evitar dilaciones indebidas, neutralizar efectos revictimizantes y eludir daños a la Justicia es admisible la celebración del juicio en ausencia, respetando en todo caso las garantías que la LECrim exige.

2.º Cabe atribuir efectos interruptivos de la prescripción a los actos instructorios del Fiscal, siempre que cumplan con los requisitos que la jurisprudencia exige a los actos del Juez.

3.º Será necesaria la personación de la acusación particular para que el proceso por delitos de injurias y calumnias pueda seguir su curso. En todo caso, el Fiscal continuará desplegando su actividad instructora con el fin de salvaguardar los derechos del menor y garantizar que la respuesta al mismo se adecue al principio del superior interés del menor. El Fiscal no interesará medidas por estos hechos, y podrá hacer uso del artículo 18 LORPM y podrá proponer el sobreseimiento por conciliación o reparación extrajudicial y el sobreseimiento conforme al artículo 27.4 LORPM.

4.º Habrán los Sres. Fiscales de tener presente la necesidad de que en ningún caso las diligencias preliminares excedan de seis meses, debiendo, en caso de que excepcionalmente se prevea la necesidad de una prórroga, interesarse su autorización de la Fiscalía General del Estado.

5.º Habrá de entenderse admisible el recurso de apelación frente al auto que resuelva el recurso de reforma interpuesto a su vez contra un auto, por aplicación de las disposiciones sobre recursos con-

tenidas en la regulación del procedimiento abreviado, conforme a la disposición final primera de la LORPM.

XII.10 Cuestiones de derecho transitorio

1.º La regla relativa a la continuación del cumplimiento de la medida de internamiento en Centro Penitenciario a partir de los 18 o de los 21 años no es de aplicación cuando la misma se hubiera impuesto por hechos anteriores a la entrada en vigor de la reforma.

2.º No podrá aplicarse el internamiento en centro cerrado basado en la actuación en bandas o basado en la comisión de delitos graves no violentos sino a hechos cometidos con posterioridad a la entrada en vigor de la LO 8/2006.

3.º Tampoco cabrá aplicar la conversión de la medida de internamiento semiabierto en cerrado a medidas impuestas por hechos cometidos antes de la entrada en vigor de la reforma 8/2006.

INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Instrucción número 1/2007, de 15 de febrero, sobre actuaciones jurisdiccionales e intimidad de menores

I. INTRODUCCIÓN

La preocupación de la Fiscalía General del Estado por el respeto de los derechos de los menores y en especial por la protección a su intimidad tiene reflejo en los plurales pronunciamientos que esta materia ha motivado. En efecto, la doctrina emanada de la Fiscalía General del Estado se plasma en su Instrucción 2/1993, de 15 de marzo, *sobre la función del Ministerio Fiscal y el derecho a la intimidad de los menores víctimas de un delito*, la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, *relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000*, la Circular 1/2001, de 5 de abril, *sobre la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles*, la Instrucción 3/2005, de 7 de abril *sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación*, y recientemente con carácter sistemático en la Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, *sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores*.

Late en todos estos instrumentos la idea nuclear de la necesidad de que el Ministerio Fiscal asuma de forma decidida el papel protagonista que nuestro ordenamiento expresamente le ha querido atribuir como defensor de la esfera de la privacidad de los menores e inflexible protector de la intimidad de los mismos.

Aunque no se había abordado con carácter general la necesidad de preservar la privacidad de los menores dentro del propio proceso, si que existe algún pro-

nunciamento en este ámbito. En efecto, la Circular 1/2001, de 5 de abril, *relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles*, consideraba que «resulta indudable que entre las causas que pueden justificar la negativa a la documentación filmada de un determinado acto procesal se han de incluir todas aquellas que permiten la exclusión de la publicidad de la audiencia. Así, si la publicidad de las actuaciones... puede ser limitada, a tenor de lo dispuesto en el artículo 138 LEC, por motivos de... salvaguarda de los intereses de los menores... no debe caber duda de que, al menos, esas mismas razones deben servir para justificar que se limite la documentación del acto a la forma escrita... En atención a todo lo expuesto los Sres. Fiscales cuidarán de que la documentación de las actuaciones judiciales se realice siempre con pleno respeto y salvaguarda de los legítimos derechos e intereses de las partes e intervinientes, máxime cuando se vean comprometidos menores o incapaces».

Recientemente se ha recibido en la Fiscalía General del Estado una recomendación del Defensor del Pueblo para que el Ministerio Fiscal en el ejercicio de las competencias que le son propias adopte «las medidas oportunas para preservar el derecho a la intimidad de los menores de edad afectados en procedimientos de separación o divorcio, procurando que los órganos judiciales, con ocasión de publicar por edictos las resoluciones dictadas en dichos procedimientos, omitan datos tales como nombres, apellidos y domici-

lio de esos menores o cualesquiera otros que permitan su identificación».

La recomendación se realiza tras haberse comprobado, después de una investigación impulsada por el Defensor del Pueblo y ejecutada por el Ministerio Fiscal, que en numerosos Juzgados se seguía la práctica contraria, esto es, la publicación por medio de edictos de las resoluciones con los datos identificativos completos de los menores afectados.

Pese a que la recomendación se centra en las resoluciones dictadas en procedimientos de separación y divorcio parece claro que la misma problemática se puede suscitar en otros procedimientos civiles en los que se dictan resoluciones que afectan a menores y que abordan materias sensibles relativas a la esfera familiar y además, que estas posibles perturbaciones a la intimidad de los menores pueden generarse no solamente por la publicación de la resolución por medio de edictos sino también por otras formas de dar publicidad (remisión para la publicación en bases de datos, expedición de certificaciones o exhibición de autos a interesados, etc.). Debe igualmente tenerse presente que en un procedimiento penal, el juicio de faltas, se acude en caso de ilocalización de las partes a la publicación de la sentencia por medio de edictos, por lo que también es terreno abonado para que puedan generarse este tipo de conflictos.

Estos problemas están de alguna forma en conexión con la defensa de la intimidad de los menores en las comparencias judiciales, a cuyos efectos debe tenerse presente que el artículo 9.1 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor dispone que en los procedimientos judiciales las comparencias de los menores se realizarán de forma adecuada a su situación y a su desarrollo evolutivo, cuidando de preservar su intimidad.

Debe también hacerse referencia a que tras la reforma operada por LO 8/2006, de 4 de diciembre, queda modificado el artículo 433 LECrim, que por lo

que ahora interesa, dispone que *toda declaración de un menor podrá realizarse ante expertos y siempre en presencia del Ministerio Fiscal*.

Ya la Circular 2/2004, de 22 de diciembre, subrayaba la necesidad de cuidar especialmente las comparencias de los menores, articulándolas de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de los mismos, y preservando su intimidad, con el fin de evitar fenómenos de victimización secundaria.

La obligación específica de la presencia del Fiscal en estas declaraciones no se funda en finalidades de aseguramiento de la eficacia en la investigación, pues si tal fuera su *ratio*, tal presencia habría de ser obligatoria en todas las declaraciones, sino precisamente en su función de protector de los derechos fundamentales del menor.

II. PROCESO CIVIL E INTIMIDAD DE MENORES

En el ámbito del proceso civil los artículos 138.2 y 754 LEC introducen disposiciones tendentes a preservar la intimidad de los menores.

El artículo 138.2 permite restringir la publicidad de las actuaciones orales... cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan.

El artículo 754 LEC, dentro del capítulo primero (de las disposiciones generales) del Título primero del Libro IV (procesos especiales), establece con carácter general para los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores que en ellos *podrán decidir los Tribunales, mediante providencia, de oficio o a instancia de parte, que los actos y vistas se celebren a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas, siempre que las circunstancias lo aconsejen y aunque no se esté en ninguno de los casos del apar-*

tado 2 del artículo 138 de la presente Ley. El artículo 63 LO 1/2004, de 28 de diciembre, de *Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* también establece la posibilidad de declaración de reserva de las actuaciones.

La anterior disposición adicional 8.^a de la Ley 30/1981 de 7 de julio, en relación con los procesos matrimoniales iba más allá pues instauraba un principio general de reserva, al establecer que *las diligencias, audiencias y demás actuaciones judiciales en los procesos de nulidad, separación o divorcio no tendrán carácter público*.

El legislador, en el reseñado artículo 754 LEC, parte claramente de la base de que en los procesos especiales del título primero del Libro IV, por afectar a la esfera más íntima de las personas, la reserva de las actuaciones debe tener una mayor operatividad. En estos supuestos no se precisa que concurra alguna de las causas previstas con carácter general en el artículo 138.2 LEC para justificar la restricción a la publicidad, bastando simplemente que las circunstancias así lo aconsejen. Para subrayar aún más la flexibilidad con que pueden acordarse restricciones a la publicidad desde el punto de vista formal, tal declaración no precisará auto, sino que puede acordarse mediante simple providencia, que como tal, no precisa de motivación.

Debe ahora recordarse que conforme al artículo 749.1 LEC el Ministerio Fiscal siempre será parte en los procesos sobre incapacitación, nulidad matrimonial y determinación e impugnación de la filiación. Ello se debe a que los mismos atañen al interés público hasta el punto de imponer la intervención del Fiscal como órgano constitucionalmente encargado de defenderlo. En los demás procesos especiales regulados en el Título primero del Libro cuarto, el Fiscal interviene en cuanto concurran menores, incapacitados o personas en situación de ausencia legal (art. 749.2).

Analizando sistemáticamente ambos apartados del artículo 749 LEC, puede

alcanzarse la conclusión de que en los procesos no incluidos en el apartado primero el Fiscal no tiene que actuar salvo –por lo que ahora interesa– que se refieran a un menor, de lo que a su vez cabe colegir que la intervención del Fiscal debe estar orientada específicamente a la protección de los intereses de los menores, intereses entre los que habrá de incluirse el de que las propias actuaciones judiciales no perturben la esfera de sus derechos de la personalidad.

Debe también tenerse presente que conforme a la Circular 1/2001, de 5 de abril, en los procesos que versan sobre el estado civil respecto de los que la LEC no ha efectuado previsión alguna (v.gr. procesos sobre privación de patria potestad) «debe afirmarse la legitimación del Ministerio Fiscal» y que también los procesos para la rectificación de asientos del Registro Civil (art. 92 de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil) pueden requerir esa declaración de reserva, debiendo igualmente recordarse que el Fiscal es parte necesaria en estas causas.

III. ACCESO A DOCUMENTACIÓN SOBRE ACTUACIONES JUDICIALES AFECTANTES A MENORES

El principio de publicidad de los actos procesales, reconocido en los artículos 24.2 y 120.1 y 3 CE, en el artículo 14 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 16 de diciembre de 1966 (en adelante, PIDCP) y en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Públicas de 4 de noviembre de 1950 (en adelante, CEDH) está sometido a límites.

En efecto, el derecho a la intimidad quedaría sin duda conculcado si cualquier persona tuviera acceso en todo momento y circunstancia a las actuaciones judiciales *in integrum*.

Además, puede afirmarse que el principio de publicidad se predica no de todas las actuaciones judiciales, sino tan solo a las que hayan de desarrollarse en audiencia y al pronunciamiento de la sentencia (*vid.* en este sentido SSTEDH Preto y Axen, de 8 de diciembre de 1984 y Ekbatani, de 26 de mayo de 1988).

En este sentido, la STC 176/1988, de 4 de octubre declara que desde su perspectiva de garantía de los justiciables contra una justicia secreta que escape a la fiscalización del público, el principio de publicidad no es aplicable a todas las fases del proceso penal, sino tan sólo al acto oral que lo culmina y al pronunciamiento de la subsiguiente sentencia.

Igualmente el principio de publicidad se refiere a los procesos en curso, y no a los procedimientos ya terminados, cuya documentación ha de hallarse en el archivo del órgano judicial correspondiente.

Por ello, el acceso a documentación judicial obrante en archivos judiciales, sin perjuicio de que pueda configurarse como un derecho, no debe ser analizado a la luz del principio de publicidad del proceso.

La Constitución, en su artículo 105.b), establece que ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas. Por tanto, aunque sometido a limitaciones, surge un derecho al acceso a los archivos administrativos.

Sin embargo, respecto de los archivos judiciales nada se ha establecido en la Carta Magna.

Todo ello lleva a la consecuencia de que si la publicidad procesal tiene límites legítimos y si el acceso a los registros administrativos tiene restricciones, con más motivo podrán estos límites y restricciones ser aplicados al acceso a los archivos y a las actuaciones judiciales.

Así, el artículo 235 LOPJ dispone que *los interesados tendrán acceso a los libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado, mediante las formas de exhibición, testimonio o certificación que establezca la ley.*

A la hora de indagar sobre cuándo debieran considerarse secretas o reservadas las actuaciones, hemos de acudir al Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre, de *los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales.*

El artículo 2.2 de este texto dispone que tendrán carácter reservado las actuaciones judiciales que sean o hayan sido declaradas secretas de conformidad con lo dispuesto en las leyes procesales, así como aquellas otras cuya publicidad pudiera afectar a derechos, principios y valores constitucionales.

En relación con las actuaciones en tramitación, el artículo 234 LOPJ establece que los secretarios y funcionarios competentes de la Oficina judicial facilitarán a los interesados cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales salvo que sean o hubieren sido declaradas secretas conforme a la ley y que cualquier persona que acredite un interés legítimo tendrá derecho a obtener copias simples de escritos y documentos que consten en los autos, no declarados secretos ni reservados.

Específicamente para el proceso civil el artículo 140 LEC tras asumir los principios del artículo 234 LOPJ, dispone en su apartado tercero que los Tribunales por medio de auto podrán atribuir carácter reservado a la totalidad o a parte de los autos cuando tal medida resulte justificada en atención a las circunstancias expresadas por el apartado 2 del artículo 138, de modo que *sólo podrán ser conocidas por las partes y por sus representantes y defensores, sin perjuicio de lo previsto respecto de hechos y datos con relevancia penal, tributaria o de otra índole.*

En todo caso, la preservación del derecho de defensa y consiguientemente el

derecho de las partes a acceder a las actuaciones pese a la declaración de reserva ha sido enfáticamente subrayada por la jurisprudencia menor (SAP La Coruña, sec. 6.ª, 113/2006, de 15 de marzo, y AAP Guadalajara, sec. 1.ª, 9/2004, de 21 de enero). En efecto, las restricciones derivadas de la declaración de reserva de las actuaciones sólo afectan a los terceros, no a las partes.

En conclusión, con fundamento en el artículo 235 LOPJ y en el artículo 2.2 del Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre (actuaciones en archivos) y 234 LOPJ, 140 LEC y 5 Reglamento 1/2005 (actuaciones en tramitación) en procesos en los que se resuelva sobre aspectos relativos a la vida familiar de los menores habrá de entenderse que la necesidad de preservar la intimidad de los mismos puede erigirse en legítimo límite frente al derecho de información de los interesados.

IV. PUBLICIDAD DE LAS SENTENCIAS E INTIMIDAD DE MENORES

La publicidad de las actuaciones judiciales también es, en principio, predicable de las sentencias. Incluso puede afirmarse que las sentencias están sometidas a una mayor accesibilidad que otros documentos judiciales. El artículo 120.3 CE dispone que *las sentencias... se pronunciarán en audiencia pública*.

Pero esta extensión del régimen general de publicidad implica trasladar también –al menos en sus principios generales– su modulación a través de limitaciones.

Una primera idea debe subrayarse: la publicidad de las sentencias se orienta a los fines que le son propios: el fin de difusión de la doctrina legal y el fin de permitir el control público del Poder Judicial. Estos fines pueden y debe cumplirse sin lesionar la intimidad de las personas. Otros fines que puedan ser pretendidos estarán sometidos a un juicio de ponderación aún más riguroso.

El artículo 266 LOPJ en su redacción original permitía a cualquier interesado el acceso al texto de las sentencias una vez firmadas y depositadas, sin previsión en cuanto a restricciones.

Pero ya el Informe del Pleno del CGPJ de 12 de enero de 1994 consideraba aconsejable que los órganos judiciales, lejos de efectuar una *aplicación puramente mecánica e indiferenciada del principio de libre acceso a las sentencias...*, *valoren las circunstancias concurrentes en cada caso concreto para aplicar motivadamente, en los supuestos excepcionales en que así proceda, las limitaciones al criterio general de publicidad de las actuaciones y resoluciones judiciales*.

También el artículo 14 PIDCP preveía las excepciones que permiten limitar la publicación de las sentencias: el interés de los menores, los procesos matrimoniales y las relativas a tutela de menores. En el mismo sentido, el artículo 6 CEDH tras declarar que la sentencia debe ser pronunciada públicamente, permitía introducir restricciones en defensa de los intereses de los menores.

El nuevo artículo 266 LOPJ, en su redacción dada por LO 19/2003, de 23 diciembre acoge la necesidad de limitaciones y dispone expresamente que *el acceso al texto de las sentencias, o a determinados extremos de las mismas, podrá quedar restringido cuando el mismo pudiera afectar al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda, así como, con carácter general, para evitar que las sentencias puedan ser usadas con fines contrarios a las Leyes*.

De nuevo, pues, encontramos un sólido asidero a la restricción al acceso de terceros al contenido de la sentencia cuando pueda quedar empañada la intimidad de los menores. Este precepto incorpora una interesante posibilidad, que es la de graduar la restricción: cabrá permitir en este caso el acceso al texto de las

sentencias utilizando los medios pertinentes para preservar los datos sensibles afectantes al menor o la misma identidad de éste. Además, no es imprescindible la declaración de reserva para que puedan operar las restricciones.

Esta posibilidad de denegación de acceso o de autorización de acceso restringido se confirma en el apartado segundo del artículo 4 del Reglamento 1/2005 que atribuye la competencia para decidir sobre solicitudes de información al Secretario de la unidad de la Oficina judicial en que se encuentre la documentación interesada, *quien deberá valorar si el solicitante justifica su interés, la existencia de derechos fundamentales en juego, y la necesidad de tratar los documentos a exhibir o de omitir datos de carácter personal en los testimonios o certificaciones a expedir, en caso de que el solicitante no justifique un interés personal y directo, de manera que se salvaguarde el derecho a la intimidad personal y familiar, al honor y a la propia imagen de los afectados por la resolución judicial. Si accediere a lo solicitado expedirá el testimonio o la certificación que proceda o exhibirá la documentación de que se trate, previo tratamiento de datos de carácter personal, en su caso.*

La modulación del derecho de acceso mediante la calificación del Secretario de cada solicitud se torna en baluarte en defensa, por lo que ahora nos interesa, del derecho de intimidad de los menores.

En el acto de la calificación sobre el interés esgrimido por los particulares para el acceso a la documentación judicial, la privacidad o intimidad de las personas, en especial de los menores, ha de motivar la ponderación cualificada del Secretario Judicial en tanto titular de la fe pública judicial y encargado de la custodia de archivos y documentos.

En este punto debe tenerse presente que incluso las sentencias del Tribunal Constitucional son susceptibles de algunas restricciones. El propio TC ha declarado que la exigencia constitucional de

máxima difusión y publicidad del contenido íntegro de las resoluciones jurisdiccionales de este Tribunal que incorporan doctrina constitucional...no es de carácter absoluto y cabe ser excepcionada en determinados supuestos... por la eventual prevalencia de otros derechos fundamentales y garantías constitucionales con los que entre en conflicto, y que debe ser ponderada en cada caso (STC 114/2006, de 5 de abril).

Pueden ser especialmente útiles las pautas aportadas por el propio TC: En primer lugar debe tenerse especial cuidado en no incluir en las resoluciones ningún dato personal que no resulte estrictamente necesario para formular su razonamiento y el correspondiente fallo (ATC516/2004, de 20 de diciembre, STC 114/2006, de 5 de abril).

En segundo lugar debe omitirse la identificación de determinadas personas que aparecen mencionadas en sus resoluciones atendiendo el específico deber de tutela de los menores, tanto en supuestos de litigios relativos a su filiación o custodia (SSTC 7/1994, de 17 de enero, o 144/2003, de 14 de julio, ATC 516/2004, de 20 de diciembre), procedimientos de adopción o desamparo (SSTC 114/1997, de 16 de junio; 124/2002, de 20 de mayo; 221/2002, de 25 de noviembre, o 94/2003, de 19 de mayo) como, de conformidad con el artículo 8 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de menores (Reglas de Beijing), incluidas en la Resolución de la Asamblea General 40/33, de 29 de noviembre de 1985, en supuestos de ser acusados de hechos delictivos (SSTC 288/2000, de 27 de noviembre, o 30/2005, de 14 de febrero).

Si estas restricciones deben aplicarse por el propio TC a sus sentencias, sometidas a una cualificada publicidad (obligación de su publicación formal en el Boletín Oficial, prevista tanto en el artículo 164.1 CE como en el artículo 86.2 LOTC), con mayor fundamento habrán de ser seguidas en la jurisdicción ordinaria, tanto cuando las sentencias se notifiquen

por edictos publicados en diarios oficiales como –con mayor razón– cuando vayan a incluirse en una base de datos.

Debe tenerse en cuenta en este punto que ya la Real Orden de 2 de diciembre de 1845 disponía en su artículo 5 que si los testimonios de pleitos se sacaren para imprimirlos, se suprimirán en la impresión los nombres de los Magistrados o Jueces y de las demás personas que en cualquier concepto hubieren intervenido en el asunto, sustituyendo en su lugar letras o números.

El artículo 906 LECrim dispone en relación con las sentencias que deben publicarse en la colección legislativa que si recayeren en causas seguidas por cualquiera de los delitos contra la honestidad o contra el honor o concurren circunstancias especiales a juicio de la Sala, se publicarán suprimiendo los nombres propios de las personas, los de los lugares y las circunstancias que puedan dar a conocer a los acusadores y a los acusados y a los Tribunales que hayan fallado el proceso.

Además, conforme al párrafo 5.º del artículo 7 del Reglamento 1/2005, de 15 de Septiembre, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales *en el tratamiento y difusión de las resoluciones judiciales se cumplirá lo dispuesto en la legislación en materia de protección de datos personales y en los artículos. 234 y 266 de la LOPJ.*

V. EN PARTICULAR, LA PUBLICIDAD DE LAS SENTENCIAS MEDIANTE EDICTOS Y LA INTIMIDAD DE LOS MENORES

La comunicación edictal es en propiedad una publicación mas que una notificación, pues al tiempo que permite operar con la *fictio iuris* de que el destinatario ha conocido la resolución, trae consigo el potencial conocimiento de su contenido por una pluralidad de personas, al

insertarse en un diario oficial. La publicidad potencial se ha incrementado de forma notoria por la posibilidad de consultar libremente los boletines oficiales en Internet, con el plus adicional de las poderosas herramientas de búsqueda existentes.

El apartado primero del artículo 236 LOPJ dispone que la publicidad de los edictos se entenderá cumplida mediante la inserción, según proceda, en los Boletines Oficiales que señalen las leyes procesales.

Por su parte, el artículo 497.2 LEC establece que si el demandado se hallare en paradero desconocido, la notificación de la sentencia se hará por medio de edicto, que se publicará en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma o en el Boletín Oficial del Estado.

No existe en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil una previsión similar a la contenida en el artículo 769 de la anterior LEC, que limitaba la publicidad de las sentencias dictadas en rebeldía al encabezamiento y a la parte dispositiva de la sentencia, y a la firma del Juez que la hubiere dictado, aunque sigue manteniéndose un *usus fori* mayoritario que limita el contenido del edicto a la publicación exclusivamente de tales extremos. Pese a ello, en ocasiones los datos sensibles relativos a la intimidad de menores se recogen también en la parte dispositiva publicada.

Pues bien, cuando haya de procederse a la publicación de la sentencia en los diarios oficiales como forma de notificación edictal, habrá de tratarse el texto de la resolución para evitar la identificación de menores afectados por la misma, a los efectos de proteger su intimidad, cuando pudiera quedar perturbada como consecuencia de la publicación en el diario oficial.

Estas consideraciones deben considerarse extensibles a sentencias emanadas de otros órdenes jurisdiccionales y que se notifiquen por medio de edictos, como ocurre por ejemplo con las sentencias dic-

tadas en juicios de faltas, cuando su contenido afecte a la intimidad de menores.

El problema también se planteará, aunque con menos virulencia, cuando la comunicación edictal afecte a otras resoluciones distintas de la sentencia. En estos casos, conforme al artículo 164 LEC *el Tribunal, mediante providencia, consignadas estas circunstancias, mandará que se haga la comunicación fijando la copia de la resolución o la cédula en el tablón de anuncios del Juzgado o Tribunal*. Solamente se procederá a la publicación en boletines oficiales o en diarios de difusión nacional o provincial *a instancia de parte, y a su costa* (art. 164 párrafo segundo).

Si en estos casos el auto o providencia a comunicar incorpora extremos que pueden incidir en la intimidad de un menor, la fijación de la copia en el tablón de anuncios del Juzgado o Tribunal también deberá hacerse tratando su texto, de manera que quede salvaguardado su derecho.

VI. CONCLUSIONES

1.º Los Sres. Fiscales adscritos a Juzgados Civiles, de Violencia sobre la Mujer o de Instrucción cuidarán de velar porque cuando deba notificarse una sentencia mediante su publicación en los diarios oficiales, si la misma incorpora contenidos afectantes a la intimidad de menores, se supriman de su texto los datos de identificación de éstos.

2.º Los Sres. Fiscales adscritos a Juzgados Civiles o de Violencia sobre la Mu-

jer cuidarán de velar para que cuando deba procederse a la publicación de un auto o providencia cuyo contenido afecte a la intimidad de un menor mediante la fijación de la copia en el tablón de anuncios del Juzgado, se realice suprimiendo de su texto los datos de identificación de éste.

3.º A los efectos prevenidos en las conclusiones 1.ª y 2.ª, los Sres. Fiscales pondrán en conocimiento del titular del órgano jurisdiccional, en la forma que estimen oportuna, las conclusiones de la presente Instrucción.

4.º Aunque debe partirse de que para determinados supuestos (acceso a los libros, archivos y registros judiciales y acceso a sentencias) aun cuando no se hubiera declarado expresamente la reserva de actuaciones es legítimo limitar el derecho de información del interesado en protección de la intimidad de los menores (art. 266 LOPJ y arts. 2 y 3 Reglamento 1/2005), los Sres. Fiscales, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 140.3 y 754 LEC y en su caso en el artículo 63 LO 1/2004, promoverán que se dicte resolución declarando reservadas las actuaciones, siempre que pueda inferirse que a través de éstas existe riesgo de que pueda producirse una perturbación de la intimidad del menor.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de cumplir las obligaciones que en relación con el derecho a la intimidad de los menores impone nuestro ordenamiento jurídico al Ministerio Público, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Instrucción.

Instrucción número 2/2007, de 20 de marzo sobre la organización de la sección de cooperación internacional de la secretaría técnica de la fiscalía general del estado y el ejercicio de las funciones que atribuye al ministerio público la ley 16/2006, de 26 de mayo por la que se regula el estatuto del miembro nacional de eurojust y las relaciones con este órgano de la unión europea.

I. LAS FUNCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN RELACIÓN CON LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL

La actividad internacional de la Fiscalía General del Estado ha experimentado estos últimos años un incremento espectacular. Son de sobra conocidas las múltiples razones que han contribuido a ello. La causa principal deriva del crecimiento general en el ámbito de la Administración de Justicia de las necesidades derivadas del auxilio judicial internacional, cuestión que ha sido anteriormente objeto específico de atención por parte de la Fiscalía General del Estado en las Instrucciones 3/2001 *sobre los actuales mecanismos y modalidades de asistencia judicial internacional en materia penal* y 2/2003 *sobre actuación y organización de las Fiscalías en materia de cooperación judicial internacional*. Pese a ello, la expansión de este área de actividad y la creación de nuevos instrumentos internacionales requiere actualizar el análisis y mejorar las formulas de coordinación, y a ello se dedican parte de las nuevas líneas organizativas que se afrontan en esta Instrucción.

Insistiendo en lo ya expresado en las Instrucciones citadas, uno de los mayores retos a los que el Estado de Derecho debe hacer frente en la actualidad es al fenómeno de la delincuencia organizada transnacional. La globalización nos sitúa ante el gran desafío que supone la internacio-

nalización del delito. Es una realidad innegable que los delitos que de forma más grave atentan contra nuestros valores y principios de convivencia pacífica, como el terrorismo, el tráfico de drogas, el blanqueo de dinero, la inmigración clandestina, la explotación laboral o sexual de inmigrantes o las infracciones cometidas a través de redes informáticas, tienen hoy una extensa dimensión transnacional.

Los delincuentes se organizan en estructuras internacionales, aprovechan la eliminación física de las fronteras y utilizan los avances de las comunicaciones para extender sus actividades, incrementar sus beneficios, dificultar las investigaciones policiales y judiciales y escapar de la acción de la justicia.

Frente a esta situación, y habida cuenta de las limitaciones que imponen las fronteras territoriales de las jurisdicciones, los Estados han optado por fortalecer los mecanismos de cooperación judicial internacional. Conscientes de que la actuación en este campo no puede ser unilateral, por un lado, se han fortalecido los vínculos bilaterales entre diferentes países de forma que durante los últimos años se ha incrementado notoriamente el número de convenios bilaterales en materia de auxilio judicial internacional, pero sobre todo los Estados han colaborado desde las organizaciones internacionales en que se integran –esencialmente la Unión Europea, el Consejo de Europa y Naciones Unidas–, en la creación de

nuevas formas de cooperación. Estas organizaciones han dedicado durante los últimos años y siguen consagrando una importante parte de su actividad a la creación y renovación de convenios relativos al auxilio judicial y también al establecimiento de estructuras que puedan contribuir a mejorar las formulas tradicionales de cooperación convirtiéndolas en más ágiles y sobre todo suficientemente eficaces para responder al grave problema al que nos enfrentamos.

Junto a las actividades estrictamente derivadas del ejercicio del auxilio judicial transfronterizo, hay un segundo ámbito de actuación que ha ocupado también parte del esfuerzo en el ámbito internacional de la Fiscalía General del Estado y que ha consistido en el reforzamiento y extensión de la integración y participación activa en el ámbito de las distintas Conferencias Internacionales que reúnen en espacios universales o regionales a autoridades judiciales y/o los Ministerios Públicos de distintos Estados.

Efectivamente, las instituciones públicas de los distintos Estados son conscientes de que los problemas a los que, en el ejercicio de sus funciones se enfrentan, son esencialmente comunes, por lo que han surgido asociaciones, redes o cumbres profesionales que reúnen a las instituciones del ámbito de justicia de las diferentes esferas regionales o culturales con el objetivo de compartir problemas y tratar de encontrar soluciones conjuntas. Este fortalecimiento de vínculos entre instituciones homólogas facilita el entendimiento, la confianza mutua y, en definitiva, permite un trabajo coordinado imprescindible para poder contar con técnicas y estrategias compartidas que permitan luchar de forma más eficaz contra la delincuencia organizada.

Por último, la lucha contra la delincuencia organizada no será realmente efectiva si no se convierte en una batalla global. Los Estados con índices más altos de desarrollo no pueden consentir que a su alrededor se extiendan otros espacios en los que la limitación de recursos eco-

nómicos o legales permitan a los delincuentes disfrutar de paraísos desde los que pueden actuar con impunidad, huir de la justicia y disfrutar sin trabas de los beneficios ilegales obtenidos. La cooperación al desarrollo en el ámbito de la Justicia, que procura, entre otras finalidades, dotar a Estados menos desarrollados de mecanismos legales para responder a la delincuencia, es también un elemento esencial de la lucha global contra el crimen transnacional.

También en este ámbito el Ministerio Fiscal español ha consolidado y ampliado su actividad. La Fiscalía General del Estado ha participado en proyectos de cooperación al desarrollo en materia de justicia, tanto en colaboración con instituciones nacionales, comunitarias, o extranjeras, como de forma autónoma, con el soporte económico de la Agencia Española de Cooperación Internacional u otras agencias públicas de similares características. Este creciente marco de actividad deriva tanto de las progresivas solicitudes de apoyo a las instituciones de la Administración de Justicia en materia penal en distintos ámbitos geográficos como del nuevo impulso que el Fiscal General quiere otorgar a la consideración del Ministerio Público como sujeto comprometido, junto al conjunto de Instituciones españolas del Sector Justicia, en tareas de cooperación al desarrollo.

Nos encontramos, por tanto, ante un fenómeno internacional con una dimensión triangular, en clara expansión, al que debe darse una respuesta adecuada.

El Ministerio Público, como autoridad judicial a efectos de cooperación internacional, constituye en todo este ámbito de actividad una pieza esencial. En gran parte de los países de nuestro entorno geográfico y con los que suele mantenerse en la actualidad una relación más frecuente, corresponde a los Fiscales la investigación e instrucción de los procedimientos penales (Alemania, Países Bajos, Portugal, Italia, los países anglosajones y también gran parte de los países iberoamericanos). De ello deriva un pro-

gresivo aumento en el número de comisiones rogatorias enviadas directamente a la Fiscalía desde las instituciones extranjeras homólogas. En muchos de estos países vecinos, los Ministerios Públicos son además autoridades centrales en materia de cooperación internacional, sustituyendo la tradicional tarea de los Ministerios de Justicia, para aunar en una sola institución la gestión administrativa y la ejecución del auxilio judicial internacional, con la consiguiente agilización de trámites.

Como consecuencia de ello y con el impulso derivado de las Instrucciones mencionadas, el Ministerio Público español, como decíamos, ha multiplicado extraordinariamente su presencia en materia de cooperación judicial internacional. Sin embargo, toda esta actividad tiene escaso reflejo normativo y estructural, de forma que las únicas referencias a esta actividad en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal se encuentran en el artículo 3. 15 cuando expone que «...corresponde al Ministerio Fiscal... Promover, o en su caso, prestar, el auxilio judicial internacional previsto en las leyes, tratados y convenios internacionales» y también, desde el punto de vista organizativo, en el artículo 16, cuando encomienda las labores de coordinación a la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado: «Sin perjuicio de las competencias encomendadas a otros órganos, la Secretaría Técnica asumirá el ejercicio o, en su caso, la coordinación de aquellas funciones que las leyes atribuyen al Ministerio Fiscal en materia de cooperación judicial internacional». Además el artículo 18 bis.f), recoge expresamente las funciones de auxilio judicial internacional que corresponden a la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas.

La voluntad de esta nueva instrucción es, partiendo de la reorganización de la Secretaría Técnica y de la fijación de pautas claras para la participación de los Fiscales en las diversas actividades internacionales, fortalecer este área de actuación

con el objetivo final de contribuir de forma relevante a luchar con eficacia contra la actividad delictiva transnacional, garantizando finalmente una mayor seguridad y libertad a los ciudadanos.

I.1 Ámbito de actividad que abarca la cooperación internacional

I.1.a) Sentido estricto.

El concepto de cooperación judicial internacional puede contemplarse desde un sentido estricto o amplio. Desde el primer punto de vista, comprende dos actividades esenciales: en primer lugar el auxilio judicial propiamente dicho, necesario para la ejecución en el extranjero de determinadas diligencias de instrucción, de prueba en el juicio oral o, incluso en el momento final del proceso, para la ejecución de las sentencias; y, en segundo lugar, la colaboración consistente en la entrega de sujetos procesales, que se concreta esencialmente en el conocido procedimiento de extradición o en la orden europea de detención y entrega en la Unión Europea.

En este aspecto, no huelga recordar que, como ya se expresa en la Instrucción 2/2003, el término «judicial» referido a la cooperación no debe entenderse de forma estricta a la realizada por los Jueces y Tribunales, sino que comprende también la cooperación que el Ministerio Fiscal, como autoridad judicial en el ámbito de la cooperación internacional, puede solicitar en ejecución de sus diligencias de investigación, o bien, puede prestar mediante el cumplimiento de diligencias a requerimiento de las autoridades extranjeras competentes. España, ha designado en su declaración al artículo 24 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 1959 al Fiscal como autoridad judicial, designación que se mantiene con el Convenio de 2000. Por otro lado, el artículo 3 de la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, reconoce

también expresamente el carácter de autoridad judicial competente del Ministerio Fiscal para la emisión y ejecución de parte de las medidas a las que la ley se refiere.

1.1.b) Sentido amplio.

Sin embargo, en un sentido amplio la cooperación judicial internacional comprende no sólo la concreta actividad de auxilio material en los procedimientos judiciales sino que encuadra también otros dos ámbitos de actuación internacional como son la cooperación al desarrollo y las actividades de representación y relaciones con las organizaciones e instituciones internacionales.

