

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

SERGIO CÁMARA ARROYO

Profesor Asociado de Derecho Penal
Universidad Internacional de la Rioja

Circulares

CIRCULAR 1/2013 SOBRE PAUTAS EN RELACIÓN CON LA DILIGENCIA DE INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS

SUMARIO: I. Introducción. Ideas generales.–II. El derecho al secreto de las comunicaciones.–III. La diligencia de intervención de comunicaciones telefónicas.–IV. Marco jurídico general.–V. Contenidos protegidos. V.1 Listado de llamadas y otros datos externos. V.2 Revelación por un comunicante. V.3 Significación de la afectación de los derechos del comunicante ajeno a la investigación penal.–V.4 Utilización del teléfono por persona distinta al titular o al usuario. V.5 Acceso a agendas de contactos de teléfonos móviles. V.6 Acceso a mensajes de texto o SMS. V.7 Intervención en relación con terminal telefónico sustraído. V.8 Escucha y grabación directa de conversaciones. V.9 Visionado directo del número entrante. Rellamadas. V.10 Ampliación de las escuchas a otras líneas. V.11 Conversaciones radiofónicas a través de redes de uso público.–VI. Hallazgos casuales.–VII. Escuchas mediante el Sistema Integrado de Intercepción de Telecomunicaciones (SITEL).–VIII. Identificación de IMEI e IMSI.–IX. Investigación del IP.–X. Correo electrónico.–XI. Acceso a otros datos de comunicaciones conservados por las operadoras.–XII. Otras vías de comunicación a través de Internet.–XIII. Presupuestos de la intervención. XIII.1 Cobertura legal. XIII.2 Fin legítimo. XIII.3 Concurrencia de indicios. XIII.3.1 Indicios de la existencia del delito. XIII.3.2 Informaciones anónimas. XIII.3.3 Argumentaciones improcedentes. XIII.3.3.1 Interdicción de argumentaciones tautológicas. XIII.3.3.2 Interdicción

ción de argumentaciones prospectivas. XIII.3.4 Convalidación de la intervención. XIII.3.5 Actuación del Fiscal en caso de insuficiencia del oficio policial. XIII.3.6 Identificación del terminal a intervenir. XIII.3.7 Identificación del titular del terminal. XIII.3.8 Momento relevante para valorar los indicios. XIII.3.9 Utilización de la información inicial generada por un proceso para una nueva interceptación. XIII.3.10 Determinación de los sistemas técnicos de intervención.–XIV. Necesidad en una sociedad democrática. Proporcionalidad. XIV.1 Reserva de la medida para los delitos de mayor entidad. XIV.2 Otras derivaciones de la proporcionalidad.–XV. Excepcionalidad.–XVI. Resolución judicial motivada. XVI.1 Resolución judicial. XVI.2 Resolución motivada.–XVII. Especialidad.–XVIII. Valoración de los resultados de intervenciones telefónicas practicadas en otro proceso judicial.–XIX. Aspectos procedimentales. XIX.1 Marco normativo. XIX.2 Adopción de la medida en diligencias de investigación. XIX.3 Adopción de la medida en diligencias indeterminadas. XIX.4 Control judicial. XIX.5 Notificación al Fiscal de la adopción de la medida. XIX.6 Traslado al Fiscal para dictamen sobre la procedencia de la medida. XIX.7 Notificación del cese de la medida. XIX.8 Competencia del Juez de Instrucción.–XX. Extensión temporal de la medida. XX.1 Cuestiones relativas a la duración. XX.2 Prórroga.–XXI. Intervención de comunicaciones y secreto de las actuaciones.–XXII. Cuestiones derivadas de la cooperación jurídica internacional. XXII.1 Intervenciones en el extranjero. XXII.2 Procedimientos incoados por investigaciones de servicios policiales extranjeros.–XXIII. Reproducción en el juicio oral. XXIII.1 Cuestiones generales. XXIII.2 Transcripciones. XXIII.3 Aportación de las grabaciones originales. XXIII.4 Puesta a disposición del total de material de audio grabado. XXIII.5 Identificación de voces.–XXIV. Supuestos de ilicitud de la intervención. Efectos. La conexión de antijuridicidad. XXIV.1 Ideas generales. XXIV.2 Especial referencia a la autoincriminación.–XXV. Pautas específicas para los Fiscales. XXV.1 En la fase de instrucción. XXV.2 En la fase intermedia del proceso. XXV.3 En la fase de juicio oral. XXV.4 Recursos contra la sentencia. XXV.5 Legitimación del Ministerio Fiscal para invocar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.–XXVI. Conclusiones.

Secreto de las comunicaciones. Pautas de actuación del MF en relación con las diligencias de intervención de las comunicaciones telefónicas. Criterios dirigidos a cumplir con el deber del Ministerio Público de velar por el derecho al secreto de las comunicaciones, asegurando que las pruebas a favor del acusado sean presentadas conforme a la ley o los requerimientos de un juicio justo. Deber de los Fiscales de excluir la prueba obtenida a través de métodos ilegales. Evolución de los sistemas de telecomunicaciones con las nuevas tecnologías que obliga a establecer un sistema de numerus apertus de los soportes técnicos y de las formas de llevar a cabo la comunicación. Marco jurídico y requisitos mínimos. Contenidos protegidos y excluidos: llamadas emitidas o recibidas por un terminal telefónico, agenda, SMS, rellamadas, hallazgos casuales, dirección IP, correo electrónico, chats y foros en Internet etc. Escuchas mediante el sistema SITEL. Requisitos para la adopción de la diligencia y para la incorporación, en su caso, como prueba en el juicio oral. Notificaciones, secreto de actuaciones y extensión temporal de la medida. Valoración de los resultados de intervenciones telefónicas practicadas en otro proceso judicial. Conexión de antijuridicidad. Control judicial y cooperación jurídica internacional.

CIRCULAR 2/2013 SOBRE INTERVENCIÓN DEL FISCAL EN EL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES

SUMARIO: I. Regulación legal.–II. Ámbito material de aplicación.–III. El incidente de nulidad de actuaciones y el recurso de amparo. III.1 Ideas generales III.2 El incidente de nulidad como modo de agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo.–IV. Resoluciones frente a las que cabe oponer el incidente de nulidad de actuaciones.–V. Inadmisión del incidente de nulidad.–VI. Legitimación. VI.1 Legitimación en general. VI.2 Legitimación del Fiscal. VI.2.1 Procesos en los que no es parte. VI.2.1.1 Legitimación para promover el incidente. VI.2.1.2 Legitimación para intervenir en el incidente. VI.2.2 Procesos en los que el Fiscal no ha sido parte aunque debió serlo conforme a la Ley. VI.2.3 Procesos en los que el Fiscal ha sido parte.–VII. Contenido del informe del Fiscal. –VIII. Cuestiones organizativas.–IX. Conclusiones.

I. REGULACIÓN LEGAL

La regulación de la nulidad de actuaciones ha sufrido un tortuoso proceso de modificaciones. La LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) admitió la posibilidad de declarar la nulidad de actuaciones por vía de los recursos correspondientes o por el propio Juez o Tribunal, de oficio, antes de que hubiere recaído sentencia definitiva, conforme a su artículo 240.

Posteriormente la LOPJ es reformada por LO 5/1997, de 4 diciembre, ensanchándose las posibilidades del incidente a fin de dar cobertura a la declaración de la nulidad radical de actuaciones tras la sentencia definitiva fundada en los vicios formales que generasen indefensión o incongruencia del fallo y que no fuera posible denunciar por vía de recursos ni antes de dictar sentencia.

La LO 13/1999, de 14 mayo volvió a retocar el precepto y posteriormente la LEC de 2000 introdujo en su artículo 228 el incidente de nulidad de actuaciones contra sentencias firmes por defectos de forma causantes de indefensión, quedando su entrada en vigor condicionada a la modificación de la LOPJ, modificación que tuvo lugar a través de la LO 19/2003, de 23 de diciembre.

El proceso culmina –hasta la fecha– con la disposición final primera de la LO 6/2007, de 24 mayo que vuelve a reestructurar el incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones firmes, dando una nueva redacción al párrafo primero del apartado 1 del artículo 241 LOPJ. El propósito de esta nueva reforma es, como señala la Exposición de Motivos, introducir «medidas encaminadas a lograr que la tutela y defensa de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria».

Conforme al artículo 241.1 LOPJ en su nueva redacción, y de acuerdo con el artículo 228 LEC, no se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.

Será competente para conocer de este incidente el mismo juzgado o tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para pedir la nulidad será de 20 días, desde la notificación de la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en éste último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución.

El juzgado o tribunal inadmitirá a trámite, mediante providencia sucintamente motivada, cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones. Contra la resolución por la que se inadmita a trámite el incidente no cabrá recurso alguno.

II. ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN

Con esta nueva redacción se amplía teóricamente el ámbito de aplicación del incidente de nulidad, admitiendo ahora la alegación de vulneración de la totalidad de los derechos fundamentales en lugar de los dos supuestos tasados, consistentes en la alegación del defecto de forma que haya causado indefensión o incongruencia en el fallo, previstas hasta el momento. Se trata de configurar así una suerte de procedimiento tutelador de los derechos fundamentales que pudieren haber sido vulnerados en resoluciones judiciales firmes, en conexión con el artículo 53.2 CE.

La necesidad de esta nueva ordenación ya se sugirió desde antiguo en la doctrina del Tribunal Constitucional, que en STC núm. 185/1990 apuntaba ya la insuficiencia del desarrollo legislativo del artículo 53.2 CE al no posibilitarse un recurso jurisdiccional previo y sumario, hasta el punto de convertir al de amparo constitucional en un recurso subsidiario, pero también común y general de última instancia respecto de todas las vulneraciones en procesos ordinarios en los que se causare indefensión cuando hubiera recaído sentencia firme.

Con la reforma introducida por la citada Ley Orgánica 6/2007 se reconoce a los órganos de la jurisdicción ordinaria el ejercicio de las facultades indispensables para llevar a cabo la función que constitucionalmente tienen atribuida, reafirmando a la vez, el carácter subsidiario de la jurisdicción constitucional.

No obstante, la amplitud teórica del objeto del incidente debe ser matizada, pues la lesión susceptible de ser invocada ha de ser imputable a la resolución que pone fin al procedimiento.

No pueden articularse a través de este incidente las violaciones de derechos y libertades imputables a órganos administrativos o a particulares, pues en estos casos habrá de impetrarse la tutela de los tribunales competentes ejerciendo las acciones procedentes, por lo que operaría la exclusión contenida en el artículo 241.1 LOPJ: «siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso».

III. EL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES Y EL RECURSO DE AMPARO

III.1 Ideas generales

La STC núm. 155/2009, de 25 de junio interrelaciona el recurso de amparo con el nuevo incidente de nulidad de actuaciones, perfilando los respectivos papeles a distri-

buir entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional, afirmando que la nueva regulación introduce como elemento más novedoso el requisito sustantivo o de fondo de la «especial trascendencia constitucional» que impone el artículo 50.1 b) de la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC) para la admisión del recurso de amparo.

Con tal nuevo requisito, ya no resultará suficiente la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública para articular el recurso de amparo. Sin perjuicio de que el recurso de amparo siga siendo un recurso de tutela de derechos fundamentales, lo que hace el legislador es configurar ...un sistema de garantías de los derechos fundamentales encomendado a los Jueces y Tribunales como guardianes naturales y primeros de dichos derechos ...a los que confiere un mayor protagonismo en su protección (ampliación del incidente de nulidad de actuaciones), y culminado por el Tribunal Constitucional que, además de garante último, es su máximo intérprete...

Las SSTC núm. 153/2012, de 16 de julio y 107/2011, de 20 de junio inciden en la idea de que la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso.

En el mismo principio se inspira la STC núm. 43/2010, de 26 de julio, cuando incide en el mayor protagonismo que han de asumir los Jueces y Tribunales ordinarios en la protección de los derechos y libertades fundamentales, que queda reforzado mediante esa suerte de declaración programática a través de la cual el Tribunal Constitucional reitera la realidad del nuevo papel que han de asumir los órganos judiciales.

Como destaca el Tribunal Supremo, el incidente de nulidad de actuaciones sigue siendo un incidente extraordinario que pretende corregir una vulneración de derechos fundamentales sin necesidad de acudir al recurso de amparo. En consecuencia, no se trata de una nueva instancia ni de un recurso ordinario o extraordinario... Se trata de un remedio orientado a corregir errores u omisiones en la tramitación o en la sentencia para evitar el amparo constitucional (*vid* ATS Sala de lo Contencioso-Administrativo de 18 de julio de 2008 rec. 7694/05).

La STC núm. 107/2011, de 20 de junio, vuelve a hacerse eco del protagonismo otorgado por la reforma 6/2007 a los Tribunales ordinarios acentuando su función como primeros garantes de los derechos fundamentales, afirmando, al igual que lo hiciera en la STC núm. 43/2010, de 26 de julio, que el incidente de nulidad de actuaciones es un instrumento idóneo para la tutela de los derechos fundamentales, y que su resolución debe tener presente que –de no tener el caso trascendencia constitucional– se tratará de la última vía que permita la reparación de la vulneración denunciada.

III.2 El incidente de nulidad como modo de agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo.

Los artículos 43, 44 y 49 LOTC compendian el conjunto de requisitos cuya concurrencia es necesaria para que pueda ser admitida a trámite una demanda de amparo, y para que tras ello, sea posible que el Tribunal Constitucional entre a resolver el fondo de la pretensión deducida.

Dentro de las exigencias procesales más relevantes que contempla la norma se encuentran la de la interposición temporánea; la del correcto agotamiento de la vía judicial y la de la formal y previa invocación en sede jurisdiccional ordinaria del derecho o derechos fundamentales pretendidamente vulnerados, posibilitando de éste modo la reparación de la alegada quiebra constitucional antes de acudir al Tribunal Constitucional impetrando su amparo.

De los mentados requisitos, los dos primeros son los que mayores problemas aplicativos han suscitado, convirtiéndose ambos en una fuente inagotable de conflictos para el intérprete.

En este punto conviene precisar que el artículo 44 LOTC al exigir que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial, incluye tanto los recursos como el incidente de nulidad de actuaciones.

Por un lado el incidente de nulidad se configura como requisito procesal de necesario agotamiento previo, sobre la base de la subsidiariedad del amparo (*vid.* STC núm. 62/2008, de 26 de mayo). Resulta indubitada la procedencia de acudir al incidente de nulidad de actuaciones para agotar la vía judicial previa, cuando la lesión constitucional se imputa a la última de las resoluciones judiciales frente a la que no quepa recurso alguno (STC núm. 89/2011, de 6 de junio).

