

# CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

## Circulares

### CIRCULAR 1/2007, SOBRE CRITERIOS INTERPRETATIVOS TRAS LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN PENAL DE MENORES DE 2006

#### 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 núm. 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 de 4 de junio de 2007.

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 recayendo 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 más 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 informe 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.

Mas 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 ésta legitimación para promover el internamiento cautelar, que es la medida mas 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 núm. 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 audiencia 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 pre-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.<sup>a</sup>), la prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa (art. 7.1 h 4.<sup>a</sup>), la obligación de residir en un lugar determinado (art. 7.1 h 5.<sup>a</sup>), 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.<sup>a</sup>) 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.<sup>a</sup>).

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 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 con arreglo a sus competencias, decida la medida de protección precedente.

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 resuelta 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 núm. 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 determinación 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 flexibile*.

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 más de una medida por un solo hecho. Esto último debe entenderse siempre lógicamente con respeto al principio de proporcionalidad en sentido posi-

tivo, 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 más 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 impuesta, 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 dedicare 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 más 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 quiénes 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 la pertenencia o actuación al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique 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 extraerse 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 debilite la defensa del ofendido o facilite la impunidad de los delinquentes.

Sólo cuando concurra 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.* arts. 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 concur-

sos 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 semiabierto 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 art. 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.



ción 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 distinguen 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 art. 9.4.ª 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 psico-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 comprendido 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 más 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 más 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 blinda 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.<sup>a</sup> 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 conexos (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 concorra 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 núm. 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 núm. 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 núm. 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 de 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 reeducación 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 más 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 triple de la pena más grave y los topes de 20, 25, 30 y 40 años previstos en el art. 76 CP) sólo operan ante delitos conexos, en la LORPM el límite máximo representado por el doble de la medida más 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 arts. 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 Juzgado 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 antinomia, 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 art. 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 ejecute 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 acierto 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 núm. 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 núm. 11/1987, de 30 de enero, 147/1988, de 14 de julio, 130/1996 de 9 de julio y STS núm. 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 más 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 más 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 art. 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 más 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 empiece 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 art. 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 alcance 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 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 sobreenvenidas. 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 señores Fiscales promuevan la adopción de las medidas oportunas para superarlos.

Deberán en todo caso partir los señores 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 arts. 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 señores 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 más 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 señores 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 y 3 del artículo 14 LORPM al internamiento cerrado como única medida susceptible de cum-

plirse 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 supondrà 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.* art. 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 sólo 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 art. 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 LECrim en caso de que se decreta su incomunicación, no podrán entrevistarse reservadamente con su Letrado, ni antes ni después de la declaración. Esto no obstante, los señores 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 decreta 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 decreta 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 expeditado 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.g.*: 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 119/96, de 15 de enero, de protección jurí-

dica del menor y arts. 172 ss 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 señores 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 concurran 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 núm. 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 núm. 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 el 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 señores 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 mantenido 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, art. 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 ss 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 imponerse ni medida privativa de libertad en sentencia ni medida cautelar equivalente.

También podrán los señores 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 mas 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 señores 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 núm. 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 núm. 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 ésta 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 decidir 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 artículos 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 expedito el cumplimiento de la pena.

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.

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 señores 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 ORDINARIAS

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 señores 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, promuevan 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 exigirlo 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 señores 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 número 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 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 señores 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 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 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 señores 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 dé 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, previéndose 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 más 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 más 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 hechos 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 más 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 más 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 señores 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 señores 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 del menor absolutamente contradictoria, debería superarse con un criterio de imputación claro para seleccionar cuál o cuáles 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 más 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 más 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 número 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 de diciembre de 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 más perturbadoras que en el proceso de adultos.

La reciente STC número 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 repressivo, 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 pre-



tendida 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 señores 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 elementos distorsionantes en la filosofía que debe presidir la justicia juvenil. Como pauta general los señores 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, 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 número 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, 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 señores 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 tenerse por personado para ambas funciones, dejando testimonio de la resolución admitiéndolo como parte en la pieza separada de responsabilidad civil.