La ampliación del campo de acción internacional del Ministerio Público es un objetivo sentido en la práctica totalidad de los Ministerios Públicos en el mundo, que reconocen que deben incrementar sus esfuerzos en esta dirección. Buena prueba de que la idea es ampliamente compartida son las constantes manifestaciones en cualesquiera reuniones internacionales entre miembros de Ministerios Públicos, ya sean de ámbito mundial o regional, que coinciden en resaltar la necesidad de reforzar todo tipo de relaciones internacionales con el fin de incrementar su potencial en la lucha contra la delincuencia internacional, sumando sus respectivas iniciativas individuales y reforzando el intercambio de información. Como decíamos al inicio, la creación de ámbitos de diálogo entre instituciones con la responsabilidad de defensa de la legalidad y los principios del Estado de Derecho conlleva la creación de sinergias y pautas de actuación conjunta que sólo pueden redundar en beneficio del conjunto de las sociedades a las que sirven.

En este sentido y no por casualidad, como recordaba la Instrucción 3/2001, la Recomendación (2000) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa dedica los apartados 37, 38 y 39 a recoger la necesidad de facilitar la relación entre los diferentes Ministerios Públicos europeos, estableciendo contactos personales y periódicos

entre los miembros del Ministerio Fiscal de distintos países y, en especial, el interés de llevar a cabo reuniones regulares de Fiscales Generales, programas de sensibilización y formación conjuntos, etc.

La Fiscalía española no es ajena a esta tendencia y es evidente que toda esta actividad que actualmente se desarrolla en materia internacional genera un volumen de trabajo de carácter muy relevante que requiere, para ser eficaz, una mejor coordinación.

I. 2 La función de la Secretaría Técnica

De los tres ámbitos de actuación mencionados: auxilio judicial internacional, presencia institucional en conferencias o reuniones universales o regionales de Fiscales y cooperación al desarrollo, sólo la primera cuenta con cierta ordenación mediante la coordinación llevada a cabo por la Secretaría Técnica, y ello a través de la Instrucción 2/2003, que también por el tiempo transcurrido merece ser objeto de cierta actualización.

Los otros dos aspectos son también parte de la tarea llevada a cabo por la Secretaría Técnica. Sin embargo, la escasa concreción normativa ha provocado en ocasiones dispersión en las convocatorias, llamamientos y requerimientos que otras instituciones realizan a la Fiscalía. Esta situación debe remediarse a través del fortalecimiento de la estructura del Ministerio Fiscal en el ámbito general de las relaciones internacionales que puede concretarse a través de esta Instrucción, sin necesidad de esperar a la posible reforma del Estatuto Orgánico o su posterior desarrollo reglamentario.

Las tres áreas de actividad internacional referidas deben ser entendidas, desde luego, como comprendidas en la tarea de coordinación que el artículo 16 del EOMF encomienda a la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado que, además de llevar a cabo la dirección que le corresponde respecto del auxilio judicial internacional propiamente dicho y que, como

decíamos, se concreta en la referida Instrucción 2/2003, viene realizando tradicionalmente labores de enlace y preparación de la participación del Ministerio Fiscal en actividades de cooperación al desarrollo, así como también funciones de documentación, contacto e intervención en las distintas Conferencias, Seminarios y Reuniones internacionales de Ministerios Públicos, tal y como viene reflejándose posteriormente en las Memorias anuales de la Fiscalía General del Estado.

Sin embargo, su actuación en esta esfera requiere, como decíamos, ser reforzada a través de una reordenación y estructuración con la finalidad de que el Ministerio Fiscal cuente con un punto de contacto visible y centralizado que sirva como nexo de unión entre las instituciones convocantes u organizadoras de Conferencias, Seminarios o Proyectos de ayuda al desarrollo y los miembros del Ministerio Fiscal participantes en actividades internacionales.

Cualquier asunto que afecte a la eficacia de nuestra actuación, a la imagen, prestigio o relaciones internacionales del Ministerio Fiscal español constituye una cuestión propia que atañe al Fiscal General del Estado y a la Fiscalía en su conjunto. La necesidad de concretar y ordenar esta actividad, centralizando su gestión, deriva también de la propia esencia de la Institución y de sus principios rectores de jerarquía y unidad de actuación, recogidos en el artículo 22 del EOMF, así como de la representación que ostenta el Fiscal General del Estado, principios que deben garantizarse también en el ámbito de las relaciones internacionales del Ministerio Fiscal.

1.3 La Sección de Cooperación Internacional de la Secretaría Técnica

Por tanto, la tarea de adaptación y mejora de la organización del Ministerio Fiscal español frente las crecientes necesidades en el ámbito internacional debe realizarse partiendo de las funciones que

el propio Estatuto encarga a la Secretaría Técnica, mediante la reorganización de ésta y la constitución en su seno de la Sección de Cooperación Internacional, presidida por el Fiscal Jefe e integrada en cada momento por los Fiscales y los funcionarios que el Fiscal Jefe determine atendiendo a las tareas a realizar. Estos Fiscales y funcionarios desempeñarán su trabajo principalmente en este ámbito de actividad, si bien podrán compatibilizar estas funciones, cuando ello fuera necesario, con el resto de las que de forma general corresponden a la Secretaría Técnica.

Esta nueva Sección de Cooperación Internacional de la Secretaría Técnica realizará esencialmente las tareas de coordinación que a continuación se exponen, diferenciando las tres áreas anteriormente especificadas: cooperación judicial internacional en sentido estricto, cooperación al desarrollo y coordinación de las relaciones institucionales internacionales de la Fiscalía General del Estado y, en general, del Ministerio Público Español.

Con la nueva concreción estructural se mejora la visibilidad de la actividad del Ministerio Fiscal y se introduce un elemento beneficioso para la propia coordinación interna y externa de estas actividades internacionales.

II. FUNCIONES OPERATIVAS Y DE COORDINACIÓN DE LAS TAREAS DE AUXILIO JUDICIAL INTERNACIONAL

La Instrucción 2/2003 ya afirmó que a la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado, como órgano central del Ministerio Fiscal en materia de cooperación jurídica internacional le corresponden, bajo la supervisión del Fiscal General del Estado, facultades de coordinación de la actividad del Fiscal en el ámbito de las relaciones internacionales.

Esta instrucción estableció las bases para la creación y funcionamiento de un servicio de cooperación judicial internacional en las Fiscalías territoriales. El trabajo desarrollado por los Fiscales de la Red de Fiscales de Cooperación Internacional que se encargan en cada Fiscalía territorial de este servicio especial ha experimentado, en la misma línea indicada en toda la Instrucción, un crecimiento singular, por lo que este servicio especial merece ser reforzado esencialmente atendiendo a las características de determinados territorios.

Dentro de este apartado, en tanto es una cuestión que no ha sido objeto de tratamiento expreso en Instrucciones anteriores y teniendo en cuenta su escasa y poco actualizada regulación normativa, procede realizar una expresa mención a la coordinación de los desplazamientos, cada vez más habituales, de los Fiscales para participar en la ejecución en el extranjero de las diligencias solicitadas en las comisiones rogatorias activas.

Por otro lado, tras la Instrucción 2/2003 han sido dos las principales realidades desarrolladas en este ámbito y que requieren ser mencionadas en el marco de las funciones que corresponden a la Sección de Cooperación Internacional de la Secretaría Técnica y a los Fiscales de las Secciones de Cooperación Internacional de las Fiscalías Territoriales y Especiales: Iber-RED y Eurojust.

La creación de Iber-RED supone un nuevo mecanismo destinado a la mejora de la cooperación judicial internacional en el ámbito geográfico Iberoamericano que debe ser objeto de atención específica. Igualmente procede abordar en esta Instrucción las nuevas responsabilidades del Ministerio Público derivadas de la aprobación de la Ley 16/2006, de 26 de mayo de 2006, por la que se regula el Estatuto del Miembro Nacional de Eurojust y las relaciones con este órgano de la Unión Europea.

II.1 La Red de Fiscales de Cooperación Judicial Internacional

La Instrucción 2/2003, se centra en la ordenación de la actividad del auxilio judicial internacional del Ministerio Público, creando el servicio de cooperación judicial internacional en cada Fiscalía territorial con el objeto fundamental de mejorar la atención del Fiscal a las comisiones rogatorias, tanto desde el punto de vista activo como pasivo. La Red de Fiscales de Cooperación Judicial Internacional que, como se decía, atiende este servicio especial ha funcionado con eficacia desde su constitución, respondiendo al crecimiento de demandas y mostrando una actividad incesante en la mejora de la tarea desarrollada por la Fiscalía en este ámbito.

Durante este tiempo la concreta composición de la Red ha experimentado cambios derivados de los traslados de los Fiscales que la integran, toda vez que la Instrucción 2/2003 dispone el cese como punto de contacto de esta Red en caso de traslado a otra Fiscalía en la que existan ya puntos de contacto. La realidad ha venido demostrando la necesidad de refuerzo y ampliación de esta Red, especialmente en las Fiscalías que atienden grandes ciudades, territorios fronterizos o con especial relevancia turística, de forma que los traslados en ocasiones pueden a estos efectos permitir contar con más de un experto en la materia en alguna Fiscalía concreta.

De esta forma, en caso de traslado de un Fiscal miembro de la Red de Fiscales de Cooperación Judicial Internacional sigue en principio en vigor la disposición que en la Instrucción 2/2003 disponía su cese como miembro de la Red; sin embargo, con el objeto de aprovechar la experiencia y conocimientos adquiridos en el desempeño de su función, el Fiscal trasladado podrá servir de apoyo en caso de necesidad en el servicio de cooperación internacional en la Fiscalía de destino. Así, cuando concorra voluntad ex-

presa en este sentido, los Fiscales de la Red que se trasladen de Fiscalía y que por tanto deban cesar en su calidad de puntos de contacto, podrán ser incorporados a la lista de puntos de contacto como suplentes de los Fiscales que ya ejerzan en esa función en la Fiscalía de destino. En la medida en que el presupuesto económico lo permita, estos Fiscales suplentes podrán participar en los cursos o encuentros previstos para los Fiscales que integran la Red.

II.2 Coordinación de desplazamientos para la ejecución de comisiones rogatorias

El crecimiento de las demandas de auxilio judicial ha generado un incremento de traslados temporales de miembros del Ministerio Público para participar en la ejecución en el extranjero de comisiones rogatorias, ya sea en las solicitadas directamente por el Fiscal en sus diligencias de investigación ya sea para tomar parte en el cumplimiento de las solicitadas por el Juzgado.

Efectivamente, el acto de auxilio judicial puede requerir la intervención de las propias autoridades requerentes y las diferentes partes procesales, esencialmente cuando se acuerda como un acto de instrucción y de obtención de pruebas en el seno de un procedimiento judicial en el que deben desplegar toda su eficacia los principios de contradicción, publicidad e igualdad de partes, salvo las limitaciones legalmente previstas. En este caso, el Fiscal y las diferentes partes procesales podrán acudir a la práctica de las diligencias e intervenir formulando las preguntas que se consideren pertinentes si se trata de una declaración de imputados o testigos.

Así lo prevé el artículo 4 del Convenio del 59: *Cuando la Parte requirente lo solicite expresamente, la Parte requerida le informará de la fecha y el lugar de ejecución de la comisión rogatoria. Podrán concurrir al acto las autoridades y las per-*

sonas interesadas, con el consentimiento de la Parte requerida.

Con objeto tanto de tener la máxima participación en la obtención de la prueba como para satisfacer el principio de contradicción y a la vez poder conferir a la diligencia el carácter de prueba preconstituida, las autoridades judiciales requeridas deben hacer un esfuerzo para permitir la intervención de las partes acreditadas. En este sentido conviene recordar que el propio Consejo de Europa aconseja la máxima amplitud en estas autorizaciones, así en la Recomendación R (80) 8 se afirma que *«al aplicar el artículo 4 del Convenio y sin perjuicio de las disposiciones de su ley interna, la autoridad competente del Estado requerido, debería hacer un amplio uso de la facultad de permitir a las autoridades del Estado requirente y a las personas de que se trate, que asistan a la ejecución de las comisiones rogatorias y que colaboren con ellas lo más posible».*

La necesidad de participación del Fiscal en la práctica de estas diligencias debe ser apreciada en primer lugar por el Fiscal encargado de las diligencias en las que se ha solicitado la comisión rogatoria el cual deberá ponerlo en conocimiento del Fiscal Jefe informándole de las razones que aconsejan su desplazamiento para estar presente en la ejecución de la diligencia de que se trate. El Fiscal Jefe salvo que aprecie una notoria inutilidad del desplazamiento solicitará del Ministerio de Justicia con la antelación suficiente, a través de la Inspección Fiscal, la concesión de la correspondiente comisión de servicio para la autorización y abono de los gastos de traslado, alojamiento y manutención.

Para garantizar la debida coordinación de toda esta actividad, los Fiscales Jefes, incluidos los de las Fiscalías especiales, deben comunicar todo desplazamiento internacional de Fiscales para la participación en la ejecución de comisiones rogatorias –tengan o no anticipadamente concedida la comisión de servicio para el

desplazamiento— a la Sección Internacional de la Secretaría Técnica.

II.3 Iber-RED

Iber-RED es una estructura creada en el ámbito Iberoamericano a imagen y semejanza de la Red Judicial Europea y está igualmente integrada por Fiscales, Magistrados y funcionarios de los Ministerios de Justicia con responsabilidades en el ámbito de la cooperación internacional, que actúan como puntos de contacto. Por tanto, es un mecanismo informal de facilitación de la asistencia judicial internacional constituida por los profesionales que en cada Estado tienen alguna responsabilidad en materia de auxilio jurisdiccional y pueden, sin sustituir los métodos formales de comunicación e intercambio de solicitudes, contribuir a mejorar y facilitar la comunicación y a solucionar concretos obstáculos en la ejecución de las comisiones rogatorias.

Efectivamente, habida cuenta de los excelentes resultados de la Red Judicial Europea, las diferentes Cumbres y asociaciones del ámbito de Justicia Iberoamericano se interesaron en la creación de redes propias siguiendo la fórmula de la Red Judicial Europea. La creación separada de redes sectoriales en Ministerios de Justicia, Fiscalías y Cumbres judiciales carecía de la suficiente operatividad por lo que finalmente como confluencia de tres iniciativas convergentes de la Cumbre de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos, la Asociación Ibero-Americana de Ministerios Públicos, la Conferencia de Ministros de Justicia y con el apoyo de la Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, Iber-RED fue creada en octubre de 2004 en Cartagena de Indias.

De esta forma, los integrantes de la Red realizan, esta vez en el ámbito Iberoamericano, el papel de mediadores activos de la cooperación internacional, complementando las funciones de las instituciones y métodos de trabajo existentes y procurando superar las difi-

cultades que derivan de la existencia de fronteras judiciales y de los mecanismos formales de asistencia judicial poco adaptados a los fenómenos criminales actuales. Su funcionamiento se regula en el Reglamento aprobado en la Reunión de Cartagena de Indias, (Colombia) los días 27 a 29 de octubre de 2004.

Su estructura se compone en este momento exclusivamente por la propia Red integrada por los puntos de contacto y una Secretaría Permanente que corresponde al Secretario de la Cumbre de Ministros de Justicia de Ibero América a quien compete el ejercicio de las funciones esencialmente organizativas, convocatoria de reuniones etc. Los puntos de contacto son nombrados libremente por cada Estado procurando que existan miembros de la Red en las tres instituciones con responsabilidades en el área internacional, Ministerios de Justicia, Poder Judicial y Ministerio Público.

La Fiscalía española se integra en Iber-RED, como en la Red Judicial Europea, a través de puntos de contacto directos ubicados generalmente en las Fiscalías especiales y en la Secretaría Técnica. Excepcionalmente, algunas Fiscalías territoriales por sus especiales circunstancias son merecedoras de contar con un punto de contacto de Iber-RED, como ocurre actualmente con la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Los puntos de contacto de Iber-RED son auxiliados en sus funciones por la Red de Fiscales de Cooperación Judicial Internacional.

La cooperación judicial con los Países iberoamericanos no ha alcanzado por el momento el grado de integración y comunicación directa que ha conseguido la Unión Europea. En este sentido Iber-RED puede servir de dinamizador y convertirse en un medio especialmente idóneo no sólo para superar barreras formales sino también para ir construyendo la confianza mutua y las bases necesarias para la preparación de una posible futura comunicación directa entre autoridades judiciales. A través de Iber-RED es posible realizar consultas sobre legislación apli-

cable, autoridades competentes, etc., y sobre todo desde el punto de vista práctico adelantar informalmente la formulación o ejecución de solicitudes de asistencia legal, comprobar la corrección de lo solicitado con las autoridades de ejecución, además de solventar obstáculos y acelerar la ejecución de comisiones rogatorias.

III. EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES ATRIBUIDAS AL MINISTERIO PÚBLICO EN LA LEY 16/2006 DE 26 DE MAYO, POR LA QUE SE REGULA EL ESTATUTO DEL MIEMBRO NACIONAL DE EUROJUST Y LAS RELACIONES CON ESTE ÓRGANO DE LA UNIÓN EUROPEA

III.1 Auxilio general al Colegio y miembro nacional de Eurojust

En lo que se refiere a las relaciones con Eurojust, aunque ya venía expresada en la Instrucción 2/2003 la obligación de los Fiscales integrados en el servicio especial de atender a las solicitudes y prestar el auxilio necesario al miembro nacional, asistente y corresponsales de Eurojust, conviene realizar algunas consideraciones respecto a las nuevas funciones que a la Fiscalía se encomiendan en la Ley 16/2006.

La Ley de trasposición de la Decisión del Consejo de 28 de febrero de 2002, por la que se crea Eurojust, establece un deber general de colaboración para todos los miembros del Ministerio Fiscal –igual que para todas las autoridades y funcionarios–:

Artículo 13. 1. *«Los jueces y tribunales, los miembros del Ministerio Fiscal y todas las personas y entidades públicas están obligadas a prestar la colaboración requerida por Eurojust, colegiadamente o a través del miembro nacional o su asistente, así como por los corresponsales nacionales, dentro del marco de sus res-*

pectivas competencias, de conformidad con lo dispuesto en las leyes.

2. *La desatención a los requerimientos de Eurojust será objeto de sanción disciplinaria penales que puedan desarrollarse por la jurisdicción española, o para su coordinación con los que se desarrollen en otro Estado miembro de la Unión Europea».*

Junto a este general deber de auxilio, la ley recoge funciones concretas y exclusivas para el Fiscal General del Estado que se sitúa, dentro de la Administración de Justicia Española, como principal órgano receptor de solicitudes de Eurojust. También se atribuyen funciones específicas a las Fiscalías que conocen de un determinado asunto.

III.2 Funciones atribuidas exclusivamente al Fiscal General del Estado

Concretamente, conforme a lo establecido en el artículo 14.2.a) de la Ley, al Fiscal General del Estado le corresponde recibir y resolver las solicitudes del miembro nacional o del Colegio de Eurojust a que se refieren los artículos 6.a) i) y 7.a) i) de la Decisión de 28 de febrero de 2002, sobre iniciación de una investigación o actuación penal sobre hechos concretos.

También le corresponde de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 14. 2 b) recibir las demandas del miembro nacional o del Colegio de Eurojust previstas en los artículos 6.a) ii) y 7.a) ii) de la misma Decisión sobre reconocimiento de que las autoridades de un Estado miembro están en mejor condición para llevar a cabo una investigación o unas actuaciones judiciales sobre hechos concretos.

Recibida la solicitud, el Fiscal General tomará la decisión y procederá tal y como dispone el último párrafo del artículo 14.2 de la ley: *«Recibida la solicitud el Fiscal General del Estado resolverá sobre su procedencia e impartirá, en su caso, las instrucciones oportunas para que por el*

Ministerio Fiscal se insten las actuaciones que sean pertinentes».

La preparación de la documentación y resolución que el Fiscal General del Estado debe dar a estas solicitudes corresponde a la Sección de Cooperación Internacional de la Secretaría Técnica, la cual podrá dirigirse a las Fiscalías cuyo ámbito competencial tenga o pueda tener relación con los hechos, solicitando la aportación de datos o informes que fueran necesarios sobre posibles actuaciones previas en España, estado de las investigaciones o cualquier otra circunstancia de interés relacionada con los hechos que puedan tener a su disposición. Reunida la información, la Sección de Cooperación Internacional de la Secretaría Técnica elaborará la propuesta de resolución del Fiscal General a la solicitud de Eurojust.

La relación y cierta ambigüedad en la redacción de los artículos 14.2.a) y 16 de la Ley 16/2006 puede dar lugar a alguna duda interpretativa que parece necesario tratar de despejar partiendo del diferente ámbito de aplicación de uno y otro, así como las distintas consecuencias derivadas de lo que en ellos se dispone.

El artículo 14 se refiere de modo general a todas aquellas comunicaciones que Eurojust dirija a los concretos órganos judiciales o Fiscalía que conozca del asunto, especificando en su apartado segundo concretos supuestos en los que será exclusivamente el Fiscal General del Estado el competente para recibir esas solicitudes. Así concretamente el texto del artículo 14.2 de la Ley 16/2006 dice: *«El Fiscal General del Estado será competente para recibir las solicitudes de Eurojust cuando se refieran a:.. a) La iniciación de una investigación o una actuación penal sobre hechos concretos».*

No presenta especiales dificultades la interpretación de esta disposición por sí sola. El legislador español ha querido que sea el órgano encargado del ejercicio de la acción pública y precisamente su superior jerárquico el que decida sobre aquellas solicitudes de Eurojust que ten-

gan por objeto que en España se ponga en marcha una investigación o actuación penal sobre los hechos concretos que se comunican en la solicitud. El Fiscal General puede decidir ordenar la incoación de diligencias de investigación del artículo 5 del EOMF en la Fiscalía o Fiscalías competentes, la remisión al Juzgado competente para la incoación de las correspondientes diligencias previas o bien denegar la solicitud en cuyo caso y cuando la petición provenga del Colegio de Eurojust la comunicación de la decisión de no incoación de diligencias se realizará, conforme a lo dispuesto en el artículo 14.4 de la Ley, motivadamente de acuerdo a lo dispuesto también en el artículo 8 de la Decisión mencionada que expresa lo siguiente:

«Si las autoridades competentes del Estado miembro afectado decidieran no acceder a alguna de las solicitudes mencionadas en la letra a) del artículo 7, informarán a Eurojust de su decisión y de los motivos de la misma, salvo que, en los casos mencionados en los incisos i), ii) y v) de la letra a) del artículo 7, no pudieran indicar sus motivos por alguna de las razones siguientes:

i) que indicarlos perjudicase intereses nacionales esenciales en materia de seguridad,

ii) que indicarlos comprometiese el correcto desarrollo de investigaciones en curso o la seguridad de las personas».

Respecto al segundo supuesto en el que Eurojust se dirige directamente al Fiscal General del Estado, conforme al artículo 14. 2.b) de la Ley para solicitar *«El reconocimiento de que las autoridades de un Estado miembro están en mejor condición para llevar a cabo una investigación o unas actuaciones judiciales sobre hechos concretos»*, el Fiscal General decidirá también conforme a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 14.2, aplicando, a falta de una legislación interna más completa, las disposiciones procedentes de los Convenios vigentes que prevean la transferencia de procedi-

mientos, cesiones de jurisdicción, denuncias oficiales, etc.

III.3 Remisión por Eurojust de un procedimiento abierto por las autoridades judiciales de otro Estado

El artículo 16 de esta Ley contempla un supuesto relacionado con la solicitud del artículo 14.2, pero diferente:

Artículo 16. 1. *«A solicitud del Colegio Eurojust o del miembro nacional de Eurojust, el Ministerio Fiscal, podrá instar de los jueces centrales de instrucción y los jueces de instrucción que inicien un procedimiento judicial o amplíen a otros hechos el procedimiento ya abierto en España como consecuencia de la declaración efectuada por una autoridad competente de otro Estado miembro de la Unión Europea por la que se acuerde la remisión a España del procedimiento».*

Se trata de una regulación dirigida a casos muy concretos, aquellos en los que la autoridad competente de otro Estado haya decidido remitir a España, a través de Eurojust, un procedimiento ya abierto en dicho Estado.

Hay que advertir que para diferenciar este supuesto del artículo 16 de los casos del artículo 14.2 deben concurrir cumulativamente los tres requisitos, la existencia de un procedimiento abierto en otro Estado, la decisión de la autoridad competente de remitir ese procedimiento a España y que la remisión se produzca a través de Eurojust. No quedan afectadas, por tanto, por esta disposición las remisiones de procedimientos que, por aplicación general de convenios de cooperación judicial internacional, se producen por transmisión directa entre autoridades competentes o a través de la autoridad central.

En estos específicos casos del artículo 16 de la Ley, conviene recordar que, pese a que se trata de supuestos en los que puede proceder la iniciación de una investigación o una actuación penal sobre

hechos concretos (tal y como se refleja en el artículo 14.2), la especialidad del artículo 16 hace que decaiga la excepcional competencia exclusiva del Fiscal General del Estado contemplada en el artículo 14.2 y que, por el contrario, se vuelva a la regla general del artículo 14.1 en el que la competencia es, por lo que al Ministerio Público se refiere, de la concreta Fiscalía que corresponda conforme a su ámbito de competencia. Esta interpretación viene avalada por el propio tenor literal del artículo 16 que no se refiere al Fiscal General del Estado sino, genéricamente, al Ministerio Fiscal.

El mismo tenor literal del artículo 16 nos lleva a identificar otro matiz peculiar para este caso: El Ministerio Fiscal sólo podrá reaccionar instando, o decidiendo no hacerlo, del órgano judicial competente la iniciación o la ampliación de un procedimiento judicial sobre los hechos a que se refiera la solicitud, quedando excluida la posibilidad de que sea el Fiscal quien inicie o amplíe las Diligencias de Investigación del artículo 5 del EOMF. En todo caso, la previsión no debe impedir que el Fiscal acuerde la realización de diligencias imprescindibles para tomar fundadamente su decisión.

Debe entenderse que esta solicitud de Eurojust o del miembro nacional a iniciativa de la declaración realizada por una autoridad extranjera se concreta en supuestos similares a los previstos actualmente para las autoridades judiciales –conforme al Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Países Miembros de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000– o a través del Ministerio de Justicia como autoridad central –en el supuesto del artículo 21 del Convenio de Asistencia Judicial Penal del Consejo de Europa de 1959– pero llevados a cabo materialmente en esta ocasión a través de Eurojust. En cierta forma este artículo 16 viene a suplir los limitados efectos que ha desarrollado el Convenio Europeo de Trasmisión de Procedimientos en Materia Penal del Consejo de Europa de 15 de mayo de 1972, habida cuenta del escaso

número de ratificaciones de que ha sido objeto.

Por tanto, en los supuestos del artículo 16, en los que la solicitud de Eurojust no tiene necesariamente que remitirse conforme al texto de la Ley al Fiscal General sino a la Fiscalía competente, corresponderá a ésta a través del Servicio Especial de Cooperación internacional, bajo la supervisión del Fiscal Jefe, decidir la resolución a adoptar. Sin embargo, habida cuenta de la trascendencia internacional de la decisión de instar o no al Juzgado la incorporación del procedimiento al ya abierto o para iniciar uno nuevo, debe ser éste uno de los supuestos de actividad del Servicio Especial de Cooperación Internacional que requiere ser coordinado en los términos que a continuación se exponen:

En el caso de que el Fiscal competente, tras haber estudiado la solicitud, la documentación y los antecedentes decida responder positivamente y solicitar del Juzgado que se inicie o amplíe el procedimiento, deberá hacerlo comunicándolo inmediatamente al órgano que haya realizado la petición, el Colegio de Eurojust o al miembro nacional, e igualmente a la Sección de Cooperación Internacional de la Secretaría Técnica.

En el supuesto de que el Fiscal entienda que la solicitud del Colegio de Eurojust o del miembro nacional no debe ser atendida, deberá remitir un informe fundamentado a la Sección de Cooperación Internacional de la Secretaría Técnica que, a su vez, tras el correspondiente análisis de los hechos y las circunstancias concurrentes, elevará al Fiscal General la propuesta de autorización de una respuesta negativa a la solicitud realizada. La decisión que el Fiscal General adopte será comunicada al Fiscal competente para que proceda en consecuencia, bien comunicando definitivamente a Eurojust la negativa a atender su demanda o bien, procediendo conforme a lo decidido por el Fiscal General, a remitir el procedimiento al Juzgado competente y solicitar que se inicien diligencias o se amplíe el

procedimiento a los nuevos hechos comunicados a través de Eurojust.

III.4 Convocatoria y asistencia a reuniones de coordinación en Eurojust

Otra de las novedades que derivan del desarrollo y funcionamiento de Eurojust es la celebración de numerosas reuniones de coordinación o estratégicas en su sede en La Haya o en otras ciudades. A estas reuniones son convocados los Fiscales encargados del procedimiento sobre hechos que por sus implicaciones y relevancia internacional, van a ser objeto de tratamiento. En estos casos, el miembro nacional de Eurojust suele convocar al Fiscal concernido y es Eurojust quien, en la mayoría de las ocasiones, se hace cargo de los gastos y dietas de desplazamiento a estas reuniones. Sin embargo, independientemente que el traslado del Fiscal al lugar de la reunión requiera abono o no de dietas y gastos de viaje, cualquier desplazamiento al extranjero de miembros del Ministerio Público debe contar con las necesarias autorizaciones administrativas.

El Colegio de Eurojust o el miembro nacional, en razón a los principios de unidad y jerarquía deberán realizar la solicitud de asistencia del Fiscal competente a través del Fiscal Jefe de la Fiscalía a que pertenece el convocado, a cuyo fin la Sección Internacional de la Secretaría Técnica se dirigirá a Eurojust comunicándole la forma general y procedente de citación de miembros del Ministerio Público español. La convocatoria deberá ser comunicada igualmente y con la antelación suficiente a la Sección de Cooperación de la Secretaría Técnica, a la que le corresponderá la solicitud de la correspondiente autorización administrativa – comisión de servicio– para el desplazamiento. Para ello, los Fiscales Jefes deberán remitir a la Sección de Cooperación de la Secretaría Técnica copia de la notificación que Eurojust les haya enviado

para la asistencia a reuniones de algún Fiscal de la plantilla.

La participación en este tipo de reuniones constituye una obligación que se encuentra comprendida en el artículo 13 de la Ley 16/2006, por lo que conviene precisar que entra dentro de las funciones del Fiscal la participación activa en este tipo de sesiones. En el caso de que el Fiscal convocado entienda que concurren razones que justifican su inasistencia deberá ponerlo en conocimiento con la mayor celeridad posible a su superior jerárquico y la Secretaría Técnica con la finalidad de que pueda acordarse su sustitución o bien se disculpe oportunamente su ausencia en el caso de que se entendiera prescindible.

En todo caso, el Fiscal que participe en estas reuniones debe elaborar, al finalizar las mismas, un breve informe sobre los aspectos objeto de discusión y la solución adoptada, recogiendo cuando fuera oportuno una valoración de la utilidad de la reunión, las concretas dificultades para la obtención de acuerdos con las delegaciones de otro Estado, así como su propia propuesta de actuación y solución. Este informe, que se incorporará a la documentación de la Fiscalía, deberá ser remitido al Fiscal Jefe de la Fiscalía a la que pertenezca y a la Sección Internacional de la Secretaría Técnica.

III.5 Comunicación por los Fiscales de informaciones relevantes a Eurojust

Por último y dado que hasta ahora sólo se ha tratado el aspecto pasivo de respuesta a Eurojust conviene incidir en una posición activa que corresponde, no sólo a los Fiscales de los servicios especiales de cooperación, sino a todos los miembros del Ministerio Público.

Eurojust es una estructura europea con funciones de fortalecimiento y mejora de la cooperación judicial internacional que sólo puede desarrollar su actividad si las autoridades judiciales competentes en cada Estado les transmiten la información

relevante y solicitan su intervención en caso de necesidad y utilidad.

Esta obligación de información se recoge en el artículo 15.2 de la Ley donde expresamente se expone «*La Fiscalía General del Estado informará a Eurojust sobre la existencia de toda investigación o actuación judicial, comprendida en el ámbito de competencia de éste, que tenga repercusiones a escala de la Unión Europea o pueda afectar a otro Estado miembro de la Unión Europea*». Se trata de una obligación real y no retórica que corresponde a la Fiscalía en su conjunto por lo que interesa destacar esta nueva responsabilidad que atañe esencialmente al Ministerio Público, por mandato expreso de la Ley, en aras a garantizar la consecución de la eficacia en la persecución de la delincuencia organizada transnacional y concretar un nuevo funcionamiento del espacio judicial europeo.

Eurojust es una institución que, como decíamos, sólo podrá desplegar toda su eficacia contando con una posición activa y de positiva colaboración de las autoridades judiciales nacionales. Éstas, en la búsqueda de una investigación completa y eficaz de actividades delictivas transnacionales requerirán contrastar y cruzar datos con los que obran en poder de las autoridades judiciales de otros Estados, para lo que la intervención de Eurojust puede resultar de ayuda esencial. Conviene recordar que Eurojust ha desarrollado en 2005 un sistema automatizado de gestión de casos (CMS) que facilita el tratamiento de la información siempre con respeto a las estrictas normas de protección de datos que resultan de la propia Decisión. Por ello y con la finalidad de mejorar la eficacia en la investigación de la delincuencia transnacional organizada, los Fiscales deben procurar que se traslade a Eurojust la información necesaria para el ejercicio de sus funciones adoptando una posición activa que permita aprovechar todo su potencial y solicitar su intervención cuando fuera necesario.

Por ello, los Sres. Fiscales que en el curso de diligencias de investigación que

estén dirigiendo o de diligencias judiciales en las que intervengan, tengan conocimiento de hechos con trascendencia y relevancia internacional, especialmente aquéllos relacionados con delincuencia organizada transnacional de carácter multilateral que entren dentro de las competencias de Eurojust definidas en el artículo 4.1 de la Decisión de 28 de febrero de 2002; o incluso fuera de estos supuestos, si se considera oportuna la intervención de Eurojust – habida cuenta de la competencia residual que le otorga el artículo 4.2–, deben remitir o procurar que se comunique la información necesaria al miembro nacional con el objeto de solicitar su intervención o la del Colegio, para una actuación coordinada de sus investigaciones con las que se llevan a cabo o puedan iniciarse en otros Estados implicados. Cuando esta comunicación de información a Eurojust sea relevante y se realice formalmente y por escrito deberá remitirse copia a la Sección Internacional de la Secretaría Técnica.

No obstante lo expuesto, conviene precisar que el propio artículo 15.2 en su párrafo segundo establece que tal comunicación o envío de información a Eurojust puede demorarse el tiempo indispensable para no comprometer el resultado de las actuaciones.

Cuando se trate de supuestos de cooperación bilateral, o de resolver cuestiones sencillas o de menor entidad relativas a la ejecución de comisiones rogatorias, los Sres. Fiscales continuarán solicitando la ayuda e intervención de los Magistrados de Enlace y de los Puntos de Contacto de la Red Judicial Europea.

IV. CONTRIBUCIÓN A LA COOPERACIÓN AL DESARROLLO EN MATERIA DE JUSTICIA

IV.1 Introducción

Como se exponía al inicio, las instituciones públicas españolas y extranjeras,

las organizaciones no gubernamentales y, en ciertas ocasiones, las instituciones privadas, requieren, cada vez con mayor frecuencia, la asistencia de miembros del Ministerio Público español para prestar su colaboración en proyectos internacionales de cooperación al desarrollo o de contribución a la reconstrucción institucional del Estado de Derecho en zonas en crisis. La participación de la Fiscalía en tales proyectos es objeto de aliento por la Fiscalía General, que con esta Instrucción pretende obtener mayor eficacia, visibilidad y transparencia, evitando algún supuesto de descoordinación detectado. Se trata de concretar una ordenación de este ámbito de actividad de los Fiscales para que la tarea alcance mayor operatividad y pueda además compatibilizarse con la actividad ordinaria que al Ministerio Público se encomienda.

El apoyo de la Fiscalía a la reforma institucional en materia judicial en países en vía de desarrollo constituye en primer lugar un elemento fundamental para la consolidación de la democracia, el Estado de Derecho y la promoción y garantía de los derechos humanos. Por otro lado, la creación o consolidación de instituciones homologas sólidas es también una forma de favorecer el entendimiento, la confianza mutua y como consecuencia las posteriores relaciones en materia de auxilio internacional incrementando las posibilidades de trabajo conjunto e intercambio de información; en resumen favoreciendo la lucha conjunta contra la delincuencia organizada. Por ello, la Fiscalía viene trabajando desde hace años en el ámbito de cooperación al desarrollo en materia de Justicia en países acreedores a esta ayuda, esencialmente en Países del Centro y Este de Europa –generalmente candidatos a la incorporación a la Unión Europea–, en países vecinos del Norte de África y también en Iberoamérica. Más ocasionalmente se ha colaborado en el desarrollo de proyectos en otros ámbitos geográficos.