Por otro lado, debe tenerse presente que la interposición de un recurso notoriamente improcedente no suspende el plazo legalmente establecido para acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional (SSTC núm. 30/1982, de 1 junio; 50/1984, de 5 abril, 210/1994, de 11 julio). Por ello, la promoción no justificada del incidente de nulidad puede frustrar la posible reparación en sede constitucional del derecho fundamental lesionado, ya que el inexigido planteamiento convertiría al incidente en un recurso improcedente, y por ende, en un modo de alargamiento artificial de la vía judicial, que no impediría el inicio del cómputo del plazo para interponer el recurso de amparo, y que por tanto abocaría a la desestimación de éste por extemporaneidad.

En este sentido, en las SSTC núm. 17/2012, de 13 de febrero y 23/2012, de 27 de febrero, se inadmite por extemporaneidad el recurso de amparo formulado, pues en los respectivos casos que en tales resoluciones se estudian, la supuesta lesión del derecho fundamental no surge en la última de las resoluciones sino en la primera sentencia dictada en la instancia, cuyo fallo es posteriormente confirmado en apelación y más tarde en casación. Así, las sentencias citadas sostienen que ...la formulación del incidente de nulidad frente a la Sentencia de casación era manifiestamente improcedente, dado que en el incidente se denunció por la recurrente la lesión de un derecho fundamental (el garantizado por el artículo 20.1 CE) que no derivaba originariamente de dicha Sentencia, sino de las Sentencias anteriores de primera instancia y apelación, pues en las dos instancias ya se había planteado la posible vulneración del citado derecho. No se trata, así, de una supuesta lesión de un derecho fundamental «que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso».

El mismo criterio es asumido en el ATS Sala de lo Contencioso-Administrativo de 18 de julio de 2008 rec. 7694/05 en el que se afirma que no puede admitirse a trámite el incidente de nulidad contra sentencias o autos del Tribunal Supremo no susceptibles de recurso ordinario o extraordinario: primero, cuando se aleguen vulneraciones de derechos fundamentales que pudieron ser denunciadas con anterioridad a la sentencia cuya nulidad se pretende; segundo, cuando se pretenda que el Tribunal rectifique el criterio expresado en su resolución, basándose para ello en argumentos coincidentes o no con los ya utilizados en el recurso; tercero, cuando se aleguen vulneraciones de derechos fundamentales ya alegadas en el recurso.

De la incertidumbre en esta materia es consciente incluso el propio TC, como reconoce en la STC núm. 13/2011, de 28 de febrero, cuando admite que se sitúa al justiciable ante una delicada disyuntiva sobre el modo en que debe dar adecuada satisfacción al referido requisito procesal que franquea el acceso al amparo, puesto que una actitud medrosa o, por el contrario, arriesgada en el cálculo de la estrategia procesal pertinente puede conducir a un incumplimiento por defecto o por exceso que dé lugar a la producción del referido óbice procesal, haciendo que la demanda de amparo

resulte extemporánea. Esta misma resolución introduce un nuevo matiz, pues dice que no cabrá calificar como extemporánea la demanda de amparo en caso de que venga precedida de un agotamiento no plenamente exigible en la vía judicial, si es que en ello no se aprecia «ánimo dilatorio».

IV. RESOLUCIONES FRENTE A LAS QUE CABE OPONER EL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES

Como se ha señalado supra, el artículo 241.1 LOPJ prevé la excepcional admisión del incidente de nulidad de actuaciones planteado por quienes sean parte legítima en el procedimiento judicial, o que hubieran debido serlo, siempre que se aduzca cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 CE; que aquella no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso, y en fin, que la resolución impugnada no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.

El incidente debe promoverse ante el mismo Juzgado o Tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para solicitar la nulidad de actuaciones será el de 20 días, desde la notificación de la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución.

Respetando estos parámetros, se podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y en la sección primera del Capítulo II CE, de manera que podrá formularse el incidente contra cualquier resolución judicial, con independencia de la forma que ésta adopte, en la que pretendidamente se hubiera ocasionado una lesión de derechos fundamentales, comprendiéndose —en principio— tanto la afectación de garantías procesales como de derechos sustantivos.

V. INADMISIÓN DEL INCIDENTE DE NULIDAD

Para abordar este punto debe partirse de que el incidente no puede considerarse como un mero trámite formal previo al amparo constitucional sino como un verdadero instrumento procesal que, en la vía de la jurisdicción ordinaria, podrá remediar aquellas lesiones de derechos fundamentales que no hayan «podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario» (art. 241.1 LOPJ). En definitiva, el incidente de nulidad de actuaciones sirve para reparar aquellas lesiones de cualquier derecho fundamental que no puedan serlo a través de los recursos ordinarios o extraordinarios previstos por la ley. Su función en materia de tutela de derechos es, por tanto, la misma, en el ámbito de aplicación que le otorga el artículo 241.1 LOPJ, que la realizada como consecuencia de la interposición de un recurso ordinario o extraordinario y como tal debe ser atendida por los órganos judiciales.

La STC núm. 185/1990, de 15 de noviembre declaró que será preciso interpretar las normas procesales que integren alguna vía rescisoria de Sentencias firmes en el sentido más favorable para permitir la tutela en fase jurisdiccional de los derechos fundamentales. La STC núm. 153/2012, de 16 de julio, aplicando tal doctrina, estima

ahora que el órgano judicial debe, salvo que se den las causas de inadmisión de plano, en el que podrá realizarse una motivación sucinta (art. 241.1 LOPJ), realizar una interpretación no restrictiva de los motivos de inadmisión, tramitar el incidente y motivar, en cualquier caso, suficientemente su decisión.

El precepto analizado mantiene la posibilidad de inadmitir a trámite el incidente, mediante providencia sucintamente motivada, cuando se «pretenda suscitar otras cuestiones». No obstante, en todo caso, la decisión de inadmisión debe estar suficientemente motivada, y de no hacerlo así puede incurrirse en vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

La Ley restringe las causas de inadmisión y, por consiguiente los Sres. Fiscales deberán evitar en lo posible que se produzcan resoluciones de inadmisión a trámite por providencia en las que el Tribunal en realidad resuelve sobre el fondo, anticipando lo que debería ser una resolución por auto y después del debate.

VI. LEGITIMACIÓN

VI.1 Legitimación en general

La legitimación para promover el incidente de nulidad de actuaciones es abordada en el artículo 241.1 LOPJ, que la reconoce ...a quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo... La literalidad de la norma incluye pues, no solo a las partes procesales, sino también a quienes debieron haberlo sido en el proceso judicial y no fueron llamadas ni tuvieron conocimiento de su existencia.

La falta de emplazamiento de quienes, no obstante la titularidad de un interés legítimo, no han sido convocados al proceso, que acarrea la lesión de un derecho fundamental adjetivo –cuál es el de la obtención de la tutela judicial (art. 24 CE)–, es un supuesto en el que con frecuencia el TC ha venido pronunciándose, desautorizando en un gran número de ocasiones el rechazo por parte de los órganos de la jurisdicción de incidentes de nulidad formulados como consecuencia de la alegada defectuosa conclusión de actos de comunicación procesal.

En todo caso debe recordarse que, dado el carácter excepcional del incidente de nulidad, dicha falta de emplazamiento puede subsanarse por otros medios más eficaces, como la personación y retroacción del procedimiento, caso de ser factible, o la propia audiencia al rebelde, por lo que el incidente sólo procederá cuando el proceso haya terminado y no sea posible acudir a estos remedios procesales.

VI.2 Legitimación del Fiscal

El papel del Fiscal en la tramitación de estos incidentes debe analizarse partiendo de la función que la Constitución le asigna en defensa de los derechos de los ciudadanos.

VI.2.1 PROCESOS EN LOS QUE NO ES PARTE

VI.2.1.1 Legitimación para promover el incidente

Si el Fiscal ni ha sido ni ha debido ser parte en el proceso subyacente, carecerá de legitimación para promover el incidente. El ATC núm. 36/2011, de 11 de abril subraya

que ...es clara e indubitada la específica limitación de la legitimación activa de este incidente a quienes hubieran sido parte legítima o hubieran debido serlo, lo que imposibilitaba al Ministerio Fiscal la promoción de dicho incidente, pues, como es obvio, ni fue parte en el procedimiento ni tampoco debiera haberlo sido, al tratarse de un procedimiento ordinario en que no está prevista legalmente su participación.

VI.2.1.2 *Legitimación para intervenir en el incidente.*

Avanzando un paso más, debemos plantearnos qué posición adoptar en los supuestos en los que promovido el incidente por parte legítima y no siendo el Fiscal parte en el proceso subyacente, el órgano jurisdiccional da traslado al Ministerio Público, en tanto se introduce una cuestión que afecta a derechos fundamentales. Esta situación se planteará básicamente en los procesos civiles, contenciosos y sociales en los que el Fiscal no tenga intervención.

La complejidad de la cuestión radica en el silencio que la Ley guarda al respecto y en la inexistencia de pronunciamientos de los Tribunales sobre la materia. En este contexto habrán de darse unas pautas con el fin de garantizar el principio de unidad de actuación, pautas que deberán mantenerse en tanto no se consolide una jurisprudencia contraria a los criterios que a continuación se exponen.

Podría defenderse que el Fiscal no tiene reconocida una legitimación general para actuar siempre en estos procesos incidentales y que consiguientemente, sólo intervendría si hubiera sido parte en el proceso subyacente en el que se alega la violación del derecho fundamental.

Sin embargo, existen fundamentos de peso para defender que siempre que se dé traslado al Fiscal para que informe en el incidente de nulidad sobre violación de derechos fundamentales, éste intervenga.

En efecto, si se parte de que el Fiscal siempre interviene en las cuestiones de inconstitucionalidad, sea o no parte en el proceso subyacente, y que igualmente siempre interviene en la tramitación del recurso de amparo (art. 3.11 EOMF), concurriría la *eadem ratio decidendi* que llevaría a afirmar la legitimación para intervenir en estos incidentes de nulidad, posición que por lo demás es coherente con la asignación contenida en el apartado 3 del artículo 3 EOMF: velar por el respeto... de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa.

A fortiori, debe recordarse la categórica doctrina ya asentada desde la STC núm. 86/1985, de 10 de julio, de que la legitimación institucional del Ministerio Fiscal para interponer el recurso de amparo, reconocida en los artículos 162.1 b) CE y 46.1 b) LOTC... no queda en ningún caso condicionada a la exigencia de haber actuado como parte en el proceso judicial antecedente.

Debe tenerse presente, no obstante, que en los procesos civiles, sociales o contenciosos sin intervención del Fiscal en los que se promueva el incidente y se dé traslado al Ministerio Público, el informe habrá de versar exclusivamente sobre lo relativo a la lesión de derechos fundamentales, sin entrar en puntos carentes de relevancia constitucional.

VI.2.2 PROCESOS EN LOS QUE EL FISCAL NO HA SIDO PARTE AUNQUE DEBIÓ SERLO CONFORME A LA LEY

En relación con los procesos en los que el Fiscal no haya sido parte, pese a que hubiera debido serlo conforme a la Ley, no sólo habrá de dársele traslado del escrito de promoción del incidente planteado por las partes del proceso, sino que además estará legitimado para su interposición, pudiendo fundamentarlo precisamente en la preterición sufrida, siempre y cuando ello haya causado una indefensión material.

Antes de hacer los Sres. Fiscales uso de esta facultad deberán evaluar los perjuicios que para las partes del proceso pudiera suponer la estimación del incidente y la mayor o menor relevancia de la omisión del trámite en el resultado final del proceso.

VI.2.3 PROCESOS EN LOS QUE EL FISCAL HA SIDO PARTE

En estos casos el Fiscal estará legitimado para su promoción e intervendrá en el incidente de nulidad de actuaciones aunque no haya sido el promotor.

VII. CONTENIDO DEL INFORME DEL FISCAL

Los Sres. Fiscales deberán prestar especial atención a la resolución de estos remedios procesales, en ejercicio de sus funciones de defensa de los derechos de los ciudadanos.

En ningún caso será admisible un informe formulario que postule, sin motivación, la mera inadmisión o desestimación del incidente, ni la mera remisión al recurso de amparo constitucional. La necesidad de cumplir con la exigencia de la motivación de los informes ya fue puesta de manifiesto en la Instrucción 1/2005, 27 de enero, sobre la forma de los actos del Ministerio Fiscal.

Su primera función consistirá en asegurarse de que el incidente resulta efectivamente procedente. Si la lesión de derechos fundamentales que se denuncia ha tenido lugar antes de la sentencia y ha habido posibilidad de alegarla y de ser resuelta con anterioridad, los Sres. Fiscales deberán advertirlo así, motivadamente, para que la nulidad de actuaciones pueda ser rechazada *a limine*, neutralizando estrategias procesales dilatorias o simplemente, actuaciones erróneas.

Por el contrario, si la demanda incidental resulta formalmente procedente, los Sres. Fiscales deberán entrar en el examen del fondo de las pretensiones, actuando realmente como si de un recurso de amparo anticipado se tratara. No debe olvidarse que es la última oportunidad para que los Jueces y Tribunales ordinarios, guardianes primarios de los derechos fundamentales, remedien la posible lesión o incidan en la innecesariedad de hacerlo.

VIII. CUESTIONES ORGANIZATIVAS

A fin de coadyuvar al control de calidad de los dictámenes que se evacuen en los incidentes de nulidad promovidos conforme al artículo 241 LOPJ y con el objeto de promover la especialización, los Sres. Fiscales Superiores y Fiscales Jefes designarán, de entre los miembros de la plantilla, a un Fiscal encargado de coordinar la materia, con las facultades que, conforme a la autonomía organizativa de la Fiscalía, se estimen oportunas. Este Fiscal podrá asumir de acuerdo con lo que en cada Fiscalía se decida, bien funciones de consulta y resolución de dudas, bien funciones de visado, bien funciones de despacho de los incidentes de nulidad.

Será aconsejable que la designación recaiga en el Fiscal o Fiscales encargados, conforme a las previsiones de la Instrucción 2/2012, del despacho de las cuestiones de inconstitucionalidad, contribuyendo así a conformar una deseable especialización en

Derecho Constitucional, aunque ésta será también una cuestión a decidir en el seno de cada Fiscalía, atendiendo a sus singularidades y necesidades específicas.