Los señores 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 señores 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 aquél.

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 señores Fiscales tendrán especial cuidado en notificar la resolución recaída a quien aparezca como denunciante (arts. 16.2 *in fine*, art. 4 párrafo 5 LORPM, art. 270 LOPJ y artículo 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 derecho 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 *quaesitio* 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 reservan 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 supuestos 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 (preterición de partes, inclusión de personas que finalmente no van a tener tal carácter por haberse sobreseído 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 sólo 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 responsabilidad 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.<sup>a</sup> 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 tendentes 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 señores 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 alcanzar 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 necesario. La STC núm. 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 LECrim 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 LECrim, 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 núm. 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 declaración 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 785.8ª 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 encomendado 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 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, 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 señores 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 LECrim, 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 discuten 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 comparece, 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, núm. 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 señores 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 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 núm. 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 señores 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 primera 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 señores 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, seguridad 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, 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 señores 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, núm. 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, núm. 144/2004, de 6 de julio, Madrid, sec. 4.ª, núm. 97/2003, de 14 de octubre y núm. 44/2004, de 24 de febrero, Vizcaya, sec. 1.ª, de 28 de abril de 2004 y Zaragoza, sec. 1.ª, núm. 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 núm. 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 sección 3.<sup>a</sup> 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 sección 1.<sup>a</sup> 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 adecue 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 señores 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 señores 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 señores 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 acusación 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 señores 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 núm. 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 inmediación 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 núm. 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 inmediatez, 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 del artículo 9, al que se remite el apartado 1 del artículo 10, o en virtud de hechos a los que se refiere el nuevo apartado 2 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 10.2º 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 del artículo 42 además de mantener el plazo de presentación del escrito de preparación detalla con mayor precisión su contenido.

Prevía consulta con la Fiscalía del Tribunal Supremo, cuidarán los señores Fiscales que preparen el recurso de sujetarse estrictamente en su escrito al contenido establecido en el apartado 3 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 señores Fiscales la posibilidad de interponer el recurso de queja, regulado en los artículos 862 ss. LECrim, también previa consulta con la Fiscalía del Tribunal Supremo.

Por otra parte, en el nuevo apartado 4 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 señores 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 del artículo 42, relativo al trámite de inadmisión, se establece un nuevo apartado 5 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 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.

Consecuentemente 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 oír 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 refiere 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 semiaabierto en cerrado a medidas impuestas por hechos cometidos durante la vigencia de la legislación anterior.

## XII. CONCLUSIONES

### XII.1 Derechos de las víctimas y de los perjudicados

1.º En cuanto a las notificaciones a víctimas y perjudicados no personados, los señores 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 lleve a convocarse audiencia contrariando la solicitud de sobreseimiento del Ministerio Público, los señores 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 señores Fiscales 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 señores 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 señores 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 menor 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 señores 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 señores 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 señores 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 señores Fiscales interesar la imposición de una medida de internamiento terapéutico cuando los hechos no rebasen la mera falta. Por contra, cabrá 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 señores 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 señores 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 señores 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 reglas 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 (semiabierto, 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 señores Fiscales promuevan la adopción de las medidas oportunas para superarlos.

4.º Deberán en todo caso partir los señores 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 señores 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 generar 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 señores 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 protagonismo– 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 señores 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 señores 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.7.1 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 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.

#### 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 conforme a los artículos 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 señores 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 señores 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 dé 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 señores 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 señores 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 tenersele 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 mas trascendencia que la de motivar la continuación de la tramitación del procedimiento, sin necesidad de una expresa declaración de rebeldía.

8.º Los señores 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 inexcusablemente 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 núm. 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 señores 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 señores 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 contenidas 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.