Para conseguir los objetivos señalados de institucionalización o restablecimiento

del Estado de Derecho, reconstrucción o reorganización de las instituciones de la Administración de Justicia, promoción y respeto de derechos humanos, le corresponde al Ministerio de Asuntos Exteriores establecer el marco general de la cooperación española en el que la Fiscalía deberá encuadrarse.

En la actualidad, las directrices vienen determinadas en el Plan Director de la Cooperación Española 2005/2008, como documento marco que determina los objetivos, prioridades sectoriales y geográficas de la cooperación al desarrollo. Con ello se concretan los objetivos generales para mantener la coherencia e intensificar la coordinación de todas las actuaciones y proyectos de reforma institucional que las distintas administraciones públicas financian. En esta estrategia figuran como propósitos concretos, entre otros, la reforma de la Justicia y el fortalecimiento del Ministerio Público como institución esencial para la defensa de la legalidad. La Fiscalía debe comprometer su trabajo en la prestación del auxilio preciso para llevar a cabo las reformas necesarias en ejecución de este plan.

En algunos casos, la Fiscalía trabaja junto a otras instituciones del sector Justicia, –Ministerio de Justicia, Consejo General del Poder Judicial, Universidades, etc.– en el desarrollo de programas diseñados conjuntamente, o bien colabora en la ejecución, en su conjunto o puntualmente, en proyectos de otras Instituciones en los que se solicita la participación de miembros del Ministerio Público. Sin embargo, cada vez más esta actividad de cooperación al desarrollo se produce de forma autónoma e independiente de otras instituciones del Sector Justicia, si bien contando con el necesario soporte financiero de una institución española o extranjera.

El Ministerio Público español cuenta con una amplia experiencia en la elaboración y ejecución de proyectos de cooperación al desarrollo en países europeos, a través de la ejecución de proyectos de Hermanamiento (Twinning) que la

Unión Europea ha puesto en marcha bajo sus programas PHARE y CARDS para lograr la adaptación de los Estados candidatos y precandidatos a los estándares básicos de la Unión Europea. Concretamente, la Fiscalía Española ha liderado y desarrollado programas de hermanamiento y fortalecimiento de determinadas instituciones en Rumania, Eslovaquia, Polonia, Croacia y Albania.

Aunque se han prestado asesoramientos puntuales en el combate contra los delitos medioambientales o el fortalecimiento de las estructuras en materia de cooperación judicial internacional, la actividad de la Fiscalía española se ha centrado esencialmente en la creación o reforma de las Fiscalías de estos países, sobre todo mejorando sus capacidades en la lucha contra la corrupción. La experiencia de una Fiscalía especializada y organizada de forma multidisciplinar, como la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos Relacionados con la Corrupción española, ha servido como modelo en estos programas, cuyos administradores europeos han considerado que el papel desempeñado por el Ministerio Público español, su estructura y organización y, sobre todo, su especialización son un elemento institucional esencial para lograr una lucha más eficaz contra la lacra que supone la corrupción.

Todas estas experiencias han puesto de manifiesto que la Fiscalía española, en su conjunto o bien centrada más específicamente en alguno de sus órganos como viene siendo la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos Relacionados con la Corrupción, constituye una Institución adecuada para presentar y elaborar proyectos de cooperación al desarrollo en materia de Justicia y cuenta con capacidades y capital humano de gran valor cuya experiencia puede ser de gran utilidad a la hora de la planificación de reformas institucionales en los Ministerios Públicos de los países beneficiarios. Pese a este indudable potencial, en ocasiones el escaso conocimiento de la

actividad internacional de la Fiscalía ha provocado que las Instituciones necesitadas extranjeras no pudieran contar con la ayuda que la Fiscalía española podría haber prestado.

La centralización y coordinación de toda esta actividad deriva no sólo de la necesidad de poder ofrecer y dar a conocer nuestras capacidades de colaboración al fortalecimiento de la gobernabilidad de los países receptores sino también de la necesidad de ordenar y archivar de forma centralizada la información sobre el conjunto de actividades realizadas, garantizando su continuidad y coherencia, y evitando reiteraciones. Se trata de homologar modos de actuación y sistematizar el trabajo, facilitando el manejo de la documentación generada en actividades anteriores de forma que su adecuada sistematización y distribución permita que el trabajo realizado pueda servir de base para consultorías futuras.

Para ello, la documentación generada por los Fiscales en estas consultorías, seminarios o reuniones como, análisis de necesidades, propuestas de actuación, proyectos de reforma, recomendaciones, informes etc., serán remitidos a la Sección Internacional de la Secretaría Técnica en soporte informático, donde quedará debidamente archivada y sistematizada. La Secretaría Técnica deberá, en caso necesario, proporcionar la documentación previa que pueda ser relevante y resultar de utilidad a los Fiscales que vayan a realizar tareas de consultoría, docencia, etc., en proyectos que puedan tener relación con otros anteriores ya ejecutados.

Uno de los objetivos de esta Instrucción es la concreción y determinación, tanto en el ámbito interno como externo, de la forma en que se debe desempeñar la actividad de cooperación al desarrollo en materia de Justicia por la Fiscalía española. Se trata de clarificar y ordenar la actividad de los Fiscales como consultores internacionales, que es una tarea extraordinaria, pero comprendida en el marco de actividad de la Fiscalía y que

requiere ser sistematizada y gestionada con transparencia, en la medida en la que, en la mayoría de las ocasiones, la participación de Fiscales se realiza precisamente en su condición de miembros del Ministerio Público español. Todo ello, sin perjuicio de las colaboraciones que puedan desarrollar Fiscales concretos cuando sean convocados para ello a título particular por otras Instituciones, participación en este caso personal, que deberá llevarse a cabo individualmente sin compromiso de la Fiscalía Española, y previa la imprescindible obtención de los permisos administrativos reglamentariamente previstos.

En este sentido, no es sencillo marcar una clara línea diferenciadora entre ambas clases de participación, pero en general, puede afirmarse que no puede merecer la misma valoración la participación de Fiscales como consultores o conferenciantes internacionales cuando se trate de proyectos liderados por la propia Fiscalía o para los que la Fiscalía ha comprometido su colaboración a las Instituciones Públicas que los dirigen –para lo que se implica mediante la designación o autorización de la concreta intervención de un Fiscal–, que aquellas otras en las que el miembro del Ministerio Fiscal ha sido invitado personalmente por alguna institución pública o privada en razón a sus méritos particulares y conocimientos específicos adquiridos como profesional en la carrera fiscal pero con una dimensión de investigación personal y divulgación científica ajena a la Fiscalía.

Si en el primer caso la vía de la autorización administrativa debe entenderse comprendida en la comisión de servicio, prevista y regulada en los artículos 47 del EOMF y 29 a 54 del Reglamento y en relación con el artículo 350.1 de la LOPJ y 200 del Reglamento 1/05 de la Carrera Judicial, que será solicitada oportunamente por la Sección Internacional de la Secretaría Técnica, por contra, en el segundo supuesto, cuando se desarrolla una actividad individual y autónoma

como consultor o ponente en seminarios internacionales, sin intervención de la Fiscalía el desplazamiento no puede estar cubierto por las comisiones de servicio que sólo están previstas para participar en misiones de cooperación jurídica internacional que se realizan en condición de miembro de la Carrera Fiscal y con la designación oportuna por la Fiscalía.

En todo caso, la imposibilidad de obtener para las colaboraciones individuales la comisión de servicio no impide la realización de éstas sino que, en este caso, la ausencia del Fiscal desplazado de la Fiscalía en la que ejerce sus funciones deberá estar autorizada con la consiguiente licencia de estudios relacionados con la función Fiscal –art. 248.3 del Reglamento 1/95 de la Carrera Judicial– licencia por asuntos propios o en periodo de vacaciones.

Toda tarea de cooperación al desarrollo que realice la Fiscalía compromete el prestigio, la credibilidad y la valoración profesional del Ministerio Público en su conjunto y constituye por tanto una responsabilidad de la Institución. Como tal requiere un compromiso serio que sólo puede ser asumido con una labor de coordinación que permita valorar adecuadamente y con una visión general la capacidad de la Fiscalía para dar una respuesta apropiada a las solicitudes que se realicen. Nuestro compromiso en el diseño y ejecución de un proyecto de cooperación al desarrollo exige en primer lugar una ponderada evaluación de los conocimientos y experiencias que los miembros del Ministerio Público puedan aportar, pero también considerar la cantidad de horas de trabajo, dedicación y desplazamientos que los miembros de la Fiscalía deben realizar, ya que esta actividad tiene que compatibilizarse con el desarrollo ordinario de las funciones que al Ministerio Público encomienda el ordenamiento jurídico.

Efectivamente, conviene insistir en que la responsabilidad principal del Ministerio Público se centra en el cumplimiento

de su función constitucional y en relación a la sociedad española, sólo en la medida en que se garantice que esta tarea esencial quede debidamente asegurada se podrá contribuir a este área de actividad complementaria que supone la cooperación al desarrollo, que, como se ha señalado, redundará finalmente en beneficios tanto para el país o institución receptora como en mejoras operativas para las instituciones de una Justicia globalizada. La aportación de la Fiscalía General del Estado debe por tanto, sin dejar de ser generosa, corresponderse con los medios personales y a las circunstancias concretas del momento en que se solicita o compromete la ayuda y colaboración de Fiscales españoles.

Con estas premisas en caso de asumirse un compromiso de colaboración por parte de la Fiscalía española, no debemos perder la perspectiva de que la cooperación al desarrollo tiene un objetivo final de auxilio a la institución extranjera beneficiaria, generalmente en materia de fortalecimiento de instituciones homólogas o de colaboración en el desarrollo legislativo en materias jurídicas relacionadas con la función del Ministerio Fiscal. En todo caso, es importante clarificar que la actividad de cooperación está siempre presidida por la consecución de la finalidad pretendida, que no es otra que la prestación de la ayuda de la forma más eficaz y con la mayor calidad posible dentro de las posibilidades que la excelente formación, experiencia y dedicación de los miembros de la carrera Fiscal puede ofrecer. Con objeto de asegurar este propósito la designación de los profesionales más adecuados debe realizarse partiendo fundamentalmente de los criterios de mérito y capacidad.

La posibilidad de intervenir en consultorías, seminarios o ejercer labores docentes, y cualquier forma de colaboración en estos programas, ofrece a los miembros de la carrera Fiscal una oportunidad indudable de desarrollo y realización profesional. La coordinación, que

debe llevar a cabo la Sección Internacional de la Secretaría Técnica, tiene precisamente por objeto garantizar que la participación en estos programas sea lo más diversa y amplia posible de forma que todos aquellos Fiscales que reúnan semejantes o similares meritos y experiencia puedan acceder en condiciones de igualdad a estos programas si así lo solicitan. Sin embargo, debe advertirse que la intervención en estos proyectos no debe ser considerada como un derecho al que se acceda por criterios de antigüedad o por el número de solicitudes de participación que previamente se hayan presentado.

La Secretaría Técnica al realizar la selección de los Fiscales consultores o participantes, debe aunar el criterio de igualdad de oportunidades de desarrollo de los miembros de la carrera con el que es el objetivo principal y fundamental, proporcionar a la institución beneficiaria extranjera la mejor y más útil colaboración. Con el criterio antes expuesto, para garantizar el adecuado servicio que se presta a la Administración de Justicia desde las Fiscalías deberá también tenerse en cuenta el criterio del Fiscal Jefe de la Fiscalía en la que el Fiscal desempeña su función, con el objeto de valorar que el desplazamiento no provoca la desatención del despacho de asuntos ordinarios. Sólo en el caso de que quede garantizada la suficiente cobertura de las necesidades de servicio ordinario de la Fiscalía podrá ser autorizado el desplazamiento.

En este sentido, conviene recordar que estas colaboraciones son parte, si no de la función principal, sí de una responsabilidad complementaria de la Fiscalía y, ello supone que sea responsabilidad del Fiscal Jefe facilitar en la medida de lo posible la realización de esta tarea, procurando la reorganización de la carga de trabajo, de forma tal que se asegure que el Fiscal pueda realizar el desplazamiento y la labor para la que ha sido designado y a la vez se garantice la ínte-

gra atención a los servicios ordinarios de la Fiscalía.

IV. 2 Funciones de la Sección de Cooperación Internacional de la Secretaría Técnica en relación con la cooperación al desarrollo en materia de Justicia

La creación en el seno de la Secretaría Técnica de la sección de cooperación internacional, permitirá la sistematización y coordinación de todas estas tareas de cooperación al desarrollo presentando las correspondientes propuestas al Fiscal Jefe. En el ejercicio de esta coordinación a la Secretaría Técnica le corresponde:

a) Recibir todas las solicitudes de cooperación al desarrollo en materia de Justicia que se dirijan a la Fiscalía, valorar si la Fiscalía está en condiciones de elaborar o llevar a cabo el proyecto teniendo en cuenta su objeto, el tipo de colaboración a desarrollar, el número de miembros del Ministerio Fiscal que deban desplazarse para la ejecución del proyecto y la fiabilidad y solvencia de la Institución que solicite la colaboración.

b) Liderar, o en su caso, determinar en atención a la especialidad de la materia objeto del Proyecto, la Fiscalía especial, el Fiscal delegado o el miembro del Ministerio Fiscal a quien en atención a sus conocimientos especializados, competencia y experiencia, corresponda liderar el programa.

c) Realizar la convocatoria de las consultorías, asistencias técnicas, ponencias, asistencias a seminarios etc., que deban ser realizadas por miembros del Ministerio Fiscal, tanto en proyectos autónomos de la Fiscalía, como en las colaboraciones que se soliciten en programas de otras Instituciones (Ministerios, CGPJ; CEJ, etc.). La convocatoria se realizará por la vía correo electrónico a todos los Fiscales Jefes para su inmediata remisión a todos los Fiscales de la plantilla.

d) Designar, de entre los peticionarios, a la persona más adecuada para la realización de las posibles consultorías, asistencias, ponencias, etc. En todo caso la selección deberá comunicarse inmediatamente al Fiscal Jefe del Fiscal seleccionado que deberá mostrar su conformidad u oponerse al desplazamiento del designado en atención a las necesidades de la organización de trabajo de la Fiscalía que dirige u otras circunstancias que considere oportunas.

e) En los casos en que la urgencia de la solicitud no permita realizar la convocatoria entre todos los Fiscales conforme a lo establecido anteriormente, la Secretaría Técnica realizará su propuesta de designación acudiendo a la lista de consultores que han remitido su *curriculum vitae* y disposición a participar en este tipo de actividades conforme a la convocatoria que se realizó por el Fiscal General del Estado en oficio de 9 de mayo de 2001, reiterado con el objeto de actualización el 9 de Junio de 2004. En este sentido no huelga recordar que en cualquier momento los Fiscales interesados pueden dirigir su solicitud de incorporación a la lista de consultores internacionales conforme al formulario modelo que puede ser obtenido en el sitio web de la Fiscalía General del Estado.

f) Solicitar, en su caso, al Ministerio de Justicia la correspondiente comisión de servicio para la autorización del desplazamiento y abono de dietas.

g) Prestar a los miembros del Ministerio Público que sean designados para la realización de esta tarea la información, documentación y la ayuda que en general puedan necesitar para la realización del trabajo para el que han sido designados.

h) En el caso de proyectos liderados por la Fiscalía y cuando fuera necesario solicitar la colaboración de otros profesionales, corresponde a la Secretaría Técnica la coordinación con el resto de las instituciones del sector Justicia (CGPJ, Ministerio de Justicia, CEJ, Colegio de Abogados, etc.) para la solicitud de designación de consultores o para que la ins-

titución a la que pertenecen acuerde la concesión a los mismos de los correspondientes permisos, comisiones de servicio, etc.

V. RELACIONES INSTITUCIONALES INTERNACIONALES. PARTICIPACIÓN EN FOROS INTERNACIONALES

V.1 Presencia y representación de la Fiscalía en Foros internacionales

La creciente relevancia de las relaciones internacionales en el ámbito judicial trae consigo un esfuerzo constante de los Estados y las organizaciones internacionales en la creación y organización de foros y conferencias multilaterales y bilaterales en los que los profesionales de los distintos Estados se encuentren, dialoguen, compartan experiencias e intenten buscar soluciones a los problemas comunes.

Sin ánimo de exhaustividad, conviene recordar que en el ámbito europeo la Fiscalía Española se integra y viene participando en todas las reuniones de ámbito regional europeo, iberoamericano y mundial que reúnan a Fiscales. Concretamente la Fiscalía participa en EUROJUSTICE, conferencia que reúne Fiscales Generales y los altos representantes de la acusación pública de los Estados de la Unión Europea, llegando incluso a organizar en Santander, en el año 2000, la tercera y relevante edición de este encuentro.

El Fiscal General del Estado forma parte igualmente de las reuniones bianuales de Presidentes de Tribunales Supremos y Fiscales Generales de la Unión Europea, foro en el que se reúnen los máximos representantes de los órganos judiciales superiores y los dirigentes de los Ministerios Públicos de la Unión para abordar conjuntamente problemas generales de la Administración de Justicia europea.

En el ámbito del Consejo de Europa, la Fiscalía española acude anualmente a la Conferencia de Fiscales Generales convocada por este organismo internacional y cuenta además con un representante en el Consejo Consultivo de Fiscales que fue definitivamente creado en enero de 2006 como órgano asesor del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

En el espacio regional Iberoamericano, el Ministerio Público español es parte esencial en la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, en la que se viene realizando un trabajo continuado no sólo participando en las reuniones plenarias sino asumiendo tareas concretas en las comisiones técnicas. En la última reunión celebrada en Santiago de Chile los días 6 y 7 de noviembre de 2006, el Fiscal General del Estado fue nombrado y asumió la responsabilidad de la Vicepresidencia de la Asociación, cuya Presidencia ostenta el Fiscal Nacional de la República de Chile.

También a esfera mundial existen espacios de reunión de Ministerios Públicos en los que interviene la Fiscalía española acudiendo a las reuniones de la Cumbre Mundial de Fiscales, Procuradores Generales y Jefes de Ministerios Públicos auspiciada desde Naciones Unidas. Además, el Fiscal General y, a título de representación, varios Fiscales integrados en la Fiscalía General son miembros de la Asociación Internacional de Fiscales (AIPP).

Por otro lado, periódicamente se vienen participando en encuentros puntuales de regiones cuando afectan a los Ministerios Públicos, como sucedió en el año 2005 en el marco de las reuniones ASEM (Asia-Europa Meetings) cuando la Fiscalía de la República Popular China, con el apoyo de la presidencia británica de la Unión Europea, organizó la Primera Conferencia de Ministerios Públicos de Asia y Europa que se celebró en Shenzen en diciembre de 2005.

Todos estos foros tienen el interés indudable no sólo de favorecer el conocimiento personal de los distintos responsables de las instituciones en los diferen-

tes Estados, lo que incrementa la confianza mutua que posteriormente facilita las colaboraciones necesarias en la práctica diaria, sino sobre todo de ser un punto de encuentro donde reflexionar sobre problemas comunes buscando soluciones armonizadas, todo ello con el objetivo final de conseguir que los Ministerios Públicos realicen sus funciones de defensa de la legalidad y de los intereses de los ciudadanos con la mayor eficacia.

Es voluntad del Fiscal General que el Ministerio Público esté representado al máximo nivel, participando personalmente siempre que fuera posible en estas reuniones. La labor de contacto, documentación y preparación técnico jurídica de estas intervenciones corresponde también a la sección de la Secretaría Técnica cuyos miembros formarán parte, cuando corresponda, de la delegación española junto al Fiscal General o le sustituirán en esta intervención cuando el mismo lo considere necesario. También podrá el Fiscal General delegar esta función de representación en cualquier otro miembro del Ministerio Público cuando por razón de la materia u otras circunstancias concurrentes lo considere procedente.

Igualmente corresponde a la Sección Internacional de la Secretaría Técnica realizar una adecuada publicidad del resultado y conclusiones de estas reuniones a través de los informes que deben constar en la Memoria anual y periódicamente en el sitio web de la Fiscalía.

Además de la presencia de la Fiscalía en las reuniones de Fiscales, existen otros Foros, Conferencias y Seminarios que abordan diversos aspectos técnico-jurídicos sobre materias concretas a las que son invitados representantes del Ministerio Público. De esta forma, a lo largo de cada año se viene produciendo amplia participación de los Fiscales expertos en las disciplinas a tratar en cada Foro. El prestigio de la Institución y del Estado se pone en juego en estas intervenciones; es por ello que la designación de esta representación deberá hacerse por el Fiscal General, o en su caso por los Fiscales Jefes de las Fisca-

lías Especiales o Fiscales Delegados cuando sea materia de su competencia. En todo caso la designación deberá realizarse en atención a similares criterios de mérito y capacidad y conforme al mismo procedimiento que el indicado para la selección de la participación en proyectos de cooperación al desarrollo. La designación de los Fiscales que representen en estos eventos públicos internacionales al Ministerio Fiscal español por parte de los Fiscales Delegados o Fiscales Jefes de Fiscalías especiales deberá ser comunicada a la Sección de Cooperación Internacional de la Secretaría Técnica.

En todo caso, los miembros del Ministerio Público asistentes a estos eventos deberán remitir un informe resumen de los aspectos tratados en las Conferencias, junto a las conclusiones o cualquier otra información que pueda resultar de interés con el fin de que se pueda incorporar a la Memoria anual y se dé la debida difusión entre todos los Fiscales de los documentos, conclusiones o aspectos más relevantes.

V.2 Recepción de delegaciones extranjeras en la Fiscalía General del Estado

Por último, conviene también recordar que cada vez con más frecuencia, la Fiscalía recibe la visita de distintas delegaciones de Magistrados y Fiscales o funcionarios de distintos Estados. Algunas de ellas son visitas institucionales de corta duración, en otros casos distintas organizaciones internacionales, como el Consejo de Europa o la Unión, financian estancias, pasantías, becas de estudios etc., de duración más extensa, de Fiscales extranjeros en la Fiscalía Española.

La Fiscalía General, a través de la Sección Internacional de la Secretaría Técnica, con la colaboración de la Unidad de Apoyo y relaciones Institucionales, organiza estas visitas y presta a los asistentes la debida atención propiciando y organizando el programa, seleccionando la documentación a proporcionar y coordinando las recepciones en las distintas

Fiscalías Especiales y Territoriales, así como la colaboración de otras Instituciones relacionadas con la Administración de Justicia con las que pueda resultar de interés para las delegaciones visitantes mantener algún contacto.

Para finalizar, toda esta relación de tareas y funciones expuestas en la presente Instrucción tenderá, sin duda, a verse ampliada con nuevas responsabilidades derivadas de la creciente expansión de este ámbito de actividad. Por tanto, no debe entenderse que esta relación de funciones sea exhaustiva sino simplemente indicativa y ordenadora de un ámbito de actuación llamado a integrarse por nuevos compromisos y tareas que deben ser asumidas por la Sección de Cooperación Internacional de la Secretaría Técnica que pretendemos se convierta en todo lo relativo al ámbito internacional en un punto de apoyo, consulta y referente para todos los miembros del Ministerio Público facilitándoles consejo, contactos e información para el mejor desarrollo de sus funciones.

VI. CONCLUSIONES

1. La creciente presencia internacional del Ministerio Público español requiere coordinación interna, función que recae en la Secretaría Técnica a la que el vigente Estatuto Orgánico encarga la *coordinación de aquellas funciones que las leyes atribuyen al Ministerio Fiscal en materia de cooperación judicial internacional*.

2. La referencia al término genérico de cooperación judicial internacional debe entenderse comprensiva de las tres áreas de actividad internacional: el auxilio judicial internacional, la cooperación al desarrollo y las relaciones institucionales internacionales.

3. Estas tres actividades serán coordinadas por la Secretaría Técnica, a través de la nueva Sección de Cooperación Internacional que se constituye en su seno con la voluntad de servir de apoyo, orga-

nizar y coordinar interna y externamente este conjunto de actividades.

4 Los Fiscales Jefes comunicarán a la Sección Internacional de la Secretaría Técnica todo desplazamiento al extranjero de Fiscales de la Fiscalía que dirigen para la participación en la ejecución de comisiones rogatorias.

5 La integración de la Fiscalía en Iber-RED permite contar con contactos directos con las autoridades judiciales Iberoamericanas, por lo que los Fiscales que requieran información sobre normas aplicables en países Iberoamericanos o bien necesiten la agilización de alguna solicitud de auxilio pueden dirigirse a los puntos de contacto de Iber-RED en la Secretaría Técnica o en las Fiscalías especiales.

6 Cuando una Fiscalía reciba de Eurojust una solicitud comprendida en el artículo 16 de la Ley 16/2006 deberá proceder de la forma siguiente: si decide responder positivamente y solicitar del Juzgado que se inicie o amplíe el procedimiento, deberá hacerlo comunicándolo inmediatamente al órgano que haya realizado la petición, el Colegio de Eurojust o al miembro nacional, e igualmente a la Sección de Cooperación Internacional de la Secretaría Técnica. En el caso de que el Fiscal entienda que la solicitud de Eurojust o del miembro nacional no debe ser atendida, deberá remitir informe a la Sección de Cooperación Internacional de la Secretaría Técnica que elevará al Fiscal General la propuesta de autorización de una respuesta negativa a la solicitud realizada o por el contrario de aceptación de la solicitud, comunicando el acuerdo adoptado al Fiscal competente.

7 La participación en las reuniones de coordinación convocadas por Eurojust es una obligación que se encuentra comprendida en el artículo 13 de la Ley 16/2006. En el caso de que el Fiscal convocado entienda que concurren razones que justifican su inasistencia a la reunión deberá comunicarlo con la mayor celeri-

dad posible a su superior jerárquico y a la Sección Internacional de la Secretaría Técnica.

8. Los Sres. Fiscales que tenga conocimiento, de hechos delictivos con trascendencia y relevancia internacional, esencialmente aquellos de delincuencia organizada internacional de carácter multilateral que entran dentro de las competencias de Eurojust definidas en el artículo 4.1 de la Decisión de 28 de febrero de 2002 deben procurar el traslado de la información necesaria al miembro nacional comunicándolo en los casos relevantes a la Sección Internacional de la Secretaría Técnica.

9 La Sección de Cooperación Internacional de la Secretaría Técnica es la competente para recibir, coordinar y organizar las tareas de cooperación al desarrollo de la Fiscalía española, sin perjuicio de las colaboraciones individuales que se realicen autonomamente por los Fiscales, las cuales deberán ser comunicadas a la Sección Internacional de la Secretaría Técnica salvo que sean de carácter estrictamente privado.

10 La designación del Fiscal representante de la Fiscalía española en reuniones internacionales deberá hacerse por el Fiscal General, o en su caso por los Fiscales Jefes de las Fiscalías Especiales o Fiscales Delegados cuando sea materia de su competencia. La designación de los Fiscales que representen en estos eventos públicos internacionales al Ministerio Fiscal español por parte de los Fiscales Delegados o Fiscales Jefes de Fiscalías especiales deberá ser comunicada a la Sección de Cooperación Internacional de la Secretaría Técnica.

11 La labor de contacto, documentación y preparación técnico jurídica de la intervención del Fiscal General en las reuniones internacionales de Fiscales Generales u otras instituciones similares corresponde a la Sección de Cooperación Internacional de la Secretaría Técnica.

Instrucción número 3/2007, de 30 de marzo sobre la actuación del ministerio fiscal en la persecución de los delitos de defraudación tributaria cometidos por grupos organizados en relación con las operaciones intracomunitarias del impuesto sobre el valor añadido

I. INTRODUCCIÓN

Los delitos cometidos por grupos organizados contra la Hacienda Pública mediante la defraudación del Impuesto sobre el Valor Añadido (en lo sucesivo, IVA) que grava las transacciones de bienes realizadas entre distintos países de la Unión Europea (en lo sucesivo, operaciones intracomunitarias), constituyen un intolerable ataque contra el sistema tributario establecido por el artículo 31 de la Constitución Española, al que arrebatan recursos que deben servir a los fines del Estado social y democrático de derecho.

La investigación y la persecución de estas infracciones presentan peculiares dificultades, que serán examinadas *infra*, y que han venido siendo afrontadas por los Sres. Fiscales con encomiable dedicación. No obstante ello, el cumplimiento de las misiones constitucionales y legales del Ministerio Fiscal exige que la Institución intensifique la actividad que desarrolla para poner al descubierto las redes o tramas que cometen tales defraudaciones, para ejercer la acción penal pública contra las personas criminalmente responsables de ellas, y para dar lugar a la recuperación de los importes correspondientes a las cuotas defraudadas.

La presente Instrucción atiende a dichos fines, sin perjuicio de las actividades preventivas y represoras que la Administración tributaria despliega en el ámbito de sus atribuciones contra las defraudaciones del IVA. En cualquier caso, debe ser destacada la necesidad de fortalecer

la cooperación ya existente entre el Ministerio Fiscal y las demás instituciones públicas competentes en la lucha contra dicha clase de delincuencia.

Con dicho propósito, este instrumento delimitará su objeto mediante la exposición de las principales características de las defraudaciones del IVA aplicable a las operaciones intracomunitarias, identificará las más graves dificultades que presenta su descubrimiento y represión, y establecerá las líneas de actuación que los Sres. Fiscales deberán asumir al llevarlas a cabo.

II. LAS DEFRAUDACIONES DEL IVA QUE GRAVA LAS OPERACIONES INTRACOMUNITARIAS

II.1 Contexto: las operaciones intracomunitarias

Según la vigente normativa comunitaria armonizada sobre el IVA, en una operación intracomunitaria, el transmisor de los bienes factura al adquirente sin aplicar el tributo, porque las entregas intracomunitarias se encuentran exentas de este gravamen en origen –en el Estado de procedencia–, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- Que tanto quien entrega como quien recibe estén identificados a efectos del IVA en Estados miembros distintos.
- Que los bienes objeto de la entrega viajen físicamente desde el Estado miembro

bro de origen hasta el de destino, por cuenta y bajo la responsabilidad de quien realiza la entrega o del adquirente.

– Que la entrega se encuentre justificada mediante las facturas pertinentes y los documentos propios del transporte realizado.

El adquirente tiene la obligación de declarar la adquisición intracomunitaria en destino –en su propio Estado–, al constituir en éste un hecho imponible sujeto al IVA. Sin embargo, tal declaración no da lugar a que deba pagar a Hacienda ninguna cantidad ya que, según el sistema del tributo, el teórico importe a abonar es al mismo tiempo deducible por ser un IVA soportado, lo que lleva a la compensación de ambas cifras. Por el contrario, sí tendrá que ingresar en el Tesoro Público el importe del tributo que repercutirá a su vez sobre sus clientes cuando comercie con esos bienes en dicho Estado de destino, al estar también sujetas al IVA estas operaciones internas.

Estos clientes podrán, en su momento, deducir el IVA soportado si cumplen los requisitos legales y, entre ellos señaladamente, ser empresarios y que la operación esté justificada documentalmente mediante la factura que debió expedir y entregar el proveedor.

A los efectos de este análisis del ordenamiento vigente, debe ser destacado que conforme a la ley, con carácter general, el derecho a la deducción del IVA consignado en la factura existe con independencia de que el cliente lo haya pagado realmente a su proveedor y de que éste lo haya entregado a la Hacienda Pública.

Igualmente, se hace necesario recordar que, cuando el IVA que un sujeto pasivo ha soportado como adquirente es superior al que ha repercutido como proveedor, tiene derecho solicitar de su Hacienda Pública la devolución del saldo o diferencia existente a su favor.

II.2 Las modalidades delictivas

En este contexto legal, la defraudación del IVA es llevada a cabo mediante la utilización de sociedades mercantiles que aparentan cumplir una función en el proceso económico de producción y comercialización de bienes pero cuya actividad, en realidad, se dirige a lograr que quien ha realizado una adquisición intracomunitaria evada el pago del tributo correspondiente, o a que consiga una devolución indebida.

Esta doble finalidad genera distintas modalidades delictivas. Con independencia de las especialidades existentes en determinados sectores económicos, las principales son las siguientes:

II.2.A EL FRAUDE BÁSICO

Se comete cuando, para evitar que la empresa que realiza una adquisición intracomunitaria pague el IVA correspondiente, se simula que no es ella quien la efectúa, sino otra sociedad que, por tanto, es presentada como el sujeto que ha de asumir el pago del tributo.

Esta sociedad interpuesta, conocida en la práctica comunitaria como *missig trader*, y en la española como «trucha», porque suele desaparecer cuando la Administración Tributaria se dirige a ella por primera vez, a continuación finge transmitir los bienes a la empresa que desde el inicio era su verdadero destinatario –a la que en español se da el nombre, entre otros, de «mayorista» o «destinatario final» y en inglés el de *broker*–, a la que emite una factura, en la que se consigna el IVA correspondiente a esta operación interior.

La «trucha» no presenta la declaración correspondiente a la adquisición intracomunitaria ni tampoco declara ni ingresa el IVA de la posterior entrega interior, cuyo importe ha cargado formalmente al «mayorista», y se reparte estas cantidades con él, según la fórmula previamente pactada entre ellos.

De esta manera, el «mayorista» evita pagar el IVA correspondiente a estos bienes y por ello sólo asume los gastos generados por la intervención de la «trucha», con lo que obtiene una ventaja ilícita frente a sus competidores que sí han hecho frente al pago del tributo. Al mismo tiempo, el «mayorista», gracias a la factura que le extendió la «trucha», se presenta frente a la Administración Tributaria como un sujeto cumplidor de sus obligaciones fiscales, ya que afirma haber pagado a su proveedor el IVA que éste le repercutió, y aparece como titular del derecho a la deducción de esa cuota soportada en el futuro, cuando comercie con los bienes.

A partir de este esquema básico, la mecánica delictiva ha sido sofisticada mediante diferentes mecanismos.

La primera y más obvia vía es la interposición de una o más sociedades entre la «trucha» y el «mayorista», con la finalidad de desvanecer la relación o connivencia existentes entre ellos y dificultar su descubrimiento. Estas sociedades –conocidas como «pantallas» o, en inglés, *buffers*– fingen realizar alguna pequeña función que aporta al proceso económico relativo a los bienes un corto valor añadido, por lo que la diferencia entre el IVA que soportan y el que repercuten y, por tanto, la cuota que deben pagar a Hacienda, es prácticamente nula.

En posteriores evoluciones, «las truchas» pueden actuar en ocasiones como «pantallas» y viceversa, se pueden mezclar las mecánicas delictivas que buscan favorecer a diferentes «mayoristas», se puede colocar a las «truchas» y a las «pantallas» en diferentes posiciones de estos delitos y, en definitiva, se alcanzan supuestos de extrema complejidad y dificultad para la acción represora.

II.2.B EL FRAUDE CARRUSEL

Se produce esta modalidad de defraudación, cuando el «mayorista», que ha adquirido los bienes aparentando haber soportado el IVA correspondiente a la

adquisición interna hecha a la «trucha», por lo que aparenta ser titular del derecho a la deducción de esa cuota soportada, en lugar de negociar tales mercancías en el mercado de su propio país, realiza una entrega intracomunitaria a una empresa radicada en otro Estado Miembro.

Al presentarse como acreedor al reintegro de las cuotas de IVA soportadas y como transmisor en una entrega intracomunitaria exenta del IVA, el «mayorista» solicita de la Hacienda Pública la devolución del IVA que afirma haber soportado en sus adquisiciones, tributo que la Administración Tributaria nunca recibió porque, como se expuso *supra*, la «trucha», situada normalmente al inicio de la cadena de repercusión, actuando de común acuerdo con él, le cargó formalmente el impuesto, directamente o a través de las sociedades «pantalla», pero no lo ingresó en el Tesoro Público, con conocimiento de dicho «mayorista».

La expresión «fraude carrusel» se justifica porque, a continuación, quien realiza la adquisición intracomunitaria correspondiente a la entrega mencionada en el párrafo anterior, actuando como «trucha», reinicia en su país el esquema operativo expuesto hasta dar lugar a una nueva entrega intracomunitaria a una empresa de otro Estado Miembro, generando un carrusel o *tiovivo* que puede conducir a la generación de pérdidas fiscales ilimitadas, ya que su cuantía dependerá de las veces que se reinicie el mecanismo.