En los casos en los que una Fiscalía territorial pretenda promover el incidente de nulidad previsto en el artículo 241.1 LOPJ, con carácter previo y por conducto del Fiscal Jefe o del Fiscal coordinador de la materia, habrá de evacuar consulta con la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional.

IX. CONCLUSIONES

1. El Ministerio Fiscal carece de legitimación para promover el incidente de nulidad previsto en el artículo 241.1 LOPJ cuando ni ha sido ni ha debido ser parte en el proceso subyacente.

2. Los Sres. Fiscales deberán intervenir siempre que se les dé traslado para que informen en un incidente de nulidad sobre violación de derechos fundamentales promovido por parte legítima, aunque no hayan sido partes en el proceso subyacente.

3. En los procesos sin intervención del Fiscal en los que se promueva el incidente y se dé traslado al Ministerio Público, el informe habrá de versar exclusivamente sobre lo relativo a la lesión de derechos fundamentales, evitando abordar cuestiones carentes de relevancia constitucional.

4. En los procesos en los que el Ministerio Fiscal ha sido parte o hubiera debido serlo, el mismo estará legitimado para su promoción e intervendrá en el incidente de nulidad de actuaciones aunque no haya sido el promotor.

5. Los Sres. Fiscales deberán prestar especial atención a la resolución de estos remedios procesales, en ejercicio de sus funciones de defensa de los derechos de los ciudadanos.

6. Los Sres. Fiscales habrán de motivar suficientemente sus dictámenes, incluido el de inadmisión.

7. En ningún caso será admisible un informe formulario que postule, sin motivación, la mera inadmisión o desestimación del incidente, ni la mera remisión al recurso de amparo constitucional.

8. Si la lesión de derechos fundamentales que se denuncia ha tenido lugar antes de la sentencia y ha habido posibilidad de alegarla y de ser resuelta con anterioridad, los Sres. Fiscales deberán advertirlo así, motivadamente, para que la nulidad de actuaciones pueda ser rechazada *a limine*, neutralizando estrategias procesales dilatorias o simplemente, actuaciones erróneas.

9. En todo caso, los Sres. Fiscales promoverán una interpretación en el sentido más favorable para permitir la tutela de los derechos fundamentales en fase jurisdiccional, oponiéndose a que la providencia de inadmisión sea utilizada para resolver sobre el fondo.

10. Los Sres. Fiscales Superiores y Fiscales Jefes designarán, de entre los miembros de la plantilla, a un Fiscal encargado de coordinar el despacho de los incidentes de nulidad previstos en el artículo 241 LOPJ, con las facultades que, conforme a su autonomía organizativa, se estimen oportunas.

11. En los casos en los que una Fiscalía territorial pretenda promover el incidente de nulidad previsto en el artículo 241 LOPJ, con carácter previo y por conducto del Fiscal Jefe o del Fiscal coordinador de la materia, habrá de evacuar consulta con la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional.

Por lo expuesto, los Sres. Fiscales en el ejercicio de sus funciones velarán por el cumplimiento de la presente Circular.

CIRCULAR 3/2013 SOBRE CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE INTERNAMIENTO TERAPÉUTICO EN EL SISTEMA DE JUSTICIA JUVENIL

SUMARIO: I. Consideraciones generales.–II. Régimen jurídico aplicable a las distintas modalidades de internamiento terapéutico.–III. Presupuesto para la aplicación del internamiento terapéutico en régimen cerrado.–IV. Inaplicabilidad al internamiento terapéutico cerrado de los períodos de seguridad previstos en los artículos 10.1 b) y 10.2 LORPM.–V. Posibilidad de cumplir el internamiento terapéutico en régimen cerrado en Centro Penitenciario.–VI. Admisibilidad de la regresión al internamiento terapéutico cerrado.–VII. Posibilidad de suspender las actividades fuera del centro en el internamiento terapéutico en régimen semiabierto.–VIII. Inadmisibilidad de la conversión del internamiento terapéutico semiabierto en cerrado.–IX. Competencia para conocer los permisos.–X. Requisitos para conceder permisos.–XI. Suspensión y revocación de permisos.–XII. Especialidades en los medios de contención.–XIII. Especialidades en el régimen disciplinario.–XIV. Especialidades en los Centros de ejecución.–XV. Otras cuestiones en orden a la ejecución de la medida de internamiento terapéutico.–XVI. Conclusiones.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La previsión del internamiento terapéutico en el repertorio de medidas aplicables en la jurisdicción de menores tiene antecedentes en nuestro ordenamiento. Ya el artículo 17.a) 5.º de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (texto refundido de 11 de Junio de 1948) preveía el ingreso en establecimiento especial para «menores anormales».

Para contextualizar la actual regulación del internamiento terapéutico en la Justicia Juvenil y orientar la interpretación de los preceptos que la integran es preciso mencionar los pronunciamientos internacionales que hacen referencia a esta cuestión.

Con un carácter general, el punto 46 de las Reglas de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, adoptadas en Resolución de la Asamblea General 45/112, de 14 de diciembre de 1990 (en adelante, Directrices de Riad), señala que sólo deberá recluirse a los jóvenes en instituciones como último recurso y por el período mínimo necesario, debiendo dar la máxima importancia a los intereses del joven. Los criterios para autorizar una intervención oficial de esta índole deberán definirse estrictamente y limitarse a una serie de situaciones concretas entre las que figura el haberse manifestado en el propio comportamiento del niño o joven un grave peligro físico o psíquico para él mismo y ni los padres o tutores ni el propio niño o joven ni los servicios comunitarios no residenciales puedan hacer frente a dicho peligro por otro medio que no sea la reclusión en una institución.

Por su parte la núm. 53 de las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de menores privados de libertad, adoptadas por Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990 (Reglas de la Habana) dispone que: Todo menor que sufra una enfermedad mental deberá recibir tratamiento en una institución especializada bajo supervisión médica independiente. Se adoptarán medidas, de acuerdo con los organismos compe-

tentes para que puedan continuar cualquier tratamiento de salud mental que requiera después de la liberación.

También con carácter general, la Resolución 46/119 de Naciones Unidas de 17 de diciembre de 1991 sienta los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental. En ella se declaran los principios, derechos y libertades básicas de las personas afectas de enfermedad mental (vida en comunidad, determinación de la enfermedad, examen médico, confidencialidad, tratamientos, información sobre los derechos y consentimiento para el tratamiento...) así como los derechos y condiciones de las personas recluidas en instituciones penitenciarias y los recursos de que éstas deben disponer, los procedimientos de ingreso y las garantías de los mismos. Expresamente se hace referencia en el principio núm. 20 a las personas que cumplen penas por comisión de hechos delictivos, a quienes resultan aplicables los derechos y principios que se declaran, sin que quepa invocar excepción alguna de los derechos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, y otros instrumentos pertinentes como es ahora la Declaración sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 y el conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Estas personas deben recibir la mejor atención disponible en materia de salud mental. Los presentes principios se aplicarán en su caso, en la medida más plena posible, con las contadas modificaciones y excepciones que vengan impuestas por las circunstancias.

En el ámbito europeo, la Recomendación (2008)¹¹ del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 5 de noviembre de 2008, sobre tratamiento de menores sujetos a sanciones o medidas dispone en su punto 57 que los menores que estén sufriendo enfermedad mental y que deban estar privados de libertad habrán de ser custodiados en instituciones de salud mental.

En el plano interno, el artículo 17.6 de la LO 4/1992, de 5 de junio por su parte, recogía como medidas el internamiento en un centro de carácter terapéutico y el tratamiento ambulatorio, ésta con carácter novedoso como medidas imponibles a menores infractores aquejados de enfermedad o anomalía psíquica o de adicción al alcohol o sustancias estupefacientes.

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORPM) contempla con más detalle la medida de internamiento terapéutico en su artículo 7.1.d) que, a su vez es objeto de desarrollo en los artículos 27, 50 y 59 del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley (en adelante, RLORPM). Pese a ello, la práctica ha generado ciertas cuestiones que no encuentran respuesta expresa ni en las previsiones legales ni en las reglamentarias. Es necesario, pues, abordar varias dudas interpretativas.

El punto de partida se encuentra en el artículo 5.2 LORPM. Según su tenor literal, cuando en un menor concorra alguna de las circunstancias previstas en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20 CP le serán aplicables, en caso necesario, las medidas de internamiento terapéutico o tratamiento ambulatorio.

Por tanto, la previsión del artículo 5.2 LORPM será aplicable en supuestos en los que se aprecien «anomalías o alteraciones psíquicas que impidan comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión», «trastorno mental transitorio no provocado para delinquir», «intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas», «síndrome de abstinencia a causa de la dependencia a tales sustancias que impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión» y «alteraciones en la percepción desde

el nacimiento o desde la infancia que alteren gravemente la conciencia de la realidad».

Conforme al artículo 9.5 LORPM, en su redacción dada tras la reforma de 2006, cuando en la postulación del Ministerio Fiscal o en la resolución dictada en el procedimiento se aprecien algunas de las circunstancias a las que se refiere el artículo 5.2, sólo podrán aplicarse las medidas terapéuticas descritas en el artículo 7.1, letras *d*) y *e*) de la misma.

Consiguientemente, apreciada alguna de las eximentes reseñadas sólo podrán aplicarse (art. 9.5), en caso necesario (art. 5.2), las medidas de internamiento terapéutico y de tratamiento ambulatorio.

Por tanto, ante la apreciación de una causa de inimputabilidad sólo puede imponerse una medida terapéutica, pero tal imposición no es inexorable, toda vez que no hay necesidades preventivas generales ni retributivas que satisfacer. Así, en estos casos, la medida sólo debe imponerse si existe una necesidad objetiva. Es por ello que el artículo 5.2 LORPM se refiere a la imposición en caso necesario.

Será preciso que la necesidad de tratamiento, la peligrosidad del menor y la prevención especial positiva (finalidad de reintegración social) justifiquen en cada caso la imposición de la medida.

Al igual que la medida de seguridad en el Derecho Penal de adultos, el internamiento terapéutico debe asentarse sobre garantías básicas: judicialidad en la imposición, legalidad, proporcionalidad, intervención post-delictual y duración limitada.

Cuando se aplica la medida a un menor en el que concurre una causa de inimputabilidad su fundamento, ya que no puede ser la culpabilidad, ha de buscarse en la peligrosidad o probabilidad de comisión futura de una acción delictiva así como en la finalidad de reintegración social. De ello deriva que, no concurriendo peligrosidad, la absolución del inimputable no implica necesariamente la imposición de un internamiento terapéutico, aunque puedan adoptarse otras medidas desde el área de Protección de Menores. El juicio de peligrosidad, por aplicación supletoria del Código Penal, consiste en evaluar si del hecho y de las circunstancias personales del sujeto puede deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos (art. 95.1.2.^a CP).

La imposición del internamiento terapéutico en los casos de inimputabilidad declarada no es preceptiva, ni siquiera cuando los hechos en sí puedan subsumirse en tipos que integren supuestos de máxima gravedad (art. 10.2 LORPM), sin perjuicio, lógicamente, de que a mayor gravedad de los hechos, pueda, como regla general, inferirse mayor peligrosidad y, correlativamente pueda ponerse con más claridad de relieve la necesidad de imponer un internamiento terapéutico.

La Exposición de Motivos de la LORPM establece que el internamiento terapéutico se prevé para aquellos casos en los que los menores, bien por razón de su adicción al alcohol o a otras drogas, bien por disfunciones significativas en su psiquismo, precisan de un contexto estructurado en el que poder realizar una programación terapéutica, no dándose, ni, de una parte, las condiciones idóneas en el menor o en su entorno para el tratamiento ambulatorio, ni, de otra parte, las condiciones de riesgo que exigirían la aplicación a aquél de un internamiento en régimen cerrado.

Pese a la literalidad de la Exposición de Motivos, cuando se aprecia una eximente, por imperativo del artículo 9.5 solo podrá imponerse internamiento terapéutico o tratamiento ambulatorio. Por mucho que concurran «condiciones de riesgo», nunca podría imponerse un internamiento en régimen cerrado. Lo que sí es posible tras la reforma 8/2006, es la imposición en estos casos de un internamiento terapéutico en régimen cerrado.

La Circular 1/2000 divide el internamiento terapéutico en dos subespecies: 1) la medida impuesta en caso de anomalías o alteraciones psíquicas, para cuya imposición se prescinde de la voluntad del menor y 2) la medida impuesta para el tratamiento de las adicciones a las bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, que requiere para su imposición y ejecución el concurso voluntario del menor. La Circular a estos efectos interesa de los Fiscales que, cuando hayan solicitado una medida de esta naturaleza, interroguen al menor acerca de su aceptación. En todo caso, el rechazo sobrevenido en fase de ejecución implicará que el tratamiento no podrá seguirse coactivamente, y por tanto, habrá de ser suspendido y sustituido por otra medida. Así se desprende también del artículo 27.3 RLOPRM.

Tal sustitución debe entenderse limitada cuando se ha aplicado una eximente, pues –como se expuso más arriba– solo cabe la imposición de una medida terapéutica.

Debe recordarse en este punto la modificación introducida en el apartado 3 del artículo 100 del Código Penal, tras la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, pues señala ahora el precepto en su inciso segundo que no se considerará quebrantamiento de la medida la negativa del sujeto a someterse a tratamiento médico o a continuar un tratamiento médico inicialmente consentido.

Por otra parte, las medidas terapéuticas no son sólo aplicables a menores inimputables. La Circular 1/2000 resalta que las medidas de internamiento terapéutico y tratamiento ambulatorio también podrán imponerse en los supuestos en que dichas circunstancias se valoren como eximentes incompletas del artículo 21.1.ª CP o atenuantes analógicas.

En supuestos de inimputabilidad incompleta o parcial, si la entidad jurídica de los hechos lo justifica, cabrá imponer una medida privativa de libertad (internamiento ordinario cerrado, semiabierto o abierto) y al mismo tiempo una medida de seguridad de internamiento terapéutico. En estos casos el cumplimiento seguiría el denominado sistema vicarial, de manera que se iniciaría con el cumplimiento inicial de la medida de seguridad, con la posibilidad de su sustitución por otra o de su suspensión, y con el posterior cumplimiento –si es necesario– de la medida de internamiento ordinario. Este mecanismo vicarial es especialmente adecuado en el Sistema de Justicia Juvenil porque su flexibilidad permite una amplia gama de respuestas con base en la valoración de la situación terapéutica del sometido a la medida (evolución del tratamiento, modificaciones en el diagnóstico, actitud del sujeto, etc...), de modo que atendiendo a las necesidades concretas y al interés del menor, podría cancelarse la medida terapéutica e iniciar el internamiento ordinario, o agotarse la medida terapéutica y cancelar el internamiento ordinario, o reducir la medida terapéutica y sustituir el internamiento ordinario por una medida en medio abierto. Las posibilidades son múltiples y permiten, conforme a los postulados de la Justicia Juvenil, adecuar la respuesta ante el delito a las necesidades del menor infractor.