## CONSULTA 1/2007, 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 eco-

nómicas 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 veinticuatro 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 querrellado 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup>, 25-2-2003, 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, iniciando 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, sección 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 ésta 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 denuncia 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 Previa 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 núm. 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 consuma 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 (*vid.* art. 1156 ss. CC), 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 (*vid.* 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 se 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 Audiencia 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 núm. 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 jurídicas 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 consumación 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 imputado 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 señores 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 señores 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 problemas 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 constituye 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 establecer 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 señores 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 señores 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.<sup>a</sup> 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 señores 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 señores 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 señores Fiscales vigilarán para que quede garantizado el respeto al derecho de defensa del acusado.

## INSTRUCCIÓN 6/2007, SOBRE LA ENAJENACIÓN DE BIENES DECOMISADOS ANTES DE DICTARSE SENTENCIA

### I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La naturaleza y el valor económico de numerosos bienes incautados y sujetos al resultado de los procesos penales suelen generar problemas de gestión y de financiación de los gastos que su depósito, conservación y/o administración producen, pero, además, cuando se trata de bienes –barcos, automóviles, aeronaves– cuya intervención cautelar supone su inmovilización, a dicha dificultad se añade la circunstancia de que el transcurso del tiempo puede producir un grave deterioro en los mismos, con la consiguiente depreciación de su valor. Incluso en ocasiones los efectos incautados o embargados son fuente de riesgos para la salud o la seguridad de los ciudadanos.

Aunque tal problemática es común a la generalidad de los procesos penales, lo cierto es que el mayor número de bienes intervenidos procede de causas tramitadas por tráfico de drogas. Por ello y con el objeto de paliar los expresados efectos, mediante la reforma del anterior Código Penal operada por LO 8/1992, de 23 de diciembre, se dio nueva redacción al artículo 344 bis *e*), estableciendo la posibilidad de que la autoridad judicial pueda autorizar que mientras se sustancia el procedimiento, los bienes, efectos o instrumentos [aprehendidos] puedan ser utilizados provisionalmente por la Policía Judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas.

No obstante, la expresada posibilidad de utilización provisional de los bienes y efectos que hubieran servido de instrumento para la comisión de delitos de tráfico de drogas se ha manifestado insuficiente. Por ello, para evitar el deterioro, pérdida de valor e incluso el peligro para la seguridad o la salud que a veces producen los bienes intervenidos, se ha seguido acudiendo a diversas soluciones no expresamente reguladas. La entrega del bien decomisado para su conservación a su titular –imputado o tercero–, ha sido una práctica utilizada, aunque en algún caso ha derivado en su posterior incautación en relación con una nueva implicación de éste en hechos de similares características a los que determinaron su inicial decomiso. También se han arbitrado otras soluciones, como la autorización de la utilización de ciertos bienes por entidades dedicadas a fines sociales, que asumen la responsabilidad de su conservación.

La redacción del artículo 344 bis *e*) del anterior Código Penal fue trasladada con similar redacción al artículo 374.2 del Código Penal de 1995 y, mediante LO 15/2003, al actual artículo 374.1.3.º, que establece que la autoridad judicial podrá acordar que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, el objeto del decomiso, si fuese de lícito comercio, pueda ser utilizado provisionalmente por la Policía Judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas.

Con todo, la problemática relacionada con la conservación y custodia de los bienes y efectos incautados precisaba de una regulación que permitiera su realización o enajenación con la finalidad de conservar su valor económico, garantizando la satisfacción de su destino final a resultas del procedimiento o, en su caso, la devolución a sus titulares, sin merma del valor efectivo de lo incautado.