II.2.C EL CARRUSEL DOCUMENTAL

Como variación o modalidad de la mecánica expuesta en el apartado anterior, se presenta el llamado «carrusel documental» que, con la misma finalidad de obtener indebidamente de la Hacienda Pública unas deducciones en concepto de IVA soportado, se caracteriza porque la circulación –entrega y transporte– de mercancías entre los diferentes Estados Miembros de la Unión Europea es ficticia y no se lleva a cabo en realidad, sino que

es objeto de una simulación parcial o total, a través de la confección de documentos que pretenden representar un comercio auténtico.

El engaño parcial se produce cuando se afirma estar comerciando con bienes de una determinada clase, cuando en realidad los productos entregados y transportados tienen un valor ínfimo o nulo. La simulación plena se comete cuando tales objetos del tráfico no existen en absoluto, pero se finge que son entregados y transportados mediante la creación de facturas carentes de causa y la falsificación de los documentos de transporte, lo que presenta como reales las sucesivas transacciones ficticias.

Dado que cualquier transacción comercial debe incluir una contraprestación, en ocasiones la circulación de los documentos confeccionados para justificar ese falso comercio es acompañada por un flujo financiero inverso real o simulado, con el que se pretende dar verosimilitud a la falsa entrega de bienes.

III. LA RELEVANCIA DE LAS DEFRAUDACIONES DEL IVA INTRACOMUNITARIO

III.1 La magnitud económica

La ausencia de cifras oficiales que cuantifiquen el importe total de la defraudación del IVA en la Unión Europea y el impacto de la misma sobre las finanzas de los Estados Miembros determinan que su alcance haya sido calificado como de «suma importancia», según la valoración realizada por la Comisión Europea en su Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, relativa a la necesidad de elaborar una estrategia coordinada de mejora de la lucha contra el fraude fiscal –COM (2006) 254–.

Dicha Comunicación considera que, en el año dos mil cuatro, en relación

con unos ingresos fiscales, –impuestos más cotizaciones sociales obligatorias–, que se situaron en el 39,3 por 100 del Producto Interior Bruto (en lo sucesivo, PIB) de la Unión Europea, el volumen del fraude fiscal pudo suponer entre el 2 y el 2,5 por 100 de dicho PIB, o lo que es igual, entre 208.534.351.145 y 260.667.938.931 euros.

Particularmente en relación con el IVA, según cálculos realizados por varios Estados miembros, citados por el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la utilización de mecanismos de cooperación administrativa en la lucha contra el fraude en el IVA, –COM (2004) 260–, las pérdidas producidas por este motivo pudieron alcanzar el 10 por 100 de la recaudación neta del tributo. La cifra defraudada, según declaraciones atribuidas al Comisario de Fiscalidad y Unión Aduanera, habría alcanzado, a mediados de dos mil seis, la cantidad de 60.000.000.000 euros.

Los análisis realizados en España por la Agencia Estatal de Administración Tributaria arrojan resultados que, a pesar de las limitaciones propias de cualquier metodología dirigida a estimar lo que, por esencia, se encuentra oculto mediante un engaño, son coincidentes con los presentados por la Comisión Europea, en cuanto a la magnitud del impacto financiero procedente de la falta de ingreso de cuotas de IVA y de la obtención indebida de devoluciones. Resulta necesario tener presente, además, que las modalidades del «fraude carrusel» pueden producir pérdidas ilimitadas.

III.2 Los efectos sobre los mercados

Esta intolerable pérdida de recursos fiscales no es el único efecto perverso causado por los delitos contra la Hacienda Pública que constituyen el objeto de la presente Instrucción.

Las manifestaciones de esta tipología defraudadora se concentran en determinados sectores económicos, como son los de la telefonía móvil y la informática. A

causa de esta acumulación, las mercancías que son negociadas en esos mercados sin haber soportado el pago del IVA constituyen una parte relevante de su cifra total de actividad, y compiten con los bienes comercializados por las empresas que abonan regularmente el impuesto en una situación de notoria e indebida ventaja, al poder ser vendidas a un precio inferior o con un margen mayor.

Esta situación distorsiona de forma significativa la competencia comercial y genera un gravísimo perjuicio al normal funcionamiento del mercado. A medio plazo, un volumen relevante de defraudación del IVA localizado en un sector económico produce un alto riesgo de contaminación de toda la actividad realizada en él, ya que el empresario no defraudador no resulta competitivo y no puede negociar sus productos, y crea expectativas de transmisión del delito a otras ramas de la actividad económica. En última instancia, el delito provoca con carácter general la expulsión del mercado de los operadores honrados.

IV. LAS DIFICULTADES QUE OBSTACULIZAN LA INVESTIGACIÓN DE LAS TRAMAS DE DEFRAUDACIÓN DEL IVA INTRACOMUNITARIO

La investigación y la persecución de las defraudaciones del IVA que grava las operaciones intracomunitarias presentan notables dificultades. Entre ellas destacan las relacionadas con la propia normativa del impuesto y las procedentes de la implicación de la delincuencia organizada en su comisión.

IV.1 El vigente régimen jurídico del IVA

Según el parecer expuesto por la Comisión Europea en su informe COM (2004) 260 citado *supra*, el actual sistema del IVA se encuentra expuesto al fraude

porque las entregas intracomunitarias de bienes están exoneradas de tributación en el Estado de origen.

Este diagnóstico de la Comisión revela un problema especialmente grave, porque la exención a la que se refiere constituye, en palabras de la Exposición de Motivos de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA, que implantó en España la normativa comunitaria unificada establecida en la Directiva 91/680/CEE, uno de los puntos fundamentales del régimen jurídico del impuesto.

Además, esta situación tiene que ser asumida como una condición permanente, ya que el actual ordenamiento del tributo fue concebido como un mecanismo transitorio destinado a regir desde 1993 hasta 1996, pero continúa en vigor, y su modificación se encuentra sometida, en el sistema de producción legislativa comunitaria, a la regla de la unanimidad, lo que la rodea de especiales obstáculos.

A esta primera dificultad, relacionada con la regulación unificada del IVA, se superpone otra, que procede de la descripción del delito de defraudación tributaria en el Código Penal (en lo sucesivo, CP), y que da lugar al transcurso de un inevitable período de tiempo, que puede llegar a ser relevante, entre la realización de la conducta típica y el inicio de su investigación penal.

El IVA es un tributo de declaración periódica, al que resulta aplicable la previsión contenida en el artículo 305.2 CP respecto de la determinación de la cuantía defraudada, que debe ser referida al año natural.

La exigencia de que la cantidad típica de ciento veinte mil euros sea defraudada en el período mencionado obliga, normalmente, a esperar que finalice el plazo para la presentación de la última declaración del ejercicio correspondiente, ya que es de aplicación la doctrina establecida por el Tribunal Supremo respecto de la consumación del delito, de la que es muestra la Sentencia de su

Sala Segunda 1.688/2000, de 6-11, según la cual (...), *el delito se consume en el momento en que expira el plazo legal voluntario para realizar el pago. Antes no cabe hablar de consumación pues el sujeto aún podría desistir voluntariamente verificando el pago a través de una declaración complementaria.*

En el IVA, y para las operaciones intracomunitarias sometidas a él, ese momento es determinado por el artículo 81.2 del Real Decreto 1.624/1992, de 29 de diciembre, de Reglamento del IVA, que establece que cada una de las correspondientes declaraciones recapitulativas (...) *comprenderá las operaciones realizadas en cada trimestre natural y se presentará durante los veinte primeros días naturales del mes siguiente al correspondiente período trimestral, salvo la correspondiente al último trimestre del año, que deberá presentarse durante los treinta primeros días naturales del mes de enero.*

Como consecuencia de ello, y sin perjuicio de las actuaciones que lleve a cabo la Administración Tributaria, en la mayor parte de las defraudaciones punibles del IVA la persecución penal se verá demorada al menos hasta el último día del mes de enero del año siguiente a aquél en el que los comportamientos delictivos fueron realizados, ya que hasta la fecha anterior sería posible, eventualmente, el abono del tributo.

Estas características son aprovechadas por quienes organizan las defraudaciones, haciendo que las sociedades que componen los entramados propios de estos delitos se mantengan activas durante períodos de tiempo cortos, transcurridos los cuales, y muchas veces antes de que sus actividades puedan ser descubiertas, dejan de operar, desaparecen del tráfico mercantil, se hacen ilocalizables y son sustituidas por nuevas entidades que ocupan su lugar en el esquema de la defraudación.

Esta separación temporal entre la realización de las conductas típicas y el inicio de su persecución dificulta siempre el desarrollo de las investigaciones, y puede

llegar a convertir en ineficaces las actuaciones del Ministerio Fiscal o de otros órganos del Poder Judicial dirigidas a desentrañar la actividad de tramas de fraude que han dejado de actuar demasiado tiempo antes de la recepción de la *notitia criminis*.

IV.2 El carácter organizado de la defraudación

De la descripción contenida en el apartado II de esta Instrucción, se desprende que las defraudaciones del IVA que grava las adquisiciones intracomunitarias no son fenómenos delictivos individualizados relacionados con determinadas empresas, sino comportamientos organizados, cuya realización requiere una planificación previa, la creación de una estructura formada por un entramado de sociedades, la distribución de funciones entre ellas, y la coordinación de su acción conjunta.

La dificultad que presenta la actuación contra cualquier actividad delictiva sistematizada se ve incrementada, además, porque organizaciones tradicionalmente dedicadas a otras clases de criminalidad, como el tráfico de drogas o el de armas, aprovechan su infraestructura y su experiencia criminal para la comisión de estos delitos contra la Hacienda Pública, que les ofrecen un elevado lucro ilegal y un riesgo inferior al creado por las infracciones históricamente asociadas con su actividad.

Estos rasgos definen un marco de intervención notablemente complejo, en el que las tramas de defraudación, que llegan a estar compuestas por centenares de entidades instrumentales domiciliadas en distintos Estados miembros, adaptan su actividad a las especialidades de cada uno de ellos y de cada sector económico, poseen un alto grado de conocimiento sobre los puntos débiles de los sistemas empleados para combatirlos, y están preparadas para defenderse con rapidez de las iniciativas que las atacan, modificando su *modus operandi* para esterilizarlas.

La mayor parte de las actividades delictivas, y especialmente las realizadas por organizaciones criminales, recurre a la ocultación como primer mecanismo de protección frente a la acción de los sistemas represores estatales.

La ocultación de la existencia de las tramas de defraudación, de las entidades que las integran, de las relaciones existentes entre ellas y de las personas responsables y beneficiarias de su actuación es un efecto generado directamente por el propio núcleo de esta clase de delincuencia, consistente en la actuación concertada de un cúmulo de entidades cuya actividad y gestión son en todo distintas de las que formalmente muestra el Registro Mercantil.

La destrucción de esa ficción y el establecimiento de la realidad exigen, en numerosas ocasiones, la utilización de técnicas de investigación que afectan a los derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico, por lo que su autorización se encuentra fuera de las atribuciones del Ministerio Fiscal.

Esta situación, a la que está también sometida la Administración tributaria, de la que procede la mayor parte de las denuncias por estos delitos, junto con el empleo por los delincuentes de técnicas de ocultación ya mencionadas, que generan una ficción apoyada en formas jurídicas, usualmente suponen un límite para el resultado que las Fiscalías pueden conseguir mediante el ejercicio de sus potestades de investigación.

En concreto, en la mayor parte de las investigaciones sobre tramas de defraudación del IVA intracomunitario, las actuaciones que el Ministerio Fiscal está habilitado para practicar u ordenar, por no afectar a derechos fundamentales como la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones, pueden producir un conjunto de indicios sólidos sobre los hechos cometidos, el volumen de cuotas defraudadas y la identidad de las personas formalmente responsables de las deudas tributarias, pero en muchos de los supuestos serán ineficaces para

profundizar la averiguación hasta penetrar el engaño que esconde la identidad de los auténticos responsables y de los últimos beneficiarios de la defraudación, ya que para ello será necesario recurrir a actuaciones tales como la observación de las comunicaciones telefónicas o el registro de domicilios, cuando no a la adopción de medidas cautelares restrictivas de derechos.

Esta ocultación del delito es intensificada mediante la fragmentación de la trama de defraudación. La domiciliación de las sociedades que conforman la red criminal en distintos lugares consigue que, en muchas ocasiones, la aplicación de los criterios de competencia territorial dé lugar a que las Fiscalías y los Juzgados sólo lleguen a descubrir una parte de todo el complejo delictivo.

La dispersión de la investigación de la trama, así conseguida, puede comprometer seriamente su eficacia final, ya que obstaculiza el descubrimiento de todo el complejo delictivo, al mantener ocultas o alejar de la sede de la averiguación diferentes facetas del delito.

Además, ese fraccionamiento supone una reacción inadecuada frente a una realidad delictiva que, por esencia, constituye una unidad compleja, ya que en la red o trama de sociedades en la que se apoya la actividad delictiva, cada entidad implicada desempeña una misión diferente y necesaria para la consecución del propósito final de la organización, cual es el de defraudar a la Hacienda Pública.

V. CRITERIOS DE ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL CONTRA LAS TRAMAS QUE DEFRAUDAN EL IVA DE LAS OPERACIONES INTRACOMUNITARIAS

El descubrimiento de la existencia de las tramas de defraudación del IVA, la cuantificación de la erosión que su actuación produce en el Erario Público, y la

determinación tanto de la identidad de las personas penalmente responsables de los delitos cometidos como de quienes se benefician de su perpetración exigen que el Ministerio Fiscal aplique criterios que anulen o limiten los efectos causados por las dificultades expuestas en el apartado anterior.

Con dicha finalidad, los Sres. Fiscales potenciarán la eficacia de las investigaciones tramitadas por el Ministerio Fiscal o por los Juzgados y Tribunales para la represión de las tramas o redes de defraudación, mediante la aplicación de las siguientes normas:

1. En las Fiscalías territoriales en las que ya existe una Sección de Delitos Económicos, los Sres. Fiscales que la formen continuarán asumiendo el despacho de las diligencias de investigación y de los procedimientos judiciales relativos a los delitos contra la Hacienda Pública y, dentro de ellos, a las defraudaciones organizadas del IVA que grava las operaciones intracomunitarias. Esta regla será de aplicación a las Secciones de Delitos Económicos que en el futuro puedan ser establecidas en otras Fiscalías, a partir de su creación.

2. En las Fiscalías territoriales en las que no exista una Sección de Delitos Económicos, y en tanto no se proceda a su creación, el Fiscal Jefe respectivo designará al menos a uno de los Fiscales de la plantilla para que asuma el despacho de los asuntos relativos a los delitos que son objeto de la presente Instrucción.

3. Tras la presentación de una denuncia por estos hechos, normalmente procedente de la Administración tributaria, el Sr. Fiscal encargado de su estudio le dará el trámite que resulte procedente en derecho, en los términos previstos en los artículos 5 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (en lo sucesivo, EOMF) y 773.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, teniendo en cuenta a dicho fin que la denuncia presentada se ve necesariamente afectada por la limitación que el ordenamiento jurídico impone a la Admi-

nistración tributaria, al igual que al Ministerio Fiscal, respecto de las actuaciones con incidencia en los derechos fundamentales de las personas.

Concretamente, los Sres. Fiscales deberán valorar el efecto negativo que dicha restricción hubiera podido tener en la entidad de los indicios aportados por la denuncia sobre las personas responsables o beneficiarias de la trama denunciada, y no procederán al archivo de aquélla si es razonable colegir que la investigación del Fiscal, o una eventual investigación judicial, podrán aportar información definitiva sobre la existencia de la trama y las responsabilidades imputables a sus organizadores o a quienes se concertaron con ellos.

4. En el caso de resultar procedente el inicio de una investigación por el Ministerio Fiscal, el Sr. Fiscal encargado de ella acordará y/o practicará a la mayor brevedad posible las diligencias que resulten procedentes en derecho y sean apropiadas para su buen fin, entre las cuales tomará en consideración las que la propia denunciante haya propuesto en su denuncia.

5. Las Fiscalías, con la finalidad de evaluar y explotar adecuadamente la información aportada por las denuncias presentadas, mantendrán con la Administración tributaria los contactos que sean considerados necesarios para el perfecto cumplimiento de las funciones del Ministerio Fiscal.

A tal fin, los Sres. Fiscales que investiguen hechos presuntamente constitutivos de una defraudación del IVA intracomunitario, desde el inicio de sus actuaciones interesarán de la denunciante el nombramiento de una persona que asuma la posición de punto de contacto, y la facilitación de medios de comunicación con ella –números de teléfono y de fax, dirección de correo electrónico–, que aseguren la efectividad y la fluidez de la comunicación citada en el párrafo precedente.

6. Los Sres. Fiscales, desde el comienzo de su investigación y, en caso

necesario, en el momento previo de consideración de la denuncia formulada, valorarán la necesidad o la conveniencia de recurrir a la utilización de técnicas de investigación tales como la observación de comunicaciones postales o telefónicas, la realización de registros en sedes sociales y domicilios particulares, o las vigilancias policiales; así como a medidas cautelares que puedan asegurar el ejercicio de las acciones penal y civil.

Los Sres. Fiscales tendrán presente al realizar la estimación citada en el párrafo anterior, que tales actuaciones y medidas únicamente podrán ser trascendentes si son acordadas y practicadas durante el tiempo en el que los individuos y las entidades implicadas en la red correspondiente se encuentren activos y que, una vez cesada su intervención en la defraudación, la posibilidad de conseguir efecto con ellas desaparecerá.

Si como consecuencia de todo ello, a juicio de los Sres. Fiscales es preciso recurrir a una actuación cuya adopción esté reservada a la autoridad judicial, aunque su investigación se encuentre en una fase incipiente o, incluso, aunque todavía no haya sido incoada, formularán la correspondiente denuncia o querrela, en la que interesarán del Juez competente la adopción de las medidas de investigación y de aseguramiento que puedan producir los elementos demostrativos de la existencia y actuación de la trama, y, especialmente, de la connivencia de su beneficiario final con el resto de sus componentes o, directamente, su participación en la organización del grupo de sociedades creado para defraudar a la Hacienda Pública.

7. Con la finalidad de asegurar la coordinación de los órganos del Ministerio Fiscal necesaria para evitar la fragmentación de las tramas de fraude del IVA y para asegurar su persecución; y en aras a optimizar los conocimientos y la experiencia de la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción (en lo sucesivo, la Fiscalía Especial) en la lucha

contra esta clase de delincuencia, sin perjuicio de su ámbito de competencia definido en el artículo 18 ter EOMF y en la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 4/2006, se establecen los siguientes mecanismos de coordinación entre ella y las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales:

7.1 Los Sres. Fiscales destinados en Fiscalías territoriales que tramiten diligencias de investigación o intervengan en procedimientos judiciales que tengan por objeto defraudaciones organizadas del IVA intracomunitario comunicarán a la Fiscalía Especial los datos de identidad de todas las personas físicas o jurídicas que aparezcan relacionadas con la red investigada por ellos.

7.2 La Fiscalía Especial informará a los Sres. Fiscales mencionados en el párrafo anterior de la implicación de las mismas personas en otras tramas de fraude o en otros aspectos de la misma trama, y de las Fiscalías que se encuentren ejerciendo las funciones del Ministerio Fiscal en relación con ellas.

7.3 Todas las Fiscalías que intervengan respecto de una trama de defraudación coordinarán su actuación con la finalidad de alcanzar una consideración global de la misma y, a tal efecto, a iniciativa de cualquiera de ellas, mantendrán la comunicación de cualquier clase que pueda resultar necesaria.

En caso preciso, la Fiscalía Especial transmitirá a las Fiscalías citadas en el párrafo previo los datos que obren en su poder o que le sean suministrados por la Oficina Nacional de Inspección del Fraude (ONIF), y, en especial, los que puedan completar la información patrimonial de la que dispongan sobre las personas sometidas a investigación y, así, servir para sustentar la adopción de medidas cautelares sobre bienes o derechos dirigidas a asegurar los derechos de crédito de la Hacienda Pública.

7.4 La Fiscalía Especial distribuirá entre todas las Fiscalías territoriales la in-

formación de la que disponga sobre las nuevas formas de comisión de la defraudaciones del IVA intracomunitario.

7.5 La Fiscalía General del Estado incluirá en los programas de formación continuada de los integrantes del Ministerio Fiscal actividades formativas dirigidas, principalmente, a los Fiscales que integren la Sección de Delitos Económicos de las respectivas Fiscalías y a los Fiscales que tengan específicamente encomendado el despacho de los asuntos de esa naturaleza.

8. De conformidad con lo establecido en la Instrucción de la Fiscalía General del Estado número 11/2005, el Fiscal de Sala Delegado del Fiscal General del Estado para Delitos Económicos coordinará la actuación del Ministerio Fiscal en relación con los delitos contra la Hacienda Pública que, por aplicación del artículo 18 ter EOMF, de la Instrucción 4/2006, y del presente instrumento, se encuentren fuera del ámbito de competencia directa o del de coordinación de la Fiscalía Especial.

Instrucción número 4/2007 de 10 de abril, sobre el Fiscal Coordinador de Medio Ambiente y Urbanismo y las Secciones de Medio Ambiente de las Fiscalías

I. INTRODUCCIÓN

La preservación del medio ambiente se ha convertido en absoluta prioridad en la sociedad actual que, ante las señales de progresiva destrucción de nuestro hábitat, ha emprendido un proceso de concienciación individual y colectiva que tiende a acentuarse en estos primeros años del siglo XXI, buscando soluciones preventivas pero también creando medidas represivas con entidad suficiente para responder con eficacia a las agresiones, evitando que se repitan y sobre todo garantizando la reparación de los perjuicios causados.

Nuestra Constitución no sólo consagra el derecho a disfrutar el medio ambiente sino que además ha optado en el apartado tercero de su artículo 45 por prever sanciones penales para las conductas que más gravemente atenten contra este bien jurídico: *«Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado»*. Es necesario además subrayar que el medio ambiente, junto al patrimonio histórico, cultural y artístico, que son a su vez manifestaciones de otras facetas ambientales, son los únicos supuestos cuya tutela penal asume directamente la Constitución.

La opción por la protección penal es también una clara decisión de la Unión Europea cuyo Consejo adoptó, el 27 de enero de 2003, la Decisión Marco relativa a la protección del medio ambiente a través del derecho penal. Esta norma

europea establecía las conductas dolosas e imprudentes que los Estados estarían obligados a tipificar como delictivas. Aunque posteriormente esta Decisión Marco ha sido anulada por Sentencia de 13 de septiembre de 2005 del TJCE, es necesario reconocer que los fundamentos de la anulación van justamente a favor de una mayor implicación de la Unión en la protección penal del medio ambiente. Concretamente la resolución acoge la postura de que la base jurídica correcta al respecto es el artículo 175 CE, apartado 1 del Tratado de la UE y por tanto se inclina por la posibilidad de actuación a través de Directivas. El Tribunal afirma que cabe la actuación propiamente comunitaria, con normas propias del Primer Pilar en materia de Derecho Penal y argumenta que aunque la Comunidad no es competente en materia de Derecho penal ni de Derecho procesal penal, ello no impide al legislador comunitario adoptar aquellas medidas relacionadas con el Derecho penal de los Estados miembros que estime necesarias para garantizar la plena efectividad de las normas que dicte en materia de protección medioambiental, cuando la previsión de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias constituye una medida indispensable para combatir los graves atentados contra el medio ambiente.

La protección penal del medio ambiente cuenta por tanto con amplísimo consenso desde el punto de vista nacional e internacional, al que se ha llegado por razones de estricta necesidad y que crea un área muy específica del derecho penal a la que cabe augurar un incre-

mento que exigirá de todos los operadores jurídicos una especial implicación.

El Ministerio Público como órgano defensor de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos está llamado a jugar un papel muy relevante en esta tarea, más aún si se tienen en cuenta las especiales características del bien jurídico protegido ya que se trata de un interés tradicionalmente denominado colectivo o difuso. El sujeto pasivo, la víctima de estas infracciones, es la sociedad por cuanto que es la misma la también beneficiaria directa de un medio ambiente adecuado, y aunque en determinados casos pueda haber una persona o grupo afectados más directamente, en general son todos los ciudadanos, e incluso los futuros ciudadanos los que sufren y sufrirán el perjuicio derivado de estas actividades delictivas. De esta habitual indeterminación de víctimas concretas deriva una mayor relevancia de la función constitucional del Fiscal, que debe actuar en defensa de estos intereses generales, sin que generalmente existan personas directamente afectadas que ejerciten sus derechos como acusaciones particulares.

La Fiscalía española plenamente consciente de la necesidad de abordar el tratamiento de este tipo de delincuencia ha publicado diversas Instrucciones y Circulares del Fiscal General del Estado con este objetivo. Concretamente, las Instrucciones 1/1986 y 4/1990 de la Fiscalía General del Estado abordan la posición del Ministerio Fiscal en relación con los incendios forestales. La Circular 1/1990, *sobre la contribución del Ministerio Fiscal en la investigación y persecución de los delitos contra el medio ambiente* reclama una postura activa de los Fiscales en esta materia. A través de estos primeros documentos se abordan temas concretos de actuación procesal y problemas específicos de algunos tipos penales, pero aún no se dota a la Fiscalía de Servicios especiales dentro de las Fiscalías territoriales.

Sin embargo, pese a la ausencia de previsión formal, la necesidad en la práctica de especialización en esta materia

hizo que, gracias a la flexibilidad y autonomía para la estructuración interna de las Fiscalías territoriales, se organizaran en una mayoría de Fiscalías de Tribunales Superiores y Audiencias Provinciales, bien servicios especiales en materia de medio ambiente, o bien que, al menos, se contara con Fiscales especialmente dedicados a conocer de las diligencias relacionadas con los delitos medioambientales. Por otro lado, la necesidad de compartir criterios y debatir problemas comunes hizo también que los Fiscales que vienen desempeñando esta función y todos aquellos con inquietud y especial interés en la materia crearan, ya en 2002, la conocida como Red de Fiscales de Medio Ambiente.

Posteriormente, la LO 1/2004 de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la Violencia de Género adicionó un nuevo apartado al artículo 22 del EOMF, en el que prevé la designación en cada Fiscalía de un delegado de Jefatura con funciones de dirección y coordinación en materia de infracciones relacionadas con los delitos contra el medio ambiente.

Antecedente directo de la nueva estructura ha sido también la Instrucción 9/2005 del Fiscal General del Estado sobre la designación de Fiscales especialistas en materia de incendios forestales. La Instrucción 9/2005 señala que su objetivo es tanto *«impulsar la posición activa del Ministerio Fiscal frente a la investigación de los incendios forestales»*, como proceder a realizar un *«adelanto provisional y parcial de la nueva organización que se perfila en el anteproyecto de reforma de la Ley de Montes, con la creación de Secciones en materia de medio ambiente en las Fiscalías de Tribunales Superiores de Justicia y en las Audiencias Provinciales»*.

En definitiva, la experiencia de estos años ha dejado patente que las particularidades que presenta la delincuencia medioambiental, requieren de Fiscales que cuenten con experiencia y con una especial dedicación que les permita ad-

quirir un buen conocimiento y manejo de una extensa y no siempre sencilla normativa administrativa. El tratamiento específico de este tipo de delincuencia exige también una organización adecuada de la Fiscalía que facilite el contacto de los Fiscales con profesionales, peritos y expertos en una variada gama de disciplinas técnicas y científicas que se encuentran reiteradamente implicadas en la valoración de las actividades que inciden en los ataques contra los bienes jurídicamente protegidos en el título XVI de nuestro Código Penal.

El Fiscal General del Estado, que ha asumido públicamente el compromiso, de que el Ministerio Público empeñará la máxima energía en la defensa del Medio Ambiente y el patrimonio histórico artístico, ha impulsado la creación de un Fiscal Coordinador de Medio ambiente y la plasmación legal de secciones especializadas en esta materia en las Fiscalías territoriales, cuya realidad se ha consagrado definitivamente en la Ley 10/2006, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 43/2003, de 21 de noviembre de Montes. Esta norma, prevé, en su disposición final primera, una modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en virtud de la cual se incorpora al Estatuto el artículo 18. quinquies, por el que se crea, como delegado del Fiscal General del Estado, un Fiscal coordinador para los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico artístico del medio ambiente e incendios forestales con categoría de Fiscal de Sala.

Esta ley incorpora también las Secciones de Medio Ambiente en las Fiscalías Territoriales al modificar el texto del artículo 18.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal para establecer en cada Fiscalía de Tribunal Superior de Justicia y de Audiencia Provincial, las que denomina «Secciones de Medio Ambiente» especializadas en delitos relativos a la ordenación del territorio, la protección del patrimonio histórico, los recursos na-

turales y el medio ambiente, la protección de la flora, fauna y animales domésticos y los incendios forestales.

El objeto de la presente Instrucción es profundizar en el nuevo modelo funcional del Ministerio Público definido en la Instrucción 11/2005 de forma que permita, partiendo de esta nueva estructura, seguir actuando contra la delincuencia ambiental, en sus diferentes facetas, con mayor eficacia, así como estar en disposición de hacer frente a los fenómenos criminales que en la materia se perfilen en el futuro. En esa línea, la presente Instrucción, introduce los criterios necesarios para constituir formal y definitivamente las Secciones de medio ambiente en las Fiscalías territoriales, y establece igualmente las necesarias pautas organizativas para articular la necesaria unidad de actuación que caracteriza al Ministerio Público en el ejercicio de su función.

Con todo ello se pretende finalmente que la acción coordinada y especializada de la Fiscalía en el ejercicio de la acción pública frente a las infracciones penales contra el medio ambiente, permita que la sociedad encuentre la respuesta que reclama del Ministerio Fiscal, para tratar de conservar adecuadamente el legado medioambiental que vamos a transmitir a las futuras generaciones.

II. EL FISCAL DE SALA COORDINADOR DE MEDIO AMBIENTE Y URBANISMO

II. 1 Naturaleza del Cargo de Fiscal de Sala Coordinador de Medio Ambiente y Urbanismo.

La especial relevancia atribuida al cargo, su conexión con el Fiscal General del Estado, y la inaplazable necesidad de proporcionar una respuesta eficaz a las graves conductas que integran los «*delitos contra el medio ambiente y urbanismo*», justifican la exigencia legal de

que el Fiscal designado pertenezca a la primera categoría de la Carrera Fiscal. Así, el Estatuto del Ministerio Fiscal, tras la reforma introducida por la Ley 10/2006, de 28 de abril, dispone que «*el Fiscal General del Estado, oído el Consejo Fiscal, nombrará como delegado, un Fiscal contra los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico, del medio ambiente e incendios forestales, con categoría de Fiscal de Sala*» (art. 18. quinqués 1.), como se indicaba anteriormente.

Esa misma Ley 10/2006, de 28 de abril, perfila el modelo plasmado en la Instrucción 11/05 «*sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el artículo 124 de la CE*», atribuyendo al Fiscal de Sala de medio ambiente la función de supervisar y coordinar las Secciones Especializadas de Medio Ambiente de las Fiscalías y sus criterios de actuación, superponiéndose a la actividad coordinadora que sobre las mismas ejercen los Delegados de la Jefatura en la Sección (arts. 18 y 22 Estatuto). De esta forma queda plasmada una *singular estructura funcional en vertical* del Ministerio Fiscal en materia de medio ambiente y urbanismo.

La plaza de Fiscal de Sala de Medio Ambiente y Urbanismo encuentra encaje en el artículo 13 del Estatuto: «El Fiscal General del Estado se encuentra asistido en sus funciones por la Secretaría Técnica, la Inspección Fiscal, el Consejo Fiscal, la Junta de Fiscales de Sala y «*los Fiscales de Sala que se determinen en plantilla*». El Fiscal de Sala de Medio Ambiente y Urbanismo, igual que el Fiscal de Sala contra la Violencia sobre la Mujer, el Fiscal de Sala de Siniestralidad Laboral, el Fiscal de Sala coordinador en materia de Seguridad vial, el Fiscal de Sala coordinador de Extranjería o el Fiscal de Sala para la Unidad de Apoyo al Fiscal General del Estado, están adscritos a la Fiscalía General del Estado-Fiscal General del Estado.

El cargo de Fiscal de Sala de Medio Ambiente y Urbanismo no implica ejer-

cicio de jefatura sobre órgano fiscal *ex novo* alguno. El Fiscal no se sitúa al frente de una Fiscalía Especial u otra estructura orgánica en la que se integren, o a la que se incorporen como delegados, otros miembros del Ministerio Fiscal, tal como sucede, por ejemplo, con la Fiscalía especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción o la Fiscalía especial para la prevención y represión de los delitos relacionados con el tráfico de drogas. El Fiscal de Sala Coordinador de Medio Ambiente y Urbanismo ostenta facultades esencialmente de supervisión y coordinación, aunque también tiene atribuidas ciertas facultades operativas para intervenir directamente o a través de instrucciones impartidas a los delegados, ante los Tribunales de Justicia en procesos de medio ambiente y urbanismo sin necesidad de acudir a la vía de designación del artículo 26 del Estatuto, de manera que en su cometido especializado interviene con responsabilidad propia e individual, distinta a la que asume cuando se integra como miembro de la Junta de Fiscales de Sala, órgano colegiado del Ministerio Fiscal.

Esto supone, junto a la clásica organización territorial, una estructuración funcional que agiliza los mecanismos de unidad de actuación con los instrumentos de dirección y coordinación del Fiscal General del Estado, además de proporcionar una formación cada vez más especializada y una coordinación en el funcionamiento de los Fiscales encargados de tareas específicas, aun cuando pertenezcan a distintas Fiscalías. Con ello se produce un fortalecimiento institucional de la Fiscalía General del Estado como centro directivo, con los principios de especialización y coordinación vertical como ejes del cambio organizativo del Ministerio Fiscal.

El modelo pone en manos del Fiscal de Sala la responsabilidad de encabezar, dirigir y coordinar la Red de Fiscales especialistas en medio ambiente y urbanismo y las Secciones de medio ambiente de las

Fiscalías territoriales que la ley ordena se constituyan conforme a un modelo homogéneo y preestablecido que –por supuesto– considerará las diferencias de tamaño, disponibilidad de plantilla y volumen de actividad.

La figura del Fiscal de Medio Ambiente y Urbanismo, que coordinará todas las actuaciones del Ministerio Fiscal en esta materia, se presenta como una valiosa síntesis que se nutre de los aspectos más aprovechables del modelo de Fiscalía Especial y de las ventajas del esquema tradicional de organización y funcionamiento del Ministerio Público. Es preciso, no obstante, una importante adaptación estructural y organizativa, y articular la figura del Fiscal Delegado de Jefatura y las Secciones especializadas como eje del reforzamiento y la modernización institucional, de manera que permita superar la estructura generalista y horizontal de las Fiscalías territoriales.

El Fiscal de Sala Coordinador de Medio Ambiente y Urbanismo interviene por imperativo legal (art. 18 quinquies EOMF) como delegado del Fiscal General del Estado. Este carácter no es extraño al Ministerio Fiscal. La Instrucción 1/1987 FGE sobre «Normas de funcionamiento interno del Ministerio Fiscal» explica que los miembros del Ministerio Fiscal son representantes de la Institución, sin perjuicio de que esta representación se produzca condicionada por la delegación de su Jefe respectivo, delegación que debe ponerse en relación con las facultades de éste para la distribución del trabajo, o para impartir instrucciones generales o particulares. Igualmente la mencionada Instrucción 11/2005 «sobre el principio de instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el artículo 124 de la CE» desarrolla ampliamente el mecanismo de la actuación de los Fiscales de Sala delegados.

El Fiscal General del Estado ostenta la jefatura superior del Ministerio Fiscal y su representación en todo el territorio español, lo cual supone que le corresponde impartir las ordenes e instrucciones con-

venientes al servicio y al orden interno de la Institución y, en general, la dirección e inspección del Ministerio Fiscal (art. 22.2 Estatuto). Su competencia, que es la medida de capacidad que le corresponde, constituye el conjunto de facultades y funciones, cuyo ejercicio, y también su titularidad, le encomienda el Estatuto. La delegación de funciones en el Fiscal de Medio Ambiente y Urbanismo no implica alteración de la titularidad de su competencia sino que refuerza el principio de unidad de actuación del Ministerio Fiscal en la materia, pues, es el Fiscal General del Estado quien define en último termino las estrategias elaboradas para una más eficaz protección penal del medio ambiente.