Incluso debe mantenerse que estas medidas –respetando los límites impuestos por los principios de legalidad, proporcionalidad y no discriminación– pueden aplicarse a los menores que las necesiten, aunque su enfermedad o adicción no haya determinado déficit de imputabilidad en relación con los hechos realizados. Es en estos ámbitos en los que no se ha declarado la exención total de responsabilidad del menor donde adquiere sentido la previsión contenida en el artículo 7.1.d) LORPM de que esta medida (terapéutica) podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo, previsión que no operará cuando concurre una eximente conforme a las restricciones derivadas de la regla contenida en el apartado quinto del artículo 9 LORPM.

También debe tenerse presente que el internamiento terapéutico, en tanto tiene la consideración legal de medida privativa de libertad, no podrá exceder en su duración del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le 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, como expresamente determina el artículo 8.2 LORPM.

Además, la Circular 1/2000 reconoce que en estas medidas también rige el principio acusatorio, «tanto en la extensión de la medida solicitada e impuesta, como en lo relativo a la mayor o menor afectación de derechos». De lo expuesto hasta ahora se desprende que el régimen jurídico del internamiento terapéutico no es uniforme. Dependerá básicamente de si se impone por problemas o enfermedades mentales (anomalías o alteraciones psíquicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad) o por adicciones (dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas). Desde esta perspectiva, los efectos del consentimiento del menor serán radicalmente distintos en uno y otro caso.

También dependerá de si se ha impuesto a un inimputable por apreciarse una eximente completa o si se ha impuesto a un menor imputable total o parcialmente (por concurrir semieximente, atenuante analógica o pese a no concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad). Desde este enfoque, mientras que la medida impuesta a un inimputable debe estar inspirada por criterios exclusivamente terapéuticos, la medida impuesta a un imputable puede atender a otras consideraciones como la necesidad pedagógica de expresar al menor el reproche que su conducta merece. Además, en el primer caso sólo cabrá imponer la medida terapéutica mientras que en el segundo cabrá imponer además otras medidas.

Finalmente, tras la reforma de 2006, el marco jurídico concreto dependerá de si el internamiento terapéutico ha sido impuesto en régimen cerrado, abierto o semiabierto.

La medida de internamiento terapéutico, en sus distintos regímenes precisará para su ejecución del dictado de sentencia, a salvo la posibilidad de imponerla antes como medida cautelar (art. 29 LORPM). Por tanto, apreciada durante la instrucción la concurrencia de una causa de inimputabilidad en el menor, si se estima procedente la imposición de una medida terapéutica, deberá continuar la tramitación del procedimiento hasta el dictado de sentencia para, en su caso, imponer la medida, lo que comporta la exclusión de soluciones extrajudiciales.

En estos casos también deberá la sentencia pronunciarse sobre la responsabilidad civil, si se hubieran ejercitado acciones para lograr la reparación, restitución o indemnización de daños y perjuicios, por aplicación supletoria de las previsiones contenidas en el artículo 118 CP, conforme al que, la exención de la responsabilidad criminal declarada en los núms. 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º artículo 20 no comprende la de la responsabilidad civil.

En relación con la medida cautelar de internamiento terapéutico, habrá de estarse a las previsiones contenidas en el epígrafe VI.4 de la Circular 1/2007, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006.

Esta misma Circular 1/2007 se plantea la posibilidad de aplicar la medida de internamiento terapéutico en expedientes por faltas, concluyendo con que las previsiones penológicas que el CP contempla para las faltas inhabilitan el uso del internamiento terapéutico para menores autores de estas infracciones veniales.

II. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LAS DISTINTAS MODALIDADES DE INTERNAMIENTO TERAPÉUTICO

La reforma operada por LO 8/2006 ha introducido un cambio esencial en la regulación de la medida de internamiento terapéutico, dividiéndolo en tres regímenes distintos: cerrado, semiabierto o abierto [art. 7.1.d)].

Tal estructuración de los internamientos terapéuticos queda huérfana de desarrollo normativo, pues la LO 8/2006 nada dice en cuanto al contenido de cada una de las modalidades.

Pese a la falta de previsión legal sobre los efectos de tal novedad legislativa, su interpretación debe orientarse a la efectividad jurídica de la nueva disposición.

Para determinar los distintos efectos de cada uno de los regímenes de internamiento terapéutico, debe repararse en el dato, sin duda esencial a efectos de una interpretación sistemática, de que el internamiento ordinario puede adoptar distintas modalidades, a las que se asigna idéntica denominación: régimen cerrado, semiabierto o abierto.

Estas tres modalidades sí que están legalmente definidas y reglamentariamente desarrolladas:

Las personas sometidas a la medida de internamiento en régimen cerrado residirán en el centro y desarrollarán en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio [art. 7.1.a)].

Las personas sometidas a la medida de internamiento en régimen semiabierto 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. [art. 7.1.b)].

Las personas sometidas a la medida de internamiento en régimen abierto llevarán a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, residiendo en el centro como domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen interno del mismo [art. 7.1.c)].

Pues bien, siguiendo un criterio hermenéutico sistemático y reparando en esa nomenclatura común, y en el hecho, ciertamente revelador, de que el internamiento terapéutico está definido inmediatamente tras las anteriores enunciaciones, ha de llegarse a la conclusión de que, en principio, en todo lo que no sea incompatible con su naturaleza esencialmente terapéutica, los internamientos terapéuticos en régimen cerrado, semiabierto y abierto seguirán las pautas respectivas, *mutatis mutandis*, de los internamientos ordinarios en régimen cerrado, semiabierto y abierto. Este criterio debe combinarse con el dato, sin duda también importante, de que mientras que las diferentes modalidades de internamientos ordinarios se regulan dentro del artículo 7.1 LORPM con autonomía en distintas letras a), b) y c), el internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto y abierto se regula en una sola letra d) lo que apunta a la idea de una única medida con tres regímenes distintos.

El doctrinalmente denominado argumento de la constancia terminológica parte de la inteligencia de que el legislador emplea las palabras con el mismo significado al menos dentro del mismo sector normativo. Con mayor razón, hay que entender que el legislador emplea los términos con el mismo significado dentro de una misma Ley y –aún más– dentro de un mismo artículo.

La novedad introducida por la reforma de 2006 no debe interpretarse como un reforzamiento del carácter sancionador de la medida. Cuando el internamiento terapéutico se impone como consecuencia de la aplicación de una eximente, a la hora de seleccionar un régimen concreto, esto es, cerrado, semiabierto o abierto, habrán de

valorarse circunstancias ajenas a las retributivas, tales como los requerimientos terapéuticos específicos, el riesgo de fuga o la necesidad de contención.

III. PRESUPUESTO PARA LA APLICACIÓN DEL INTERNAMIENTO TERAPÉUTICO EN RÉGIMEN CERRADO

Cabe plantearse si, además de las limitaciones directamente derivadas de las reglas de determinación de la medida, debe añadirse específicamente para el internamiento terapéutico en régimen cerrado la de que solamente cabría en los casos en los que, conforme al artículo 9.2 LORPM, pueda imponerse el internamiento ordinario en régimen cerrado (hechos tipificados como delito grave, hechos tipificados como delito menos grave cometidos con violencia, intimidación o grave riesgo, hechos cometidos en grupo o por banda).

Esta cuestión se complica porque el internamiento terapéutico puede imponerse no sólo a menores inimputables o parcialmente imputables, sino también –dentro de los límites legales– a menores imputables respecto de los que se consideren apropiados los contenidos terapéuticos en razón de anomalías, enfermedades o adicciones, aunque las mismas no hubieran afectado a su imputabilidad.

Sin embargo la respuesta debe ser en todo caso afirmativa, aunque por razones parcialmente diferentes.

Cuando se aprecia plena inimputabilidad la sentencia, sin perjuicio de la imposición de la medida, es técnicamente una sentencia absolutoria. El internamiento terapéutico en estos casos carece de finalidades retributivas por lo que no es una medida sancionadora-educativa como el resto de medidas imponibles en la Justicia Juvenil, sino una medida de seguridad propiamente dicha (arts. 95 y ss. del CP) cuyo contenido específico está inspirado exclusivamente por necesidades terapéuticas y por el nivel de peligrosidad concurrente. Además, como se verá más adelante, se ejecuta en condiciones especiales, tanto en cuanto al régimen de permisos como al régimen disciplinario.

Habida cuenta de ello y con miras a optimizar el paso del menor por el sistema de Justicia Juvenil, desde la perspectiva de su educación y reinserción en todos los niveles, podría plantearse un despliegue exclusivamente terapéutico de la medida y por ende, la posibilidad de su aplicación en régimen cerrado en base a criterios y requerimientos médicos, incluso en supuestos en los que los hechos cometidos por el menor inimputable, permitiendo la privación de libertad, no autorizaran el internamiento en régimen cerrado.

Sin embargo, en la Justicia Juvenil y sin perjuicio de las medidas procedentes en el ámbito de Protección Jurídica del menor, deben regir los límites fijados con carácter general por los principios de legalidad, proporcionalidad y no discriminación, también en este ámbito.

Así, para las medidas de seguridad privativas de libertad son de aplicación los límites previstos en los artículos 101.1 *in fine*, 102.1 *in fine*, 103.1 y 104.1 del Código Penal.

En este mismo sentido, el párrafo 2.º del artículo 8 LORPM incorpora una regla esencial de determinación de la medida imponible disponiendo que no podrá exceder la duración de las medidas privativas de libertad (internamiento cerrado, semiabierto y abierto, internamiento terapéutico y permanencia de fines de semana), en ningún caso, 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 conforme al Código Penal.

Esta limitación temporal debe ponerse en relación con el principio de proporcionalidad característico de la Justicia Juvenil, una de cuyas vertientes integra el principio de no discriminación sentado con carácter general en el artículo 2 de la Convención de Derechos del Niño (en adelante, CDN), y en particular, en relación con el Derecho Penal de adultos, respecto del que debe considerarse ley especial más favorable (arts. 37 y 40 CDC).

En tal sentido la núm. 9.1 de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General el 29 de noviembre de 1985, indica que ninguna disposición de las presentes Reglas podrá ser interpretada en el sentido de excluir a los menores del ámbito de la aplicación de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobadas por las Naciones Unidas y de otros instrumentos y normas reconocidos por la comunidad internacional relativos al cuidado y protección de los jóvenes.

Entre estos últimos y en el ámbito de la salud mental debe citarse la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, cuyo artículo 14.1.b) impone a los Estados partes el deber de asegurar que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, ...b) no se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad.

Las pautas o criterios que ofrecen estos preceptos y disposiciones internacionales conducen a una doble conclusión: 1) El internamiento terapéutico como medida de seguridad sólo puede imponerse al menor absuelto por su inimputabilidad cuando los hechos que se le hubieren imputado fueran susceptibles de ser sancionados con medida privativa de libertad y por el tiempo máximo de ésta. 2) Por extensión natural del criterio de no discriminación del menor en relación con el adulto y del menor discapaz en relación con el capaz, no podrán imponerse al menor inimputable contenidos o condiciones de rigor –como podría ser el régimen cerrado del internamiento–, que no estén expresamente previstos en la medida que en concreto pudiera imponerse por los mismos hechos y en las mismas circunstancias bien al adulto, bien al menor que respectivamente hubieran sido declarados responsables conforme al CP o a la LORPM.

De ahí que el internamiento terapéutico, como medida de seguridad, sólo podrá imponerse en régimen cerrado a menores declarados plenamente inimputables, cuando los hechos realizados fueran incardinables en el artículo 9.2 LORPM.

Cuando se trata de menores a los que se declara imputables o semiimputables por concurrencia de eximente incompleta o atenuante analógica, la cuestión no permite dudas. Resultan plenamente operativos los límites del mismo artículo 9.2, en tanto el internamiento terapéutico no se configura en tales casos como medida de seguridad sino como medida sancionadora-educativa, fundada en la culpabilidad aunque esta se encuentre disminuida. Si no puede imponerse al menor imputable que hubiera sido declarado responsable de los mismos hechos un internamiento ordinario en régimen cerrado, los argumentos expuestos y en definitiva, la coherencia sistemática y la lógica impiden que pueda imponerse un internamiento terapéutico en régimen cerrado al menor declarado imputable o semiimputable.

IV. INAPLICABILIDAD AL INTERNAMIENTO TERAPÉUTICO CERRADO DE LOS PERÍODOS DE SEGURIDAD PREVISTOS EN LOS ARTÍCULOS 10.1 B) Y 10.2 LORPM

Cabe plantearse si los periodos de seguridad previstos en los artículos 10.1.b) y 10.2 de la LORPM como pauta y contenido específico del internamiento en régimen cerrado, constituyen un aspecto del mismo compatible con las finalidades del internamiento terapéutico y por ende, de aplicación al mismo cuando se impone como cerrado.

Para desear esta cuestión han de tomarse en consideración ciertos presupuestos:

En primer lugar, la necesidad de ponderar a la hora de seleccionar el régimen concreto de internamiento terapéutico (abierto, semiabierto o cerrado), fundamentalmente los requerimientos terapéuticos específicos del caso, así como también otras circunstancias ajenas a finalidades retributivas, como son el riesgo de fuga o la necesidad de contención.

En segundo lugar, el hecho de que los periodos de seguridad en el cumplimiento de determinadas medidas de internamiento durante los cuales está vedada la modificación de la medida se compadecen mal cuando no se oponen abiertamente a la índole y finalidad de los tratamientos que integran la medida de internamiento terapéutico.

En tercer lugar, el ya invocado principio de no discriminación del menor en la Justicia Juvenil, siempre de carácter especial y favorable respecto del Derecho Penal de adultos que plasman los ya citados artículos 37 y 40 de la CDN y el párrafo 2.º del artículo 8 LORPM.

La Circular FGE 1/2009 sobre sustitución en el sistema de Justicia Juvenil de medidas no privativas de libertad por la de internamiento en centro semiabierto, en supuestos de quebrantamiento, señala que «... del espíritu de este precepto se infiere que si la duración de las medidas privativas de libertad no debe exceder del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad para el mismo delito cometido por un adulto, con más razón estará prohibido imponer medidas privativas de libertad cuando el Código Penal no las prevea para los mismos hechos».