A ello responde la modificación del artículo 374 CP mediante reforma operada en el texto punitivo por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que además de ampliar su ámbito a los delitos previstos en los artículos 301.1, párrafo segundo, y 368 a 372 CP, ha incorporando algunas disposiciones para resolver las expresadas cuestiones, par-

ticularmente, regulando la enajenación de los bienes decomisados, sin esperar el pronunciamiento de firmeza de la sentencia. Igual finalidad tiene la reciente modificación efectuada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, que incorpora un nuevo Capítulo II bis en el Título V del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el que se regula la destrucción y realización anticipada de los efectos judiciales en cualquier tipo de procedimientos criminales

## II. PREVISIONES LEGALES SOBRE ENAJENACIÓN DE BIENES DECOMISADOS ANTES DE DICTARSE SENTENCIA

La normativa básica sobre conservación y enajenación de bienes y efectos decomisados en los procesos penales hasta la reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada mediante la Disposición Final primera de la citada Ley 18/2006, de 5 de junio, estaba constituida por el Real Decreto 2783/76, de 15 de octubre, sobre conservación y destino de las piezas de convicción, en cuyo artículo 5 se autoriza la enajenación si los objetos o artículos ocupados o intervenidos fuesen percederos o (...) sufrieren notable depreciación por el transcurso del tiempo, y por el artículo 338 LECrim –en la actualidad modificado por la referida Ley 18/2006, de 5 de junio– que también permitía la enajenación cuando los objetos fueren percederos. En el mismo sentido, el artículo 7.1.b) de la LO 12/95, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, regula la enajenación anticipada de los bienes, efectos e instrumentos intervenidos cuando la autoridad judicial estime que su conservación puede resultar peligrosa para la salud o seguridad pública, o dar lugar a una disminución importante de su valor.

A tenor de dicha regulación legal, complementada por las disposiciones concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Código Civil en cuanto supletorias de la legislación penal y procesal penal, la regla general debe ser la conservación de los bienes a lo largo del proceso, entre otras razones porque no existiendo una resolución definitiva sobre la responsabilidad penal y, en consecuencia, tampoco sobre la ilicitud de los mismos, habrá de garantizarse su devolución o restitución a su titular en el caso de que no se aprecie responsabilidad alguna.

En relación con los delitos de tráfico de drogas, precursores y blanqueo de capitales, el artículo 374.2 CP, reformado por la LO 15/2003, incorporó algunas disposiciones para resolver la expresada problemática de gestión, administración, conservación y enajenación de los bienes cautelarmente sujetos a los procesos penales seguidos por hechos de esa naturaleza, que supuso la excepción a dicha regla general de conservación, toda vez que prevé la enajenación de los bienes decomisados, sin esperar el pronunciamiento de firmeza de la sentencia, en los siguientes casos:

- a) Cuando el propietario haga expreso abandono de ellos.
- b) Cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad públicas, o dar lugar a una disminución importante de su valor, o afectar gravemente a su uso y funcionamiento habituales. Se entenderán incluidos los que sin sufrir deterioro material se deprecien por el transcurso del tiempo.

Seguidamente, dicha disposición establece que la decisión de enajenación deberá acordarse por la Autoridad judicial de oficio o a instancias del Ministerio Fiscal, Abogado del Estado, o representación procesal de las comunidades autónomas, entidades

locales u otras entidades públicas, y previa audiencia del interesado, y que el importe de la enajenación, que se realizará por cualquiera de las formas legalmente previstas, quedará depositado a resultas del correspondiente proceso legal, una vez deducidos los gastos de cualquier naturaleza que se hayan producido.

La expresada regulación ha sido complementada recientemente, con carácter general para todo tipo de delitos, mediante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada mediante la expresada Disposición Final primera de la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de prueba en procedimientos penales, que incorpora al derecho interno la Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, introduciendo un nuevo Capítulo II bis en el Título V del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el cual se regula la destrucción y realización anticipada de los efectos judiciales, cuyas normas –según la exposición de motivos de la ley– han de servir, con carácter general, para agilizar la gestión de los bienes embargados en los procesos penales, y que también se van a aplicar cuando se trate de bienes embargados a petición de autoridades judiciales extranjeras.