El Fiscal de Medio Ambiente y Urbanismo se sitúa, como consecuencia de su función legal de supervisión y coordinación de las Secciones de Medio Ambiente a nivel estatal, entre el Fiscal General del Estado y los Fiscales Jefes de las respectivas Fiscalías, y modula la relación de dependencia existente entre los fiscales adscritos a la Sección de Medio Ambiente (incluido el Delegado de la Jefatura) y el Fiscal Jefe respectivo.

La pluridisciplinariedad a la que se hacía referencia anteriormente exige que para el ejercicio de sus específicas funciones se le adscriban profesionales y expertos que le auxilien de manera permanente u ocasional. Concretamente, el número 2 del artículo 8 quinquies específica que se adscribirá al Fiscal de Sala una Unidad del Servicio de Protección de la Naturaleza de la Guardia Civil (SEPRONA), así como, en su caso los efectivos necesarios pertenecientes al resto de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad con competencias medioambientales. Igualmente se prevé posibilidad de adscripción de los profesionales y técnicos precisos para auxiliarle de manera permanente y ocasional.

La norma parte ya desde el inicio de la andadura de este Fiscal delegado, de la conveniencia de que en su tarea reciba el auxilio necesario de los cuerpos policia-

les con competencia específica en materia medioambiental y de otro tipo de profesionales. La Ley concibe este Fiscal de Sala como un coordinador general de toda la actividad de la Fiscalía en esta materia, tarea para la que necesariamente debe contar con un equipo multidisciplinar que le permita obtener informes de expertos técnicos, así como tener a su disposición los profesionales policiales competentes para llevar a cabo las investigaciones que la Ley permite tramitar directamente o para mejorar la coordinación en las investigaciones abiertas por las Secciones de las Fiscalías territoriales. Es evidente que el desarrollo de las funciones como Fiscal delegado en esta materia irá incrementando las concretas necesidades de apoyo técnico que en su momento deberán ser debidamente atendidas por la Administración para permitir el debido desarrollo de las responsabilidades que al Fiscal de Sala corresponden.

También podrá contar, en su caso, con las unidades de apoyo que la Fiscalía General del Estado prevea dotar para labores de asistencia técnica, estadística, informática, gestión de personal o similares (art. 18 quinquies 2).

II. 2 Funciones

Al igual que ocurre con la violencia de género se ha entendido que el tratamiento de la delincuencia medioambiental no se compaginaba debidamente con el diseño de Fiscalía especial, optando el legislador por mantener el modelo de «especialización vertical» que, como decíamos, se desarrolla en la Instrucción 11/2005 de la Fiscalía General del Estado *sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el artículo 124 de la Constitución Española*. Esta nueva fórmula de estructuración y coordinación, basada en la especialización y la racionalidad funcional, ha de conformar la organización y la actividad del Ministerio Fiscal en el ámbito del Medio Ambiente, y precisamente a ello res-

ponden las funciones que la Ley otorga al Fiscal de Sala Delegado en materia de medioambiente y urbanismo.

Concretamente, el artículo 18 quinquies del Estatuto le atribuye el ejercicio de las siguientes funciones:

a) «*Practicar las diligencias a que se refiere el artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, e intervenir directamente o a través de instrucciones impartidas a los delegados, en aquellos procesos penales de especial trascendencia apreciada por el Fiscal General del Estado, referentes a los delitos relativos a la ordenación del territorio, la protección del patrimonio histórico, los recursos naturales y el medio ambiente, la protección de la flora, fauna y animales domésticos, y los incendios forestales*».

La atribución al Fiscal de Sala de competencia para la práctica de diligencias de investigación y la intervención directa, no quiere sino advertir de la especial legitimación del Fiscal de Medio Ambiente y Urbanismo para actuar en procesos penales por comportamientos de esta naturaleza ante cualquier órgano judicial cuando así lo acuerde el Fiscal General del Estado.

Al no constituirse como Fiscalía especial, la intervención directa del Fiscal de Sala delegado limitada por el mismo precepto que le habilita o legitima a los delitos que revistan especial trascendencia, ha de interpretarse en un sentido acorde con la propia naturaleza del cargo. Por eso, pese a esta posibilidad de participación directa, lo ordinario será que la actuación del Fiscal de Sala se produzca a través del seguimiento de los trámites de las diligencias o por la vía de la previsión legal que permite una intervención mediata del Fiscal de Sala a través de instrucciones concretas impartidas para un asunto en particular al delegado de la Fiscalía territorial que intervenga directa-

mente y que, en ese caso, deberá atender las directrices específicamente marcadas por el Fiscal de Sala. Estas directrices o instrucciones deberán ser remitidas también al Fiscal Jefe de la Fiscalía territorial correspondiente.

El seguimiento de los trámites del proceso por el Fiscal de Sala de Medio Ambiente y Urbanismo implicará esencialmente dación de cuenta y/o control de determinados dictámenes del Ministerio Fiscal (visado) antes de darles curso (escritos de acusación, calificaciones, recursos, informes de competencia...). La intervención concreta en el proceso podrá ser en vistas ante los órganos jurisdiccionales (recurso de casación...) o en la tramitación escrita.

El seguimiento o la participación directa o mediata se producirán sólo en los delitos que revistan «especial trascendencia». Corresponde legalmente al Fiscal General del Estado apreciar en cada caso la concurrencia de este concepto jurídico indeterminado. Tal decisión de oportunidad particularizada solo abarcará el conocimiento de aquellos delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico, recursos naturales y medio ambiente, protección de flora, fauna y animales domésticos, y los incendios forestales en los que concurren circunstancias de relevancia especial que lo justifiquen como pueden ser la importancia del medio ambiente afectado, número de víctimas, gravedad intrínseca del hecho, repercusión o trascendencia pública o social de la conducta infractora, calidad del sujeto activo o pasivo de la infracción, o cualquier otra circunstancia similar.

El Fiscal General del Estado adoptará la decisión por iniciativa propia o a propuesta del Fiscal de Sala de Medio Ambiente y Urbanismo, que deberá recibir de todas las Secciones del mismo nombre comunicación de los hechos que pudieren merecer aquella calificación (art. 25.2.º del Estatuto). Cuando las circunstancias del caso lo justifiquen y para poder valorar la concurrencia de esas ex-

cepcionales circunstancias, el Fiscal de Sala Delegado podrá tomar conocimiento de las diligencias solicitando copia o personándose en la Fiscalía correspondiente previa comunicación con el Fiscal Jefe de la Fiscalía competente. El acuerdo del Fiscal General del Estado será puesto en conocimiento del Fiscal Jefe de la Fiscalía correspondiente a través del Fiscal de Sala de Medio Ambiente y Urbanismo.

La intervención del Fiscal de Sala no está sujeta a límite territorial u orgánico alguno. Puede tener lugar ante cualquier Juzgado o Tribunal, quedando excluida la intervención ante el Tribunal Constitucional.

El mismo requisito de especial trascendencia se requerirá también para intervenir en la práctica de «diligencias de investigación» (arts. 5 EOMF y 773.2 LECrim), en un momento previo a la iniciación del procedimiento judicial.

b) «Ejercitar la acción pública en cualquier tipo de procedimientos, directamente o a través de instrucciones impartidas a los delegados, cuando aquella venga prevista en las diferentes leyes y normas de carácter medioambiental, exigiendo las responsabilidades que procedan».

La intervención del Ministerio Público en procedimientos no penales se centrará esencialmente en procedimientos contencioso administrativos, en los que la participación del Fiscal se concreta en diferentes normas sectoriales, que actualizan la previsión genérica del artículo 19.1.f) de la Ley 29/98, de 13 de julio reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuando recoge la legitimación del Fiscal para intervenir en los procesos que determine la Ley.

En este supuesto, la ley prevé en todos los casos sin excepción, la intervención personal o mediata, a través de instrucciones del Fiscal de Sala, sin necesidad de que en este caso se requiera apreciación de la especial trascendencia del

caso por el Fiscal General. Habida cuenta que la intervención del Fiscal ejercitando la acción pública en procedimientos de naturaleza diferente a la civil y penal no es frecuente y que las propias normas habilitantes suelen restringir la legitimación del Ministerio Público a supuestos específicos de gran trascendencia, el legislador ha querido garantizar que sea precisamente el Fiscal de Sala delegado el que directamente o con instrucciones concretas dirija el ejercicio de estas acciones.

Ello conlleva que cuando los Fiscales de las Secciones de Medio ambiente tengan conocimiento de un supuesto en que proceda el ejercicio de la acción pública en procesos no penales, deberán dar cuenta al Fiscal de Sala delegado elevando un informe motivado, sobre las razones que justifican la intervención, solicitando instrucciones para la actuación concreta en el procedimiento. Las instrucciones impartidas por el Fiscal de Sala delegado deberán también ser comunicadas al Fiscal Jefe. En estos casos, los Fiscales deberán actuar con la debida celeridad para garantizar el cumplimiento de los plazos y evitar la caducidad de las acciones.

c) *«Supervisar y coordinar la actuación de las Secciones de medio ambiente y recabar los informes oportunos, dirigiendo por delegación del Fiscal General del Estado la Red de Fiscales de medio ambiente».*

La facultad de supervisar y coordinar alcanzará a la estructura y funcionamiento de las Secciones de Medio Ambiente de cada Fiscalía, a los cometidos que realizan los Fiscales adscritos y su adecuación numérica, la actuación del Delegado del Fiscal Jefe en la Sección de Medio Ambiente y, la Secretaría de la Sección y personal colaborador, sin perjuicio de las facultades que corresponde al Fiscal Jefe de las Fiscalías Territoriales.

Entre la Inspección Fiscal de la Fiscalía General del Estado, la Secretaría Técnica

y el Fiscal de Sala de Medio Ambiente y Urbanismo se establecerán los cauces que permitan a ambos mantener un adecuado trasvase de información y ejercer sus respectivas competencias en materia de medio ambiente y urbanismo. Así, por el Fiscal de Sala se remitirán las posibles quejas de orden disciplinario que reciba, y la Inspección Fiscal las notas de retirada de acusación y otras actuaciones propias de su ámbito de competencia.

En todo caso al Fiscal Delegado se le dará traslado de las actas de Juntas que traten sobre materia de medio ambiente y urbanismo, actas que las Fiscalías han de enviar con carácter puntual a la Inspección Fiscal (Comunicación 3/3/2004 de la Inspección Fiscal).

Las funciones de supervisión y coordinación –a nivel estatal– del Fiscal de Sala se superponen a las facultades de la misma naturaleza que corresponden al Fiscal Jefe y al Delegado en la Sección de Medio Ambiente. Por ello aquél pondrá en conocimiento de éstos las observaciones que estime oportunas para el mejor funcionamiento y organización de la Sección. Igualmente, y por imperativo legal, comunicará al Fiscal Jefe los informes que solicite recabando información del Delegado de la Sección de Medio Ambiente, cuando no los dirija a él mismo.

En todo caso, los Fiscales Jefes deberán, bien asegurarse que los delegados de medio ambiente remitan con la debida celeridad las informes que les haya recabado el Fiscal de Sala o bien directamente responder con la urgencia requerida a las solicitudes de informes que les dirija directamente el Fiscal de Sala Delegado.

La Ley hace referencia por primera vez a la Red de Fiscales de Medioambiente, Red que, como se ha dicho, fue constituida espontáneamente por Fiscales especialistas de distintas Fiscalías territoriales y que no aparece exactamente definida en la Ley. Pese a esta ausencia de definición, la Red no puede, a partir de este momento, ser ajena a la realidad de la nueva organización de las Fiscalías y a

ella se dedica el apartado IV de esta Instrucción.

d) *«Coordinar los criterios de actuación de las diversas Fiscalías en materias de medio ambiente y urbanismo, para lo cual podrá proponer al Fiscal General del Estado la emisión de las correspondientes instrucciones».*

El conocimiento de los criterios y prácticas de actuación técnica, sustantiva y procesal, que se sigan en los procesos que tengan por objeto la materia de medio ambiente y urbanismo, tanto penal como administrativo, podrá alcanzarse mediante su comprobación directa o normalmente a través de la remisión de informes o copia de documentación.

El Fiscal de Sala de Medio Ambiente y Urbanismo informará al Fiscal General del Estado y a la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado de las sustanciales discrepancias técnicas que se susciten entre las diversas Secciones en la aplicación de las normas de medio ambiente y urbanismo, singularmente las relativas a competencia, o que le eleven en consulta, para en su caso proceder al estudio y elaboración de la pertinente Instrucción general a cuyo fin debe elaborarse por el Fiscal de Sala el correspondiente borrador y propuesta de resolución.

e) *«Elaborar anualmente, y presentar al Fiscal General del Estado, un informe sobre los procedimientos seguidos y actuaciones practicadas por el Ministerio Fiscal en materia de medio ambiente y urbanismo que será incorporado a la memoria anual presentada por el Fiscal General del Estado».*

La Ley introduce en esta apartado un mecanismo de dación de cuenta al Fiscal General del Estado sobre la actividad jurisdiccional y no jurisdiccional que desarrollan las Secciones de Medio Ambiente

de las Fiscalías, actividad que corresponde supervisar y coordinar al Fiscal de Sala competente en la materia.

Esta dación de cuenta implica a su vez un mecanismo de control interno de la intervención de las Fiscalías en materia de medio ambiente y urbanismo pero también un informe de actividad dirigido al conocimiento externo de su actuación anual a través de su incorporación a la Memoria de la Fiscalía General del Estado. Presenta similitud con el informe que ha de remitir el Fiscal de Sala Delegado contra la Violencia sobre la Mujer, pero a diferencia de éste no ha de remitirse a la Junta de Fiscales de Sala ni al Consejo Fiscal.

Este informe anual también abarcará las actuaciones de intervención (seguimiento o intervención concreta), supervisión y coordinación desplegadas por el Fiscal de Sala de Medio Ambiente durante ese tiempo.

II.3 Otros cometidos

También son cometidos del Fiscal de Sala de Medio Ambiente y Urbanismo, que asiste al Fiscal General del Estado en el ejercicio de sus funciones sobre la materia propia de su especialidad (Art.13 Estatuto), además de los especificados en esta Instrucción por razón de la función de supervisión, los siguientes:

- Elaborar una Memoria Anual sobre la actividad desplegada por el Ministerio Fiscal en la lucha institucional contra los delitos contra el medio ambiente y Urbanismo.

- Formular las propuestas y estudios legales encaminados a mejorar el sistema organizativo de las Secciones de Medio Ambiente que estime oportunas.

- Intervenir en los mecanismos interinstitucionales de cooperación en la lucha contra los delitos contra el medio ambiente en su más amplia expresión.

- Intervenir en los organismos y entidades comunitarios e internacionales,

que tengan competencia en temas ambientales, especialmente en aquellos supuestos en los que se perfilen aspectos o temas penales relativos a la protección del medio ambiente.

- Participar en la adopción de Protocolos y Convenios de coordinación con los demás organismos implicados en la erradicación y prevención de los delitos contra el medio ambiente y urbanismo, y en su caso conocer, informar y ser informado de los que se establezcan a nivel autonómico o provincial.

- Mantener los contactos institucionales precisos con las instancias judiciales, policiales, administrativas, colegios de abogados y procuradores, y otros colectivos o entidades implicados o afectados a fin de mantener una cooperación eficaz en la respuesta legal a la delincuencia contra el medio ambiente.

- Proponer e intervenir en la coordinación de los cursos de formación permanente de Fiscales sobre medio ambiente y urbanismo, participando en la determinación de los criterios para la formación de Fiscales especialistas.

- Participar a las Fiscalías los acuerdos de las Juntas de Fiscales del Tribunal Supremo que afecten a la materia de su especialización.

- Promover reuniones de los Delegados en las Secciones de Medio Ambiente de todas o parte de las Fiscalías del territorio nacional, y de los de las Fiscalías de una misma Comunidad Autónoma, para conocer y debatir los problemas que la materia ecológica plantea y unificar criterios, con conocimiento del Fiscal General del Estado y de los respectivos Fiscales Jefes.

- Presidir, en su caso, las Juntas de Fiscales Jefes que pueda convocar como superior jerárquico el Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia para fijar posiciones o mantener unidad de criterios sobre materia de medio ambiente y urbanismo (art. 24 p.º 5.º Estatuto) en las que participarán los Delegados de las respectivas Secciones de Medio Ambiente. La

convocatoria se pondrá anticipadamente en conocimiento del Fiscal de Sala de Medio Ambiente y Urbanismo a efectos de posible presencia. En todo caso se le dará traslado del acta con las conclusiones alcanzadas.

- Recibir, contestar y dar curso a aquellos escritos que sobre materia de su competencia se remitan al Fiscal General del Estado por ciudadanos, asociaciones e instituciones.

- Cooperar con la Red Judicial Europea, Iber-RED y Eurojust y otras estructuras destinadas a mejorar la cooperación judicial internacional, en todos aquellos aspectos que en medio ambiente se susciten y en los que se requiera cualquier participación o información especializada en la materia. Concretamente el 30 de septiembre de 2005 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea la Decisión Marco de 12 de julio de 2005 (2005/667/JAI), destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques. La decisión marco fue elaborada a raíz del naufragio del petrolero *Prestige* y en el contexto de la directiva de 7 de septiembre de 2005 (2005/35/CEE), relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones. El artículo 9 de la Decisión Marco se refiere a la designación de puntos de contacto para el intercambio de información mencionado en el artículo 8. Habida cuenta que la referida tiene una perspectiva eminentemente penal, el Fiscal de Sala de Medio Ambiente y Urbanismo estaría en las mejores condiciones para asumir esta responsabilidad como punto de contacto.

III. LAS SECCIONES DE MEDIO AMBIENTE EN LAS FISCALÍAS TERRITORIALES

La Ley 10/06, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, proporciona,

como ya se ha expuesto, un contenido adicional al artículo 18.1 párrafo segundo del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal con el objeto de crear en cada Fiscalía de Tribunal Superior de Justicia y de Audiencia Provincial, las que denomina «Secciones de Medio Ambiente».

La implantación de estas secciones no supone una absoluta novedad en la estructura organizativa de las Fiscalías. Tal y como se ha puesto de manifiesto al inicio del presente documento, desde hace algunos años se ha venido contando con Fiscales especializados en esta materia que conforme a los criterios de reparto de trabajo acordados en cada Fiscalía Territorial por cada Fiscal Jefe, oída la Junta de Fiscales se había plasmado en la constitución de secciones o servicios especializados que vienen encargándose del despacho de las diligencias de investigación, de las diligencias judiciales relativas a delitos medioambientales y todas aquellas otras incidencias relativas a este tipo de criminalidad.

III.1 Naturaleza de las Secciones de Medio Ambiente

Como decíamos, algunas Fiscalías contaban de hecho desde hace años con servicios especiales integrados por Fiscales dedicados, en algunos casos exclusivamente a esta materia, en otros compartiendo esta función con otras tareas de la Fiscalía, al despacho de las incidencias de las diligencias de investigación o judiciales relativas a los delitos medioambientales.

Formalmente las Secciones de Medio Ambiente empezaron a adquirir consistencia institucional con la LO 1/2004 de 28 de diciembre al adicionar un apartado 5 al artículo 22 de la Ley 50/1981 en el que se preveía que en cada Fiscalía hubiera un delegado de la jefatura encargado de las funciones de dirección y coordinación en materia de delitos contra el medio ambiente. Más recientemente, la Instrucción núm. 9/05, sobre designación de Fiscales especialistas en materia

de incendios forestales, estableció como primera de sus conclusiones, que «*en todas las Fiscalías territoriales se designará un Fiscal encargado específicamente de coordinar la actuación del Ministerio Público en relación con los incendios forestales, de canalizar la comunicación con los órganos administrativos y las unidades policiales competentes y de centrar la información policial y judicial sobre esta materia específica*».

La Ley 10/06, de reforma de la Ley de Montes, regula definitiva y expresamente las Secciones de Medio Ambiente que deben existir en cada una de las Fiscalías de Tribunales Superiores de Justicia y Provinciales, precisando también una coordinación superior de estas secciones ejercitada por el Fiscal de Sala Coordinador de Medio Ambiente y Urbanismo que será el competente para «*supervisar y coordinar la actuación de las Secciones especializadas de medio ambiente...*».

Es evidente que la confianza depositada en el Ministerio Fiscal para erradicar el complejo fenómeno de la delincuencia ambiental ha sido uno de los factores determinantes de la creación de estas nuevas Secciones en las Fiscalías, a modo de unidades especializadas y organizadas, con entidad propia y específicos cometidos, integradas en el organigrama de funcionamiento y servicios de cada Fiscalía. La Sección de Medio Ambiente y Urbanismo se constituye como una unidad dentro de cada Fiscalía que aglutina un conjunto de medios personales y materiales que se organizan ante la exigencia de especializar la intervención del Ministerio Fiscal en materias relacionadas con la delincuencia ambiental en su máxima expresión, no constituyéndose, sin embargo, en órgano del Ministerio Fiscal ni en Fiscalía Especial (art. 12 Estatuto).

Frente a la situación anterior, en la que la realidad de Fiscales especialistas en Medio Ambiente no era sino una mera plasmación fáctica, carente de reconocimiento institucional, la previsión legal de las nuevas Secciones tiene la ventaja en primer lugar de homogeneizar la organi-

zación interna de todas las Fiscalías y, partiendo de la coordinación superior ejercitada por el Fiscal de Sala, fortalecer la actividad del Ministerio Público en este área. La nueva estructura favorece además una más intensa participación del Fiscal en otros ámbitos distintos del Derecho penal aprovechando su configuración constitucional como activo defensor de los derechos difusos que constituyen el medio ambiente, de su plasmación constitucional y de la amplia expresión social que conllevan los mismos (art. 124 CE).

Por lo demás, las Secciones de Medio Ambiente se integran con operatividad en las respectivas Fiscalías. Los Fiscales adscritos a ellas se encuentran bajo la dependencia del Fiscal Jefe respectivo, pero el ejercicio de las facultades de dirección y coordinación del Fiscal Jefe sobre medio ambiente y urbanismo se atemperan y ajustan ante las funciones que debe encomendar específicamente al Fiscal Delegado en la Sección y, especialmente, las estatutariamente atribuidas al Fiscal de Sala de Medio Ambiente y Urbanismo, que será quien, según dispone el artículo 18 quinquies 1.c), se encargará de supervisar y coordinar la actuación de todas las Secciones especializadas en la materia.

El funcionamiento de la nueva Sección exigirá coordinación con otros órganos del Ministerio Fiscal y otras Secciones y Servicios de la Fiscalía. Especialmente con la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos Relacionados con la Corrupción, dada la frecuente conexión de infracciones delictivas en las que confluye la temática ambiental y supuestos de corrupción, fundamentalmente cuando se trata de delitos contra la ordenación del territorio. Internamente debe garantizarse máxima coordinación y comunicación entre delegados en una u otra materia, partiendo del hecho de que la competencia de la Fiscalía anticorrupción se encuentra claramente delimitada en el Estatuto Orgánico y en las instrucciones del Fiscal General del Estado, de forma que la competencia general en

materia de prevaricación urbanística se centra en las secciones de medioambiente y sólo cuando se den las circunstancias de ser cometidos por una organización y alguno de los otros requisitos que determinan la competencia de la Fiscalía Especial Anticorrupción se atribuirá la competencia a ésta.

También deberá mantenerse una especial relación con la Sección de reforma de Menores, dado que se producen, con relativa frecuencia, supuestos de incendios forestales causados por menores de edad penal. Con las Secciones o servicios especiales de lo Contencioso-administrativo de las Fiscalías, por la intensa conexión entre Derecho penal y administrativo en el amplio contexto del medio ambiente y la legitimación que le corresponde al Fiscal de Sala para ejercitar acciones en procesos administrativos conforme a lo previsto en el 18 quinquies b).

Es de destacar que, debido al proceso descrito de creación espontánea y desigual de servicios especiales de medio ambiente en algunas Fiscalías, en el momento de institucionalizarse la presente especialidad, de hecho, conviven Fiscalías en las que no existe sección especializada alguna con Fiscalías con Secciones incipientes y Fiscalías con Secciones plenamente desarrolladas. Es evidente que la adopción, por medio de la Ley 10/2006, de 28 de abril, de un modelo uniforme y dotado de un sistema de coordinación absolutamente centrado en la aplicación del principio de unidad de actuación, debe implicar una reorganización de las estructuras existentes que si bien no tiene que suponer una ruptura radical con la situación actual si requiere ciertas adaptaciones para cumplir con el mandato legal y uniformar en la medida de lo posible y teniendo en cuenta las diferentes circunstancias de cada Fiscalía territorial, la organización interna de las distintas Fiscalías en este punto.

La nueva estructura resultante permitirá una dirección mucho más ágil, coherente y eficaz, y por consiguiente, el fortalecimiento de los principios de legali-

dad y de unidad de actuación cuyo efecto directo es la garantía de la igualdad en la aplicación de la ley a todos los ciudadanos.

III.2 Composición de las Secciones de Medio Ambiente

Las Secciones de Medio Ambiente estarán integradas por un Fiscal Delegado de la Jefatura, que asumirá las funciones de dirección y coordinación que específicamente le sean encomendadas, y los Fiscales Adscritos que se determinen pertenecientes a las respectivas plantillas (arts. 22.5 y 18.1 del Estatuto).

Una vez configurada la Sección de Medio Ambiente como unidad especializada de la Fiscalía, la consecuencia ineludible de su creación es contar con el número adecuado de Fiscales y los correspondientes y necesarios medios técnicos y materiales para desempeñar las funciones normativamente asignadas.

La protección penal del medio ambiente frecuentemente lleva aparejada graves dificultades interpretativas por la incidencia de multitud de aspectos científicos y técnicos, así como por los importantes problemas de orden técnico-jurídico que requieren una adecuada respuesta. En consecuencia es importante una buena dotación de medios personales y materiales. Ello implica la necesidad de disponer de una adecuada plantilla de Fiscales que puedan cuando fuera necesario ser auxiliados por técnicos y especialistas policiales que tengan la suficiente formación y los medios procedentes y adecuados.

La determinación genérica del número exacto o la estructura interna concreta que deben conformar las Secciones de Medio Ambiente es complicada dada la diversidad de tamaño y circunstancias de las distintas Fiscalías territoriales. En todo caso deben adoptarse criterios flexibles que permitan afrontar adecuadamente y en cada momento la distribución de trabajo en cada una de las distintas Fiscalías españolas.

El régimen de exclusividad en el desempeño de las tareas propias de la Sección de medio ambiente o la situación más habitual que supone compartir estas específicas tareas con otras funciones de la Fiscalía tampoco puede ser establecido de manera general. Los artículos 18.1 y 22.5 del Estatuto especifican que los Fiscales adscritos a la Sección *«cuando las necesidades del servicio lo aconsejen podrán actuar también en otros ámbitos o materias y que el Delegado de la Jefatura asumirá la función con carácter exclusivo o compartido con otras materias»*.

Partiendo una vez más de la flexibilidad que permita adaptarse a las distintas circunstancias de la Fiscalía territorial concreta, se podrá implantar, desde la exclusividad, un régimen de dedicación principal o la posibilidad de compaginar la temática ambiental con otros cometidos, siempre con la perspectiva de optimizar el aprovechamiento de los recursos personales disponibles. Por otro lado, dada la diversidad de materias que integran esta especialidad, en las Fiscalías de gran tamaño o en aquellas que atiendan a territorios con problemas específicos en materia medioambiental, se podrá contar con subsecciones dentro de la sección de medioambiente para atender separadamente distintas materias, como pueden ser los delitos de incendios o los delitos contra la ordenación del territorio.

Será el Fiscal Jefe quien estará en mejores condiciones para determinar qué sistema de distribución de trabajo puede ser más conveniente en cada Fiscalía. Así pues, los Fiscales Jefes –con la autonomía que les reconoce el Estatuto para organizar y distribuir el trabajo [art.18.1.a)]– tras oír a la Junta, serán quienes dispondrán cuantos Fiscales se integran en la Sección de Medio Ambiente y Urbanismo. Igualmente debe ser el Fiscal Jefe el que debe determinar si los Fiscales de la sección o alguno de ellos ejercerá las funciones de la sección en régimen de exclusividad o compartiendo otras materias.

Sin embargo, la función de supervisión que recae sobre el Fiscal de Sala de Me-

dio Ambiente y Urbanismo, anteriormente referida, recae también sobre la estructura y funcionamiento de las Secciones de Medio Ambiente de cada Fiscalía –comprendiendo los cometidos que realizan los Fiscales adscritos y su adecuación numérica, la actuación del Delegado del Fiscal Jefe en la Sección de Medio Ambiente, la Secretaria y el personal colaborador– por lo que su opinión expuesta motivadamente, en caso de necesidad, al Fiscal Jefe de la Fiscalía territorial supondrá un criterio adicional a tener en cuenta para facilitar una más adecuada y pertinente distribución de trabajo.

Hechas las anteriores consideraciones procede establecer algunos criterios organizativos de acuerdo con lo previsto en el artículo 22.2 del Estatuto, a saber:

1. La Sección de Medio Ambiente existirá en todas las Fiscalías y tendrá adscritos Fiscales de medio ambiente para intervenir en los diferentes procedimientos que se planteen. Su número, oída la Junta, se adaptará a las necesidades que en cada momento precise el servicio. La organización de las Secciones radicará principalmente en la capital y excepcionalmente y de forma coordinada podrá ubicarse en las Adscripciones.

2. En todas las Fiscalías habrá un Delegado en la materia relacionada con el medio ambiente y urbanismo, sin perjuicio de la entidad y número de las facultades de dirección y coordinación que le delegue el Fiscal Jefe (art. 22.5 Estatuto).

3. El Fiscal Delegado de la Sección de Medio Ambiente será nombrado por el Fiscal General del Estado, previa audiencia del Fiscal de Sala Coordinador y tras convocatoria interna de la plaza entre los Fiscales que integren la plantilla de la respectiva Fiscalía. La propuesta del Fiscal Jefe, oída la Junta de Fiscalía, acompañará relación de todos los Fiscales solicitantes y de los méritos alegados por cada uno de ellos. Podrá ser Fiscal Delegado un Fiscal titular de categoría segunda o tercera. De no existir peticionarios el Fiscal Jefe propondrá al Fiscal que

considere más idóneo. Ningún obstáculo existe para que el Teniente Fiscal asuma el cargo si así se estima oportuno.

La convocatoria, a la que se dará la debida publicidad, fijará plazo suficiente para formular la solicitud y aportar méritos o currículum justificativo, dando la mayor celeridad al posterior trámite. Se valorará como méritos en primer lugar la anterior función desempeñada, los cursos a los que se haya asistido, impartidos o superados, y cualquier otra circunstancia que implique conocimiento especializado en la materia o idoneidad.

El nombramiento finalmente efectuado por el Fiscal General del Estado, podrá discrepar de la propuesta de nombramiento elevada por el Fiscal Jefe respectivo, siendo en este caso motivada. El nombramiento no precisará audiencia del Consejo Fiscal.

El nombramiento de Fiscal Delegado no está sujeto a límite temporal pero será renunciabile por razones justificadas. La renuncia requerirá la aprobación del Fiscal General del Estado, vistas las razones que por escrito aduzca el interesado, que podrá delegar aquella función en el Fiscal de Sala de Medio Ambiente y Urbanismo. La efectividad de la renuncia podrá aplazarse para evitar perjuicios al interés general que defiende el Ministerio Fiscal. El nombramiento de nuevo Fiscal Jefe de la Fiscalía no implica legalmente el cese del Fiscal Delegado.

El Fiscal Delegado podrá ser relevado del cargo en cualquier momento por resolución motivada del Fiscal General del Estado o a propuesta también motivada del Fiscal Jefe respectivo, oída la Junta de Fiscalía (art. 22 EOMF).

Antes de adoptar la decisión que proceda, el Fiscal General del Estado oirá el parecer del Fiscal de Sala Coordinador de Medio Ambiente. El Fiscal General del Estado podrá motivadamente discrepar de la propuesta de relevo.

4. El Fiscal Delegado de la Sección de Medio Ambiente ejerce las facultades delegadas en el ámbito territorial de la

respectiva Fiscalía, y asumirá la responsabilidad de:

a) Dirigir la Sección en las facetas que le encomiende el Fiscal Jefe.

b) Coordinar la actividad y cometidos de la Sección y de los Fiscales adscritos que le encomiende el Fiscal Jefe, tanto en la Capital como en las que pudieran excepcionalmente constituirse en alguna adscripción, y de cuantos Fiscales hayan de participar en materias propias de la Sección, por corresponder a su intervención.

c) Intervenir ante los Juzgados en los procedimientos propios de la Sección salvo que los cometidos de dirección y coordinación no lo permitan. En la Capital siempre habrá –al menos– otro Fiscal adscrito a la Sección, de manera que aquél pueda ser sustituido en los casos ordinarios de baja por enfermedad, licencias o permisos, y cuando cese (sea por traslado a destino en Fiscalía distinta o por otra causa) mientras se procede a la designación de nuevo Delegado.

5. El Fiscal Jefe, como titular de la Fiscalía, es responsable de la actividad que desarrolle la Sección de Medio Ambiente. Resolverá las posibles discrepancias de criterio entre el Delegado y los Fiscales adscritos. Le corresponde la supervisión inmediata de su funcionamiento y la supervisión mediata de la gestión de dirección y coordinación encomendada al fiscal Delegado, sin que esta responsabilidad quede diluida por la función de supervisión general que, a nivel estatal sobre la actuación de todas las Secciones, corresponde al Fiscal de Sala Coordinador de Medio Ambiente y Urbanismo, como delegado del Fiscal General del Estado (art. 18 quinquies I. EOMF).

El Fiscal Delegado pondrá en conocimiento del Fiscal Jefe los hechos relativos al ejercicio de las funciones delegadas que por su importancia o trascendencia deba conocer (art. 25.2 Estatuto), sin perjuicio de emitir los informes que el Fiscal de Sala Coordinador de Medio Ambiente le requiera.

6. La Delegación recaerá sobre las actividades de dirección o coordinación compatibles con la responsabilidad de supervisión que corresponde al Fiscal Jefe. El contenido de las funciones delegadas, inspirado en la idea de dotar de mayor eficacia a la Sección, vendrá determinado por el número de asuntos de medio ambiente, el carácter especializado del servicio, y la conveniencia de descargar de cometidos al Fiscal Jefe.

El Fiscal Jefe formalizará la delegación por escrito. El documento de delegación recogerá de manera expresa las funciones relacionadas con la materia de medio ambiente que se delegan, modificándose cuantas veces sea preciso, ampliando o restringiendo aquellas en aras a procurar la máxima eficacia al cargo de Fiscal Delegado y a la Sección. De los documentos de delegación y sus modificaciones se dará cuenta a la Inspección Fiscal y al Fiscal de Sala Coordinador de Medio Ambiente.

El Fiscal Delegado no podrá delegar las competencias que ejerza por delegación del Fiscal Jefe, salvo con su autorización y para concretas gestiones.

Son funciones que los Fiscales Jefes podrán encomendar al Delegado, entre otras:

a) la coordinación, reparto de trabajo y asignación de servicios entre los fiscales adscritos a la Sección.

b) la relación con los fiscales Delegados de Jefatura de otras Secciones, con los Coordinadores de los demás Servicios de la Fiscalía respectiva y de las Adscripciones Permanentes.

c) la organización de los Registros de la Sección.

d) la ordenación y reparto de trabajo del personal auxiliar adscrito a la Sección, así como la emisión de instrucciones sobre cuestiones accesorias o complementarias al funcionamiento de la Secretaría de la Sección, de las que en todo caso deberá ser conocida previamente por el Fiscal Jefe.

e) la elaboración y remisión de los informes estadísticos relativos a la Sección.

f) el control de las retiradas de acusación en procedimientos relacionados con el medio ambiente y urbanismo, sin perjuicio de la dación de cuenta en Junta y de la puntual remisión de nota a la Inspección Fiscal (Instrucción 1/87 FGE y Comunicación 4/3/04 de la Inspección Fiscal).

g) el visado de todos los escritos de calificación y solicitudes de sobreseimiento en causas de medio ambiente y urbanismo, así como de las sentencias dictadas por los órganos judiciales sobre la materia y de los recursos que se interpongan.

h) el visado de los dictámenes de competencia sobre materia de medio ambiente.

i) la supervisión de las causas penales con inculpados sometidos a medida cautelar de prisión, sin perjuicio del control que detalla la Instrucción 3/2005 y el visado o conocimiento posterior de las peticiones por escrito de libertad o prisión.

j) la redacción del apartado de la Memoria de la Fiscalía relativo a la Sección de Medio ambiente y Urbanismo.

k) dación de cuenta al Fiscal de Sala de Medio Ambiente y Urbanismo de las diligencias o procedimientos que puedan merecer la consideración «de especial trascendencia» a los efectos de su posible intervención directa [art. 18 quinqués 1.a) Estatuto].

l) elaboración de los informes o adopción de las medidas o iniciativas que el Fiscal de Sala Coordinador de Medio Ambiente interese en pro de la adecuada aplicación de la política criminal y como delegado del Fiscal General del Estado.

m) ser portavoz ante los medios de comunicación en materia de medio ambiente y urbanismo en aquellos casos en que concurran concretas circunstancias que así lo aconsejen, de acuerdo y en

coordinación con el portavoz y bajo la dirección del Fiscal Jefe y siempre que no se trate de un asunto que por su especial trascendencia sea asumido directamente por el Fiscal de Sala Delegado.