La misma orientación debe seguirse en la interpretación de condiciones de rigor de una medida (internamiento cerrado) como son los periodos de seguridad, no expresamente previstos en la medida de seguridad (internamiento terapéutico) que en concreto pudiera imponerse por los mismos hechos y en las mismas circunstancias a un adulto.

Así se desprende de la doctrina hasta ahora sentada por el Tribunal Constitucional.

La STC núm. 36/1991, de 14 de febrero ya se pronunció sobre «la imposibilidad de establecer medidas más graves o de una duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si de un adulto se tratare». La STC núm. 61/1998, de 17 de marzo declara que se infringe el principio de legalidad al imponerse a un menor la medida de cuatro meses de internamiento en centro semiabierto por una falta de hurto frustrada, restando validez a la fundamentación del Juzgado de Menores sobre «las necesidades del menor». Según el TC, «debe tomarse como referencia, no superable, la correspondiente sanción prevista en el CP».

Pues bien, en el ámbito del Derecho Penal de adultos, las posibilidades de cese y modificación de la medida de seguridad no están sujetas a período de seguridad alguno (art. 97 CP). El Reglamento Penitenciario establece un amplio margen tanto de actividades rehabilitadoras como de relaciones con el exterior en los artículos 189 y 190 centrados en los programas individuales de rehabilitación, con exclusión de periodos de seguridad.

En el Derecho comparado, sigue la misma tendencia la jurisprudencia italiana. La Corte Costituzionale italiana, en diversas sentencias, ha ido modificando la dureza inicial del Codice Rocco de 1930, al considerar inconstitucional la irrevocabilidad de la medida antes del vencimiento de su término de duración mínima (Sentencia n. 110 de 5 de abril de 1974), la obligación de revisiones periódicas de la situación de peligrosidad del afectado (Sentencias n. 139 de 27 de julio de 1982 y n. 249 de 15 de julio de 1983) y –parcialmente– los artículos 206 y 222 del Código Penal italiano en cuanto asumen la aplicación de las disposiciones del hospital psiquiátrico judicial a los menores de edad (Sentencia n. 324 de 14 julio de 1998). Finalmente, en la Sentencia núm. 253/2003 de 18 de julio de 2003 declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo 222 del Código Penal italiano en la medida en que impedía la posibilidad de adoptar medidas de seguridad alternativas al internamiento en hospital psiquiátrico penitenciario cuando, previstas en la ley, resultaban «idóneas para asegurar la adecuada cura del enfermo mental y hacer frente a su peligrosidad social».

En consecuencia, no puede imponerse en su ámbito un régimen más severo que el paralelamente previsto en la legislación de adultos. Por tanto, las previsiones de los artículos 10.1.b) y 10.2 LORPM sobre periodos de seguridad del internamiento cerrado no deben considerarse aplicables al internamiento terapéutico en régimen cerrado.

V. POSIBILIDAD DE CUMPLIR EL INTERNAMIENTO TERAPÉUTICO EN RÉGIMEN CERRADO EN CENTRO PENITENCIARIO

No sería aplicable al internamiento terapéutico cerrado la posibilidad de cumplimiento en Centro Penitenciario una vez el ejecutoriado alcance los 18 o 21 años. El artículo 14 LORPM se refiere expresa y exclusivamente a la medida de internamiento en régimen cerrado como la susceptible, en las condiciones previstas en el propio precepto, de ser ejecutada en Centro Penitenciario.

Consiguientemente, no podrá continuar el cumplimiento de un internamiento terapéutico en régimen cerrado en un Centro Penitenciario, ni siquiera en una Unidad Psiquiátrica Penitenciaria. No cabe aquí sino recordar la conclusión XII.4.1.º de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2007, sobre criterios interpretativos tras la Reforma de la Legislación Penal de Menores de 2006 conforme a la que 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).

Esta interpretación concuerda plenamente con cuanto expone el Comité de los Derechos del Niño (UN) en los párrafos 85 y 86 de su Observación General núm. 10/2007 sobre los derechos del niño en la Justicia de Menores (CRC/C/GC/10 25 de abril de 2007) sobre la excepción contemplada en el párrafo c del artículo 37 CDN.

A juicio del Comité la disposición sobre que la separación deberá efectuarse, «a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño» debe interpretarse de forma restrictiva y que tal alusión no se refiere a lo que sea conveniente para los Estados Partes que tienen la obligación de crear centros separados para los menores privados de libertad, dotados de personal especializado y en los que se apliquen políticas y prácticas especiales a favor de los menores. La norma, como expresa también el citado Comité «no significa que un niño internado en un centro para menores deba ser trasladado a una institución para adultos inmediatamente después de cumplir los

18 años». Se estima que «debería poder permanecer en el centro de menores si ello coincide con el interés superior del niño y no atenta contra el interés superior de los niños de menor edad internados en el centro».

Todo ello lógicamente debe entenderse sin perjuicio de que el internamiento terapéutico en régimen cerrado (al igual que el semiabierto o abierto) pueda continuar cumpliéndose en el correspondiente centro de menores o sociosanitario aun cuando el ejecutoriado rebase los dieciocho o los veintiún años.

VI. ADMISIBILIDAD DE LA REGRESIÓN AL INTERNAMIENTO TERAPÉUTICO CERRADO

Se plantea también la posibilidad de aplicar la previsión del artículo 51.2 LORPM a los internamientos terapéuticos. Recordemos que este precepto permite al Juez de Menores cuando hubiera sustituido la medida de internamiento en régimen cerrado por la de internamiento en régimen semiabierto o abierto, dejar sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida de internamiento en régimen cerrado si el menor evoluciona desfavorablemente.

Es el mecanismo al que la Circular 1/2007 denomina regresión al internamiento cerrado. Como expone esta Circular 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.

Pues bien, teniendo en cuenta la naturaleza de esta previsión legal, ningún obstáculo debe tener su traslación al internamiento terapéutico cerrado. Si una vez acordada la progresión a semiabierto o abierto se observa una evolución desfavorable y si las necesidades terapéuticas exigen una vuelta a un régimen de mayor contención, podrá acordarse la regresión.

Será conveniente en estos casos operar con las cautelas introducidas por la Circular 1/2007 de modo que los Sres. Fiscales, cuando informen favorablemente la conversión de un internamiento terapéutico 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».

Con esta habilitación se incentivan decisiones de progresión en el régimen de internamiento que, en otro caso, esto es, si no se reconoce la posibilidad de regresión, podrían postergarse. También desde el punto de vista terapéutico es conveniente, pues, que el Juez de Menores disponga de esta posibilidad.

VII. POSIBILIDAD DE SUSPENDER LAS ACTIVIDADES FUERA DEL CENTRO EN EL INTERNAMIENTO TERAPÉUTICO EN RÉGIMEN SEMIABIERTO

El internamiento terapéutico en régimen semiabierto se caracteriza por permitir a los menores sometidos a la medida realizar fuera del centro alguna o algunas de las

actividades formativas, educativas, laborales y de ocio establecidas en el programa individualizado de ejecución de la medida.

Cabrá también en este caso la suspensión de actividades fuera del centro en atención a la evolución del menor y al cumplimiento de los objetivos previstos, pero tal suspensión, como recoge la conclusión XII.2.1 de la Circular 1/2007 exigirá 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.

De nuevo, si la medida se ha impuesto a un menor amparado por una eximente, la suspensión de actividades deberá estar aconsejada desde una perspectiva terapéutica.

Por contra, si la medida se ha impuesto a un menor no amparado por una eximente, la suspensión podrá estar justificada por otras razones, tales como el mal comportamiento del menor durante las salidas.

VIII. CONVERSIÓN DEL INTERNAMIENTO TERAPÉUTICO SEMIABIERTO EN CERRADO

Distinta debe ser la respuesta a la pregunta de si cabría aplicar a los internamientos terapéuticos impuestos la previsión del inciso segundo del apartado segundo del artículo 51 LORPM, que 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.

La excepcionalidad de esta previsión, que supone una mutación *in peius* de la medida impuesta en la sentencia aconseja –odiosa *sunt restringenda*– limitar su aplicación a los internamientos ordinarios, que son los expresamente previstos por la Ley.

IX. COMPETENCIA PARA CONCEDER PERMISOS A LOS MENORES INTERNADOS

La práctica ha puesto de manifiesto discrepancias interpretativas acerca de la competencia para conceder permisos a menores internos en centros.

Desde luego, queda fuera de toda duda que corresponde al Juzgado de Menores la aprobación de los permisos de salida ordinarios, permisos de fin de semana, salidas programadas y permisos extraordinarios de menores sometidos a medidas cautelares o definitivas de internamiento en régimen cerrado.

También está fuera de toda duda que para la aprobación de los permisos de salida ordinarios, permisos de fin de semana, salidas programadas y permisos extraordinarios de menores sometidos a medidas cautelares o definitivas de internamiento en régimen semiabierto o abierto, la competencia se atribuye al Director del Centro de Internamiento o al órgano que la entidad pública haya establecido en su normativa.

Las discrepancias surgen en relación con la aprobación de los permisos de salida ordinarios, permisos de fin de semana, salidas programadas y permisos extraordinarios de menores sometidos a medidas, cautelares o definitivas, de internamiento terapéutico.

Una interpretación literal de las previsiones del RLORPM puede llevar a la conclusión de que la aprobación de estos permisos y salidas corresponde igualmente al Juzgado de Menores.

En efecto, conforme al artículo 50.1 RLORPM las salidas, permisos y comunicaciones con el exterior de los menores sometidos a internamiento terapéutico se autorizarán, en el marco del programa individual de tratamiento, por el juez de menores en los términos previstos en el artículo 44 de la Ley Orgánica 5/2000...

Sin embargo, antes de asumir sin más el contenido de esta disposición se hace preciso tomar en consideración un dato fundamental: el Reglamento, publicado en 2004, no ha sido reformado para adaptarlo a la LO 8/2006. Ha de indagarse, por tanto, si tal reforma debe irradiar efectos sobre el régimen de permisos y, en su caso, cuáles sean éstos.

De nuevo hay que partir del esquema general ya determinado: en todo lo que no sea incompatible con su naturaleza esencialmente terapéutica, el régimen jurídico de los internamientos terapéuticos en régimen cerrado, semiabierto y abierto se asimila, *mutatis mutandis*, al de los internamientos ordinarios en régimen cerrado, semiabierto y abierto.

En este contexto, la previsión reglamentaria de unificación del régimen jurídico de autorización de todos los permisos y salidas en el internamiento terapéutico ha de entenderse parcialmente modificada por la posterior reforma legislativa de 2006.

Deberán pues distinguirse el régimen de permisos y salidas en el internamiento terapéutico cerrado, respecto del que la previsión de autorización judicial sigue teniendo sentido, por asimilación al régimen del internamiento ordinario cerrado (la ratio común sería la de someter a control judicial las incidencias afectantes a las medidas más restrictivas); y el régimen de permisos y salidas en los internamientos terapéuticos en régimen semiabierto y abierto, respecto de los que ningún sentido tiene ya someterlos a autorización judicial, debiendo pues, entenderse que en estos casos la competencia se atribuye al Director del Centro de Internamiento o al órgano que la entidad pública haya establecido en su normativa.

Mantener la necesidad en todo caso de autorización judicial supondría no dotar de eficacia a una norma posterior en el tiempo y superior en rango jerárquico.

X. REQUISITOS PARA CONCEDER PERMISOS

El desarrollo reglamentario de la regulación del internamiento terapéutico lo concibe como medida de seguridad *strictu sensu*, de contenido esencialmente terapéutico.

Por ello se establece un régimen de contactos con el exterior extraordinariamente flexible, sin sujeción a pautas predeterminadas ni a plazos. Las salidas y permisos se conectan con el abordaje terapéutico del ejecutoriado, de manera que deben entenderse inaplicables los requisitos contenidos en los artículos 45 a 48 RLORPM. El disfrute de estos permisos bascula, pues, sobre la evolución del menor y sus necesidades terapéuticas, plasmadas en el programa individual.

Por contrariar la esencia terapéutica de la medida, debe entenderse igualmente inaplicable al internamiento terapéutico en régimen cerrado el requisito de haber

cumplido un tercio de la medida para poder disfrutar de permisos. En estos casos, si el programa individualizado de ejecución de la medida considera conveniente desde la perspectiva terapéutica la concesión de estos permisos antes del transcurso del primer tercio de la medida, será admisible tal concesión.

Del mismo modo, a fin de salvaguardar el núcleo terapéutico de la medida, tampoco deberán entenderse aplicables los topes máximos de días de permiso.

Debe recordarse que conforme al punto 118 de la Recomendación (2008)¹¹ del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Reglas Europeas para infractores juveniles sometidos a sanciones o medidas, adoptada en fecha 5 de noviembre de 2008, el tratamiento para los problemas de salud mental en tales centros deberá determinarse exclusivamente sobre bases médicas, deberá seguir los estándares nacionales reconocidos y prescritos para centros de salud mental y deberá estar regido por los principios contenidos en los instrumentos internacionales aplicables.

Por su parte, el punto 119 establece que en los centros de salud mental los estándares de seguridad... para menores infractores deberán estar determinados fundamentalmente sobre bases médicas.

Aplicar las disposiciones restrictivas de las salidas previstas para los internamientos ordinarios supondría una desnaturalización del carácter terapéutico de la medida.

XI. SUSPENSIÓN Y REVOCACIÓN DE PERMISOS DE SALIDA

El artículo 52 apartado primero RLORPM dispone que, cuando antes de iniciarse el disfrute de un permiso ordinario, de un permiso extraordinario o de las salidas a los que hacen referencia los artículos 45, 46, 47 y 48 se produzcan hechos que modifiquen las circunstancias que propiciaron su concesión, la entidad pública podrá suspenderlos motivadamente. Si el permiso o la salida se hubiese autorizado por el juez de menores, la suspensión tendrá carácter provisional y se pondrá inmediatamente en conocimiento del juez para que resuelva lo que proceda.

A la hora de determinar la competencia para revocar, habrán de aplicarse *mutatis mutandis* los criterios expuestos más arriba, por lo que la regla será la de que en el internamiento terapéutico cerrado será necesaria la resolución judicial para la revocación de permisos, mientras que para la revocación en los internamientos terapéuticos en régimen semiabierto y abierto habrá de reconocerse competencia al Director del Centro de Internamiento o al órgano que la entidad pública haya establecido en su normativa.