En la nueva regulación, el artículo 367 bis LECrim establece que tendrán la consideración de efectos judiciales, en el orden penal, todos aquellos bienes puestos a disposición judicial, embargados, incautados o aprehendidos en el curso de un procedimiento penal, y en el artículo 367 ter LECrim se contienen básicamente las disposiciones que antes de la modificación legal se encontraban en el artículo 338 LECrim.

En los artículos 367 quáter, quinquies y sexies LECrim se regula detalladamente la realización de efectos judiciales de lícito comercio, cualquiera que sea el tipo penal a que se refiera el procedimiento en el que se hayan incautado, de acuerdo con las siguientes reglas:

#### A) Bienes realizables

El artículo 367 quáter establece que podrán realizarse los efectos judiciales de lícito comercio sin esperar al pronunciamiento o firmeza del fallo, y siempre que no se trate de piezas de convicción o que deban quedar a expensas del procedimiento, en cualquiera de los casos siguientes:

- a) Cuando sean perecederos.
- b) Cuando su propietario haga expreso abandono de ellos.
- c) Cuando los gastos de conservación y depósito sean superiores al valor del objeto en sí.
- d) Cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad pública, o pueda dar lugar a una disminución importante de su valor, o pueda afectar gravemente a su uso y funcionamiento habituales.
- e) Cuando se trate de efectos que, sin sufrir deterioro material, se deprecien sustancialmente por el transcurso del tiempo.
- f) Cuando, debidamente requerido el propietario sobre el destino del efecto judicial, no haga manifestación alguna.

#### B) Procedimiento

Se exige decisión judicial motivada –auto–, que puede adoptarse de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o de las partes, en todo caso con audiencia del interesado.



El último inciso del punto 2 del artículo 367 quáter dispone que si la solicitud proviene del Ministerio Fiscal o del Abogado del Estado, el Juez deberá acordarla, salvo que aprecie motivadamente que la petición es infundada o que, de acceder a ella, se causarán perjuicios irreparables.

**C) Necesidad de autorización de la autoridad judicial extranjera para la realización de bienes embargados en aplicación de la Ley 18/2006, de 5 de junio**

El punto 3 del artículo 367 quáter dispone que cuando el bien de que se trate esté embargado en ejecución de un acuerdo adoptado por una Autoridad judicial extranjera en aplicación de la Ley para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, su realización no podrá llevarse a cabo sin obtener previamente la autorización de la Autoridad judicial extranjera.

**D) Modalidades de enajenación y aplicación del producto de la misma:**

El artículo 367 quinquies LECrim establece que la realización de los bienes se puede efectuar por medio de persona o entidad especializada, por subasta pública, o entregándolos a entidades sin ánimo de lucro o a las Administraciones Públicas. Modalidad esta última que sólo será procedente cuando las cosas sean de ínfimo valor o se prevea que su realización por los dos medios anteriores resultará antieconómica.

El producto de la venta se ingresará en la cuenta de consignaciones del Juzgado o Tribunal y quedará afecto al pago de las responsabilidades civiles y costas que se declaren, en su caso, en el procedimiento, una vez deducidos los gastos de cualquier naturaleza que se hayan producido.

En el caso de venta de un bien embargado por orden de una Autoridad judicial extranjera, el producto, una vez deducidos los gastos de cualquier naturaleza que se hayan producido, se ingresará igualmente en la cuenta de consignaciones del Juzgado y quedará a su disposición, circunstancia que le será comunicada sin dilación.

Finalmente, el artículo 367 sexies prevé que lo expresado en el artículo 338 y en este capítulo se entiende sin perjuicio de lo que se establezca en normas especiales, particularmente en lo previsto por el artículo 374 del Código Penal y por la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados y en su normativa de desarrollo.