7. Corresponderá al Fiscal Jefe la designación de los Fiscales adscritos a la Sección de Medio Ambiente y Urbanismo. Procederá su nombramiento entre los Fiscales de las respectivas plantillas que lo soliciten. A tal efecto, el Fiscal Jefe efectuará la oportuna comunicación para conocimiento general. Tendrán preferencia los Fiscales que por razón de anteriores funciones desempeñadas, cursos impartidos o superados u otra circunstancia análoga, se hayan especializado en la materia (art. 18.1 p.º 1.º Estatuto). Solo por razones excepcionales, Fiscales con plaza en las Adscripciones podrán ser adscritos a la Sección en la Capital. De no haber Fiscales que soliciten ser adscritos a la Sección, el Fiscal Jefe designará al Fiscal o a los Fiscales de carrera más idóneos para desempeñar ese cometido.

La Instrucción 9/2005 del Fiscal General del Estado sobre la designación de especialistas en incendios forestales, ordenaba que en todas las Fiscalías territoriales se designara un Fiscal encargado específicamente de coordinar la actuación del Ministerio Público en relación con los incendios forestales y de centralizar las comunicaciones con los órganos administrativos y las unidades policiales competentes en esta materia. Este Fiscal especialista en incendios, que ya ha sido objeto de nombramiento y lleva desempeñando sus funciones desde agosto de 2005, deberá, en la medida de lo posible, formar parte de las secciones de medio ambiente. Sin embargo, su designación anterior a esta Instrucción no determina que en las Fiscalías de menor tamaño en las que sólo integrará la Sección de medio ambiente el propio delegado de la jefatura, sea necesariamente el especialista en incendios el que debe desempeñar esta función. En todo caso, el Fiscal que venga realizando las tareas que al especialista en incendios foresta-

le le encomienda la referida instrucción, deberá concursar, si estuviera interesado, a la plaza de delegado en materia de medio ambiente en condiciones de igualdad con el resto de la plantilla, con el indudable merito que puede suponer el haber ejercitado las funciones de coordinación en materia de incendios durante el año y medio transcurrido desde su designación hasta el momento del concurso.

Conviene resaltar que esta reforma del EOMF nos sitúa ante una nueva Sección a constituir formalmente y con carácter de permanencia, de forma que la organización existente hasta el momento en las Fiscalías territoriales en torno a la especialidad que nos ocupa puede modificarse tras la realización de la convocatoria para el nombramiento de delegado y formación definitiva de las secciones. El resultado de la convocatoria y de la decisión del Fiscal General puede dar lugar a que se sustituya, si fuera necesario por razón de la constitución de las nuevas secciones, al Fiscal especialista en materia de incendios por el propio Delegado en materia de medioambiente cuando en la sección no se integran más Fiscales de la plantilla.

De esta forma, deberá asegurarse que en todas las Fiscalías existirá dentro de la Sección de Medio ambiente un Fiscal encargado de la coordinación de los temas relacionados con los incendios forestales; en las Fiscalías de menor tamaño tal función puede ser directamente desempeñada por el Fiscal delegado en materia de medioambiente, y en aquellas en las que existan varios Fiscales integrantes de la Sección, la función puede ser ejercida por el Fiscal delegado o por cualquier otro integrante de la Sección.

III.3 Marco de funcionamiento de la Sección de Medio Ambiente

El carácter especializado de las Secciones de Medio Ambiente procede de las propias características de la materia sobre la que recae su actuación, que re-

quiere, como decíamos, una específica formación por parte de los Fiscales en toda la normativa relacionada con el medio ambiente como interés colectivo en cuya defensa la acción pública cobra especial relevancia.

No es tarea sencilla proporcionar principios indicativos o criterios que puedan regir la labor del Fiscal en su quehacer investigador respecto a infracciones delictivas contra el medio ambiente y urbanismo, aunque la experiencia adquirida por los servicios de medio ambiente en aquellas Fiscalías que contaban con el mismo puede servir para la fijación inicial de algunas pautas de actuación.

En primer lugar, la experiencia viene demostrando que es en relación a este tipo de delitos respecto a los cuales se tramitan en las Fiscalías mayor número de Diligencias de Investigación del artículo 5 del EOMF, así se plasma en la última memoria de la Fiscalía General cuando expresa que *«Las estadísticas reflejan en este campo, como otros años que la materia medioambiental continua ocupando la mayoría de las diligencias de investigación de las Fiscalías»*. Este resultado deriva, por un lado de la previa especialización y la creación de servicios especializados en las Fiscalías y de otro, de la constatación de que cada vez con mayor frecuencia las denuncias relativas a infracciones medioambientales y urbanísticas suelen ser presentadas en la Fiscalías, precisamente por la confianza que inspira la especialización.

Las diligencias de investigación constituyen un valiosísimo instrumento en manos del Ministerio Público al que es aconsejable acudir especialmente cuando se cuenta con Fiscales especialistas. Es evidente que el Fiscal receptor de la *notitia criminis* ambiental se encuentra en unas condiciones que le permiten dar una respuesta rápida y adecuada, por razón de los conocimientos y la experiencia que le aporta su integración en la sección de medio ambiente. La relación de los Fiscales de la Sección con las administraciones competentes y la cercanía

de los miembros de la Policía Judicial especializada les permite ahondar en la investigación de forma directa dirigiendo las diligencias con un control directo e inmediato.

Respecto a la tramitación de las causas penales, una vez más deben introducirse criterios de cierta flexibilidad a la hora de determinar la competencia de las secciones de medio ambiente.

De forma general debe acordarse que todas las diligencias penales seguidas por delitos relativos a la ordenación del territorio, protección del patrimonio histórico, los recursos naturales, el medio ambiente, la protección de la flora, fauna y animales domésticos y los incendios forestales, sean despachados por los Fiscales de la Sección. Sin embargo, este criterio general no debe conllevar problemas de funcionamiento que deriven en menor operatividad de la Fiscalía en su conjunto, de forma que, aunque establecido el anterior criterio general de competencia de la Sección, ello no debe impedir que aquellas causas tramitadas por hechos de menor gravedad susceptibles de ser calificadas como delitos competencia de la Sección, sean despachadas por el Fiscal al que de forma general le corresponde conocer de la causa en el Juzgado de Instrucción, o celebrar el juicio oral en el Juzgado de lo Penal o incluso en casos más excepcionales en la Audiencia Provincial.

No cabe establecer en este punto criterios generales rígidos, de forma que atendiendo también a las características de cada Fiscalía territorial, a la composición de la propia sección y a la organización interna del resto de la Fiscalía, será el Fiscal Jefe el que deberá determinar en cada órgano los criterios concretos de reparto de las diligencias penales, y la asistencia a juicios orales entre los Fiscales de la Sección de Medio ambiente y el resto de los miembros de la plantilla. En todo caso, la organización de la Fiscalía debe prever, dentro de lo que su tamaño y composición permitan, que exista en todo momento un Fiscal especialista en

condiciones de responder con urgencia a los acontecimientos inesperados y graves que puedan plantearse y que requieran la presencia o intervención del Fiscal.

Con el objeto de garantizar la debida coordinación y mantenimiento de unidad de criterios parece conveniente y oportuno determinar que todas las sentencias sobre materia medioambiental sean puestas en conocimiento de la Sección y sean precisamente los Fiscales integrados en ella los que, en su caso, deban interponer los recursos oportunos, con la información que en su caso les proporcionen los Fiscales que hayan asistido a las vistas orales.

En la ejecución de las sentencias de medio ambiente y urbanismo el Fiscal especialista debe también tener un protagonismo concreto. Son los Fiscales de Medio Ambiente los que deben mantener el debido control sobre la ejecución de sentencias que como en otros aspectos tienen características especiales como ocurre con la problemática que viene provocando la demolición de las construcciones y edificios ilegales a la que hace referencia el artículo 319.3 del Código Penal. En aquellas Fiscalías donde, en razón a la organización de trabajo, los distintos trámites del proceso de ejecución vengán siendo despachados por diferentes Fiscales, deberán adoptarse los mecanismos oportunos para procurar que sean los Fiscales de la sección de medio ambiente quienes atiendan las incidencias de ejecución de los procedimientos por este tipo de delito.

Por otro lado la sección en materia medioambiental debe emprender también una labor de relación y coordinación con las autoridades administrativas y con los miembros de la Policía Judicial responsables de la protección medioambiental en sus distintos aspectos, celebrando cuantos encuentros y reuniones fueran necesarios para abordar los distintos criterios de coordinación y comunicación que fueran oportuno mejorar.

En relación con el ámbito administrativo sancionador y con el objeto de evitar

la duplicidad en la investigación administrativa y penal, y garantizar la debida aplicación del principio de *ne bis in idem* en los términos establecidos esencialmente por la sentencia 2/2003 de 16 de enero, dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional que modificó la doctrina sentada por la STC 177/1999, los Fiscales deberán tener en cuenta el contenido de los artículos 133 y 137 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, así como el artículo 5 del Estatuto del Ministerio Fiscal y el artículo 773 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. No obstante, y para evitar problemas de descoordinación entre las Fiscalías y la Administración, será necesario que los Fiscales de las Secciones de Medio Ambiente y Urbanismo que intervengan ante los Juzgados, en la instrucción de causas objeto de la especialidad comuniquen o procuren que el Juzgado comunique oportunamente el estado de las actuaciones a los órganos administrativos que pudieran estar tramitando un expediente sancionador susceptible de suspensión.

Asimismo, los Fiscales integrados en la Sección deberán procurar que la Administración tenga conocimiento del órgano judicial competente al que puedan dirigirse para obtener la correspondiente información o para su eventual personación en la causa, igualmente deberán instar del Juzgado o Tribunal la oportuna comunicación a los órganos administrativos competentes de las resoluciones judiciales que pongan fin a los procedimientos penales.

IV. LA RED DE FISCALES DE MEDIO AMBIENTE

La Red de Fiscales de Medio Ambiente y Urbanismo estará integrada por la totalidad de los Fiscales Delegados de las Secciones de Medio Ambiente, en ella podrán integrarse también otros Fiscales

miembros de las secciones especializadas en medio ambiente de las Fiscalías Territoriales.

La Instrucción 11/2005 del Fiscal General del Estado establece que con la citada Instrucción se pretende iniciar el diseño de una Red de Fiscales Especialistas en materia medioambiental en toda España bajo la coordinación a nivel nacional del Fiscal de Sala Delegado, abarcando en su cometido las áreas de medio ambiente, urbanismo, patrimonio histórico-artístico y demás áreas comprendidas en el concepto genérico de medio ambiente.

No es necesario insistir en que la Red de Fiscales de Medio Ambiente constituye precisamente el máximo exponente del principio de coordinación y unidad de actuación. A través de la Red de Fiscales, se pretende incrementar un conocimiento directo de la problemática medioambiental con la percepción que tienen los especialistas en la materia, que, a la vez, se puedan proponer soluciones y que las mismas sean uniformes para todo el territorio nacional, evitando interpretaciones o estrategias que difieran de una Fiscalía a otra. Se pretende, además, que las relaciones de los Fiscales especialistas de medio ambiente, y por ende las Secciones, con las fuerzas del orden, los técnicos y especialistas científicos, se realicen partiendo de la misma base y aplicando idénticos presupuestos. Lo mismo cabría decir cuando se trate de relaciones con la Administración tanto estatal como autonómica.

La Red se conforma por tanto como un foro de reflexión y discusión de problemas y aspectos comunes de la delincuencia medioambiental que debe mantener una estructura adecuada a lo que actualmente se conocen como Redes. Esto implica que sus miembros se constituyen como puntos de contacto en el territorio en el que ejercen sus funciones, plenamente identificados para obtener y proporcionar información, participar en los debates y proponer soluciones para los problemas que se planteen en la materia.

La finalidad principal de su organización en Red debe ser facilitar una relación ágil y frecuente, con intercambio de información relevante a través de los numerosos medios de comunicación actuales y futuros que les permita compartir las noticias inmediatas de resoluciones judiciales, trabajos doctrinales, etc. La estructura en Red, dirigida por el Fiscal de Sala, tiene la ventaja de permitir una comunicación horizontal entre todos sus miembros que garantiza la debida interrelación de todos los actores implicados en su funcionamiento.

Además de la comunicación que pueda mantener la Red por correo electrónico o en el foro que debidamente se puedan constituir a estos efectos en Intranet, el Fiscal de Sala delegado convocará las reuniones que considere necesarias para la discusión de criterios uniformes de actuación o estrategias comunes en la actividad del Ministerio Público; reuniones a las deben acudir salvo circunstancias excepcionales todos los convocados. Estas reuniones serán, bien ordinarias, las cuales tendrán lugar anualmente y en las fechas que convoque el Fiscal de Sala de Medio Ambiente y Urbanismo, o extraordinarias, bien a nivel nacional como a nivel autonómico o regional, y con el fin de tratar temas puntuales cuya naturaleza o importancia reclamen ser abordadas en estas reuniones que serán convocadas por el Fiscal de Sala.

V. LA SECRETARÍA DE LAS SECCIONES DE MEDIO AMBIENTE Y PERSONAL COLABORADOR

El Fiscal Jefe, partiendo de la entidad, importancia y número de los asuntos en materia de medio ambiente y urbanismo que se estén tramitando en su Fiscalía, determinará si procede la constitución de una Secretaría específica para los asuntos de medio ambiente y urbanismo.

La Secretaría de la Sección es la organización instrumental que sirve de apoyo

y soporte a la actividad y cometidos que desarrollan los fiscales adscritos a la Sección de Medio Ambiente. El diseño de la Secretaría, flexible en función de la diversa entidad de cada Sección, exige un espacio físico donde pueda organizarse la infraestructura personal de funcionarios al Servicio de la Administración de Justicia que colaboran en atender el servicio que se presta desde la Sección, y la infraestructura material que guarde en sus registros y archivos la documentación justificativa de aquella intervención, procurando que las carpetillas abiertas a todos los procedimientos objeto de la Sección se conserven en su secretaría.

La Secretaría de la Sección de Medio Ambiente y Urbanismo estará, en su caso, ubicada en la Capital, pero en las Adscripciones Permanentes podrá contar con la infraestructura precisa para soportar la proyección de la Sección en los Juzgados de su ámbito territorial en los que se estén investigando infracciones relativas al medio ambiente y urbanismo.

V.1 Personal Colaborador

Cometidos esenciales del personal colaborador de las Secciones de Medio Ambiente y Urbanismo serán los de auxiliar al Delegado y Fiscales adscritos, en la llevanza de los asuntos de la Sección, ordenar, registrar, guardar, trasladar y obtener la documentación que genere la Sección, mantener actualizados los Registros, colaborar en la elaboración de la estadística, y cuantas otras actuaciones complementarias o accesorias comporten las anteriores, y especialmente atender a los denunciante cuando las denuncias se presenten en la Fiscalía.

En las Capitales de provincia donde se constituyan Fiscales de Medio Ambiente y Urbanismo con dedicación exclusiva se podrá asignar personal para realizar los cometidos indicados con exclusividad.

V.2 El Registro de la Sección de Medio ambiente

El registro de procedimientos en la Sección de Medio Ambiente y Urbanismo se verificará en libros o soporte informático en el que se anotarán todas las diligencias de investigación preprocesales de la Sección y los procedimientos judiciales que tengan por objeto delitos relativos a la ordenación del territorio, los recursos naturales y el medio ambiente, la protección de la flora, fauna y animales domésticos y los incendios forestales con la debida separación de cada una de estas materias.

Este registro debe responder a criterios de eficiencia y racionalización del trabajo, al necesario control de los asuntos en que interviene la Sección, y a estrictas exigencias de ordenar para sus específicos cometidos la información que se remite o recaba. Los Delegados de la Jefatura cuidarán que la documentación o información que se conserve, incorpore u obtenga, sea para servir con

eficacia a los objetivos y fines de la Sección.

En las Fiscalías de tamaño inferior, un mínimo de infraestructura organizativa será precisa para llevar unificada y ordenadamente el registro de los procedimientos, documentación y carpetilla relativas a las materias objeto de la Sección, permitiendo cumplir con los deberes estadísticos exigibles.

Tras esta Instrucción y conforme a lo en ella expuesto, los Fiscales Jefes llevarán a cabo la convocatoria para el nombramiento formal de los delegados de medio ambiente en las Fiscalías de las Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia. Una vez designados los delegados, los Fiscales Jefes deberán proceder a la organización de las Secciones de Medio ambiente de acuerdo a la estructura que acaba de describirse, comunicando su composición definitiva y las responsabilidades de cada uno de sus integrantes a la Inspección Fiscal y al Fiscal de Sala delegado en materia de medio ambiente y urbanismo.

Instrucción número 5/2007, de 18 de julio, sobre los Fiscales de Sala Coordinadores de siniestralidad laboral, seguridad vial y extranjería y sobre las respectivas secciones de las Fiscalías Territoriales

I. INTRODUCCIÓN

La especialización del Ministerio Fiscal para abordar con un tratamiento más eficaz y diferenciado la intervención que la Sociedad y la Administración de Justicia demandan en específicas materias con singular relevancia jurídica, ha determinado que el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (en adelante, EOMF), tras las últimas reformas operadas en su artículo 18 (Ley 12/2000 de 28 diciembre, Ley 14/2003 de 26 mayo, LO 1/2004 de 28 diciembre y Ley 10/2006, de 28 de abril) exija la existencia de una Sección de Menores en la Fiscalía de la Audiencia Nacional y en cada Fiscalía de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales, así como Secciones contra la Violencia sobre la Mujer y Secciones de Medio Ambiente en todas las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales, previendo además para la mejor organización del servicio a prestar por las Fiscalías la designación de Delegados de la Jefatura con el fin de asumir las funciones de dirección y coordinación que les fueren específicamente encomendadas, y en todo caso en materia de infracciones relacionadas con la violencia de género, delitos contra el medio ambiente, y vigilancia penitenciaria (art. 22.5).

A su vez, para coordinar determinadas áreas jurídicas y garantizar la unidad de criterio en la intervención sobre ellas por parte de las Fiscalías, la actual plantilla de la Carrera Fiscal dispone de cinco plazas de Fiscales de Sala delegados del Fis-

cal General del Estado sobre materias especiales: Fiscal de Sala Delegado para la Violencia sobre la Mujer, Fiscal de Sala Coordinador de Medio Ambiente y Urbanismo, Fiscal de Sala Coordinador de Siniestralidad Laboral, Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial y Fiscal de Sala Coordinador de Extranjería, a la que recientemente se añade la de Fiscal de Sala Coordinador de Menores, plaza que tendrá efectividad el próximo 31 de diciembre de 2007 (Real Decreto 658/2007, de 25 de mayo, *por el que se modifica la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal para el año 2007*). Por otra parte, la conveniencia de coordinar especialidades como Protección de Víctimas, Jurisdicción de Menores, Vigilancia Penitenciaria, Delitos Económicos, y Delincuencia Informática, ha determinado que, aún sin reflejo en la plantilla orgánica, el Fiscal General del Estado haya encomendado su desempeño a Fiscales de Sala del Tribunal Supremo al amparo de las facultades autoorganizativas reconocidas por el Estatuto (art. 22.2).

La singular relevancia que para la Fiscalía General del Estado merece la especialización del Ministerio Fiscal en distintas materias o áreas de su actividad se manifiesta con rotundidad en la Instrucción 11/2005, de 10 de noviembre, *sobre instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el artículo 124 de la Constitución Española*, que profundizando en los procedimientos de especialización de Fiscales y tras encomendar funciones de coordinación como Fiscales de Sala Delegados del Fis-

cal General en el orden jurisdiccional civil, penal, contencioso-administrativo y social a los respectivos Fiscales Jefes de Sala del Tribunal Supremo, abordó la figura y funciones de los Fiscales Delegados del Fiscal General del Estado en materias especiales (violencia sobre la mujer, protección de víctimas, menores, vigilancia penitenciaria, delitos económicos, medio ambiente, y siniestralidad laboral), *exigiendo –en correspondencia– en todas las Fiscalías de Tribunales Superiores de Justicia y de Audiencias Provinciales el establecimiento de un Servicio o Sección para cada una de las especialidades objeto de delegación en los Fiscales de Sala*, cuya dotación de medios personales será diferente y proporcionada a la distinta carga de trabajo y volumen de asuntos.

El vigente EOMF recoge determinadas previsiones sobre las funciones de los Fiscales de Sala contra la Violencia sobre la Mujer y de Medio Ambiente, sobre los cometidos de la Secciones de Menores, de Violencia sobre la Mujer, y de Medio Ambiente, y sobre los Fiscales que las integran y los Delegados de la Jefatura que las dirigen o coordinan (art. 18, 18 quáter, 18 quinquies y 22). Igualmente la organización y funcionamiento de las Secciones de menores ha sido abordada por la Instrucción 2/2000; la figura del Fiscal de Sala contra la Violencia sobre la Mujer y sus correspondientes Secciones se desarrolla en la Instrucción 7/2005. Recientemente la Instrucción 4/2007 se dedica al Fiscal Coordinador de Medio Ambiente y a las correspondientes Secciones.

En este contexto de vertebración de las secciones especializadas, la presente Instrucción aborda el tratamiento de determinadas cuestiones sobre la organización y funcionamiento de las especialidades de Siniestralidad Laboral, Seguridad Vial y Extranjería, así como las relaciones entre los respectivos Fiscales de Sala Coordinadores, los Delegados de la especialidad en cada territorio y los Fiscales Jefes de cada Fiscalía, teniendo en cuenta que

estas secciones no tienen aún un específico desarrollo legal y partiendo de que algunos aspectos ya han sido desarrollados en la Instrucción 11/2005 y otras Circulares e Instrucciones sectoriales que tienen por objeto alguna de aquellas materias.

II. RÉGIMEN COMÚN

A) FISCALES DE SALA COORDINADORES

Las tres especialidades de Siniestralidad Laboral, Seguridad Vial y Extranjería, tienen designados actualmente Fiscales de Sala Coordinadores (Reales Decretos 365, 1305 y 1306 de 2006) que ejercen sus cometidos con exclusividad, lo que supone un importante paso en aras a cumplir los ambiciosos objetivos marcados por la Instrucción 11/2005.

1. Siniestralidad Laboral

La preocupación de la Fiscalía General del Estado sobre la Siniestralidad Laboral se ha manifestado en varias Instrucciones específicas dedicadas a esta materia, la última de las cuales, la 1/2001, de 29 de mayo, *sobre actuación del Ministerio Fiscal en torno a la siniestralidad laboral* promovió la creación de Secciones de Siniestralidad Laboral en aquellas Fiscalías que por su volumen de trabajo sea aconsejable la especialización. También sobre esta especialidad se pronunció la Instrucción 11/2005. Considerando el compromiso del Estado Social de Derecho en la lucha frente a los delitos contra la seguridad y salud laboral, obliga la Instrucción a mejorar la eficiencia de las Fiscalías para evitar indeseados índices de siniestralidad laboral, fijando una tolerancia cero ante los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo. La articulación del sistema de unificación de criterios a nivel estatal y el ejercicio de tareas de coordinación de los Fiscales integrantes de las diversas Secciones o

Servicios territoriales de Siniestralidad Laboral se configura como uno de los mecanismos organizativos básicos en la respuesta a esta específica manifestación delictiva.

El Real Decreto 1552/2005, de 23 de diciembre, que completó la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal, creó la plaza de Fiscal de Sala para ejercer la función de Coordinador de Siniestralidad Laboral, reflejando la Exposición de Motivos la «sensibilidad del Gobierno en asignar los instrumentos jurídicos necesarios a nuestro Estado de Derecho para coadyuvar a una mejora en la prevención de los riesgos laborales».

2. Seguridad Vial

Aunque la Instrucción 11/2005 no la incluía como materia especializada, la preocupación de la Fiscalía General del Estado ante la incidencia y magnitud de las infracciones penales relacionadas con la circulación de vehículos a consecuencia del incesante incremento del tráfico rodado se puso de manifiesto en la Consulta 1/2006, de 21 de abril, *sobre calificación jurídico-penal de la conducción de vehículos de motor a velocidad extremadamente elevada*, y en la Instrucción 3/2006, de 3 de julio, *sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal para una efectiva persecución de los ilícitos penales relacionados con la circulación de vehículos a motor*, reclamando la atención específica y adecuada del Ministerio Fiscal para colocarse en primera línea de la respuesta punitiva frente a esta manifestación de la criminalidad.

En esta reacción institucional la unificación de criterios de actuación en la represión de los ilícitos penales de tráfico viario debe constituir un eficaz mecanismo para el correcto ejercicio de la función fiscal, buscando la respuesta proporcionada, disuasoria y efectiva frente a esta delincuencia que por las gravísimas consecuencias que ocasiona no puede quedar devaluada ante cierto sentimiento de impunidad, relajación en la fijación de

perfiles de las figuras penales, o adopción de criterios restrictivos en la calificación de determinadas conductas cometidas en su ámbito.

El Real Decreto 709/2006, de 9 de junio, que fijó la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal para el año 2006, creó «en la cúspide de la Carrera Fiscal la plaza de Fiscal de Sala para coordinar la labor de persecución de los delitos contra el tráfico y la seguridad vial, ámbito en que –según su Exposición de Motivos– la sensibilidad del Gobierno y de toda la sociedad española ha aumentado considerablemente teniendo en cuenta que ciertas conductas ilícitas relacionadas con la circulación de vehículos a motor son merecedoras de un tratamiento criminal y, en consecuencia, de la persecución pública, especialmente cuando se producen quebrantos en derechos tan elementales como la vida o la integridad física de las personas o daños en los bienes».

3. Extranjería

Esta especialidad, no recogida en la Instrucción 11/2005, ha sido una prioridad para la Fiscalía General del Estado, reflejada en la abundante doctrina impartida sobre la materia desde 1987. La Instrucción 2/2002 ordenó crear el Servicio de Extranjería en las Fiscalías que todavía no lo hubieren constituido, y establecer las oportunas relaciones –aun con la adecuada autonomía– con el Servicio de Vigilancia Penitenciaria.

Los importantes problemas que el generalizado fenómeno de la inmigración ocasiona, y el cualificado deber de diligencia que para salvaguardar el principio de unidad de actuación se exige en la intervención del Ministerio Fiscal como promotor de la acción de la justicia y defensor de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, determinó la publicación de la Circular 2/2006, de 27 de julio, *sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España*, que actualizó anteriores direc-

trices y expresó el fortalecimiento de los principios de unidad de actuación, especialización y coordinación vertical de los Servicios de Extranjería de las Fiscalías territoriales con la creación de la figura del Fiscal Delegado Coordinador de Extranjería.

El Real Decreto 709/2006, de 9 de junio, introdujo la nueva plaza de Fiscal de Sala Coordinador de Extranjería, destacando la Exposición de Motivos su «creación para coordinar la labor de persecución de los delitos que se cometan en materia de extranjería, ámbito en el que la sensibilidad del Gobierno y la sociedad ha aumentado considerablemente, siendo necesario impulsar el papel del Ministerio Público en la persecución de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico público y privado regulador de la extranjería».

De esta manera, la configuración en la plantilla de la Carrera Fiscal de las plazas de Fiscales de Sala Coordinadores de Siniestralidad Laboral, Seguridad Vial y Extranjería, para intervenir en ámbitos donde se encuentran comprometidos tan importantes intereses, debe suponer un paso decisivo en aras a cumplir dos esenciales objetivos que la Instrucción 11/2005 pretende: 1.º Articular criterios unitarios de actuación en los respectivos ámbitos de especialización ante similares problemas y en todos los territorios. 2.º Cristalizar estos criterios unitarios de actuación mediante la coordinación del funcionamiento de las Secciones de Siniestralidad Laboral, Seguridad Vial y Extranjería, y una más especializada formación de los Fiscales que las integran.

B) SECCIONES ESPECIALIZADAS DE SINIESTRALIDAD LABORAL, SEGURIDAD VIAL Y EXTRANJERÍA EN LAS FISCALÍAS

Las tres Secciones existirán en todas las Fiscalías territoriales, integradas en su organigrama como Unidades con específicos cometidos, cualquiera que sea su ta-

maño. La especialización coordinada en vertical, eje del cambio organizativo del Ministerio Fiscal que determina la creación de los Fiscales de Sala Coordinadores, comporta en todas las Fiscalías la constitución de las correspondientes Secciones especializadas de Siniestralidad Laboral, Seguridad Vial y Extranjería, conforme a un esquema homogéneo aún con diferencias en función de las plantillas y del volumen de actividad generado en cada caso.

En el funcionamiento de las Secciones la clásica organización territorial del Ministerio Fiscal se enriquece con la estructura funcional en vertical que la experiencia y alto grado de especialización de los respectivos Fiscales de Sala aportan, pero la eficacia de la labor de las Secciones requiere de los necesarios medios materiales y personales que permitan hacer efectiva la exigencia de especialización del Ministerio Público.

La Sección de Siniestralidad Laboral se introdujo a través de la Instrucción 1/2001, de 9 de mayo que propuso la creación de un servicio de siniestralidad laboral en aquellas Fiscalías en que por su volumen de trabajo fuese aconsejable la especialización, si bien su universalización no tiene lugar hasta la Instrucción 11/2005. En cuanto a la Sección de Extranjería, tras la Instrucción 2/2002 se estableció la obligatoriedad de su constitución en todas las Fiscalías. Por tanto, en puridad puede decirse que únicamente la Sección de Seguridad Vial tiene un carácter completamente novedoso.

Por lo demás, esta estructura de Secciones especializadas es acorde con el Proyecto de Ley de Reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal actualmente en debate parlamentario, que generaliza la denominación «Sección» para designar estas unidades de referencia en cada órgano del Ministerio Fiscal.

La posibilidad de Secciones especiales unipersonales en algunas Fiscalías será la consecuencia de someter a un régimen homogéneo una organización que afecta

a unidades territoriales de muy diversa dimensión. Los Fiscales especialistas que las integren –en número variable y flexible– desarrollarán su actividad, según las características de cada Fiscalía y área de especialización, en régimen de exclusividad o compatibilizando la actividad especializada con otros servicios, pudiendo asumir en las Fiscalías más pequeñas varias especialidades, cuidando siempre que la distribución de trabajo a desarrollar entre los Fiscales no resulte perjudicial por falta de equidad (art. 110 del Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Decreto 437/1969, de 27 de febrero) y optimizando el aprovechamiento de los recursos personales disponibles.

Los Fiscales Jefes –con la autonomía que les reconoce el Estatuto para organizar y distribuir el trabajo [art.18.1.a)]–, tras oír a la Junta, dispondrán los Fiscales que conformarán las respectivas Secciones, con exclusividad o compartiendo otras materias.

En todo caso, el esfuerzo institucional en la reordenación y planificación de servicios que comporta el funcionamiento de las Secciones de Siniestralidad Laboral, Seguridad Vial y Extranjería, exige la corresponsabilidad de todos los Fiscales integrantes de Fiscalías y Adscripciones Permanentes en apoyo de la labor que a ellas ha de prestarse para que puedan alcanzar sus objetivos con eficacia y eficiencia.

Con el establecimiento de las Secciones especializadas de Siniestralidad Laboral, Seguridad Vial y Extranjería, se pretende constituir redes de auténticos Fiscales especialistas que intervengan con absoluta garantía en los procesos jurídicos que originen tan sensibles materias, estando coordinados por el correspondiente Fiscal de Sala Coordinador, aunque conservando el Fiscal Jefe de cada órgano territorial plena competencia organizativa y su posición de dirección en el organigrama jerárquico del Ministerio Fiscal.

C) DELEGADOS DE LAS ESPECIALIDADES DE SINIESTRALIDAD LABORAL, SEGURIDAD VIAL Y EXTRANJERÍA

Al frente de las respectivas Secciones debe situarse en todas y cada una de las Fiscalías un Delegado de la especialidad, sin perjuicio de la entidad y número de las facultades de dirección y coordinación que el Fiscal Jefe le encomiende.

Aunque las Secciones de Siniestralidad Laboral, Seguridad Vial y Extranjería estarán encabezadas normalmente por Fiscales con destino en la Capital, el hecho de no aparecer vinculadas al funcionamiento de órganos judiciales concretos o especializados en la materia objeto de su competencia (a diferencia de las Secciones de Menores o de Violencia sobre la Mujer), facilita la posibilidad de confiar la delegación en Fiscales destinados en Adscripciones Permanentes y ubicar en sus sedes las correspondientes Secciones, todo ello sin perjuicio de que su operatividad venga determinada en gran medida por la colaboración que presten en actuaciones propias de su ámbito Fiscales no adscritos a ellas, bien con destino en la Capital o en las Adscripciones.

En todo caso, la exigencia de Delegados de la especialidad al frente de las Secciones es incompatible con el ejercicio de estos cargos por los propios Fiscales Jefes. Éstos siguen ostentando la dirección del órgano fiscal por corresponderles la jefatura de la Fiscalía (art. 22.3 y 4 Estatuto), conservando por tanto las funciones de dirección y coordinación de la Sección que no encomienden específicamente a los Delegados de la especialidad en cada Sección, y en todo caso la inspección y supervisión del funcionamiento de todas y cada una de ellas (art. 15 Estatuto). El hecho de la delegación de determinadas funciones de dirección y coordinación tampoco supone impedimento para que los Fiscales Jefes puedan asumir el despacho de cuantos asuntos lo merezcan, por su especial trascendencia o envergadura, alarma producida o peligro

personal que la llevanza del asunto represente (art. 109 Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal 437/1969, de 27 de febrero).

Con carácter general los Delegados de la especialidad en las respectivas Secciones ejercerán las facultades delegadas en el ámbito territorial de la respectiva Fiscalía, asumiendo la responsabilidad de:

a) Dirigir la Sección en las facetas que le encomiende el Fiscal Jefe.

b) Coordinar la actividad y cometidos de la Sección y de los Fiscales adscritos que le encomiende el Fiscal Jefe, tanto en la Capital como en las Adscripciones, y de cuantos Fiscales hayan de participar en materias propias de la Sección por corresponder a su intervención o coordinación.

c) Las demás funciones que le sean encomendadas de acuerdo con las potestades autoorganizativas de cada Fiscalía.

En todas las Fiscalías deberá haber además del Delegado de la especialidad –al menos– otro Fiscal adscrito a la Sección, de manera que aquél pueda ser sustituido en los casos ordinarios de baja por enfermedad, licencias o permisos, y cuando cese (sea por traslado a destino en Fiscalía distinta o por otra causa) mientras se procede a la designación de nuevo Delegado.

III. FUNCIONES DE LOS FISCALES DE SALA COORDINADORES

El apartado V de la Instrucción 11/2005, de 10 de noviembre, *sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el artículo 124 de la CE* en el que se regulan las funciones comunes de los Fiscales de Sala Coordinadores será lógicamente aplicable a las tres especialidades a que se refiere la presente Instrucción.

La Instrucción 11/2005 ya diseñó las funciones que se encomendaban al Fiscal

de Sala Coordinador de Siniestralidad Laboral y a los demás Fiscales de Sala en los órdenes civil, penal, contencioso y social, de Violencia sobre la Mujer y para determinadas especialidades.

El esquema básico, *–mutatis mutandis–* debe lógicamente ser aplicado a los Fiscales de Sala Coordinadores en Seguridad Vial y Extranjería, con lo que las funciones de estos tres Fiscales de Sala serían las siguientes, cada uno en su correspondiente área:

1) Coordinación y supervisión de las Secciones especializadas de las Fiscalías Territoriales, recabando los informes oportunos y dirigiendo por delegación del Fiscal General del Estado las respectivas Redes de Fiscales especialistas, como foro de intercambio de información y difusión de criterios de actuación en todo el territorio nacional.