XII. MEDIOS DE CONTENCIÓN

Aunque el artículo 55 RLORPM no introduce ninguna especialidad cuando los medios de contención hayan de aplicarse en relación con menores que cumplen medidas de internamiento terapéutico por razones de salud mental, habrá de entenderse que, como regla general, la intervención deberá realizarse a través de profesionales sanitarios, que además habrán de realizar un seguimiento especialmente intenso cuando la medida aplicada se prolongue temporalmente.

XIII. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

El artículo 59.2 RLORPM declara con carácter general que el régimen disciplinario se aplicará a todos los menores que cumplan medidas de internamiento en régimen cerrado, abierto o semiabierto y terapéuticos, pero el apartado tercero de este mismo precepto exceptúa del régimen disciplinario a los menores a los que se haya impuesto una medida de internamiento terapéutico como consecuencia de una anomalía o alteración psíquica o de una alteración en la percepción que les impida comprender la ilicitud de los hechos o actuar conforme a aquella comprensión, mientras se mantengan en tal estado.

Por tanto, sólo se prevén peculiaridades en el régimen disciplinario para menores inimputables por problemas de salud mental. Del artículo 59.3 RLORPM a sensu contrario cabe concluir que si la medida de internamiento terapéutico se ha impuesto por la dependencia del menor a bebidas alcohólicas, drogas o sustancias psicotrópicas, el ejecutoriado estará sometido al régimen disciplinario común sin especialidad alguna. Esto mismo será predicable respecto de otros menores a los que no se hayan apreciado eximentes o a los que sólo se hayan aplicado eximente incompleta o atenuante analógica.

Incluso en los casos exentos de sometimiento al régimen disciplinario, tal exención sólo se prolonga en tanto el ejecutoriado continúe imposibilitado en sus facultades intelectivas y/o volitivas. Sin embargo, esta disposición no precisa ni la competencia ni el procedimiento para decidir si el menor ejecutoriado se mantiene o no en tal estado.

Tal silencio deberá interpretarse en el sentido de que no se modifican las normas generales de competencia y procedimiento para imponer la sanción si bien en el propio expediente sancionador, como presupuesto ineludible, habrá de hacerse constar la superación de la anomalía o alteración psíquica.

Lógicamente, si la superación de la anomalía o alteración psíquica es total y permanente habrá necesariamente de promoverse la modificación de una medida que a todas luces ha dejado de ser adecuada a la situación del menor.

XIV. CENTROS DE EJECUCIÓN

Pese a que las medidas terapéuticas debieran tener un amplio campo en el ámbito de menores, en la práctica se constata un déficit de plazas de esta naturaleza.

Las Directrices de Riad declaran imprescindible la habilitación de fondos suficientes para proporcionar, instalaciones y personal que presten «servicios adecuados de atención médica, salud mental, nutrición, vivienda y otros servicios necesarios, en particular la prevención y tratamiento del uso indebido de drogas y alcohol» (art. 45).

Por su parte, el punto 57 de la Recomendación (2008)¹¹ del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre tratamiento de menores sujetos a sanciones o medidas dispone que los menores que estén sufriendo enfermedad mental y que deban estar privados de libertad habrán de ser custodiados en instituciones de salud mental.

En el punto 60 se establece que los y las menores deberán ser internados con carácter general en centros separados o en unidades distintas dentro de un mismo

centro, pero que no necesitará aplicarse la separación en centros de protección o de salud mental.

Igualmente el CP en su artículo 101.1 da pautas abiertas al disponer el cumplimiento del internamiento psiquiátrico en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie.

Al igual que hace la Recomendación (2008)¹¹ y el CP, también la LORPM introduce mecanismos flexibilizadores en cuanto al lugar de ejecución de las medidas de internamiento terapéutico.

Esta flexibilidad no puede amparar malas prácticas tales como ejecutar el internamiento terapéutico en centro semiabierto con seguimiento de terapia ambulatoria, pues ello supone desnaturalizar la medida y debilitar su potencialidad terapéutica. Debe exigirse que los centros estén atendidos por personal especializado y capacitado para prestar la asistencia terapéutica requerida (psiquiatras, psicólogos clínicos, etc.).

La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/1993, de 16 de marzo, sobre líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal en el Procedimiento de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, tratando de aportar soluciones a la escasez de plazas, establecía que si no hay específicos centros terapéuticos, bastarán los centros en que hay alguna Unidad en que se de acogida a los jóvenes, sin que sea imprescindible su autonomía.

Tal previsión debe quedar sin efecto, pues ya no tiene base legal: habrá de exigirse que para que pueda cumplirse una medida de internamiento terapéutico en un centro de internamiento ordinario, éste cuente al menos con una Unidad terapéutica autónoma.

En la línea flexibilizadora, el artículo 54.2 LORPM prevé que las medidas de internamiento podrán ejecutarse en centros socio-sanitarios cuando la medida impuesta así lo requiera, con autorización del Juez de Menores.

Desarrollando esta previsión, el artículo 27.4 RLORPM dispone que cuando la entidad pública, en atención al diagnóstico realizado por los facultativos correspondientes o a la evolución en la medida considere que lo más adecuado es el internamiento en un centro sociosanitario, lo solicitará al juez de menores.

Por tanto se posibilita la ejecución en centros que no sean específicamente centros del Sistema de Justicia Juvenil, previa autorización judicial, que lógicamente estará subordinada a la comprobación de que el centro designado sea adecuado para el cumplimiento de los fines terapéuticos de la medida. Sin embargo, no desarrolla el precepto cómo ha de realizarse el control o seguimiento judicial de la ejecución de la medida.

Tanto si la medida se desarrolla en centros específicos como en centros de la red general sociosanitaria, pesa sobre el Fiscal un deber general de inspección cuya realización práctica se orienta en el Protocolo de actuaciones del Fiscal en las visitas de inspección a los Centros de Reforma de Menores, aprobado por el Fiscal General del Estado el 5 de febrero de 2009, básicamente incorporado a la Circular de la Fiscalía General del Estado 9/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unificación de la actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Responsabilidad Penal de los Menores.

Respecto a los centros sociosanitarios de la red general, el Protocolo y Circular consideran conveniente que los Sres. Fiscales visiten estos centros en caso de que algún menor se encuentre ingresado en los mismos y que, si en el curso de las visitas de inspección a centros de internamiento ordinarios se detecta que un menor interno precisa de un tratamiento médico, psicológico o de educación especial que por sus características no pueda ser prestado en el centro de menores ordinario, se promoverá

ante el Juez de Menores su traslado al centro sociosanitario que mejor se acomode a sus necesidades.

Se expresa también la necesidad de comprobar que, si alguno de los menores internos sufren este tipo de patologías, reciban asistencia y tratamientos adecuados, cualquiera que sea la naturaleza del Centro en el que permanezcan internados y sin perjuicio, en su caso, de promover la correspondiente modificación de la medida impuesta, para asegurar que la misma se amolda al superior interés del menor.

XV. OTRAS CUESTIONES EN ORDEN A LA EJECUCIÓN DE LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO TERAPÉUTICO

La medida de internamiento terapéutico tiene en su ejecución preferencia sobre cualquier otra medida, en tanto los presupuestos de su imposición y la especificidad de su contenido y finalidad justifican que se ejecute en primer lugar. Las otras medidas que se hubieran impuesto al menor en la misma o en diferentes causas deben quedar en suspenso hasta la finalización de ésta, sin perjuicio de las posibilidades del Juez, conforme al artículo 13 LORPM, de sustituir, modificar o cancelar las demás medidas teniendo especialmente en cuenta los resultados del tratamiento.

En relación con la refundición de medidas de internamiento de distintas clases habrá de estarse a las previsiones del epígrafe III.7.3.3.3 de la Circular 1/2007.

También debe recordarse que conforme a la Circular 9/2011 «en el caso de que como consecuencia de una visita de inspección se detecte la enajenación sobrevenida de un menor interno, deberá interesarse la suspensión de la ejecución de la medida que se impuso partiendo de que el menor era imputable (disposición final 1.ª LORPM en relación con el artículo 60 CP). En su caso, podrá promoverse no solamente la suspensión de la medida en ejecución sino también la sustitución por una medida terapéutica de internamiento o tratamiento ambulatorio siempre con los requisitos y límites previstos en los artículos 13 y 51 LORPM y supletoriamente en el artículo 60.1 CP».

Esta misma Circular establece la necesidad de visitar estos centros al menos dos veces al año por Fiscales de la Sección de Menores de la Fiscalía Provincial en que radiquen.

Habrán los Sres. Fiscales de hacer un exhaustivo seguimiento en la ejecución de la medida de internamiento terapéutico para evitar prolongaciones indebidas pues desde el momento en que, conforme a criterios médico-psiquiátricos, no sea recomendable la continuación del internamiento, éste deberá alzarse, ya pura y simplemente, ya mediante su sustitución por una medida de tratamiento ambulatorio si se apreció en la sentencia inimputabilidad, o por otra medida distinta de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 LORPM, si no se apreció una eximente.

La flexibilidad en la ejecución, consustancial al Derecho Penal Juvenil y decididamente asumida en la LORPM (arts. 13 y 51) debe entenderse intensificada cuando la medida que se ejecuta es el internamiento terapéutico, no sólo por aplicación directa de los reseñados preceptos, sino por la aplicación supletoria de la regulación del CP que prevé en su artículo 97 el cese de la medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto, la sustitución de la medida de seguridad por otra que estime más adecuada o la suspensión de la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación. Tal consecuencia es lógico corolario de la previsión que como pósito de todo el sistema de medidas de seguridad se contiene en el artículo 6.2 CP las medidas de seguridad no pueden... exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor.

Igualmente, como se establece en el epígrafe VIII. 5 de la Circular 9/2011, «ha de velarse por que la medida de internamiento terapéutico no quede desnaturalizada en su ejecución a través de la utilización de otro tipo de medidas que no respeten su esencia. A tales efectos, habrá de analizarse el programa individualizado de ejecución, que deberá contener un programa de tratamiento de la problemática objeto del internamiento, con las pautas sociosanitarias recomendadas y, en su caso, los controles para garantizar el seguimiento, conforme a las previsiones del artículo 27 del RLORPM».

XVI. CONCLUSIONES

1.º Si no concurre peligrosidad, la absolución del inimputable menor de edad no debe llevar aparejada la imposición de un internamiento terapéutico, sin perjuicio de las medidas que pudieran adoptarse desde el área de Protección de Menores.

2.º Estas medidas terapéuticas (internamiento o tratamiento ambulatorio) pueden aplicarse a los menores que las necesiten, aunque su enfermedad o adicción no haya determinado supresión o disminución de su imputabilidad, con los límites derivados de los principios de legalidad, proporcionalidad y no discriminación.

3.º El internamiento terapéutico, en tanto tiene la consideración legal de medida privativa de libertad, no podrá exceder en su duración del tiempo ni comportar mayor rigor que los inherentes a la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable.

4.º Cuando el internamiento terapéutico se imponga como consecuencia de la aplicación de una eximente, a la hora de seleccionar un régimen concreto, esto es, cerrado, semiabierto o abierto, habrán de valorarse circunstancias ajenas a las retributivas, tales como el riesgo de fuga, la necesidad de contención, o los requerimientos terapéuticos específicos.

5.º El internamiento terapéutico sólo podrá imponerse en régimen cerrado cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 9.2 LORPM (hechos tipificados como delito grave, hechos tipificados como delito menos grave cometidos con violencia, intimidación o grave riesgo, hechos cometidos en grupo o por banda).

6.º Las previsiones de los artículos 10.1 b) y 10.2 LORPM sobre periodos de seguridad del internamiento cerrado no deben considerarse aplicables al internamiento terapéutico en régimen cerrado.

7.º El internamiento terapéutico en régimen cerrado no podrá ejecutarse en un Centro Penitenciario, ni siquiera en una Unidad Psiquiátrica Penitenciaria.

8.º Es aplicable a los internamientos terapéuticos la previsión del artículo 51.2 inciso primero LORPM, por lo que puede el Juez de Menores cuando hubiera sustituido la medida de internamiento terapéutico en régimen cerrado por la de internamiento terapéutico en régimen semiabierto o abierto, dejar sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida de internamiento terapéutico en régimen cerrado si el menor evoluciona desfavorablemente.

9.º En el internamiento terapéutico en régimen semiabierto cabrá acordar la suspensión de actividades fuera del centro en atención a la evolución del menor y al cumplimiento de los objetivos previstos. Si la medida se ha impuesto a un menor amparado por una eximente, la suspensión de actividades deberá estar aconsejada desde una perspectiva terapéutica.

10.º No cabe aplicar a los internamientos terapéuticos semiabiertos impuestos en sentencia la previsión del inciso segundo del apartado segundo del artículo 51 LORPM (sustitución por la medida de internamiento en régimen cerrado).

11.º Los permisos y salidas en el internamiento terapéutico cerrado deben ser autorizados por el Juez de Menores.

Los permisos y salidas en el internamiento terapéutico semiabierto y abierto pueden ser autorizados por Director del Centro de Internamiento o el órgano que la entidad pública haya establecido en su normativa.

12.º Debe entenderse no aplicable al internamiento terapéutico en régimen cerrado el requisito de haber cumplido un tercio de la medida para poder conceder permisos.

En estos casos, si el programa individualizado de ejecución de la medida considera conveniente desde la perspectiva terapéutica la posibilidad de conceder estos permisos antes del transcurso del primer tercio de la medida, será admisible tal concesión.

Del mismo modo, a fin de salvaguardar el núcleo terapéutico de la medida, tampoco deberán entenderse aplicables los topes máximos de días de permiso.

13.º En el internamiento terapéutico cerrado será necesaria la resolución judicial para la revocación de permisos, mientras que para la revocación en los internamientos terapéuticos en régimen semiabierto y abierto habrá de reconocerse competencia al Director del Centro de Internamiento o al órgano que la entidad pública haya establecido en su normativa.

14.º Cuando los medios de contención hayan de aplicarse en relación con menores que cumplen medidas de internamiento terapéutico por razones de salud mental, habrá de entenderse que como regla general deberá preservarse la intervención a través de profesionales sanitarios.

15.º Para aplicar el régimen disciplinario a menores a los que se haya impuesto una medida de internamiento terapéutico como consecuencia de una anomalía o alteración psíquica o de una alteración en la percepción será necesario que en el propio expediente quede constancia de que ya han superado las circunstancias que les impedían comprender la ilicitud de los hechos o actuar conforme a aquella comprensión.

16.º Para cumplir una medida de internamiento terapéutico en un centro de internamiento ordinario, éste deberá contar con una Unidad terapéutica autónoma. La posibilidad de ejecutar la medida en centros socio-sanitarios, previa autorización judicial, estará subordinada a la comprobación de que el centro designado sea adecuado para el cumplimiento de los fines terapéuticos de la medida.