Estas nuevas disposiciones procesales no alteran el análisis general que en relación con los delitos de tráfico de drogas, precursores y blanqueo de capitales, se realizaba en el punto 5 del apartado V, de la Circular de la Fiscalía General del Estado número 2/2005, de 31 de marzo, Sobre la reforma del Código Penal en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas.

En dicho documento, bajo el epígrafe «Conservación y/o enajenación de los bienes, efectos e instrumentos procedentes de estos delitos antes de la firmeza de la sentencia» se analizaba la modificación del artículo 374 CP, operada por LO 15/2003, de 25 de noviembre, en cuanto introducía nuevas posibilidades para abordar la problemática derivada de la gestión, administración, conservación y enajenación de la enorme variedad de bienes, efectos, objetos e instrumentos de lícito comercio (buques, aeronaves, vehículos, ordenadores, empresas, activos financieros, dinero, etc.) sometidos a medidas cautelares mientras se sustancian los correspondientes procesos penales relativos a los delitos a los que se refiere el artículo 374 CP, cuya instrucción judicial

suele ser temporalmente dilatada, debido a la propia complejidad de los hechos y al frecuentemente elevado número de imputados en dichas causas.

Sin embargo, el contenido de dicha Circular 2/2005 debe ser complementado en el sentido que establece la expresada modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que amplía las posibilidades de enajenación de efectos judiciales, al hacer factible esta opción siempre que concurren las circunstancias indicadas en el artículo 367 quáter LECrim.

Ello incide en el planteamiento expresado en dicha Circular que se pronunciaba, con carácter general, en favor de la conservación de los bienes a lo largo del proceso, admitiendo como única excepción los casos previstos por el artículo 374.2 CP. Tras la reforma operada en la ley procesal, la nueva regulación permite en un número más amplio de supuestos la realización o enajenación de los efectos judiciales, en concreto, siempre que concurren las circunstancias indicadas en el artículo 367 quáter LECrim, lo que atenúa la nota de excepcionalidad antes indicada.

Debe además destacarse que la modificación operada mediante la Disposición Final primera de la Ley 18/2006, incorporando un nuevo Capítulo II bis en el Título V del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, referido a la destrucción y realización anticipada de efectos judiciales, equipara en su tratamiento todos los bienes puestos a disposición judicial, embargados, incautados o aprehendidos en el curso de un procedimiento penal, cualquiera que sea el delito objeto del mismo.

La presente Instrucción tiene por objeto concretar las reglas de actuación que han de observar los señores Fiscales en los supuestos en que, a tenor de la nueva legislación procesal, proceda la enajenación de bienes decomisados en los procedimientos penales, antes de que se dicte sentencia.

### III. LA REFERENCIA AL PRONUNCIAMIENTO DE FIRMEZA DE LA SENTENCIA EN EL TEXTO DEL ARTÍCULO 374 DEL CÓDIGO PENAL

El nuevo artículo 367 sexies LECrim precisa que la nueva regulación procesal contenida en el artículo 338 y en los artículos 367 bis a quíntos de la ley procesal penal se entiende sin perjuicio de lo que se establezca en normas especiales, particularmente en lo previsto por el artículo 374 del Código Penal y por la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados y en su normativa de desarrollo. Dicha previsión lleva a plantear la cuestión de si esta remisión supone una excepción a la regla general de posibilidad de enajenación antes de que se dicte sentencia.

En la referida Circular 2/2005 de la Fiscalía General del Estado se examinaron diversas cuestiones interpretativas sobre la nueva redacción del artículo 374 CP, particularmente en relación con los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación. Sin embargo, desde entonces se han venido suscitando controversias relativas a la interpretación literal del texto legal, en cuanto que al establecer que los bienes decomisados podrán ser enajenados, sin esperar al pronunciamiento de firmeza de la sentencia, podría deducirse la exigencia de que, para proceder a la venta de los mismos, tendría que haberse dictado sentencia en el procedimiento correspondiente decretando el comiso de los mismos, aunque ésta no hubiera alcanzado firmeza.