2) Investigación de asuntos de especial importancia que el Fiscal General del Estado les asigne, tramitando las correspondientes diligencias de investigación, participando directamente (o a través de Delegados) en el procedimiento en sus distintas fases y ejercitando las acciones oportunas.

El seguimiento o la participación directa o mediata se producirán sólo en los delitos que revistan «especial trascendencia». Corresponde legalmente al Fiscal General del Estado apreciar en cada caso la concurrencia de este concepto jurídico indeterminado. Tal decisión de oportunidad particularizada sólo abarcará el conocimiento de aquellos delitos en los que concurren circunstancias de relevancia especial que lo justifiquen.

El Fiscal General del Estado adoptará la decisión por iniciativa propia o a propuesta del Fiscal de Sala Coordinador, que deberá recibir de las respectivas Secciones comunicación de los hechos que pudieren merecer aquella calificación (art. 25.2 EOMF). Cuando las circunstancias del caso lo justifiquen y para poder valorar la concurrencia de esas excepcionales circunstancias, el Fiscal de Sala

Coordinador podrá tomar conocimiento de las diligencias solicitando copia o personándose en la Fiscalía correspondiente previa comunicación con el Fiscal Jefe de la Fiscalía competente. El acuerdo del Fiscal General del Estado será puesto en conocimiento del Fiscal Jefe de la Fiscalía correspondiente a través del Fiscal de Sala Coordinador.

En estos casos, la intervención del Fiscal de Sala Coordinador no está sujeta a límite territorial u orgánico alguno. Puede tener lugar ante cualquier Juzgado o Tribunal, quedando excluida la intervención ante el Tribunal Constitucional.

El mismo requisito de especial trascendencia se requerirá también para intervenir en la práctica de «diligencias de investigación» (art. 5 EOMF y 773.2 LECrim), en un momento previo a la iniciación del procedimiento judicial. En todos estos casos, cuando la intervención del Fiscal de Sala Coordinador sea mediata, la podrá verificar a través de instrucciones concretas impartidas al Delegado de la especialidad, que también serán remitidas al Fiscal Jefe de la Fiscalía Territorial correspondiente para su conocimiento.

3) Elaboración de un apartado específico en la Memoria anual de la Fiscalía General del Estado en el que se analicen los problemas encontrados en la materia, para de esta forma obtener una visión global de la evolución de la actividad de las Fiscalías en todo el territorio nacional.

4) Proposición de reformas de los servicios para propiciar una intervención activa del Ministerio Público en la incoación, instrucción y seguimiento posterior de las causas judiciales que tengan por objeto la investigación de los correspondientes ilícitos y asegurar una fluida relación con la Administración.

5) Elaboración de criterios para la unificación de actuaciones entre los Delegados y Secciones basándose, fundamentalmente, en reuniones periódicas, cursos especializados eminentemente prácticos, elaboración de una guía de ac-

tuación de tales Fiscales, intercambio, publicación y difusión de las actividades anuales de los Fiscales de Siniestralidad Laboral, Seguridad Vial y Extranjería, etc.

6) Adopción de medidas orientadas a la mejora de la estadística.

7) Proposición al Fiscal General del Estado de las Circulares e Instrucciones que considere necesarias y elaboración de propuestas de resolución de las Consultas que se planteen sobre las materias de su competencia, cuando así lo interese el Fiscal General.

8) Coordinación general en cada uno de los ámbitos respectivos, con las autoridades y órganos competentes de las distintas Administraciones.

9) Impulsar y participar en la adopción de Protocolos y Convenios de coordinación y colaboración con los demás organismos implicados en la prevención, erradicación, y persecución de los delitos a que sus respectivas especialidades se refieren.

10) Proponer cursos de formación permanente de Fiscales sobre las materias de su especialidad, e intervenir en la coordinación de los mismos, colaborando con la Secretaría Técnica en la determinación de los criterios para la formación de Fiscales especialistas, dentro del marco general de los planes de formación continuada y conforme a los criterios organizativos establecidos en la Instrucción 5/1993, de 27 de diciembre, *sobre la formación y perfeccionamiento de los miembros de la Carrera Fiscal*.

11) Presidir en su caso las Juntas de Fiscales Jefes que pueda convocar como superior jerárquico el Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia para fijar posiciones o mantener la unidad de criterios sobre las materias de la especialidad en las que participen los Delegados de las respectivas Secciones. En tales casos, la convocatoria se pondrá anticipadamente en conocimiento del Fiscal de Sala a efectos de posibilitar, en su caso, su presencia. En todo caso se le dará traslado del acta con las conclusiones alcanzadas.

12) Llevarán el control –proporcionado al volumen cuantitativo de cada especialidad– de las causas que se tramiten por los delitos encomendados a cada área.

En el área de Siniestralidad Laboral, el Fiscal de Sala Coordinador promoverá reuniones de los Fiscales de cada especialidad con los representantes sindicales, como vía para tener otra fuente de conocimiento de la realidad laboral y, especialmente de posibles situaciones de incumplimiento grave de normas de seguridad y salud.

Los Fiscales de Sala Coordinadores tendrán también el cometido de recibir, contestar y dar curso a aquellos escritos que sobre materia de su competencia se remitan al Fiscal General del Estado por ciudadanos, asociaciones e instituciones. En caso de que tales escritos se refieran a quejas con posible trascendencia disciplinaria en relación con la actuación de los Delegados o Fiscales adscritos, habrá de procederse a su remisión a la Inspección Fiscal.

En el desempeño de las funciones de coordinación y supervisión de las Secciones territoriales, el Fiscal de Sala Coordinador habrá de mantener informado a los Fiscales Jefes.

IV. DESIGNACIÓN Y CESE DE LOS DELEGADOS EN LAS SECCIONES

Los Delegados de la especialidad en las respectivas Secciones de Siniestralidad Laboral, Seguridad Vial y Extranjería de las Fiscalías serán nombrados por el Fiscal General del Estado, previa audiencia del Fiscal de Sala Coordinador respectivo, a propuesta del Fiscal Jefe, tras convocatoria interna del cargo entre los Fiscales integrantes de las respectivas plantillas, tanto de la Capital como de las Adscripciones Permanentes.

La convocatoria para designar Delegados de la especialidad en las respecti-

vas Secciones, a la que se debe dar la publicidad que garantice su conocimiento por la totalidad de la plantilla fiscal, fijará plazo para presentación de la solicitud junto con la relación de los méritos que se estimen pertinentes. Se valorarán como méritos las anteriores funciones desempeñadas, cursos impartidos o superados o cualquier otra circunstancia análoga que acredite especialización en la materia o idoneidad para su desempeño.

La propuesta del Fiscal Jefe será remitida para su tramitación ante la Fiscalía General del Estado al respectivo Fiscal de Sala Coordinador, que podrá efectuar las consideraciones que estime pertinentes.

La propuesta se acompañará de relación de todos los Fiscales solicitantes y de las solicitudes con los méritos alegados por cada uno de ellos. Podrá ser Delegado de la especialidad un Fiscal titular de categoría segunda o tercera. De no existir peticionarios, el Fiscal Jefe propondrá al Fiscal de plantilla que considere más idóneo. Igual sucederá si el único peticionario no reuniese las condiciones o aptitud requeridas para su desempeño a juicio del Fiscal jefe. No podrán ser Delegados los Fiscales sustitutos, aunque sí podrán ser éstos adscritos a las respectivas secciones.

La decisión que finalmente adopte el Fiscal General del Estado podrá discrepar de la propuesta de nombramiento elevada por el Fiscal Jefe respectivo, debiendo en este caso incorporarse una –al menos sucinta– motivación. El Fiscal de Sala Coordinador o el Fiscal General del Estado podrán interesar los informes o documentación que consideren pertinentes.

El nombramiento de Delegados de la especialidad por el Fiscal General del Estado se realizará por Decreto, y se notificará al Fiscal Jefe de la Fiscalía respectiva para su traslado al Fiscal interesado, al Fiscal de Sala Coordinador, y a la Inspección Fiscal.

El nombramiento de Delegado de la especialidad no está sujeto a límite temporal, pero será renunciable por razones justificadas que expondrá por escrito el interesado, requiriendo la aprobación del Fiscal General del Estado, cometido que podrá ser delegado en el respectivo Fiscal de Sala Coordinador. El escrito de renuncia, que se remitirá por conducto del Fiscal Jefe, se dirigirá para su tramitación ante la Fiscalía General del Estado al respectivo Fiscal de Sala Coordinador, que en su caso podrá formular las apreciaciones que estime pertinentes. El Delegado que presente la renuncia continuará desempeñando sus funciones hasta tanto no sea aprobada por el Fiscal General del Estado. La efectividad de la renuncia podrá aplazarse para evitar perjuicios al interés general por el que debe velar el Ministerio Fiscal. El nombramiento de un nuevo Fiscal Jefe de la Fiscalía territorial no implica el cese de los Delegados en las Secciones.

Los Delegados podrán ser relevados del cargo por resolución motivada del Fiscal General del Estado, a propuesta en su caso también motivada del Fiscal Jefe respectivo o del Fiscal de Sala Coordinador correspondiente. En todo caso se garantizará la audiencia del Delegado cuyo relevo vaya a ser propuesto. Antes de adoptar la decisión de relevo, el Fiscal General del Estado oír el parecer del respectivo Fiscal de Sala Coordinador. El Fiscal General del Estado –motivando debidamente el acuerdo– podrá discrepar de la propuesta de relevo.

En las Comunidades Autónomas pluri-provinciales podrá designarse por el Fiscal General del Estado, con audiencia del Fiscal de Sala Coordinador, un Delegado para la Comunidad Autónoma, con funciones de relación entre los Fiscales especialistas de la Comunidad y de enlace con el Fiscal de Sala Coordinador. Este Delegado para la Comunidad será propuesto por el Fiscal Jefe de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de entre los Delegados del territorio autonómico.

V. RELACIONES DE LOS DELEGADOS CON EL FISCAL JEFE Y CON LOS FISCALES DE SALA COORDINADORES

Delegados de la especialidad y Fiscales especialistas adscritos a las Secciones se encuentran bajo la dependencia del Fiscal Jefe respectivo, pero el ejercicio de las facultades de dirección y coordinación que a éste corresponden ha de armonizarse con la encomienda de funciones a los Delegados en las Secciones y con las competencias que en las especialidades ostentan los Fiscales de Sala Coordinadores de Siniestralidad Laboral, Seguridad Vial y Extranjería.

El Fiscal Jefe, titular de la Fiscalía, sigue siendo responsable de la actividad que han de desarrollar las Secciones, correspondiéndole resolver las discrepancias de criterio entre Delegados y Fiscales adscritos al ostentar la supervisión inmediata de su funcionamiento y la supervisión mediata de la gestión de dirección y coordinación encomendada a los Delegados, responsabilidad que no queda diluida por las funciones de supervisión general de los Fiscales de Sala Coordinadores respecto de las Secciones especializadas de las Fiscalías territoriales.

En este contexto los Delegados de la especialidad han de poner en conocimiento del Fiscal Jefe los hechos relativos al ejercicio de las funciones delegadas que por su importancia o trascendencia deban conocer (art. 25.2 EOMF), sin perjuicio de informar a los Fiscales de Sala Coordinadores y emitir los informes que le requieran.

Corresponde al Fiscal Jefe designar los Fiscales que además del Delegado se adscribirán a las Secciones, así como determinar su número. Procederá su nombramiento entre los Fiscales que lo soliciten, y en su defecto designará los Fiscales que considere más idóneos. Tras la oportuna comunicación para conocimiento general, se valorarán como méritos a efectos

de preferencia en la designación, las anteriores funciones desempeñadas, cursos impartidos o superados o cualquier otra circunstancia análoga que acredite especialización en la materia.

El Fiscal Jefe formalizará la delegación de funciones de dirección y coordinación por escrito. El documento de delegación recogerá expresamente las funciones relacionadas con Siniestralidad Laboral, Seguridad Vial y Extranjería que se delegan, que han de recaer sobre actividades de dirección o coordinación compatibles con la responsabilidad de supervisión que al Jefe corresponden, inspirándose en el principio de dotar de mayor eficacia a la Sección y la consideración de su carácter especializado. De los documentos de delegación y de sus modificaciones se dará cuenta a la Inspección Fiscal y al Fiscal de Sala Coordinador respectivo, remitiendo copia.

Son funciones de dirección y coordinación que los Fiscales Jefes podrán encomendar a los Delegados en las Secciones de Siniestralidad Laboral, Seguridad Vial y Extranjería, entre otras:

a) La coordinación, reparto de trabajo, y asignación de servicios en la materia de la especialidad entre los Fiscales especialistas adscritos a la Sección.

b) La relación con los Delegados de otras Secciones, y con los Coordinadores de los demás Servicios de la Fiscalía y de las Adscripciones Permanentes, así como con los Delegados de la misma especialidad en otras Fiscalías territoriales.

c) La organización de los registros de la Sección.

d) La ordenación y reparto de trabajo del personal auxiliar adscrito a la Sección, así como la emisión de instrucciones sobre cuestiones accesorias o complementarias al funcionamiento de la Secretaría de la Sección, de las que conocerá previamente el Fiscal Jefe.

e) La elaboración de estudios para mejora del servicio que presta la Sección o sobre las cuestiones técnicas que sus-

cite la aplicación de la normativa. Sin perjuicio de su traslado al Fiscal de Sala Coordinador, el Fiscal Jefe podrá introducir para debate en Junta de Fiscalía las propuestas que se deriven o formular consulta sobre la cuestión controvertida a la Fiscalía General del Estado.

f) La elaboración de informes estadísticos relativos a la Sección.

g) El control de las retiradas de acusación en procedimientos relacionados con las materias especiales, sin perjuicio de la dación de cuenta en Junta y de la puntual remisión de nota a la Inspección Fiscal (Instrucción 1/1987 y Comunicación 4/3/04 de la Inspección Fiscal).

h) El visado de escritos de calificación, solicitudes de sobreseimiento e informes, en la Capital y –en su caso– Adscripciones Permanentes.

i) El visado de los dictámenes de competencia que afecten a la materia de la Sección.

j) El control de las sentencias que se dicten sobre las materias objeto de la especialidad y el visado de los recursos interpuestos frente a ellas.

k) La supervisión de las causas penales sobre materias de la especialidad con inculpados sometidos a medida cautelar de prisión, sin perjuicio del control que detalla la Instrucción 3/2005, y el visado o conocimiento posterior de las peticiones por escrito de libertad o prisión.

l) La redacción del apartado de la Memoria de la Fiscalía relativo a la respectiva Sección.

m) La coordinación con las Autoridades, Servicios, Entidades y Organismos relacionados con actividades vinculadas a la materia de la especialidad.

n) La dación de cuenta al Fiscal de Sala Coordinador de los hechos relativos a la materia de la especialidad que puedan merecer la consideración «de especial trascendencia» a los efectos de su posible intervención directa.

o) Ser Portavoz de la Fiscalía ante los medios de comunicación en la materia propia de la especialidad bajo la dirección del Fiscal Jefe.

La entidad cuantitativa y cualitativa de la concreta delegación en cada Fiscalía y para cada función debe perseguir la máxima eficacia en la organización, por lo que habrá de hacerse depender de factores tales como las peculiaridades de cada Fiscalía, las singularidades de cada una de las materias, el número de Fiscales, el volumen de trabajo, y la exclusividad o no del Delegado.

Respetando un principio básico de organización, el Delegado no podrá a su vez delegar las competencias que ejerza por delegación del Fiscal Jefe, salvo con su autorización y para concretas gestiones.

En caso de mantener el Fiscal de Sala Coordinador discrepancia sobre el criterio a adoptar en procesos en curso frente al Fiscal Jefe de una Fiscalía y el Delegado, expondrá la situación al Fiscal General del Estado para adoptar la decisión que proceda. Esta regla de resolución de discrepancias será de aplicación al resto de los Fiscales de Sala Coordinadores.

VI. FUNCIONAMIENTO Y COMETIDO DE LAS SECCIONES

VI.1 Pautas generales sobre el funcionamiento de las Secciones

Debe partirse de algunas premisas generales. En primer lugar, las repercusiones que la puesta en funcionamiento de estas Secciones especiales tenga en el sistema actual de distribución de trabajo de los Fiscales, exigirá su modificación por el Fiscal Jefe, previo debate en las Juntas que para tal finalidad deberán celebrarse en las Fiscalías. El reparto de trabajo resultante habrá de respetar los criterios de equidad entre todos los Fisca-

les de los diversos Servicios de las Fiscalías y sus Adscripciones Permanentes. Por ello, la asignación de Fiscales al Servicio de Siniestralidad Laboral, Seguridad Vial o Extranjería como regla general no impedirá que el Fiscal Jefe les atribuya otras funciones, lo que a la inversa también podrá ocurrir con los restantes Fiscales de la plantilla.

Las calificaciones relativas a delitos asignados a estas especialidades han de someterse al visado, si bien la forma concreta se subordinará a las estructuras organizativas de cada Fiscalía.

En las Secciones de grandes Fiscalías el visado podrá ser delegado. Caso de disentirse del visado del Fiscal responsable del Servicio o Sección, se podrá acudir al Fiscal Jefe para que este resuelva definitivamente, como previene la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/1987, de 30 de enero, *sobre normas de funcionamiento interno del Ministerio Fiscal*. El sometimiento a visado debe extenderse a los proyectos de decreto en los que el Fiscal finalice las Diligencias de Investigación, así como a las peticiones de sobreseimiento.

En cuanto a los mecanismos de resolución de discrepancias, de conformidad con lo que la Instrucción 2/2000, de 27 de diciembre ya estableció para las Secciones de Menores, de suscitarse controversia entre dos Secciones de diferentes Fiscalías, por razón de la competencia para conocer de los hechos objeto de unas diligencias de investigación, de no existir acuerdo en sus comunicaciones, sin perjuicio de que quien estuviere conociendo continúe la tramitación, se remitirá copia de ella con informe para su resolución, al Fiscal Jefe de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia, si la misma fuera órgano fiscal superior común de ambas Secciones. De lo contrario, la remisión se efectuará a la Fiscalía General del Estado, que resolverá previa audiencia del Fiscal de Sala Coordinador que corresponda.

El registro de procedimientos en las Secciones se verificará en libros o soporte

informático en el que se anotarán todas las diligencias de investigación preprocesales de la Sección, y los procedimientos judiciales que tengan por objeto delitos relativos a las materias en cada caso encomendadas, así como las demás actuaciones que en cada caso se determinen conforme a las pautas de coordinación del correspondiente Fiscal de Sala.

Este registro debe responder a criterios de eficiencia y racionalización del trabajo, al necesario control de los asuntos en que interviene la Sección, y a permitir cumplir con los deberes estadísticos exigibles.

VI.2 Funciones de las Secciones de siniestralidad laboral

Sin perjuicio de la modulación conforme a las facultades autoorganizativas de las Fiscalías, la Sección de Siniestralidad, con carácter general:

1) Intervendrá en todos los procesos penales por delito o falta relativos a siniestralidad laboral, impulsando activamente su tramitación.

2) Intervendrá siempre en las cuestiones de competencia que se susciten entre órganos judiciales para conocer de los delitos o faltas relativos a siniestralidad laboral. Se cuidará especialmente la emisión de estos dictámenes para evitar posturas contrarias dentro de la Sección y de la Fiscalía.

3) Intervendrá ante los órganos jurisdiccionales penales en la fase de enjuiciamiento de los procesos sobre delitos o faltas relativos a siniestralidad laboral.

4) Intervendrá en las ejecutorias de sentencias dictadas en procesos sobre delitos o faltas relativos a siniestralidad laboral.

5) Instruirá las diligencias informativas o de investigación de Fiscalía que tengan por objeto delitos o faltas relativos a siniestralidad laboral.

6) Dará cuenta al Fiscal de Sala Coordinador de Siniestralidad Laboral de las

diligencias o procedimientos que puedan merecer la consideración de «especial trascendencia» a los efectos de su posible intervención directa.

7) Mantendrá en el ámbito territorial de la Fiscalía, cuando el Fiscal Jefe lo delegue, la actividad de colaboración y participación precisa con los Servicios y Entidades, públicas y privadas, que tengan como funciones garantizar la seguridad y salud en el trabajo, especialmente con la Inspección de Trabajo y Autoridades Laborales.

8) Mantendrá, cuando el Fiscal Jefe lo delegue, encuentros periódicos con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para conseguir la adecuada aplicación de los cambios legislativos en la materia.

9) Promoverá el debido cumplimiento de las comunicaciones inter institucionales relativas a su área funcional (las Instrucciones 7/1991, de 8 de noviembre y 1/2001, de 9 de mayo instan al Fiscal a garantizar la comunicación a la autoridad gubernativa de los supuestos investigados que no siendo constitutivos de infracción penal, pudieran ser un ilícito administrativo).

10) Remitirá al Fiscal de Sala copia de todas las denuncias o querellas que interpongan, de los escritos de acusación y recursos que presenten y de las sentencias que se dicten, así como de los dictámenes de especial importancia. Notificará, asimismo, al Fiscal de Sala (por correo electrónico, fax o cualquier medio) todos los accidentes mortales ocurridos en su territorio de que tengan conocimiento para su seguimiento y control.

11) Elaborará un informe semestral que será remitido al Fiscal de Sala Delegado, en el que se harán constar las estadísticas semestrales, reuniones mantenidas con autoridades laborales y agentes sociales, referencia a asuntos de mayor trascendencia o complejidad y las cuestiones o problemas sustantivos, procesales o relativos a la organización del servicio que se planteen. Asumirá, cuando el Fiscal Jefe lo delegue, la redacción del

capítulo sobre siniestralidad laboral, a integrar en la Memoria.

12) Participará en las reuniones que periódicamente se celebren con el Fiscal de Sala Coordinador con vistas a unificar criterios.

13) Se encargará, cuando el Fiscal Jefe lo delegue, de la llevanza de los Registros de la Sección.

VI.3 Funciones de las Secciones de Extranjería

En primer lugar debe partirse de la necesidad de constituir estas Secciones no solamente en las Fiscalías de las Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia, sino también en la Fiscalía de la Audiencia Nacional y en la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas, en las que sus especialidades funcionales no excluyen que puedan plantearse cuestiones con derivaciones de extranjería imbricadas entre los cometidos ordinarios de estas Secciones (v.gr. autorizaciones de expulsión y expulsiones sustitutivas, aplicación del art. 59 LO 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* –en adelante, LE– etc.). De hecho, previendo esta circunstancia, la Circular 3/2001, de 21 de diciembre, *sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería* consideraba que a efectos de las autorizaciones de expulsión previstas en el artículo 57.7 LE *...en el ámbito orgánico de la Audiencia Nacional la competencia se referirá al Juzgado Central de Instrucción, Juzgado Central de lo Penal y Audiencia Nacional en su caso...* Ya con anterioridad la Circular 1/1994, de 15 de febrero, *sobre intervención del Ministerio Fiscal en relación con determinadas situaciones de los extranjeros en España* reconocía la competencia a tales efectos del Juez Central de lo Penal y del Juez Central de Instrucción.

Desarrollando y desglosando los criterios introducidos al respecto por la Circular 2/2006, de 27 de julio *sobre diversos*

aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España, la Sección de Extranjería asumirá los siguientes cometidos específicos:

1) Despachará los informes sobre autorización de expulsión conforme al artículo 57.7 LE o, en su caso, coordinará, supervisará y trasladará las pautas a seguir en la emisión de dichos informes.

2) Coordinará, supervisará y trasladará las pautas a seguir en la emisión de informes sobre expulsión sustitutiva de penas y medidas de seguridad, conforme a los artículos 89 y 108 CP.

3) Se encargará de la llevanza de las causas por delitos de tráfico ilegal de inmigrantes (art. 318 bis), y también, en la medida en que sigan incoándose (vid. epígrafe V.-7 de la Circular 2/2006), de la llevanza de las causas por delitos del artículo 313.1 CP, bien directamente, bien mediante actividades de supervisión y coordinación, de acuerdo con las potestades autoorganizativas de cada Fiscalía.

4) Asumirá la tramitación de las Diligencias de Investigación que deban aperturarse para investigar hechos relativos al tráfico ilegal de inmigrantes (art. 318 bis).

5) Controlará la aplicación del artículo 59 LE, canalizando todos los escritos que a tales efectos se remitan por la Fiscalía a la autoridad gubernativa.

6) Despachará los informes sobre internamiento cautelar de extranjeros y se encargará de su control y seguimiento o, en su caso, coordinará, supervisará y trasladará las pautas a seguir en la intervención de los Fiscales ante solicitudes de internamiento cautelar de extranjeros.

7) Intervendrá, o en su caso, coordinará, supervisará y trasladará las pautas a seguir en los expedientes sobre determinación de edad y repatriación de menores extranjeros no acompañados (arts. 35 LE y 92 RE).

8) Se coordinará con los Fiscales encargados del despacho de asuntos contencioso administrativos a los efectos de mantener la unidad de criterio en las zo-

nas de intersección de uno y otro ámbito funcional.

9) Se coordinará con los Fiscales encargados del despacho de asuntos de Registro Civil a los efectos de mantener la unidad de criterio en las zonas de intersección de uno y otro ámbito funcional.

10) Se coordinará con los Fiscales de la Sección de Vigilancia Penitenciaria a los efectos de mantener la unidad de criterio en las zonas de intersección de uno y otro ámbito funcional.

11) Se encargará de promover el debido cumplimiento del régimen de comunicaciones interorgánicas previsto en el ordenamiento (*vid.* epígrafe VII, de la Circular 2/2006, de 27 de julio *sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España*).

12) Visitará periódicamente los centros de internamiento de extranjeros de la respectiva provincia, velando por el respeto de los derechos de los internos, levantando la correspondiente acta y poniendo en conocimiento del Delegado o Subdelegado del Gobierno mediante oficio, a través del Fiscal Jefe, las eventuales disfunciones que puedan detectarse. En caso de que tales disfunciones comunicadas al Delegado o Subdelegado del Gobierno no sean corregidas en plazo razonable, atendidas las circunstancias en cada caso concurrentes, la Sección, a través del Fiscal Jefe, lo pondrá en conocimiento del Fiscal de Sala Coordinador.

13) Se encargará de mantener cuando el Fiscal Jefe lo delegue las reuniones periódicas procedentes con autoridades gubernativas y mandos policiales.

14) Elaborará un informe semestral que será remitido al Fiscal de Sala Coordinador, en el que se harán constar las estadísticas semestrales, reuniones mantenidas con autoridades y agentes sociales, referencia a asuntos de mayor trascendencia o complejidad y las cuestiones o problemas sustantivos, procesales o relativos a la organización del servicio que se planteen. Asumirá cuando el Fiscal Jefe lo delegue, la redacción del informe

anual sobre extranjería, a integrar en la Memoria.

15) Remitirá al Fiscal de Sala copia de todas las denuncias o querellas que interpongan, de los escritos de acusación y recursos que presenten y de las sentencias que se dicten en relación con delitos de tráfico ilícito de inmigrantes (arts. 318 bis y 313.1 CP), así como de los dictámenes de especial importancia.

16) Participará en las reuniones que periódicamente se celebren con el Fiscal de Sala Coordinador con vistas a unificar criterios.

17) Se encargará, cuando el Fiscal Jefe lo delegue, de la llevanza de los Registros de la Sección.

18) Dará cuenta al Fiscal de Sala de Extranjería de las diligencias o procedimientos que puedan merecer la consideración de «especial trascendencia» a los efectos de su posible intervención directa.

VI.4 Funciones de las Secciones de Seguridad Vial

El enorme volumen de causas penales incoadas con motivo de la circulación de vehículos de motor debe necesariamente modular la asignación competencial a estas Secciones, que en ningún caso pueden ni deben asumir directamente la llevanza de estos asuntos, pues difícilmente tal sistema podría ser operativo.

Las funciones de esta Sección serán básicamente las siguientes:

1) Trasladará a los Fiscales las pautas de actuación en materia de seguridad vial generadas por la Fiscalía General del Estado y por el Fiscal de Sala Coordinador.

2) Asumirá directamente la llevanza de las causas relativas a seguridad vial de mayor entidad o complejidad, cuando el Fiscal Jefe así lo determine, conforme a lo dispuesto en el artículo 26 EOMF.

3) Supervisará el seguimiento de las pautas unificadas de actuación alcanza-

das en materia de seguridad vial (vid. apartado V.I de la Instrucción 11/2005).

4) Asumirá cuando el Fiscal Jefe lo delegue, la redacción del informe anual sobre seguridad vial, a integrar en la Memoria.

5) Se encargará de mantener cuando el Fiscal Jefe lo delegue las reuniones periódicas procedentes con autoridades gubernativas con competencia en la materia, Guardia Civil de Tráfico y Policías Autonómicas y Locales en relación con delitos y faltas relacionados con la seguridad vial. También, cuando el Fiscal Jefe lo delegue, mantendrá las reuniones y contactos que estime oportunos con Asociaciones de Víctimas en este ámbito.

6) Mantendrá en el ámbito territorial cuando el Fiscal jefe lo delegue la actividad de colaboración y participación precisa con los servicios y entidades, públicas y privadas que tengan como función promover, garantizar e investigar la seguridad vial.

7) Realizará actuaciones encaminadas a velar por los derechos de las víctimas de la violencia vial.

8) Promoverá el debido cumplimiento de las comunicaciones inter institucionales relativas a su área funcional (las Instrucciones de la Fiscalía General del Estado 4/1991 de 13 de junio, 2/1999 de 17 de mayo y 1/2003, de 7 de abril instan a que cuando se solicite el sobreseimiento o se dicte sentencia absolutoria en procedimientos por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, en su caso se pida al Juzgado que notifique la pertinente resolución a la Jefatura Provincial de Tráfico por si la conducta mereciere reproche como ilícito administrativo).

9) Remitirá al Fiscal de Sala los escritos de acusación, informes, testimonios de actuaciones, sentencias y recursos sobre la materia que revistan singular trascendencia.

10) Participará en las reuniones que periódicamente se celebren con el Fiscal de Sala Coordinador con vistas a unificar criterios.

11) Elaborará un informe semestral que será remitido al Fiscal de Sala Coordinador, en el que se harán constar las estadísticas semestrales, reuniones mantenidas con autoridades y agentes sociales, referencia a asuntos de mayor trascendencia o complejidad y las cuestiones o problemas sustantivos, procesales o relativos a la organización del servicio que se planteen.

12) Se encargará, cuando el Fiscal Jefe lo delegue, de la llevanza de los Registros de la Sección.

13) Dará cuenta al Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial de las diligencias o procedimientos que puedan merecer la consideración de «especial trascendencia» a los efectos de su posible intervención directa.

Tras esta Instrucción y conforme a lo en ella expuesto, los Fiscales Jefes llevarán a cabo la convocatoria para el nombramiento formal de los Delegados de Siniestralidad Laboral, Seguridad Vial y Extranjería. Una vez designados los Delegados, los Fiscales Jefes deberán proceder a la organización de las correspondientes Secciones, comunicando sus funciones (a través del documento de delegación) su composición definitiva y las responsabilidades de cada uno de sus integrantes a la Inspección Fiscal y al Fiscal de Sala Coordinador.

**CONSULTAS DE LA FISCALÍA
GENERAL DEL ESTADO**

Consulta número 1/2007, de 22, de febrero, sobre la delimitación del período objeto de enjuiciamiento en el delito de impago de pensiones del artículo 227 del Código Penal

I. ANTECEDENTES Y REGULACIÓN ACTUAL DEL DELITO DE IMPAGO DE PENSIONES

El Preámbulo de la LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, destacaba la existencia de un apremiante problema social derivado de la extendida práctica del incumplimiento de las prestaciones establecidas en los procesos matrimoniales, que justificaba la tipificación de una nueva modalidad de abandono de familia en el Código Penal. La incorporación mediante la citada ley orgánica del artículo 487 bis al texto punitivo respondía a dicho objetivo, castigando el impago de prestaciones económicas establecidas por convenio o resolución judicial en procesos matrimoniales, intentando así otorgar la máxima protección a quienes en las crisis conyugales padecen las consecuencias del impago de las indicadas prestaciones.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 3/1986 ya se había referido a las dificultades de promover el cumplimiento de convenios y decisiones judiciales en dicha materia, posteriormente la Circular 2/1990 sobre la aplicación de la citada actualización del Código Penal y la Consulta 1/1993, trataron diversos aspectos de este tipo penal, que han sido superados por la nueva regulación efectuada por el Código Penal de 1995, que abordó la reforma manteniendo en el nuevo artículo 227 los supuestos de hecho contemplados en el artículo 487 bis, pero ampliando el ámbito de la intervención punitiva a otros procesos de carácter familiar (filiación y alimentos a favor de

hijos), subsanando aspectos técnicos como la falta de referencia al incumplimiento de prestaciones económicas no periódicas (ap. 2 art. 227 CP) ignoradas en la regulación primitiva, y solventando algunas cuestiones críticas que habían sido planteadas por la doctrina y la práctica judicial, como la referida responsabilidad civil generada por la conducta típica (ap. 3 art. 227 CP).

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha modificado la penalidad del artículo 227 del Código Penal y ha introducido una nueva falta de incumplimiento de obligaciones familiares en el artículo 618.2 CP, incluyendo las conductas que no alcancen los plazos requeridos en aquél, o que no tengan tal contenido económico (cuyo supuesto más frecuente será el incumplimiento del régimen de visitas).

En la actualidad, el artículo 227 CP, que tipifica el delito de impago de pensiones, tiene la siguiente redacción:

1. *El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses.*

2. *Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior.*

3. *La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas.»*

La aplicación práctica de esta norma penal ha sido polémica y controvertida desde su incorporación al Código Penal en 1989, y aún en la actualidad los órganos jurisdiccionales competentes para su enjuiciamiento en primera y segunda instancia (Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales) muestran disparidad de criterios en sus pronunciamientos sobre diversas cuestiones que la misma plantea. La presente Consulta se refiere a una de las manifestaciones de dichas discrepancias: la concreción de los incumplimientos que pueden conformar el objeto de cada proceso penal tramitado por el delito tipificado en el artículo 227 CP.

II. PLANTEAMIENTO Y OBJETO DE LA CONSULTA

Con motivo de unificar criterios, en la Junta de Fiscales celebrada a dicho objeto en la Fiscalía consultante, se debatió sobre las diversas fechas que pueden tomarse en consideración a los efectos expresados.

Dados los términos del texto legal, la apreciación de la fecha inicial para el computo de los incumplimientos no ofrece dudas ya que viene señalada por el momento en que se dejó de pagar la prestación debida, lo que, obviamente, ha de quedar acreditado mediante la correspondiente actividad probatoria. Sin embargo, como pone de manifiesto dicha Fiscalía consultante, la concreción de la fecha final –que determinará el número

de incumplimientos que constituyen el objeto del proceso penal– se presta a diversas posibles interpretaciones, toda vez que puede venir referida a diversos momentos procesales, tales como la fecha de la denuncia o querrela, de la declaración del imputado, del auto de incoación de procedimiento abreviado, del escrito de acusación, de apertura del juicio oral, de celebración del acto del juicio oral, de la sentencia, e incluso, a efectos de cuantificación de la responsabilidad civil, la de ejecución de sentencia.

El criterio asumido en dicha Junta de la Fiscalía consultante, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 24 EOMF, en tanto se resuelve la presente Consulta, fue el de atender a la fecha de la declaración del denunciado o del querrelado en concepto de imputado ante el Juez Instructor, por entender de aplicación la jurisprudencia constitucional (por todas, STC 186/1990, de 15 de noviembre), según la cual no se puede formular acusación contra persona que no haya declarado en concepto de imputada sobre los hechos de que se le acusa, añadiendo también en apoyo de tal criterio lo preceptuado en el artículo 779.1.4.^a LECrim, que establece la necesidad de tomar declaración judicial al imputado para adoptar la resolución de continuar la tramitación de la causa por los trámites del Procedimiento Abreviado.

La indicada posición coincide con la mantenida por diversos órganos jurisdiccionales, así la SAP Barcelona, sec. 5.^a, 25 de febrero de 2003, señala que (...) *como regla general, es evidente que no puede extenderse el ámbito temporal del delito del artículo 227 CP más allá de la fecha en que se interpone la denuncia penal...si interpuesta una denuncia por supuesto impago de las prestaciones económicas de familia, ésta no se amplía de forma taxativa en momento procesal oportuno, el límite temporal del posible delito queda ya definitivamente perfilado por la fecha de la denuncia penal de origen, única fecha posible hasta la que puede entender alcanzada formalmente,*

en el procedimiento así iniciado, la consumación delictiva del tipo penal de que se trata... aunque es factible que dicha denuncia penal pueda ampliarse... tal posibilidad no podrá rebasar los límites derivados de la fecha en que se toma declaración como imputado al presunto culpable (...).