Por lo expuesto, los Sres. Fiscales en el ejercicio de sus funciones velarán por el cumplimiento de la presente Circular.

CIRCULAR 4/2013 SOBRE LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN

SUMARIO: I. Introducción.–I.1 Doctrina de la Fiscalía General del Estado.
I.2 Régimen jurídico y denominación de las diligencias.–I.3 Principios generales.–II. Recepción de la *notitia criminis*.–III. Práctica de diligencias.
III.1 Toma de declaración del investigado. III.2 Otras diligencias.

III.2.1 Ruedas y reconocimientos fotográficos. III.-2.2 Declaraciones testificales. III.2.3 Inspecciones oculares. III.2.4 Diligencias limitativas del derecho a la intimidad. III.2.5 Exhumación de cadáveres. III.2.6 Investigaciones patrimoniales. III.2.7 Entregas vigiladas. III.2.8 Autorización de la técnica del agente encubierto. III.2.9 Acceso a la información de los registros oficiales. III.3 Diligencias cuya práctica está vedada al Fiscal. III.3.1 Entradas y registros. III.3.2 Comunicaciones telefónicas.-IV. Posibilidad de declaración del secreto de las actuaciones.-V. Adopción de medidas cautelares.-VI. Diligencias a instancias del investigado.-VII. Principio de proporcionalidad: plazo máximo y prórrogas.-VIII. Conclusión de las diligencias. VIII.1 Principios generales. VIII.2 Conclusión tras la práctica de diligencias. VIII.2.1 Archivo. VIII.2.2 Formulación de denuncia o presentación de querrela. VIII.4 Remisión de testimonio a autoridades administrativas.-IX. Recursos. IX.1 Recursos contra resoluciones del Juzgado de Instrucción. IX.2 Recursos contra resoluciones del Fiscal.-X. Valor de las diligencias practicadas por el Fiscal.-XI. Personación de perjudicados y ofendidos.-XII. Cuestiones sobre competencia. XII.1 Cuestiones generales. XII.2 Competencia de los Fiscales Superiores.-XIII. Aforados.-XIV. Diligencias de investigación y tutela de víctimas.-XV. Auxilios Fiscales.-XVI. Aspectos Accesorios.-XVII. Tratamiento de las solicitudes de copia de las actuaciones.-XVIII. Diligencias de investigación y relaciones con los medios de comunicación.-XIX. Diligencias de investigación y cooperación jurídica internacional.-XX. Diligencias pre-procesales en ámbitos no penales.-XXI. Conclusiones.

Diligencias de investigación del fiscal. Concepto y ámbito. Actuaciones previas para investigar si un hecho tiene relevancia penal, que no precisan del aval del Secretario Judicial. Recepción de la notitia criminis por denuncia, tanto de particulares como de organismos o instituciones públicas, por remisión de atestado o por directo conocimiento del Fiscal. Especial referencia a las denuncias anónimas. Incoación de las diligencias mediante decreto de apertura. Contenido. Diligencias que el fiscal puede practicar u ordenar. Diligencias cuya práctica está vedada al Fiscal. Principio de proporcionalidad: plazo máximo -6 meses- y prórrogas. Facultad de instar la práctica de diligencias en descargo del investigado. Resolución de las diligencias. Su conclusión debe realizarse por decreto motivado, tanto cuando se acuerde el archivo como cuando se decrete la presentación de denuncia o querrela. La decisión de archivo en ningún caso podrá equipararse ni en su naturaleza ni en sus efectos jurídicos a la decisión de sobreseimiento del Juez de Instrucción. Irrecurribilidad de las resoluciones del fiscal. Valor de las diligencias del fiscal. Es superior a las practicadas por la Policía Judicial en el atestado, aunque no alcanzan el de las practicadas por el Juez de Instrucción asistido del Secretario Judicial. Deber de notificar la resolución a perjudicados y ofendidos, hayan sido o no denunciante. Una vez judicializadas las investigaciones y personadas en forma, podrán intervenir en las diligencias y será preceptivo el ofrecimiento de acciones (art. 776 LECrim). Si, por el contrario, el Fiscal acuerda el archivo, podrán reproducir su denuncia ante el Juez de Instrucción. Posibilidad de adoptar medidas en protección de víctimas y testigos en el curso de sus diligencias de investigación. Cuestiones de competencia.

INSTRUCCIONES

INSTRUCCIÓN 1/2013, DE 23 DE JULIO DE 2013, DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, SOBRE INTERVENCIÓN DEL FISCAL EN EL PROCESO CONCURSAL

SUMARIO: I. Introducción.–II. Aspectos funcionales. II.1 Ideas generales. II.2 Formación de la sección sexta. II.3 Contenido del dictamen del Fiscal. II.4 Los motivos de culpabilidad. II.5 Procedimiento. II.6 Sentencia. II.7 Otros efectos de la calificación concursal: la cobertura del déficit concursal. II.8 Deducción de testimonio. II.9 Especialidades en casos de adopción de medidas administrativas que comporten la disolución y liquidación de una entidad. II.10 Medidas cautelares.–III. Aspectos orgánicos.–IV. Conclusiones.

Pautas de intervención del MF en el procedimiento concursal. Facultades en relación con la pieza de calificación del concurso y formación de la sección (6.ª) de calificación. Absoluta autonomía entre la jurisdicción civil y la penal a la hora de calificar jurídicamente el concurso. Emisión del dictamen y requisitos mínimos: plazo, contenido, razonamiento y documentación sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución. Especificidades en el dictamen cuando el concurso sea calificado como culpable. Sentencia y efectos de la calificación del concurso. Deducción de testimonio si al estudiar las actuaciones se considera que los hechos pueden tener trascendencia penal y actuaciones específicas del MF en el ámbito del proceso penal para con los acreedores. Medidas cautelares. Aspectos orgánicos y competenciales. Como regla general, se atribuye el despacho del dictamen en estas piezas a los Fiscales asignados a las Secciones de lo Civil, debiendo actuar en coordinación con los Fiscales de las Secciones de Delitos Económicos. Excepcionalmente, a las Secciones de Delitos Económicos, poniéndolo en conocimiento de la Fiscalía General del Estado. El Fiscal Jefe de la Sala de lo Civil del TS como Fiscal de Sala Delegado del Fiscal General coordinará la intervención de los Fiscales en los procedimientos concursales, incluso cuando se asignen estas funciones a las Secciones de Delitos Económicos.

INSTRUCCIÓN 2/2013, SOBRE ALGUNAS CUESTIONES RELATIVAS A ASOCIACIONES PROMOTORAS DEL CONSUMO DE CANNABIS

SUMARIO: I. Planteamiento de la cuestión con referencia al marco normativo del derecho de asociación.–II. Posición del Fiscal en el expediente administrativo de inscripción de asociaciones entre cuyas finalidades figure el cultivo de cannabis.–III. El régimen de fiscalización sobre el cultivo de cannabis y la relevancia penal o administrativa de esta actividad.–IV. Los límites del derecho de asociación. Análisis de la entidad jurídico-penal de la actividad declarada en los Estatutos de las asociaciones y averiguación de la efectivamente realizada.–V. Asociación y organización criminal.–IV. Conclusiones.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN CON REFERENCIA AL MARCO NORMATIVO DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN

El derecho fundamental de asociación, reconocido en el artículo 22 de la Constitución, ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación (en lo sucesivo LODA), estableciendo un régimen general de este derecho compatible con la normativa especial de las modalidades asociativas específicas con relevancia constitucional –partidos políticos (art. 6 CE), sindicatos (arts. 7 y 28 CE), confesiones religiosas (art. 16 CE), asociaciones de consumidores y usuarios (art. 51 CE) y organizaciones profesionales (art. 52).

El ámbito de la LODA está limitado a las asociaciones sin fin de lucro, quedando al margen de la misma las sociedades, corporaciones, comunidades, cooperativas o mutualidades, cuyas naturalezas no responden a esta esencia asociativa, sin perjuicio de que les sea de aplicación en aspectos tangenciales en que estas entidades contemplen derechos asociativos que no tengan carácter patrimonial.

El derecho de asociación se desarrolla en la LODA bajo los principios de libertad en la constitución de asociaciones y voluntariedad en la pertenencia a las mismas, sin perjuicio de las condiciones que para su ejercicio establece la legislación vigente. Se otorga a las asociaciones personalidad jurídica con plena capacidad de obrar, destacando en este aspecto la posibilidad de establecer su propia organización a través de sus estatutos, así como su inscripción registral.

En desarrollo de este último aspecto, mediante RD 1497/2003, de 28 de noviembre, se aprobó el Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones y de sus relaciones con los restantes registros de asociaciones (en lo sucesivo RRNA), en el que se establece que el Registro Nacional de Asociaciones estará bajo la dependencia orgánica del Ministerio del Interior, radicará en Madrid y tendrá carácter unitario para todo el territorio del Estado (art. 29 RRNA).

En el ámbito competencial de las respectivas Comunidades Autónomas también existen registros autonómicos de asociaciones, estableciéndose en el artículo 50 RRNA la obligación de éstos de comunicar al Registro Nacional de Asociaciones los asientos de inscripción y disolución de las asociaciones de su territorio.

La inscripción registral de las asociaciones tiene carácter meramente declarativo (art. 10.2 LODA), toda vez que para su constitución se requiere únicamente un acuerdo de tres o más personas físicas o jurídicas legalmente constituidas, formalizado mediante un acta fundacional, en documento público o privado. Sin embargo, se establecen ciertos efectos de la inscripción sobre el régimen de responsabilidad de las asociaciones. La falta de inscripción de las asociaciones tiene como consecuencia la atribución personal y solidaria a sus promotores de la responsabilidad por las obligaciones contraídas con terceros (art. 10 LODA).

Al amparo del expresado marco normativo se están constituyendo numerosas asociaciones cuya finalidad u objeto declarado en los Estatutos es promover el consumo de cannabis mediante el cultivo y la distribución de esta sustancia entre sus socios.

En virtud de lo dispuesto en los artículos 6 y 7 RRNA, estas asociaciones vienen presentando sus Estatutos y demás documentación precisa para su inscripción en el Registro Nacional de Asociaciones o en los registros creados en las Comunidades Autónomas que han aprobado leyes reguladoras del derecho de asociación en sus territorios.

Los órganos administrativos encargados de la gestión de los diferentes registros que reciben solicitudes de inscripción de asociaciones han de dar traslado al Ministe-

rio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente de la documentación presentada al efecto, en los supuestos en que aprecien indicios de ilicitud penal en la constitución (párrafo 1.º) o en la propia actividad (párrafo 2.º) de la asociación, toda vez que el apartado cuarto del artículo 30 LODA, establece que cuando se encuentren indicios racionales de ilicitud penal en la constitución de la entidad asociativa, por el órgano competente se dictará resolución motivada, dándose traslado de toda la documentación al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente, y comunicando esta circunstancia a la entidad interesada, quedando suspendido el procedimiento administrativo hasta tanto recaiga resolución judicial firme.

Cuando se encuentren indicios racionales de ilicitud penal en la actividad de la entidad asociativa, el órgano competente dictará resolución motivada, dando traslado de toda la documentación al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente, y comunicando esta circunstancia a la entidad interesada.

La presente instrucción pretende unificar el criterio de los órganos del Ministerio Fiscal ante la recepción de estos traslados o comunicaciones, establecer las actuaciones que deben realizarse para concretar la entidad jurídico-penal de la actividad de estas asociaciones promotoras del cultivo y consumo del cannabis, así como las pautas interpretativas sobre la procedencia del ejercicio de las acciones penales y demás funciones encomendadas en los apartados 4 y 5 del artículo 3 EOMF y artículo 105 LECrim.

II. POSICIÓN DEL FISCAL EN EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO DE INSCRIPCIÓN DE ASOCIACIONES ENTRE CUYAS FINALIDADES FIGURE EL CULTIVO DE CANNABIS

Los Estatutos deben describir de forma precisa los fines y actividades de la asociación (art. 7.1.d LODA).

En virtud de lo dispuesto en el expresado apartado cuarto del artículo 30 LODA, cuando los Estatutos declaran que la finalidad u objeto de la asociación es la promoción del consumo de cannabis mediante el cultivo y la distribución de esta sustancia entre sus socios, el Registro Nacional de Asociaciones así como, en su caso, los Registros Autonómicos de Asociaciones suelen apreciar indicios racionales de ilicitud penal y trasladar las solicitudes de inscripción de las asociaciones a la Fiscalía General del Estado o al órgano del Ministerio Fiscal correspondiente al respectivo territorio.

Esta comunicación del Registro en cumplimiento de la transcrita disposición constituye formalmente una denuncia, a la que deberá darse el curso procesal correspondiente (art. 269 LECrim).

En su virtud, los Sres. Fiscales, una vez recibida la documentación expresada en el artículo 30.4 LODA, deberán, mediante la incoación de las diligencias de investigación penal que autoriza el artículo 5 EOMF, constatar la entidad jurídico penal de la actividad efectivamente realizada por la asociación solicitante.

La posición del Fiscal en el expediente administrativo es muy limitada. No evacua informe previo sobre legalidad o ilegalidad, ni tampoco ha de informar sobre la procedencia o improcedencia de la inscripción por defectos formales o por otras causas. Los Sres. Fiscales se deberán ceñirse simplemente a acusar recibo del expediente con indicación de los datos de identificación de las diligencias de investigación incoadas al efecto.

III. EL RÉGIMEN DE FISCALIZACIÓN SOBRE EL CULTIVO DE CANNABIS Y LA RELEVANCIA PENAL O ADMINISTRATIVA DE ESTA ACTIVIDAD

Con los términos de cannabis o marihuana, entre otros muchos, se conoce a la planta que contiene diversas sustancias psicoactivas denominadas cannabinoides (principalmente THC o tetrahidrocannabinol).

El cannabis es una sustancia estupefaciente sometida a fiscalización internacional, estando incluidas tanto la planta, como su resina, extractos y tinturas en la lista I de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes de las Naciones Unidas, en cuyo artículo primero se establece que se entiende por «cannabis» las sumidades, floridas o con fruto, de la planta de la cannabis (a excepción de las semillas y las hojas no unidas a las sumidades) de las cuales no se ha extraído la resina, cualquiera que sea el nombre con que se las designe.