La solución a la que conduce esta interpretación, que no es otra que la ejecución provisional de la sentencia no firme, no resuelve la cuestión que motivó el cambio legislativo, cual es solucionar los expresados problemas derivados del depósito de bienes deteriorables o peligrosos para la salud o la seguridad. Por tanto, la interpreta-

ción teleológica del artículo 374.2 CP aboca necesariamente a extender la posibilidad de la enajenación a cualquier período anterior a dictarse sentencia, incluido el período de instrucción del proceso penal, pues de no ser así, no hubiera hecho falta tal modificación.

A la misma solución conduce la interpretación sistemática de esta norma, por cuanto se encuentra en concordancia con la nueva legislación sobre la materia expresada *ut supra*, así como con otras disposiciones ya vigentes en nuestro ordenamiento jurídico con anterioridad: el artículo 5 del Real Decreto 2783/76 y el artículo 7.1.b) de la LO 12/95, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando que autorizan la enajenación anticipada de los objetos, efectos o instrumentos ocupados o intervenidos, que sean perecederos o sufran notable depreciación por el transcurso del tiempo, así como cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad pública.

A tales disposiciones se ha venido a unir la reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con la inclusión de los expresados artículos 367 bis a sexies, lo que debe llevar a afirmar que la decisión de enajenar los bienes en los supuestos especificados, puede ser acordada por el Juez de Instrucción sin esperar a que haya recaído sentencia en el procedimiento en el que los mismos hayan sido decomisados.

#### IV. ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN RELACIÓN CON LOS BIENES INTERVENIDOS EN LOS PROCESOS PENALES

Como se ha indicado anteriormente, la presente Instrucción tiene por objeto determinar las medidas que, respecto de los bienes intervenidos en los procesos penales, deberán ser instadas por los señores Fiscales cuando sea procedente la enajenación anticipada a la sentencia de los bienes decomisados por concurrir las circunstancias de abandono del propietario, peligro o depreciación expresadas.

En este punto es preciso distinguir entre las medidas a adoptar en relación con los titulares y las que se refieren a los diferentes tipos de bienes.

##### A) En relación con los titulares de los bienes

La primera medida a adoptar será la investigación del verdadero titular de los bienes intervenidos y la determinación de la condición procesal del mismo en la causa, ya como imputado o participe a título lucrativo, a los efectos, en su caso, de proceder a la audiencia prevista en el punto 2 del artículo 367 quáter LECrim.

Cuando en dicha fase investigadora se acredite que la titularidad de los bienes la ostenta un tercero que reúna las condiciones previstas en el artículo 127.1 *in fine* del Código Penal, es decir, cuando se trate de bienes que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente, no deberá adoptarse medida alguna o, en su caso, se dejará sin efecto la acordada, quedando los bienes a disposición de dicho titular.

##### B) Respecto de los bienes, deben seguirse las siguientes reglas

a) Cuando se trate de cuentas corrientes u otros productos bancarios o financieros, será suficiente con que sus saldos queden bloqueados a resultas del procedimiento;

tratándose de dinero, bastará con que se acuerde su depósito en la cuenta del juzgado, con la misma finalidad procesal. Si se trata de otros efectos de valor que no se deterioran con el tiempo (por ejemplo, joyas) deberán depositarse en la Caja General de Depósitos.

b) En cuanto a los títulos-valores habrá que distinguir los diferentes tipos, y, en consecuencia, adoptar la medida que resulte más adecuada a cada uno: las acciones de sociedades anónimas, por ejemplo, deberán ser objeto de depósito, administración y prohibición de venta, así como de una comunicación a la sociedad para que los dividendos se ingresen en la cuenta de consignaciones del juzgado, a resultas de la causa, y que se comunique al Juzgado cualquier decisión que pueda afectar a su valor, como puede ser la ampliación de capital con derecho de suscripción preferente. Los títulos de realización inmediata deberán ingresarse en la cuenta del juzgado, y que los sean a plazo deberán asimismo depositarse hasta su vencimiento, momento en que se procederá a su cobro e ingreso en dicha cuenta judicial.