Todo ello, por exigencia de principios constitucionales tan importantes como los derivados del artículo 24-1 y 2 CE (...) excepcionalmente, podremos situar el ámbito temporal del delito entre la fecha del primer impago y la fecha del escrito de conclusiones provisionales de la acusación, pública o privada, si éste es capaz de ceñirse –esto es fundamental– a la de la última declaración judicial del imputado. Desde ese momento ya no es posible ampliar los hechos objeto de acusación por lo que el imputado deberá ser juzgado estrictamente por los hechos iniciales sobre los que ha tenido la oportunidad previa de explicarse (declaración judicial como imputado), pero no sobre hechos nuevos introducidos sorpresivamente en el proceso. Y desde luego, mucho menos, puede extenderse el objeto del proceso hasta llegar alegremente hasta la misma fecha del acto del juicio oral.

Cualquier posible impago posterior a la denuncia inicial de las prestaciones de familia a que se refiere el artículo 227 CP deberá ser objeto de nueva denuncia expresa y nuevo procedimiento penal, a salvo las excepciones de denuncia ampliada a que hemos hecho referencia, si se cumplen los requisitos correspondientes.

La interpretación estricta propugnada por la Fiscalía consultante y, como se ha indicado, también mantenida por algunos órganos jurisdiccionales, supone que en cada causa incoada por delito de impago de pensiones sólo pueden ser enjuiciados los incumplimientos recogidos en la denuncia, sobre los cuales versará la declaración judicial que se reciba al imputado (art. 775 LECrim), obligando a la parte perjudicada a formular nueva denuncia por los impagos posteriores, ini-

ciando así una sucesión de ampliaciones (o acumulaciones por conexión) de la denuncia inicial, con las correspondientes declaraciones del imputado al respecto.

Si bien la resolución de la presente consulta exige desarrollar algunas consideraciones sobre los elementos, naturaleza y estructura típica del delito de impago de pensiones, para determinar los impagos que pueden constituir el objeto de un proceso tramitado para el enjuiciamiento de dicho delito, es posible anticipar que la misma se resuelve atendiendo prioritariamente al carácter de *delito permanente* (o con más precisión, como se expresa más adelante, delito permanente de tracto sucesivo acumulativo) que la jurisprudencia mayoritaria atribuye al delito de impago de pensiones, cuya consumación se inicia por el incumplimiento del período típico establecido en el artículo 227 CP y se mantiene hasta que cesan sin interrupción los incumplimientos o se produce su enjuiciamiento.

Es decir, una vez realizados los requisitos típicos (omisión dolosa del pago durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos), sobre los que ineludiblemente ha de ser oído en declaración el imputado en fase de instrucción, los incumplimientos posteriores constituyen elementos adicionales que se integran o acumulan al mismo delito por la realización de idéntica dinámica omisiva. La prolongación en el tiempo de esta conducta tendrá consecuencias en la delimitación de la responsabilidad civil o a la individualización de la pena (art. 66 CP), pero no afectan al título de imputación, que se mantiene idéntico.

Esta especial naturaleza del delito tipificado en el artículo 227 CP, determina que su ámbito temporal se extienda desde el primer incumplimiento hasta la fecha del juicio oral, enjuiciándose en dicho acto los reiterados –consecutivos o alternos– incumplimientos que reuniendo los requisitos precisos para incluirlos en el título de imputación se hayan constatado hasta dicho momento procesal. Conjunto

de incumplimientos que constituirán el objeto del proceso.

No son las ventajas de economía procesal las que inspiran la resolución de la presente Consulta. Su razonamiento jurídico se encauza a partir de la configuración típica del delito de impago de pensiones, conjugado con los principios constitucionales que sustentan nuestro Estado de Derecho, particularmente la interdicción de la indefensión; sin obviar que su respuesta es acorde con la *voluntas legislatoris* proclamada en la Exposición de Motivos de la LO 3/1989, en el sentido de dar protección a los miembros económicamente más débiles de la unidad familiar frente al incumplimiento de los deberes asistenciales del obligado a prestarlos. Finalidad tuitiva, en especial respecto de los hijos, que se vería perturbada ante el enojoso trance de obligarles a formular sucesivas reclamaciones frente al incumplimiento de los deberes asistenciales por el obligado a prestarlos.

III. EL CRITERIO JURISPRUDENCIAL: DISPERSO Y DIVERSO

El Tribunal Supremo no ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de la cuestión planteada y las sentencias emanadas de las Audiencias Provinciales sobre la materia son discrepantes, cuando no abiertamente opuestas, y, por tanto, alejadas de la deseada uniformidad en la aplicación del Derecho.

La SAP Tarragona de 8 de noviembre de 2000 acoge el criterio de considerar como fecha del último período impagado la que se corresponde con la de formulación de conclusiones provisionales por la acusación. La SAP Burgos de 23 de julio de 2004 siguiendo el criterio SAP Barcelona de 8 de noviembre de 2000 señala como tal fecha la de celebración del juicio oral. La SAP Baleares 30 de marzo de 2000 amplía dicho período hasta la fecha del escrito de conclusiones definitivas y la SAP Vizcaya de

28 de junio de 2002 aunque fija como fecha la de la sentencia firme, señala que no hay obstáculo legal incluso para ampliar el día *ad quem* hasta la ejecución de la misma, toda vez que «no cabe hablar en tales supuestos, como el que nos ocupa, de una indefensión del acusado/deudor por motivo de la indeterminación del término final de su deuda punible, ya que es claro que, tanto la acusación como la pretensión civil, se refieren en todo caso a unos hechos con idéntica configuración causal, respecto de los que no hay motivo que impida la defensa referida al período impagado de devengos hasta la liquidación, ni como comprendido dentro de los términos del artículo 227 CP, motivo que impida dejar dicha liquidación para ejecución de sentencia, de conformidad con el artículo 115 CP... En conclusión, no es cierto que la denuncia marque el momento hasta el que puede determinarse la deuda civil exigible en el proceso por delito de impago de pensiones, en que el condenado es reo de una pena y a la vez deudor pecuniario, y nada excluye legalmente que pueda, secundándose el fin del artículo 227.3 CP, determinarse hasta la sentencia firme de condena, o incluso petición ejecutiva posterior a la misma».

La SAP Burgos, sec. 1.^a de 12 de enero de 2004, referida al ámbito de las responsabilidades civiles, resulta muy descriptiva respecto de las diversas posiciones adoptadas por la denominada jurisprudencia menor. En el supuesto que revisa dicha sentencia el juzgador de instancia las fija (las responsabilidades civiles) hasta el Auto de apertura del juicio oral y la parte recurrente considera que deben de fijarse sólo hasta la fecha de la denuncia.

Sigue la misma sentencia expresando que es esta una cuestión muy polémica y con soluciones jurisprudenciales muy diversas. Algunas Audiencias Provinciales fijan el devengo de la pensión alimenticia y de la indemnización civil del proceso penal hasta la presentación de la denun-

cia o querrela (SAP Barcelona, sec. 2.^a de 11 de noviembre de 1998). Otras resoluciones fijan el día final de reclamación de pensiones debidas en la formulación del escrito de acusación definitiva (SAP Madrid, sec. 16.^a de 22 de octubre de 1999; SAP Málaga, sec. 3.^a de 4 de diciembre de 1998, SAP Barcelona, sec. 1.^a de 30 de marzo de 2000). Otras sentencias hasta fijan la fecha en la calificación provisional (SAP Gerona, sec. 3.^a de 30 de noviembre de 2001; SAP Asturias sec. 3.^a de 4 de enero de 2001). Otras hasta el auto de transformación de las Diligencias Previas al Procedimiento Abreviado (SAP Barcelona, sec. 2.^a, de 29 de julio de 1998; SAP Madrid, sec. 6.^a de 11 de mayo de 1998, 24 de marzo de 2000). Por último, otras Audiencias (SAP Toledo de 11 de junio de 1998) lo fijan en la fecha del juicio oral y la SAP Santa Cruz de Tenerife, sec. 2.^a de 22 de octubre de 1999 en la ejecución de la sentencia.

En nuestro caso, procede mantener la fecha fijada en la resolución recurrida de apertura del juicio oral, pues, aunque entre el conjunto de las opiniones expuestas esta Sala se inclinaría por considerar la fecha de la calificación definitiva, sin embargo la prohibición de reforma en perjuicio del reo (reformatio in peius), impide aplicar ese criterio y exige mantener lo resuelto en la instancia en cuanto al dies ad quem de la indemnización civil por alimentos debidos.

Ante tal disparidad de criterios judiciales, y estando el delito que nos ocupa excluido –en principio– del recurso de casación (art. 847 LECrim) cobra especial trascendencia la contribución del Ministerio Fiscal en aras de la unificación real de la interpretación y aplicación del Derecho, buscando la certeza del ordenamiento jurídico y, por tanto, de la seguridad jurídica y de la igualdad de los ciudadanos ante la Ley, función cuya relevancia ha sido puesta de manifiesto recientemente en la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 11/2005.

IV. ELEMENTOS DEL DELITO DE IMPAGO DE PENSIONES

Existe una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 26 de julio de 1999, 13 de febrero de 2001 y 3 de abril de 2001, 8 de julio de 2002, 16 de junio de 2003, entre otras y Auto TS 15 de abril de 2004) que configura el delito previsto en el artículo 227 CP como un delito de omisión que exige para su consumación la exigencia de dos elementos objetivos y uno subjetivo:

a) Resolución judicial firme dictada en proceso de separación, divorcio, nulidad matrimonial, filiación o alimentos, o convenio aprobado por la autoridad judicial competente que establezca la obligación de abonar una prestación económica en favor del cónyuge o de los hijos.

b) Conducta omisiva, consistente en el impago reiterado de esa prestación económica durante los plazos exigidos en el precepto legal, es decir, dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos, conducta ésta de omisión cuya realización consume el delito por ser de mera actividad, sin necesidad de que de ello derive ningún resultado perjudicial distinto del que ya produce la falta de percepción de la prestación establecida.

c) Elemento subjetivo, que aunque no se menciona expresamente en el tipo penal, se configura por el comportamiento doloso del sujeto, es decir, el conocimiento de la obligación de pagar y la voluntariedad de incumplir la misma, la cual resulta inexistente en los casos de imposibilidad objetiva de afrontar la prestación debida.

Este último requisito excluye la denominada «prisión por deudas», expresamente prohibida por el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966 («nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual»), precepto que se

integra en nuestro Ordenamiento Jurídico, conforme a lo dispuesto en los artículos 10.2.º y 96.1.º CE. Así, no es posible sancionar conductas al amparo del artículo 227 CP en aquellos supuestos de imposibilidad de cumplimiento.

La ausencia de dicho requisito subjetivo en la conducta del acusado, junto con la alegación del pago o cumplimiento de la prestación debida (v. arts. 1156 y ss. C. Civil), serán los argumentos de defensa más utilizados. Sin embargo, en el delito de impago de pensiones, este elemento subjetivo del injusto no exige que la acusación deba probar la disponibilidad de medios bastantes por el acusado para pagar, como a veces se pretende, lo que supondría una especie de *probatio diabolica* a cargo de la acusación sobre la exacta situación financiera del acusado. El dolo en la conducta del acusado se puede inferir de forma racional del impago de lo adeudado sin justificación alguna, como resulta de la permanencia en la desobediencia al abono de lo obligado o de su propio comportamiento procesal (STS 8 de noviembre de 2005), como sucede en los supuestos en que se alega como causa de la conducta omisiva el empeoramiento de la situación económica del imputado, sin haber instado la modificación del contenido de la obligación en el correspondiente proceso civil.

Ahora bien, lo anterior no obsta para que la acusación, máxime tratándose de la ejercitada por el Ministerio Fiscal que actúa bajo el principio de imparcialidad, inste, durante la sustanciación del proceso penal, la practica de las diligencias necesarias para averiguar la situación patrimonial del acusado y poder valorar adecuadamente su voluntariedad en los incumplimientos que se le imputan o la concurrencia de circunstancias justificativas de su comportamiento (STS 13 de febrero de 2001 y SSAP Jaén 22 de mayo de 1998, Sevilla 15 de noviembre de 1999 y 7 de junio de 2005, Valencia 24 de marzo de 1999 y 10 de diciembre de 1999, Barcelona 5 de noviembre de 2002 y 8 de noviembre de 2004, entre otras muchas).

V. NATURALEZA JURÍDICA Y ESTRUCTURA TÍPICA

El delito tipificado en el artículo 227 CP, se configura como un delito de omisión pura que se consuma por el simple incumplimiento durante los períodos de tiempo señalados en el precepto legal, en cuyo desarrollo se aprecian dos fases: una de comisión, cuando concurren los elementos constitutivos del tipo, y otra de mantenimiento de la situación creada, en la que van acumulándose los impagos posteriores, sucesivos o alternos, que se configuran como elementos de la misma dinámica omisiva: reiterados incumplimientos. La jurisprudencia de las Audiencias se ha pronunciado de forma diversa, ofreciendo diversas soluciones jurídicas (v. SAP Burgos 23 de julio de 2004) en orden a la definición de la clase de delito que generan tales conductas omisivas.

Algunos pronunciamientos han considerado que a partir del momento en que quedan satisfechas las exigencias del artículo 227 CP, se produce la consumación delictiva, produciéndose un *delito instantáneo*, de forma que cada período de impago típico posterior da lugar a un concurso real de delitos, con la posibilidad de apreciar la *continuidad delictiva*.

No obstante, en la actualidad, la jurisprudencia mayoritaria de las Audiencias Provinciales se inclina por atribuir al delito de impago de pensiones el carácter de *delito permanente*, es decir, no existe un momento consumativo como en el llamado delito instantáneo, sino un período durante el cual, al persistir los elementos objetivos y la intencionalidad, el delito se sigue consumando en todo momento, y, por tanto, no le son de aplicación las reglas de continuidad delictiva del artículo 74 CP. Es decir, el delito se consuma cuando no se paguen dos pensiones mensuales seguidas o cuatro alternas, pero sus efectos penales mantienen mientras duren los impagos. Se produce, pues, un único delito permanente, cuyo

momento final tiene lugar tras la cesación ininterrumpida de la lesión al bien jurídico o el enjuiciamiento de la conducta lesiva.

La consideración del delito de impago de pensiones como delito permanente arranca de la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 3 de marzo de 1987, 26 de abril de 1988, 24 de enero de 1990, 21 de septiembre de 1992, 15 de diciembre de 1998), que atribuye tal carácter al abandono de familia del artículo 226 CP, lo que determina que no le sean de aplicación las reglas de la continuidad delictiva (art. 74 CP), indicando la STS de 3 de abril de 2001 que la figura delictiva tipificada en el artículo 227 CP *constituye una segregación del tipo general de abandono de familia, incorporando al Código una específica modalidad del tipo básico, con la que el legislador trata de proteger a los miembros económicamente más débiles del cuerpo familiar frente al incumplimiento de los deberes asistenciales del obligado a prestarlos en virtud de resolución judicial o de convenio judicialmente aprobado en los supuestos contemplados en el precepto*. Esta doctrina viene a reafirmar que la naturaleza jurídica de ambos delitos es coincidente, en la medida que con la regulación penal de los dos se está tratando de proteger las relaciones familiares, semejanza que se incrementa al concebirse ambos como delitos semipúblicos en el artículo 228 CP (SAP. Madrid de 20 de febrero de 2004 y Barcelona de 10 de enero de 2005).

Algunas Audiencias Provinciales, con acertado criterio, han empezado a distinguir la naturaleza de ambas figuras –que como ha quedado expresado es coincidente– de su estructura típica, toda vez que si la primera depende de los bienes jurídicos que protegen, la segunda, depende de la definición que haya elegido el legislador para lograr esa defensa.

En el indicado sentido se destaca que la realización del tipo previsto en el artículo 226 CP precisa únicamente la mera inactividad del sujeto obligado por los

deberes legales de asistencia respecto de las personas que se expresan en el mismo, mientras que el artículo 227 CP requiere además de la existencia del convenio o resolución judicial, una reiteración de omisiones. Por ello, se entiende técnicamente más precisa la consideración del delito de impago de pensiones como un *delito permanente de tracto sucesivo acumulativo*, pues para su consumación exige una pluralidad de omisiones, que son consecuencia del incumplimiento de una obligación de tracto sucesivo, pero que una vez producido el primer período típico de omisiones, las posteriores se acumulan, de forma que la consumación se mantiene en el tiempo y cesa con la reanudación del pago o el enjuiciamiento de las omisiones que constituyen un único delito.

Los incumplimientos de los períodos establecidos por el legislador (dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos), se interpreta que constituyen un requisito objetivo del tipo, y los sucesivos impagos se acumulan a él sin relevancia a efectos de continuidad delictiva, pues, esos plazos se refieren a incumplimientos mínimos y nada impide que por encima de ellos puedan haber unos mayores, que quedarían acumulados a los anteriores, por ello se habla de que estamos ante un delito de tracto sucesivo acumulativo (SAP Madrid de 20 de febrero de 2004), que mantiene en común con la consideración de delito permanente, que la conducta típica se prolonga más allá de la fase inicial de consumación producida por la primera omisión típica.

Cualquiera de las consideraciones indicadas sobre la naturaleza del delito de impago de pensiones no altera la dinámica comisiva requerida por el tipo, consistente en una serie de omisiones escalonadas en el tiempo que, desde el punto de vista procesal, conforme al artículo 17.5 LECrim, han de ser enjuiciadas en un mismo proceso. Sin embargo, la consideración por la que se opte tiene importantes consecuencias en cuanto a la delimitación del objeto de proceso penal en

el que se enjuicien incumplimientos por períodos superiores al mínimo señalado en el tipo penal, así como en instituciones penales como la prescripción o la cosa juzgada.

VI. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO Y DERECHO DE DEFENSA EN EL DELITO DE IMPAGO DE PENSIONES

La estructura del delito de abandono de familia por impago de pensiones, configurado por los incumplimientos mínimos especificados en el artículo 227 CP y los que posteriormente se vayan acumulando, implica que dicho período típico que constituye la consumación inicial del delito ha de quedar indiciariamente acreditado en virtud de las diligencias practicadas en fase de instrucción, en la cual deberá recibirse declaración judicial al imputado sobre los incumplimientos que configuran dicho período mínimo, sin perjuicio de que dicha declaración también se refiera a otros impagos evidenciados en el momento de producirse la misma, sin que ello altere el título de imputación.

Una vez constatada esa consumación inicial, en los supuestos en que se sigan produciendo incumplimientos posteriores, surge el problema de determinar hasta cuándo dura la permanencia del delito, o, si se prefiere, cuándo puede empezar a cometerse otro nuevo delito que deba ser objeto de denuncia o querrela para dar lugar a un nuevo proceso, con sus correspondientes consecuencias jurídico penales en cuanto a la cosa juzgada, la prescripción, así como respecto de la configuración típica de una falta del artículo 618.2 CP si no se cumpliesen los plazos mínimos establecidos en el artículo 227 CP, o superados los mismos, de otro nuevo delito de impago de pensiones.

Ya se ha anticipado que *una* de las situaciones que pone término a la consu-

mación iniciada por el incumplimiento del período omisivo típico será la cesación del ataque al bien jurídico protegido mediante la reanudación sistemática y sin interrupción del pago de la pensión, la *otra*, será el enjuiciamiento de tales omisiones.

Por tanto, el ámbito temporal de los procesos penales tramitados por el delito tipificado en el artículo 227 CP, comprenderá, como regla general, el período que abarca desde el primer incumplimiento hasta la fecha del juicio oral, constituyendo el objeto de cada proceso concreto, los reiterados incumplimientos –consecutivos o alternos– constatados hasta dicho momento procesal.

En consecuencia, en fase de conclusiones provisionales, el escrito de acusación comprenderá los impagos que constituyen el período mínimo tipificado, los cuales han de corresponder a fechas anteriores a la declaración que ineludiblemente se ha de recibir al imputado en dicha fase. También se incluirán en el escrito de acusación los impagos producidos hasta la fecha del auto previsto en el artículo 779.1.4.^a LECrim., siempre que en dicho momento se deduzca debidamente la actuación dolosa del imputado respecto de los mismos. De esta manera se conforma provisionalmente el objeto del proceso.

Por idéntico razonamiento el escrito de calificación definitiva podrá incluir nuevos impagos producidos hasta la celebración del juicio oral, ahora bien, no hay que olvidar que el elemento subjetivo del delito de abandono de familia por impago de pensiones, puede exigir un examen individualizado de los diferentes períodos impagados, a efectos de determinar si cada una de las omisiones tiene el carácter doloso que el tipo requiere, toda vez que la causa de cada incumplimiento puede corresponder a circunstancias diferentes. Por lo cual, la extensión del objeto de enjuiciamiento en este delito hasta la fecha del juicio oral sólo será posible garantizando plenamente el ejercicio del derecho de defensa del impu-

tado en relación con cada uno de los indicados períodos.

Por lo anterior, dicha extensión objetiva sólo podrá producirse en los casos en que en la fecha del acto de celebración del juicio oral el acusado reconozca el impago voluntario de nuevos vencimientos posteriores a la fecha del escrito de acusación provisional, o bien cuando tales incumplimientos se deduzcan de la prueba practicada en el dicho acto, en su caso, con el aplazamiento previsto en el artículo 788.4 LECrim.

En los anteriores supuestos los Sres. Fiscales deberán presentar escrito de conclusiones definitivas incluyendo los nuevos impagos que se deduzcan de la prueba practicada, en el bien entendido de que para ello será imprescindible que puedan mantenerse en las conclusiones definitivas los impagos constitutivos del período mínimo tipificado sobre el que se recibió declaración al acusado en fase de instrucción. En otras palabras, si en virtud de la prueba practicada en el juicio resulta indicado retirar la acusación original, no cabrá promover una definitiva basada en impagos nuevos acreditados durante el juicio oral.

En todo caso, los Sres. Fiscales vigilarán que quede garantizado el respeto al derecho de defensa del acusado en relación con los períodos a los que se refiera la expresada ampliación.

El Estado de Derecho y el sistema de garantías que lo sustenta encuentran el fundamento de su existencia al procurar la libertad, la justicia y la convivencia pacífica entre los ciudadanos. Sin embargo, la interpretación excesiva de esas garantías puede producir efectos perturbadores e incluso perversos para esas finalidades, como sucede en el delito de impago de pensiones, cuando extremando ese celo interpretativo se reduce el objeto temporal de enjuiciamiento exclusivamente a los impagos incluidos en la denuncia, que además de plantear importantes problema derivados de posibles vulneraciones de la prohibición del «double jeopardy» (STS 26 de septiembre

de 1977, 1 de abril de 2003 y 22 de abril de 2004), no sólo perjudica a la víctima, arrojándola a una cadena de nuevas denuncias por los incumplimientos posteriores, sino que, paradójicamente, también es negativo para el imputado cuyo derecho de defensa se pretende garantizar, pues podrá verse acusado en otros procedimientos con las eventuales consecuencias perjudiciales, como posibles sentencias condenatorias, apreciación de la circunstancia agravante reincidencia, o dificultades para el cumplimiento de los requisitos para la suspensión de ejecución de la pena.

Los incumplimientos producidos con posterioridad a la fecha del período de enjuiciamiento delimitado en el escrito de conclusiones definitivas, no conformarán el objeto del proceso penal. Estos impagos constituirán nuevas omisiones no enjuiciadas que, en su caso, evidenciarán la renovación del dolo por parte del sujeto activo a los efectos de otro procedimiento.

Evidentemente, la celeridad de la tramitación de los procesos tendrá una incidencia decisiva en la comisión de nuevos delitos, pero tal circunstancia derivada principalmente de situaciones estructurales y/o coyunturales de la Administración de Justicia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 17.5 LECrim, no es ajena a otros delitos, ni a cualquiera de las posibles soluciones que se pueden adoptar respecto de la cuestión planteada en la presente Consulta.

VII. LA RESPONSABILIDAD CIVIL

El *quantum* de las cantidades adeudadas constituyen una de las partidas de la responsabilidad civil derivada del delito, pues a pesar de que amplios sectores doctrinales opinaban que las mismas son el contenido de una obligación de naturaleza civil previa a la conducta típica y no una consecuencia de ella, el nuevo artículo 227.3 despejó la cuestión al es-

tablecer que *la reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cantidades adeudadas*. Ello no excluye la posible indemnización de otros daños y perjuicios ocasionados por la comisión del ilícito penal (económicos e incluso morales) resarcibles conforme a los artículos 109 y siguientes del CP.

La doctrina expresada sobre el derecho de defensa también es aplicable a la responsabilidad civil (SSAP Burgos, sec. 1.^a de 15 de marzo de 2002, Barcelona, sec. 2.^a de 24 de noviembre de 2005, entre otras muchas), ahora bien, en el delito que nos ocupa la inclusión de las pensiones impagadas posteriores a la declaración del imputado en fase de instrucción no infringe el mencionado principio porque la consumación inicial o básica del delito se produce con el impago de las pensiones expresadas en el tipo. Es decir, aceptada la naturaleza del delito de abandono de familia por impago de pensiones como delito permanente de omisión propia, la consecuencia, ya expresada, es que se prolonga la responsabilidad penal y civil desde su consumación inicial hasta el momento mismo del enjuiciamiento, sin perjuicio de que con carácter provisional, se incluyan en el escrito de acusación en concepto de responsabilidad civil el importe adeudado correspondiente a los períodos impagados hasta la conclusión de la fase de instrucción, de acuerdo con lo que resulte de las diligencias practicadas en la misma, y, posteriormente, en el escrito de calificación definitiva, se incluyan las cantidades correspondientes al resultado de la prueba practicada con carácter contradictorio en el acto del juicio oral.

Por otro lado, la responsabilidad civil derivada del delito está condicionada por los hechos sobre los que se sustenta el examen de la tipicidad, lo que no permite incluir períodos respecto de los que no se haya acreditado la voluntariedad en el incumplimiento del acusado, los cuales pueden seguir constituyendo una deuda de carácter civil, pero no pueden ser objeto de indemnización en concepto de

responsabilidad civil derivada del ilícito penal que requiere dicha voluntariedad omisiva.

VIII. CONCLUSIONES

Primera. Para formular acusación en los procedimientos seguidos por el delito tipificado en el artículo 227 CP, los Sres. Fiscales constatarán que los impagos reiterados de la prestación económica durante los plazos exigidos en el precepto legal, es decir, dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos, hayan quedado indiciariamente acreditados en fase de instrucción y que sobre ellos se haya recibido declaración judicial al imputado en dicha fase.

Segunda. Los Sres. Fiscales incluirán en el relato fáctico de los escritos de acusación provisional todos los incumplimientos evidenciados hasta la fecha del auto previsto en el artículo 779.1.4.^a LECrim, siempre que resulte indiciariamente acreditada la omisión dolosa del obligado al pago.

Tercera. Los incumplimientos incluidos en el escrito de acusación se calificarán como un único delito del artículo 227 CP, y en la petición punitiva se tendrá en cuenta lo establecido en el artículo 66 CP.

Cuarta. Los Sres. Fiscales solicitarán en los escritos de acusación que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 227.3 CP, el acusado indemnice a la parte perjudicada en concepto de responsabilidad civil, con el pago de las cantidades adeudadas correspondientes a los períodos incluidos en el relato fáctico, incrementadas con el interés que establezca la resolución incumplida o, en su defecto, el que hubiera devengado el interés legal del artículo 576 LEC.

Quinta. La indemnización que se expresa en el apartado anterior, no obsta a la reparación de otros daños que se puedan haber causado, en virtud de lo que

resulte de lo actuado en el procedimiento concreto.

Sexta. En los supuestos en que en el acto del juicio oral el acusado reconozca el impago voluntario de nuevos vencimientos generados hasta esa fecha, posteriores a los incluidos en el escrito de acusación, o bien cuando tales incumplimientos se deduzcan manifiestamente de la prueba practicada en el dicho acto, en su caso, con el aplazamiento previsto en el artículo 788.4 LECrim, los Sres. Fiscales deberán modificar sus conclusiones provisionales presentado otro escrito con las definitivas, incluyendo los incumplimientos acreditados hasta la fecha del juicio oral, con sus correspondientes consecuencias en relación con la petición

punitiva (art. 66 CP) y con la responsabilidad civil.

Todo ello en el bien entendido de que será imprescindible que la prueba practicada en el juicio permita mantener en las conclusiones definitivas los impagos constitutivos del período mínimo tipificado, sobre el que se recibió declaración al acusado en fase de instrucción. En otras palabras, si en virtud de la prueba practicada en el juicio resulta indicado retirar la acusación original, no cabrá promover una definitiva sustentada en impagos nuevos acreditados durante el juicio oral.

En todo caso, los Sres. Fiscales vigilarán para que quede garantizado el respeto al derecho de defensa del acusado.

Consulta número 2/2007, de 12 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de rectificación del censo en periodo electoral del artículo 40 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General

I

La presente Consulta trae origen de una cuestión planteada por una Fiscalía en relación con la pertinencia de la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos civiles iniciados de conformidad con lo previsto en el artículo 40 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, contra las resoluciones dictadas por la Oficina del Censo Electoral que diluciden las reclamaciones efectuadas ante la misma en periodo electoral por cualquier ciudadano en relación con sus datos censales.

El mentado artículo 40 prevé literalmente que:

1. *Contra las resoluciones de la Oficina del Censo Electoral puede interponerse recurso ante el Juez de primera instancia en un plazo de cinco días a partir de su notificación.*

2. *La sentencia, que habrá de dictarse en el plazo de cinco días, se notifica al interesado, al Ayuntamiento, al Consulado y a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral. Esta sentencia agota la vía judicial.*

Como se indica por la Fiscalía consultante, no se hace mención expresa en el texto a la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal y, por tanto, ésta ha de derivarse de otros preceptos generales, señaladamente, del artículo 3.3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que dispone que corresponde al Ministerio Fiscal «(...) velar por el respeto de las

Instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa»; y de lo previsto en el artículo 249.1.2.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando indica que «se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía (...) las [demandas] que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación. En estos procesos, será siempre parte el Ministerio Fiscal y su tramitación tendrá carácter preferente», toda vez que la Ley Orgánica de Régimen Electoral General lo que articula es un proceso civil seguido ante el Juzgado de Primera Instancia que resulte competente.

A la vista de todo lo anterior, entiende la Fiscalía consultante que no queda clara la obligatoriedad de la intervención del Ministerio Fiscal en este tipo de procedimientos por cuanto sólo vendría legalmente obligado a ello cuando pueda estar involucrado un derecho fundamental, entendiéndose que este extremo puede no concurrir en todos los casos.

II

Hay que comenzar indicando que en la consulta planteada se entremezclan dos cuestiones distintas, que no han de entenderse necesariamente ligadas en relación de causalidad. De un lado, el hecho de que quepa admitir la existencia de algunos procedimientos del artículo 40

de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General que no lleguen a afectar a derechos fundamentales y, de otro, la cuestión de la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos civiles derivados de la aplicación de dicho artículo.

Por lo que hace a la primera cuestión, hay que admitir, en efecto, que pueden existir impugnaciones de datos censales en periodo electoral que no afecten a derechos fundamentales. Pensemos, por ejemplo, en supuestos en que un ciudadano reclame respecto de su adscripción a una concreta Mesa o Sección electorales en la misma circunscripción, lo que difícilmente puede entenderse que constituye parte esencial de su derecho de sufragio. En apoyo de esta tesis puede mencionarse precisamente la falta de mención expresa al Ministerio Fiscal en el propio artículo 40 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General.

Por el contrario, no es menos cierto que la propia Ley Orgánica de Régimen Electoral General, al regular en su artículo 38.5 las reclamaciones contra las resoluciones de la Oficina del Censo fuera de periodo electoral establece expresamente que *«Los recursos contra las resoluciones en esta materia de las Delegaciones de la Oficina del Censo Electoral se tramitarán por el procedimiento preferente y sumario previsto en el número 2 del artículo 53 de la Constitución»*. Por tanto y con independencia de cuál pueda ser el fondo de la cuestión debatida, remite al procedimiento para la tutela de los derechos y libertades fundamentales, lo que arrastra la necesaria intervención del Ministerio Fiscal. Así pues, puede concluirse que para periodos distintos del electoral (art. 38.5) el legislador ha querido dar un tratamiento particularmente garantista a los casos de reclamaciones contra las resoluciones de la Oficina del Censo Electoral, como si en todo caso se encontrase comprometido el ejercicio de un derecho fundamental.

Es cierto que esta diferencia de regulación puede encontrar su justificación, a tenor de las SSTC 148/1999 y 149/1999,

en la distinta legitimación para reclamar según se trate de periodo no electoral (legitimación más amplia, que incluye a los sujetos políticos que se propongan concurrir a las elecciones) o electoral (que sólo protege el interés privado de la persona que impugna sus datos censales); pero en todo caso, la solución legislativa ofrecida en el artículo 38.5 ha de tenerse muy en cuenta a la hora de optar por una u otra solución en la cuestión sometida a consulta, aunque sólo sea para evitar la incoherencia de hacer una interpretación de la literalidad del artículo 40 –que precisamente se refiere a un periodo en el que el ejercicio del derecho de sufragio es inminente por encontrarnos ya en periodo electoral– que lleve a un nivel de intervención del Ministerio Fiscal de menor intensidad que el previsto para periodos no electorales.

Por último, no se puede olvidar que, desde un punto de vista cuantitativo, la práctica totalidad de las reclamaciones que se articulan en este ámbito –por no decir todas ellas– versan sobre cuestiones que sí inciden en la configuración del derecho de sufragio (normalmente, por falta de inclusión en el censo).

III

Por lo que hace a la segunda cuestión a solventar en la presente consulta –y con independencia de que quepa pensar en abstracto en la posibilidad de que alguno de los procesos del artículo 40 no afecte a derechos fundamentales–, hay que indicar con claridad que la intervención del Ministerio Fiscal ha de reputarse necesaria en todos los casos, precisamente por ser imprescindible para dilucidar si se produce en cada concreto supuesto la afectación a derechos fundamentales que justifique la intervención del Ministerio Público como parte en el proceso. No olvidemos que, como acabamos de indicar más arriba, dicha intervención se deriva de las exigencias de los artículos 3.3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fis-

cal y 249.1.2.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que será preciso analizar el fondo de la cuestión para poder determinar si concurre el supuesto legitimador.

Sólo mediante la intervención en el procedimiento podrá el Fiscal tomar conocimiento del fondo de la reclamación y, por tanto, valorar si ésta tiene relación o no con el respeto de algún derecho fundamental –el derecho de sufragio, en este caso–. No hay, dada la breve regulación de este tipo de procesos, su carácter urgente y la ausencia de un listado de causas de impugnación de la resolución de la Oficina del Censo que pudiera permitir establecer algún tipo de filtro previo, otro modo por el que el Fiscal pueda conocer si el concreto recurso de que se trate versa sobre uno de esos supuestos que antes mencionábamos –casi de laboratorio– y que permitirían entender que no hay afectación alguna de un derecho fundamental. Esto, y la evidente probabilidad de que el derecho de sufragio pueda verse afectado, terminan de perfilar la posición del Ministerio Fiscal en esta materia.

Por ello, ha de convenirse en que resulta necesario que el Fiscal intervenga en todos los procesos del artículo 40 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral

General, puesto que es el único modo de velar por el debido cumplimiento de la legalidad, pudiendo así apreciar si algún derecho fundamental ha sido afectado por la resolución impugnada. Lo contrario sería hacer dejación de las competencias legalmente atribuidas al Ministerio Fiscal, toda vez que quedaría en las exclusivas manos del Juez civil decidir cuándo ha podido haber vulneración de derecho fundamental y cuándo procede, en consecuencia, tener por parte al Ministerio Fiscal.

CONCLUSIÓN

Única. El Ministerio Fiscal habrá de intervenir en la totalidad de procesos civiles basados en el artículo 40 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, por aplicación de lo previsto en los artículos 3.3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y 249.1.2.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin perjuicio de que, como consecuencia de esta intervención, pueda llegar a la conclusión de que en el caso concreto no hay afectación posible de derecho fundamental alguno, absteniéndose en tal caso de pronunciarse en cuanto al fondo del asunto.

NOTAS

NOTAS

NOTAS

NOTAS

NOTAS

NOTAS