La Ley 17/1967, de 8 de abril, por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes, adaptándolas a lo establecido en el Convenio Único de 1961 sobre Estupefacientes de las Naciones Unidas, atribuye al Estado el almacenamiento y distribución de los productos estupefacientes para los laboratorios, oficinas de farmacia, hospitales y centros distribuidores autorizados para la fabricación de medicamentos o fórmulas magistrales.

La fiscalización de estas sustancias supone que ninguna persona natural o jurídica podrá dedicarse al cultivo y producción (...), ni aún con fines de experimentación, sin disponer de la pertinente autorización (art. 8.1 Ley 17/1967).

El artículo 22 de la expresada Ley 17/1967, dispone que no se permitirán otros usos de los estupefacientes que los industriales, terapéuticos, científicos y docentes autorizados. Dicha Ley establece un régimen de sanciones administrativas respecto del incumplimiento de sus normas, sin perjuicio de que la infracción pueda ser constitutiva de delito.

En definitiva, en todo caso se requiere autorización administrativa para el cultivo de cannabis, cuya competencia el artículo 5 de la Ley 17/1967 la atribuía al Servicio de Control de Estupefacientes, así como para la intervención, vigilancia y control de cosechas, almacenamiento, depósito, producción y fabricación de productos o sustancias estupefacientes y sus primeras materias. En la actualidad, el apartado 27 del artículo 7 del Estatuto de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, aprobado por Real Decreto 1275/2011, de 16 de septiembre, establece entre las competencias de este organismo la de desarrollar las funciones y responsabilidades estatales de inspección y control en materia de tráfico y uso lícitos de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Por tanto, en ningún caso es lícito el cultivo de cannabis sin autorización administrativa, aunque sea para uso privado. Por el contrario, dicha actividad será constitutiva de delito contra la salud pública o, en su defecto, de infracción administrativa (arts. 32 y 33 Ley 17/1967).

Tampoco es lícita la tenencia de cannabis aunque no esté preordenada a la transmisión a terceros, toda vez el artículo 25 de la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, sanciona tal conducta como infracción grave, estableciéndose en el artículo 29 la procedencia de su incautación inmediata.

En su virtud, cuando los Sres. Fiscales no aprecien entidad penal en el ámbito de sus propias diligencias o en el de las realizadas por los órganos jurisdiccionales respecto de actividades de cultivo de dicha planta, deberán acordar o, en su caso, instar la deducción de testimonio para su remisión a la correspondiente Subdelegación del Gobierno, a los efectos procedentes en el ámbito administrativo.

Dichas actividades de cultivo de la sustancia estupefaciente podrán tener relevancia penal cuando estén pre-ordenadas a su distribución entre terceras personas, incluyendo en este concepto la difusión entre los integrantes de la asociación investigada.

Sin embargo, la cuestión sobre la relevancia penal de la posesión de drogas presenta un amplio ámbito de interpretación, toda vez que los términos en los que aparece redactado el tipo básico del delito de tráfico de drogas en el artículo 368 de Código Penal, como delito de peligro abstracto, castigando a los que de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, determina que los límites de la ilicitud penal en estos casos sean muy sutiles.

Desde una perspectiva basada en la interpretación literal de la norma (art. 368) cualquier conducta (de otro modo) tendente a favorecer el consumo de drogas por terceros incurriría en el tipo penal. Sin embargo, el fenómeno de las drogas tiene numerosas implicaciones, afectando a diversos ámbitos sociales y sanitarios, entre otros.

Por ello el propio Tribunal Supremo ha adoptado fórmulas interpretativas en las que ha tenido en cuenta estas circunstancias, delimitando el rigor del tipo penal y estableciendo como supuestos de atipicidad: el consumo compartido entre toxicómanos (o autoconsumo plural en terminología de la STS núm. 1102/2003, de 23 de julio, también STSS núm. 1105/2003, de 24 de julio; 1254/2006, de 12 de diciembre; 1081/2009, de 3 de abril; 357/2009, de 3 de abril; 171/2010, de 10 de marzo), la entrega gratuita de mínimas cantidades de droga a individuos toxicómanos por personas allegadas (SSTS núm. 527/1998, de 15 de abril; 905/1998, de 20 de Julio; 789/1999, de 14 de mayo; 1653/2001, de 16 Julio; 887/2003, de 13 de junio), el tráfico con pequeñas cantidades (Pleno de la Sala II del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2003 y de 3 de febrero de 2005), de manera que si la droga objeto de tráfico no supera las cantidades establecidas como dosis psicoactiva, no se rellena el contenido de la tipicidad (STS núm. 1913/2009, de 18 de marzo, FJ 1.º en otras muchas).

En relación con el autoconsumo compartido de drogas, las pautas sentadas por la jurisprudencia (*vid.* SSTS núm. 888/2012, de 22 de noviembre, 669/2012 de 25 de julio, 171/2010, de 10 de marzo entre otras) exigen para la falta de relevancia penal de esta conducta los siguientes requisitos: a) Los consumidores que se agrupan han de ser adictos, interpretándose «adicto» también como consumidor de fin de semana. b) El consumo de drogas ha de realizarse en lugar cerrado. c) La cantidad de droga ha de ser insignificante como correspondiente a un normal y esporádico consumo. d) La coparticipación consumista ha de venir referida a un pequeño núcleo de drogodependientes, perfectamente identificables por su número y condiciones personales, por lo que han de ser personas ciertas y determinadas, único medio de poder calibrar su número y sus condiciones personales. e) Ha de tratarse de un consumo inmediato de las sustancias adquiridas.

Las conductas de producción o cultivo de cannabis para su ulterior distribución entre los miembros de la asociación puede no encajar dentro de estos límites tan estrechos y entrar en el ámbito de las que se tipifican en los artículos 368 y siguientes. En estos casos los Sres. Fiscales habrán de promover las correspondientes acciones penales.

IV. LOS LÍMITES DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN. ANÁLISIS DE LA ENTIDAD JURÍDICO-PENAL DE LA ACTIVIDAD DECLARADA EN LOS ESTATUTOS Y AVERIGUACIÓN DE LA EFECTIVAMENTE REALIZADA

No ofrece ninguna duda que el límite infranqueable de protección del derecho de asociación lo constituye la ilicitud penal de sus objetivos o finalidades.

En este sentido podría plantearse si la actividad de los promotores que pretenden la inscripción de una asociación entre cuyas finalidades figure el cultivo y consumo compartido entre los socios, pudiera incurrir en la conducta tipificada en el artículo 515.1 CP, que define como asociaciones ilícitas las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión (...).

Interpretando este precepto, la jurisprudencia ha considerado que no se consuma cuando en el desenvolvimiento de su actividad se cometen determinadas infracciones, sino que desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, bastando con que se acredite alguna clase de actividad de la que se pueda deducir que los integrantes de la asociación han pasado del mero pensamiento a la acción (STS núm. 290/2010, de 31 de marzo). La última diferencia entre los actos preparatorios y los de ejecución se encuentra en que la actuación sea tal que en su progresión natural conduzca ya a la consumación. Es entonces cuando puede decirse que ya hay un peligro para el bien jurídico protegido en la norma penal (SSTS núm. 765/2009, de 9 de julio; 1086/2001, de 8 de junio).

La simple actividad realizada por los promotores en las fases iniciales de constitución de la asociación, consistente en plasmar en los Estatutos presentados para inscripción registral su objetivo de cultivar cannabis, no colma el tipo de delito de asociación ilícita, que precisaría de otros actos externos relacionados con la finalidad delictiva, como la captación de nuevos miembros, la preparación o ejecución de acciones concretas.

No obstante, conviene precisar que, como se ha indicado *ut supra*, la publicidad constituye el principal efecto jurídico de la solicitud de inscripción de una asociación. Su constitución tiene que haberse producido previamente, por lo que es posible que antes de dicha solicitud de inscripción ya se hayan materializado sus actividades.

Por ello, los Sres. Fiscales en el ámbito de las diligencias de investigación incoadas al efecto deberán practicar las actuaciones necesarias para constatar si la proclamación estatutaria de cultivo de cannabis se ha materializado mediante la actividad efectivamente realizada por las asociaciones que, a través del trámite indicado, pretenden su inscripción en alguno de los registros de asociaciones.

Obviamente cabe decretar directamente el archivo de dichas diligencias cuando los fines o actividades expresadas en los Estatutos se refieran a iniciativas para modificar la legislación vigente en aras de la denominada «legalización» o «despenalización» del tráfico de drogas, así como aquellas relacionadas con la divulgación científica como son los estudios sobre el cannabis o similares, las cuales suponen manifestaciones de la libertad de expresión o del derecho de asociación constitucionalmente protegidos.

Cuando del contenido de los Estatutos se deduzca un objeto o finalidad que pueda tener relevancia penal, los Sres. Fiscales deberán practicar las actuaciones que estimen necesarias, directamente o a través de la policía judicial, dirigidas a la concreción de la actividad realizada por la asociación y a su valoración jurídico penal.

Aunque se presenten diversas solicitudes a la vez, dichas diligencias de investigación penal se incoarán individualizadamente, una por cada asociación.

En los supuestos en los que la asociación efectivamente haya realizado alguna actividad relativa al cultivo de cannabis, se deberá valorar si los hechos y demás circunstancias concurrentes son irrelevantes penalmente o si constituyen alguno de los supuestos tipificados como delitos de tráfico de drogas.

Si del resultado de las diligencias de investigación no deducen elementos acreditativos de que los miembros de la asociación han pasado de la mera ideación a la ejecución realizando actividades relativa al cultivo o distribución del cannabis, se deberá estimar que por desistimiento voluntario (art. 16.2 CP) u otras circunstancias, no se

han superado las barreras de protección que establece el Derecho punitivo. Por tanto, procederá el archivo de las diligencias de investigación incoadas al efecto, haciendo constar expresamente en el correspondiente decreto que tal resolución está referida exclusivamente a las actuaciones realizadas en relación con la solicitud de inscripción registral de la asociación y que cualquier actividad ulterior de cultivo o distribución de cannabis podrá dar lugar a nuevas actuaciones de carácter penal.

En los supuestos en que del resultado de la diligencias de investigación o de las realizadas por los órganos jurisdiccionales se evidencien actividades de cultivo de cannabis, pero en atención a las circunstancias concurrentes los Sres. Fiscales no aprecien entidad penal en tales conductas, deberán acordar o, en su caso, instar la deducción de testimonio para su remisión a la Subdelegación del Gobierno de la provincia, a los efectos procedentes en el ámbito administrativo.

Los decretos que concluyan las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal deberán notificarse al organismo denunciante y a la asociación investigada.

En todo caso, los Sres. Fiscales procurarán que estas diligencias se practiquen con la mayor celeridad, toda vez que hasta que no se produzca resolución judicial firme se encuentra en suspenso la solicitud de inscripción registral.

V. ASOCIACIÓN Y ORGANIZACIÓN CRIMINAL

Hay que tener en cuenta que detrás de la apariencia jurídica de algunas asociaciones se pueden ocultar auténticas organizaciones o grupos dedicados a la distribución de drogas, utilizando la cuota social como contraprestación de la sustancia que se recibe de la asociación o realizando cualquier otra conducta de similar entidad.

Cuando se acredite que dicho revestimiento jurídico es utilizado para disimular la efectiva realización de delitos de tráfico de drogas podrá ser de aplicación la tipicidad de organización o grupo criminal, definidas en los artículos 570 bis y ter CP, a cuyo tenor, la agrupación formada por dos o más personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, ha de ser considerado como organización criminal (art. 570 bis CP) o grupo criminal en el caso de que dicha agrupación no reúna alguna o alguna de las características de la organización criminal (art. 570 ter CP).

Los supuestos concursales que se produzcan deberán ser resueltos conforme al principio de alternatividad establecido en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 570 quáter y artículo 8.4.^ª CP. Las Circulares de la Fiscalía General del Estado núm. 2/2011, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales y núm. 3/2011, sobre la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas y de precursores, se refieren a diversas cuestiones jurídicas derivadas de estos supuestos.

IV. CONCLUSIONES

Primera. El traslado de la documentación al Ministerio Fiscal establecido en el apartado cuarto del artículo 30 LODA, tiene el carácter legal de denuncia, a la que deberá darse el curso procesal correspondiente (art. 269 LECRIM).

Segunda. Recibida la documentación a la que se refiere la conclusión anterior, los Sres. Fiscales incoarán diligencias de investigación penal (art. 5 EOMF), dirigidas a concretar la efectiva actividad de la asociación solicitante de inscripción registral. Estas diligencias se incoarán individualizadamente, una por cada asociación.

Tercera. La actuación del Ministerio Fiscal en el expediente administrativo de inscripción registral de asociaciones se ciñe a acusar recibo de la denuncia haciendo constar los datos de identificación de las diligencias de investigación incoadas.

Cuarta. Si la asociación estuviera realizando actividades de cultivo de cannabis y distribución entre sus socios deberán realizarse las actuaciones complementarias que se estimen procedentes conducentes a la presentación de denuncia o querrela ante el órgano jurisdiccional competente, siempre que se sobrepasen los límites establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la atipicidad del autoconsumo compartido de drogas.

Quinta. En los supuestos en que la asociación no haya desplegado actividad alguna en relación con el cultivo o distribución del cannabis, si no concurren otros elementos de los que pueda deducirse que los integrantes de la asociación han pasado de la mera ideación a la ejecución, se deberá estimar que no se han superado las barreras de protección que establece el Derecho penal. Por tanto, los Sres. Fiscales procederán a decretar el archivo de las diligencias incoadas al efecto, haciendo constar expresamente en el correspondiente decreto que tal resolución está referida exclusivamente a las actuaciones realizadas en relación con la solicitud de inscripción registral de la asociación y que cualquier actividad ulterior de cultivo o distribución de cannabis podrá dar lugar a nuevas actuaciones de carácter penal.

Dicho decreto se notificará a la representación de la asociación investigada y al Registro correspondiente.

Sexta. En todo caso, el cultivo de cannabis, así como la posesión de esta planta o de sus derivados, aunque sean para uso privado, constituyen actividades ilícitas, salvo que se cuente con las correspondientes autorizaciones administrativas. En su virtud, cuando los Sres. Fiscales no aprecien relevancia penal en el ámbito de sus propias diligencias o en el de las realizadas por los órganos jurisdiccionales respecto de dichas actividades, deberán acordar o, en su caso, instar la deducción de testimonio para su remisión a la correspondiente Subdelegación del Gobierno a los efectos procedentes en el ámbito administrativo.

En razón de lo expuesto, los Sres. Fiscales en el ejercicio de sus funciones se atenderán en lo sucesivo al cumplimiento de las prescripciones contenidas en la presente Instrucción.