c) Los bienes inmuebles deben ser objeto de anotación preventiva de prohibición de disponer en el pertinente Registro de la Propiedad, y, en su caso, deberá interesarse el nombramiento de un administrador judicial, buscando la mayor rentabilidad y el menor deterioro posible de los mismos.

d) Finalmente, en relación con el resto de los bienes, cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 367 quáter LECrim, en primer lugar habrá de ponderarse, en el caso de bienes incautados con ocasión de delitos de tráfico de drogas, precursores o blanqueo de capitales asociados a los anteriores, si existe petición para su utilización por la Policía Judicial, a los efectos previstos en el apartado 1 regla 3.ª del artículo 374 CP, para que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, el objeto del decomiso, si fuese de lícito comercio, pueda ser utilizado provisionalmente por tales cuerpos policiales. En los supuestos en los que no concorra tal posibilidad de utilización o la misma no sea precisa, deberá procederse a su enajenación mediante alguna de las fórmulas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, la realización por medio de persona o entidad especializada, o la subasta pública.

El procedimiento de enajenación anticipada ha de respetar las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que determinará la incoación de una pieza separada como consecuencia de la decisión de oficio del Juez, o de la petición del Ministerio Fiscal o del Abogado del Estado, con audiencia de los interesados.

En definitiva, una vez que los señores Fiscales tengan conocimiento de que en una causa penal se han intervenido bienes en los que concurren las indicadas circunstancias de abandono expreso de su propietario, peligro para la salud o para la seguridad, o supongan importante disminución de su valor, cursarán solicitud al órgano judicial correspondiente instando su enajenación anticipada, la cual deberá contener una exposición sobre las razones por las que se estima que la venta es conveniente, con el detalle y la extensión que corresponda a la entidad del caso.

## V. CONCLUSIONES

Primera.—En los supuestos en que los señores Fiscales tengan conocimiento de que en un proceso penal, cualquiera que sea el delito por el que se tramite, se han intervenido bienes en los que concurren las circunstancias del artículo 367 quáter LECrim —expresamente abandonados por sus propietarios, o cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud, para la seguridad pública, u ocasionar su depreciación

o deterioro— instarán de la autoridad judicial, mediante informe motivado, la realización de los mismos sin esperar a que se dicte sentencia.

Segunda.—El artículo 374 CP y demás disposiciones concordantes permiten la venta en cualquier fase del proceso penal de los bienes intervenidos en causas tramitadas por tráfico de drogas, precursores o blanqueo de capitales, cuando concurren las circunstancias del artículo 367 quáter LECrim.

Tercera.—Los señores Fiscales, antes de solicitar la venta de bienes incautados en causas tramitadas por delitos de tráfico de drogas, precursores o blanqueo de capitales procedentes de tales delitos, si hubiera petición policial respecto de su utilización, ponderarán la posibilidad prevista en el apartado 1 regla 3.ª del artículo 374 CP para que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, el objeto del decomiso, si fuese de lícito comercio, pueda ser utilizado provisionalmente por la Policía Judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas.

Cuarta.—Los señores Fiscales promoverán la apertura de pieza separada para tramitar la solicitud de venta de bienes decomisados provisionalmente, en la que se deberá oír al interesado, generalmente el titular del bien.

Quinta.—El dinero obtenido con la venta debe depositarse en la cuenta de consignaciones del Juzgado, a results del correspondiente proceso, de modo que sólo procederá la adjudicación definitiva al Estado en caso de sentencia condenatoria firme.

En razón de todo lo expuesto, los señores Fiscales se atenderán, en lo sucesivo, a las prescripciones de la presente Instrucción.